

Ermanno Ancona



Professore Emerito di Chirurgia Generale Università di Padova.

Già Direttore Clinica Chirurgica I, Direttore Dipartimento Integrato Chirurgia e Trapianti Azienda Ospedaliera Padova, Direttore Scientifico Istituto Oncologico Veneto, Direttore del Centro Regionale Veneto per lo Studio delle malattie dell'esofago.

È autore di 6 monografie e di oltre 700 pubblicazioni scientifiche.

È stato Prorettore Università di Padova e Presidente della European Surgical Association.

Diego CELI

Diego Celi



Giustizia e Sanità

Prefazione
Ermanno Ancona

Il mutamento della società ha esaltato la precarietà, esacerbato il malessere, sviluppato apatia, acredine e rivalsa. Il contenzioso medico-legale, divenuto ormai intollerabile, è di questa precarietà lo specchio.

Giustizia e Sanità non si propone di essere una summa giuridica, nè ambisce a sanare questa ferita aperta e sempre più dolorosa, ha voluto analizzare le vere cause di questo conflitto nella convinzione che la medicina è fallace, la giustizia non è un dogma.

La magistratura con la sua autoreferenzialità ha acuito questo disagio, rendendo l'arte medica in generale e quella chirurgica in particolare un vero e proprio fantasma sacrificale.

DIEGO CELI

GIUSTIZIA E SANITÀ

LITHOS Edizioni




LITHOS EDIZIONI

ISBN 978-8-894-61610-1

9 788894 616101 >
euro 10,00



È nato a San Filippo del Mela (Me). Chirurgo, già docente presso l'Università di Padova, ha ricoperto il ruolo di Capo Dipartimento Chirurgico presso l'Azienda Papardo-Piemonte (ME). Autore di 220 pubblicazioni e di 8 monografie scientifiche.

Vincitore del premio "Ettore Ruggeri" con la monografia *Il Laparocèle*, assegnato dalla Società Italiana di Chirurgia (2001). Gli sono stati conferiti: Premio "Alata Solerzia" in memoria di Giorgio La Pira (2003), Premio Internazionale "Scilla e Cariddi" (2004), Premio "Rosario Livatino-Antonio Saetta" (2011), Premio "Enrico Trimarchi" (2013), Premio Speciale Giuria "Concorso Letterario Internazionale Città di Cefalù" (2020).

È autore di saggi, testi biografici e romanzi storici: *Tradimenti e Politica*, Lombardo Edizioni (2019); *Tele nascoste. Vita e pittura nell'arte di Lorenzo Chinnici*, Giambra Editori (2020); *La promessa del legionario*, Albatros Il Filo (2020); *Il Declino*, Chiado Books (2020); *L'ultimo romito*, Lithos Edizioni (2021).



Giustizia e Sanità

PRIMA EDIZIONE

Diego Celi
Giustizia e Sanità

© 2021, LITHOS Edizioni, Castelvetro
Direttore editoriale: Giuseppe L. Bonanno
Assistente editoriale: Sabina Curseri

Copertina realizzata da Pietro Cocuzza

ISBN: 978 889 461 6101

Proprietà artistica e letteraria riservata.
È vietata qualsiasi riproduzione
totale o parziale con qualsiasi mezzo.

Finito di stampare nel mese di settembre 2021
per i tipi di LITHOS
Via Nunzio Nasi, 6
91022 Castelvetro (TP)

www.lithos.biz

Diego Celi

GIUSTIZIA E SANITÀ

Prefazione
Ermanno Ancona



LITHOS EDIZIONI

A mia moglie Giordana

“

*La medicina è fallace,
la giustizia non è un dogma.*

Anonimo

”

Indice

<i>Prefazione</i>	pag.	9
<i>Premessa</i>	pag.	15
Cap. I <i>La responsabilità sanitaria</i>	pag.	17
Cap. II <i>Giustizia e arte medica</i>	pag.	25
Cap. III <i>Morale e giustizia</i>	pag.	31
Cap. IV <i>Obbligatorietà dell'azione penale</i>	pag.	39
Cap. V <i>Rischio clinico</i>	pag.	47
Cap. VI <i>Aspetti giuridici</i>	pag.	55
Cap. VII <i>Risarcimento o speculazione?</i>	pag.	63
Cap. VIII <i>La medicina difensiva</i>	pag.	87
Cap. IX <i>Errore e pregiudizio</i>	pag.	95
Cap. X <i>Delitto e castigo</i>	pag.	103
Cap. XI <i>Ruolo e influenza della stampa</i>	pag.	115
<i>Conclusioni</i>	pag.	123

Prefazione

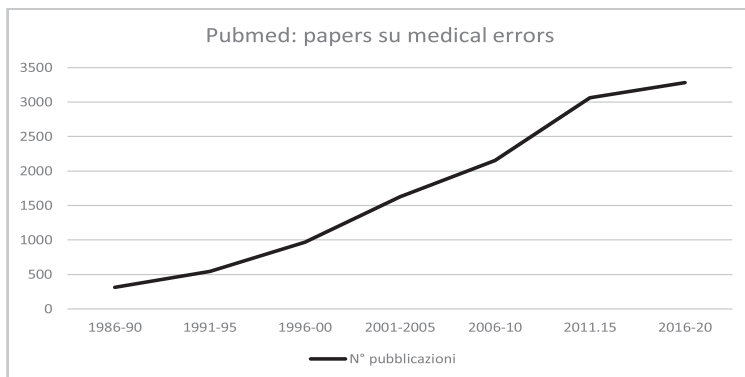
Ci voleva un chirurgo, come Diego Celi che conosco e stimo fin dai tempi della comune appartenenza alla Scuola del Prof. Giuseppe Pezzuoli, per affrontare di petto uno dei temi più scottanti della medicina contemporanea, il rapporto tra medico e paziente e il ruolo esplicito in esso dalla magistratura.

Molti medici, me compreso, coltivano segretamente e con pudore una vena artistica, vuoi nello scrivere, vuoi nell'arte figurativa o nella musica; io penso che ciò sia dettato dal bisogno psicologico di staccare la mente dalla dura esperienza umana del contatto quotidiano con la malattia o con la morte, dalla sofferenza che empaticamente ci è trasmessa dall'uomo malato, che è una persona e non il capitolo di un libro di patologia.

Diego Celi dopo il pensionamento ha pubblicato pregevoli opere letterarie ed ora si è assunto un compito difficile, quello di analizzare la evoluzione attuale del contenzioso

medico-paziente e del ruolo svolto in esso dalla magistratura.

Il problema non è solo italiano dato che svizzerando l'argomento su PubMed, ove sono censite tutte le pubblicazioni scientifiche sottoposte a vaglio di referees, e digitando le semplici parole "medical errors" si vede che il numero di pubblicazioni dedicate all'argomento è in continua crescita nel corso degli anni.



Non è che i medici negli ultimi anni stiano sbagliando più di prima, è il contenzioso medico legale che è in aumento esponenziale, dettato da due fattori principali: il primo è il malinteso concetto di diritto costituzionale alla salute, inteso come diritto alla guarigione, e il secondo è il desiderio di monetizzare ogni piccolo o grande evento avverso terapeutico attraverso l'intervento della magistratura

che “tanto paga la assicurazione”.

In realtà più del 90% delle cause intentate non riconosce poi una colpa medica, ma dobbiamo riflettere sullo stato d’animo del medico che intanto viene esposto, come indagato, alla pubblica riprovazione e non sarà sufficiente come risarcimento una piccola nota, non sempre pubblicata, che comunichi il non luogo a procedere o il proscioglimento.

I più esposti sono i chirurghi, di ogni specialità, perché “mettono le mani sul paziente” e questo contatto diretto manuale, che dona loro una considerazione sociale particolare, li espone maggiormente al tentativo di colpevolizzazione; l’errore internistico di tipo diagnostico o terapeutico è invece molto più sfumato e difficile da riconoscere.

Forse i chirurghi non sono immuni da colpe nell’instillare nei pazienti una fideistica certezza di guarigione proponendosi a volte sul web come garanzia di successo, mentre il più bravo tra noi è quello che sbaglia di meno.

L’errore è parte intrinseca della nostra professione e nell’ambito di una “scuola” formativa, sotto la guida di quelli che venivano chiamati baroni, gli errori diventavano oggetto di valutazione critica e contribuivano ad aumentare la esperienza di tutti i componenti la scuola riducendo il rischio di potenziali successivi errori.

Oggi ho l’impressione che le scuole siano scomparse, che uno valga uno ovunque, ma così ogni medico si trova

isolato di fronte alla eventuale contestazione medico legale; egli tende quindi per autotutela a rifugiarsi nella medicina difensiva, si fa quel che dicono le linee guida e nulla più.

Lo impone la magistratura: devono essere seguite le linee guida per giustificare il proprio operato, ma se queste servono a ridurre potenziali errori nella gestione del malato ordinario a cosa possono servire nella gestione di casi straordinari?

E di casi straordinari ne capitano, casi che necessitano di invenzione, di coraggio, di assunzione di rischio pur di salvare una vita, ebbene di fronte al rischio reale di incapere in un contenzioso medico legale chi può criticare il medico che si limiti ad atti terapeutici ordinari, pur se insufficienti, piuttosto che agire al di fuori della routine e di rischiare i beni di famiglia? Ma così quante vite potrà costare alla società il pressing della magistratura?

Un tempo la Società Triveneta di Chirurgia, sotto la presidenza D'Amico, organizzò un incontro tra magistratura e esperti della società stessa inteso a proporre la istituzione di un collegio di garanti per supervisionare le cause intentate al fine di distinguere quelle palesemente prive di fondamento da quelle in cui il diritto al risarcimento fosse evidente.

Ero stato recentemente CTU e assieme al medico legale avevamo riscontrato il corretto comportamento del medico

imputato, mentre alcune mancanze erano attribuibili ad altri successivi curanti; al giudice istruttore non era piaciuta la nostra conclusione, ci aveva pagato ed aveva nominato un altro CTU. Chiesi quindi al Procuratore capo, che presiedeva la riunione, un chiarimento in merito ed egli mi rispose: “si ricordi che il giudice è *peritus peritorum*”.

Ah, quanta supponenza e autoreferenzialità! Per fortuna ebbi poi modo di riscontrare in altre cause, come perito di parte o come CTU, che non tutti i giudici istruttori cercano esperti in linea con una propria visione precostituita prima del parere del tecnico. Quello che deve preoccupare del crescente contenzioso tra medico e paziente è il lento deterioramento del rapporto di fiducia.

È ben vero che oggi il paziente non è più quello che un tempo, professando la propria ignoranza, lasciava tutte le decisioni al medico; oggi su internet molti pazienti si sono a loro modo acculturati, anche in campo medico, e bisogna renderli partecipi delle decisioni con un adeguato consenso informato, ma è ancora vero il fatto che a volte di fronte a gravi eventi il medico debba supplire alle energie ed alla volontà venuta meno al paziente, effettuando quasi un vero plagio, sostituendo la propria volontà di lotta contro la malattia a quella venuta meno al paziente.

Ma manca l'insegnamento sulla comunicazione medico paziente nei nostri piani di studio e manca il tempo per svi-

luppate il rapporto umano, travolti dal concetto di aziendalizzazione di quelli che invece rimarranno sempre ospedali e non aziende.

È raro che un paziente entrato in rapporto empatico col medico non accetti l'errore eventuale come una componente del rischio connesso alla cura della sua malattia, è raro che questo paziente non perdoni l'errore e decida di attivare un contenzioso risarcitorio.

Il tema affrontato in questo libro è quindi molto delicato e variegato e bene ha fatto Diego Celi a riportare all'attenzione della classe medica il delicato e difficile rapporto tra giustizia e medicina, fornendo molti utili elementi conoscitivi.

Sono certo che medici, giudici ed avvocati potranno trarre motivi di meditazione dalla lettura dei capitoli del presente breve saggio.

Ermanno Ancona

Professore Emerito di Chirurgia Generale
Università di Padova

Premessa

Sono stato attore versatile del film “Giustizia e Sanità”, perché ho recitato vari copioni: medico, imputato, consulente tecnico d’ufficio e perito di parte, soprattutto ho svolto con passione e onore il ruolo di chirurgo per quaranta anni.

Ho visto l’evoluzione della medicina e ho vissuto conquiste scientifiche impensabili; purtroppo ho anche assistito, prima attonito poi consapevole e indignato, alla manipolazione del dolore, della morte e alla messa alla gogna dei medici.

Certo, la società è mutata, come è testimoniato dalla crisi dei partiti, dalla sfiducia verso le istituzioni, dall’ascesa di nuovi populismi alfieri del giustizialismo e dalla evaporazione dell’umanesimo. Questo mutamento ha esaltato la precarietà, esacerbato il malessere, sviluppato apatia, acredine e rivalsa.

Il contenzioso medico legale, divenuto oramai una co-

stante, è di questa precarietà lo specchio. Il conflitto che ne è derivato ha creato una situazione di instabilità profonda e di disagio di cui pazienti e medici sono vittime. Disagio e conflitto difficili da governare e quindi da risolvere.

CAPITOLO I

La responsabilità Sanitaria

La valutazione della responsabilità medica ha avuto nel corso degli anni una evoluzione costante. Nel Medioevo, quando la medicina era intesa come “arte del guarire” ed affidata nelle mani di curatori (sacerdoti o barbieri/chirurghi), era assai diffuso il ricorso ai cosiddetti patti di guarigione: il malato pagava solo se guariva¹.

Quando nel Seicento la medicina da “arte del guarire” diventò

pratica professionale fondata su basi scientifiche, il contratto del patto di guarigione fu cancellato e ritenuto come un comportamento da ciarlatani².

¹ G. Pomata, *La promessa di guarigione*, p. 290 ss., dove è possibile leggere diversi brani tratti da atti notarili che attestano tali prassi.

² *Ivi*, p. 299.

In virtù di ciò si giunse a considerare separate e distinte cura e guarigione in modo tale che il pagamento della prestazione fosse svincolato dall'esito positivo. La fine del contratto di guarigione, nel rapporto medico-paziente, è stato guidato dalla giurisprudenza ed il ruolo dei giuristi è stato cruciale.

L'apporto della giurisprudenza, poi, fu fondamentale anche in un'altra successiva evoluzione della responsabilità sanitaria, cioè quando venne data una veste giuridica alla separazione della cura dalla guarigione, mediante l'affermazione del principio «obbligazione di mezzi e obbligazione di risultati». Con ciò veniva specificato che il professionista non entra in "*obligatione*", ossia che da esso non si può pretendere la guarigione, ma semplicemente una buona cura. Oggi, il dialogo fra medicina e diritto si è interrotto: i giudici hanno messo in discussione la rilevanza tra obbligazione di mezzi e il risultato con riferimento alla responsabilità, di conseguenza il piatto della bilancia della giustizia pende a favore del paziente.

È questo un cambiamento culturale profondo, caratterizzato da nuovi dogmi: diritto di libertà da qualsiasi ingerenza di terzi (medico), diritto alla informazione sanitaria, diritto alla sicurezza delle cure e alla dignità di nascere e morire.

Da questa evoluzione legislativa e giuridica è derivata una

tutela risarcitoria del «danno alla persona» come danno biologico, come pregiudizio esistenziale, come danno da lesione dei diritti dei familiari³.

In questa visione radicalmente mutata, la ricerca della colpa, onde potere ex post individuare, sempre e comunque un colpevole, sembra rappresentare l'obiettivo da raggiungere.

Universalità, uguaglianza ed equità sono i principi fondamentali, sanciti nella Legge n. 833 del 1978, su cui si basa il SSN. A questi principi etici vengono affiancati principi organizzativi basilari di organizzazione: centralità della persona, responsabilità pubblica per la tutela del diritto alla salute, collaborazione tra livelli di governo della sanità, valorizzazione della professionalità degli operatori sanitari, integrazione socio-sanitaria.

La elencazione di tali principi fa emergere la centralità del delicato rapporto tra l'esercizio del diritto alla salute da parte del cittadino e la responsabilità sanitaria. Si definisce responsabilità medica «La sussistenza di un nesso causale tra la lesione alla salute psico-fisica del paziente e la condotta dell'operatore sanitario in concomitanza o meno con le inefficienze e carenze di una struttura sanitaria». Il concetto di responsabilità attiene dunque all'obbligo di rispon-

³ R. De Matteis, *Errore e responsabilità in medicina*. Rivista "Responsabilità medica". Saggi e Pareri, 2018, pp. 1-10.

dere delle conseguenze derivanti dall'illecita condotta, commissiva od omissiva, posta in essere in violazione di una norma: responsabilità morale, responsabilità amministrativo-disciplinare, responsabilità giuridica per violazione di una norma penale o civile.

Quando da una condotta colposa deriva una lesione personale o la morte della persona assistita, il sanitario è chiamato a rispondere del suo comportamento professionale sulla base del concetto di colpa come definito dall'art. 43 del codice penale, secondo il quale deve ritenersi "colposo" (o contro l'intenzione) un evento che, anche se previsto, non è voluto dall'agente (il medico) ma che si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia oppure per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. L'attribuzione della colpa, tuttavia, non è automaticamente sufficiente a provare la responsabilità in capo al sanitario, serve individuare un preciso legame, un nesso eziologico tra errore e danno subito dal paziente, serve cioè dimostrare un nesso di causalità.

Alla luce degli ultimi interventi legislativi di riforma, a cominciare dal D.L. n. 158/2012, convertito con modificazioni nella Legge n.189/2012 (legge Balduzzi) fino alla recentissima Legge n.24/2017 (legge Gelli-Bianco), la disamina evolutiva della responsabilità medica evidenzia il suo epicentro «nell'importanza della autonomia e della vo-

lontà del paziente».

Da qui scaturisce la centralità del «consenso informato» già messo in evidenza nella Convenzione di Oviedo del 1977 all'art. 5⁴.

L'1 aprile 2017 è entrata in vigore la Legge 8 marzo 2017, recante “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”, che disciplina fundamentalmente aspetti del ruolo e delle funzioni del medico, principalmente con «l'intento di prevenire il rischio clinico, ridurre il contenzioso sulla responsabilità medica, arginare la fuga delle assicurazioni dal settore sanitario e contenere gli ingenti costi della cosiddetta medicina difensiva».

La legge Gelli-Bianco all'art.1 definisce la sicurezza delle cure come parte costitutiva del diritto alla salute; all'art. 4 sancisce l'obbligo di trasparenza per tutte le prestazioni erogate dalle strutture pubbliche e private; all'art. 5 conferma l'importanza delle linee guida elaborate dalla comunità scientifica come prova in sede penale della condotta del sanitario. Ma la riforma Gelli-Bianco ha abrogato l'art. 3 della legge Balduzzi che aveva previsto “la non punibilità del fatto colposo medico in presenza del rispetto delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica

⁴ A. Matricardi, *Responsabilità medica*, www.altalex.com, 10/5/2018.

e della colpa lieve”.

La legge Gelli-Bianco ha sostituito l’art. 3 con l’art. 590-sexies: “Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario”.

Il principale elemento di novità introdotto nell’ordinamento penale da questo articolo è

la non punibilità del sanitario qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, mentre negligenza e imprudenza determinano in ogni caso la punibilità del sanitario anche se la sua condotta era in linea con le indicazioni guida.

Questa norma ha creato molteplici incertezze interpretative, al punto da essere ipotizzata incostituzionale sia nei confronti dell’art. 32 Cost. sia nei confronti dell’art. 3 Cost. Il conflitto interpretativo è stato risolto il 22 febbraio 2018 con sentenza n. 8770/2018 delle Sezioni Riunite.

In questa circostanza l’Alta Corte, ha confermato il ruolo decisivo delle linee guida in ambito sanitario e ha ridisegnato i campi entro cui opera la nuova causa di esclusione della punibilità prevista dalla legge Gelli-Bianco.

Di fatto le Sezioni Unite hanno affermato che l’esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall’esercizio di attività medico-

chirurgica: a) se l'evento si è verificato per colpa anche lieve dettata da imprudenza o negligenza; b) se l'evento è stato causato da colpa lieve dettata da imperizia; c) se l'evento è determinato da «imperizia *in eligendo*» ossia errore nella scelta dell'intervento o delle relative linee guida; d) se l'evento è conseguenza «di colpa grave» dettata da imperizia nell'esecuzione dell'atto medico.

È sconcertante constatare come il tema della responsabilità medica sia privo di certezze e mostri tanti dubbi irrisolti. Per fortuna, la pandemia in corso, ha indotto il Governo ad allentare la pressione giudiziaria sul personale medico e sanitario incaricato della somministrazione del vaccino anti SARS-COVID-2, escludendo la responsabilità penale (Decreto legge Draghi, 1 aprile 2021).

In questo decreto “ai fini della valutazione del grado della colpa, il magistrato dovrà tenere conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità: delle limitate conoscenze scientifiche che su questa nuova patologia e sulle terapie più appropriate, della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione all'enorme numero di casi da trattare e dell'aver svolto l'attività professionale al di fuori della propria area di specializzazione”.

Su un grave *vulnus*, effetto dell'incremento del contenzioso medico-legale, sarebbe utile riflettere: “la ritirata” delle compagnie di assicurazione deputate alla protezione della

r.c. per le aziende sanitarie.

Il fenomeno è divenuto molto preoccupante ed è causato non solo dalla continua crescita delle richieste di risarcimento ma, soprattutto, dalla impossibilità di potere valutare il rischio da coprire (risk management) a causa delle decisioni dei tribunali, della mancanza di appropriate tecniche di contenimento del rischio e dell'indeterminatezza di solide e validate linee guida della professione medica.

La rarefazione dell'apporto assicurativo ha conseguenze virali: minore protezione dei pazienti vittime della malpractice, maggiore disagio per i medici, aumento dei costi per lo Stato sia per l'incremento della medicina difensiva, sia delle tariffe assicurative.

CAPITOLO II

Giustizia e arte medica

La questione della cosiddetta “pressione giudiziaria” sull’operato del medico è molto controversa. Il ricorso alla legge per dirimere questioni sanitarie è frutto di un disagio e di una cultura che hanno creato uno iato profondo anche col paziente. Cause di questa conflittualità sono: la mancata accettazione che l’arte medica è empirica cioè esposta ad errori e la concezione dogmatica della giustizia, la quale spesso sconfinava in situazioni che non configurano violazioni della legge o del codice deontologico.

Nel secolo scorso, e soprattutto nei decenni successivi alla seconda guerra mondiale, la salute del genere umano ha conseguito il più grande miglioramento mai avvenuto nella storia. I progressi delle scienze mediche, come le vaccinazioni (vaiolo, poliomielite) e come le cure delle malattie microbiche (antibiotici) hanno avuto in quei decenni una applicazione diffusa, quasi universale.

Negli ultimi cinquanta anni i progressi tecnologici hanno impresso alle branche chirurgiche un impulso impensabile e permesso il conseguimento di risultati a volte miracolistici. In virtù di ciò la salute globale è notevolmente migliorata, ma specularmente sono aumentati i contenziosi medico-legali. In un momento in cui emergono drammaticamente istanze comuni (pandemia da virus SARS-CoV-2), occorre ridefinire una nuova tavola dei valori e sanare ferite che altrimenti possono peggiorare.

L'aumento esponenziale delle denunce e l'utilizzo distorto della obbligatorietà dell'azione penale da parte della magistratura, hanno sviluppato un clima di diffidenza crescente ed incontrollabile. La fiducia, come affermano i sociologi, è il cemento delle relazioni sociali e del vivere comunitario: il suo venire meno, soprattutto nel settore socio-sanitario, rappresenta una sconfitta per tutti. Platone nella Repubblica definisce la giustizia come «armonia», ossia equilibrio dove ciascuna delle parti compie le sue funzioni senza interferire con le altre, ma in armonia con esse. Per Aristotele la giustizia è

l'atteggiamento razionale che sa cogliere il giusto mezzo fra il troppo e il troppo poco, fra l'eccesso e il difetto⁵.

⁵ Aristotele, *Etica Nicomachea*.

Alla luce di ciò appare inaccettabile, in uno Stato di diritto laico, tanto la pretesa d'impunità di fronte ad un errore evitabile da parte del sanitario quanto la pretesa di amministrare la giustizia con un atteggiamento dogmatico da parte della magistratura. Il conflitto che ha generato un disagio profondo, fra giustizia e arte medica necessita di una soluzione e di un punto di equilibrio soprattutto per educare pazienti e congiunti ad una valutazione reale della malpractice, altrimenti al medico non resterà altro che sottrarsi sempre al rischio connesso al suo operato.

Ma la medicina difensiva si è dimostrata più funzionale a parare i colpi di giudici ed avvocati non a tutelare gli assistiti dal concreto rischio di errore, specie se di natura cognitiva, per certi versi non azzerabile. Se l'azione del medico si basa sul rischio clinico e sulla paura di procedimenti giudiziari per malpractice, la migliore prevenzione resta l'esame razionale, pubblico e autocritico, per evidenziare limiti, sbagli, insufficienze e distorsioni delle procedure cognitive e decisionali.

Nei primi anni ottanta del secolo scorso, il filosofo Karl Popper ammoniva i medici, inascoltato per un decennio e più, a non nascondere i propri errori ma ad utilizzarli per favorire un apprendimento riflessivo, un avanzamento delle conoscenze e un miglioramento delle pratiche cliniche⁶.

⁶ K. Popper, *Problemi, scopi e responsabilità della scienza*, 1963.

Ma se il decalogo di Popper deve rappresentare la stella polare dell'operato del medico, la giustizia non può esimersi da riflessioni. Da "Mani pulite" in poi l'invasione della magistratura nella vita sociale e politica è divenuta opprimente. L'espansione del potere giudiziario ha cause precise: la predominanza assoluta del Pubblico ministero, senza che a questo potere corrisponda una qualche responsabilità, la fusione fra giustizialismo e populismo, per cui l'unica élite tollerata dalla pubblica opinione è quella dei magistrati⁷.

Di norma, nei sistemi razionalizzati, l'onda destabilizzante viene assorbita da processi di analisi e valutazione delle cause e delle conseguenze. La storia ci insegna che questo rinnovamento è ineludibile e che competenza tecnico-scientifica e responsabilità politica non sono contrapposti: senza l'una non c'è l'altra, nel senso che la predominanza della prima diventa tecnicismo irresponsabile, la sola affermazione della seconda opportunismo sostenuto da arroganza. La pandemia in corso è esempio eloquente e paradigmatico.

La giustizia deve comprendere che l'atto medico ha delle peculiarità oggettive e singolari che vanno tenute in debita considerazione ed evitare che il contenzioso procuri effetti negativi dirompenti sul paziente e sul medico (entità con-

⁷ C. Sbailò, *Il crepuscolo del giustizialismo e la stagione delle riforme*, Huffpost, 20-4-2021.

nesse): il primo non può essere considerato fonte di rischio, il secondo non può essere demotivato, per paura delle conseguenze, nei confronti dell'arte che esercita. E se è accertato che la coscienza del rischio, porta la società a pretendere sempre maggiori livelli di sicurezza per il numero sempre maggiore di fonti e tipi di rischio, l'approccio accusatorio, orientato alla ricerca del colpevole più che delle criticità che hanno favorito l'errore, è da ritenersi tra i principali responsabili del conflitto fra giustizia e arte medica. Scrive Massimo Recalcati:

La passione per il sacrificio è solo umana. Gli uomini non si sono limitati a sacrificare sull'altare animali offerti ai loro Dei ma hanno sacrificato su quell'altare anche la loro vita. È il caso dell'uomo ipermorale che sacrifica il suo desiderio, o del martire del terrorismo che si immola per una Causa. Il sacrificio è un fantasma che proviene solo da una interpretazione colpevolizzante. La psicoanalisi, insieme alla parola più profonda di Gesù, si impegna invece a liberare la vita stessa dal peso del sacrificio. Il che comporta un diverso pensiero della Legge: l'uomo non è schiavo della Legge perché la Legge-come sostiene la lezione cristiana e quella di Lacan-non è fatta per l'uomo⁸.

⁸ M. Recalcati, *Contro il sacrificio. Al di là del fantasma sacrificale*, Raffaello Cortina Editore, 2017.

Non si vuole proporre in questo rapporto, fra giustizia e arte medica, “La beatitudine”, che un mondo secolarizzato ignora. Tuttavia essa sta lì, di fronte a noi, per rivelarci che, oltre l’averne c’è l’essere. Oltre noi stessi ci sono gli altri, come vorrebbe la nostra Costituzione, quando, all’art. 2, chiede a tutti indistintamente “l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

CAPITOLO III

Morale e Giustizia

Con la pace di Westfalia nel 1648 si tentò di separare la politica dalla religione, sarebbe anche opportuno sforzarsi di distinguere la morale dalla legge. Certo, l'equivoco è facile: la parola giustizia contiene in sé l'aggettivo *giusto*, il che attribuisce ad ogni sentenza un valore moralistico. A ciò bisogna aggiungere che viviamo, come scrive Guia Soncini, «nell'era della suscettibilità» per cui tutti siamo diventati dei piccoli togati pronti a sentenziare⁹.

Già Kelsen aveva osato affermare che la legge deve essere neutrale, per questo fu apostrofato di essere paranazista: ma forse quelli erano tempi complicati¹⁰.

La magistratura si ritiene, a volte, depositaria di una idea trascendente della giustizia, al contrario essa dovrebbe

⁹ G. Soncini, *L'era della suscettibilità*, Marsilio, 2021.

¹⁰ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Piccola biblioteca Einaudi, 2000.

avere una idea più umana:

Tanti magistrati avrebbero bisogno di un grande bagno di umiltà. E, anche di leggere un libro di diritto in meno ma una tragedia di Shakespeare in più. Imparerebbero a capire le loro debolezze, e quelle degli altri¹¹.

Il tema – giustizia e morale – è sicuramente un argomento sensibile: nell’*Antigone* di Sofocle è già eclatante il conflitto tra obblighi giuridici e obblighi morali¹².

L’uso comune del lessico (obbligo, diritto, divieto, libertà) di per sé può rendere i due termini indistinguibili, si aggiunga inoltre che la giustizia è definita “virtù morale che consiste nella costante e ferma volontà di dare a Dio e al prossimo ciò che è loro dovuto”.

Esiste pertanto una linea sottile fra giustizia legale e giustizia morale. Nel rapporto fra giustizia e sanità, però, etica e diritto andrebbero interpretati con una ottica diversa, priva di lacci giuridici e morali.

Nell’assioma «il meglio è nemico del bene» che Voltaire nel *Candido*, il suo lavoro più celebre, attribuisce al prota-

¹¹ F. Olivo, *Carlo Nordio: “Per l’accesso in magistratura manca un esame, quello psichiatrico”*, Huffpost, 1/4/2021.

¹² G. Zagrebelski, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cap. II, il Mulino, Bologna, 2008.

gonista vi può essere la chiave di volta per sanare o tentare di risolvere l'annoso problema del contenzioso medico-legale che i medici subiscono. La cura della salute è lo scopo dell'arte medica. In questo sforzo terapeutico la prestazione per ottenere il risultato è spesso titanica, eppure, come scopre Candido c'è un difetto intrinseco in questa logica del risultato, perché la perfezione come concetto assoluto è uno standard che non si può mai raggiungere, in fondo non offre altro che infelicità per chi la ricerca¹³.

Può essere felice il chirurgo che è costretto ad amputare un arto, sebbene egli con questa opzione ha scelto fra la qualità di vita e la vita stessa? Può essere rinviato a giudizio un medico che durante una procedura diagnostica o terapeutica ha perforato un viscere cavo causando una peritonite, cui bisogna ovviare con un intervento chirurgico? L'evento avverso che ha determinato la complicità, è stato causato da negligenza, imperizia e imprudenza oppure da cause che nulla hanno a che vedere con la colpa? La giustizia sa rispondere a queste domande oppure accende i riflettori solo sul nesso di causalità. Ridurre il tutto ad un nesso di causalità, peraltro giudicato ex post, non è né etico né legale, è ingiusto. Le perizie richieste si basano sulla valutazione di cartelle cliniche che, anche se compilate adeguatamente, in realtà, descrivono fatti cronologici che non possono narrare

¹³ Voltaire, *Candido o l'Ottimismo*.

compiutamente la procellosa serie degli eventi insorti o delle complicanze. Questi sono spesso imprevedibili e non prevenibili nonostante siano state adottate tutte le misure idonee a scongiurarle o le procedure atte a risolverle.

L'Evidence-based Medicine (EBM) individua, infatti, le prestazioni di provata efficacia secondo criteri omogenei e scientificamente fondati, ma tale metodo tuttavia non copre tutti i possibili interventi o le possibili prestazioni e si scontra con il fatto che la medicina non è una scienza esatta e, in ogni caso, ha delle caratteristiche uniche e molteplici circostanze di cui tenere conto. Si aggiunga che l'arte medica implica anche un agire che ha rilevanza collettiva e che l'assunzione di tale responsabilità è una parte importante dell'etica del medico. Platone stesso nella *Repubblica* lo sottolinea:

La medicina, non cerca il suo proprio utile, ma quello del corpo. E non saresti dell'avviso che nessun medico, in quanto medico, ha di mira il proprio utile e lo prescrive ad altri, e che, invece, si propone l'utile del malato?¹⁴

Non si vuole chiedere impunità, ma non si può sottoporre l'azione medica a procedure giuridiche e morali stan-

¹⁴ Platone, *Repubblica*, 331.

dard. Il recentissimo decreto-legge Draghi introduce, adattandola alle operazioni di somministrazione dei vaccini anti-Covid, una scriminatura analoga, ma non identica a quella introdotta nel 2017, dalla legge Gelli-Bianco nell'ambito di una disciplina delle ipotesi di colpa medica che resta oggetto di molte critiche dei professionisti della sanità. È un dato positivo, ma per rispondere alle comprensibili preoccupazioni di medici e infermieri occorre anche ricercare nuove soluzioni sul terreno del procedimento penale, prevedendo una linea di tutela dell'interesse collettivo del personale sanitario¹⁵.

Eludere questo problema provoca una malpractice: la medicina difensiva. Di questa si rinviene nella letteratura statunitense, la migliore e più diffusa definizione:

La medicina difensiva si verifica quando i medici ordinano test, procedure e visite, oppure evitano pazienti o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non necessariamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice. Quando i medici prescrivono extra test o procedure per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice, essi praticano una medicina difensiva positiva. Quando essi evitano certi pazienti o procedure, essi praticano una medicina di-

¹⁵ N. Rossi *Leggi e Istituzioni*, 10/4/2021.

fensiva negativa¹⁶.

Sarà impossibile distinguere una medicina difensiva positiva da una medicina difensiva negativa. Né la giustizia né la morale potranno dare risposte plausibili a questo interrogativo. È etico accettare questa malpractice come risposta ad una campagna mediatica assetata di domanda di giustizia (civile e penale) nei confronti del mondo della sanità? Il quesito richiede una risposta nell'interesse dei medici e dei pazienti e per esigenza di giustizia e morale.

Non si può costruire una società sul diritto penale. Solo la legge del taglione prevede per una supposta malpractice un contenzioso medico-legale, ciò cristallizza il rancore sociale e coincide con la vendetta.

È espressione di un diritto cosiddetto retributivo, che è ancora un imperativo morale e categorico come al tempo di Kant, per il quale a costo di dovere estinguere la specie umana, anche l'ultimo abitante di un'isola avrebbe dovuto espiare la sua pena capitale. Kant è morto prima che gli ideali della Rivoluzione francese separassero definitivamente il diritto dalla morale in Occidente.

Parrebbe opportuno, invece, valutare se il giudizio civile e penale, a cui oggi i medici sono sottoposti per la loro professione, è diventato un barbaro mezzo coercitivo oppure

¹⁶ OTA, *Office of Technology assessment*, USA Congress.

una nuova forma valoriale.

Il problema dei rapporti tra diritto e morale è, senza esagerazione alcuna, il problema fondamentale della filosofia del diritto.

Ciò diventa ancora più visibile non tanto nei casi di “affinità” tra i due ambiti, quanto nei possibili casi di “confitto” fra di essi. È intuitivo che diritto e morale possono avanzare richieste differenti come in questioni “eticamente sensibili” (ad esempio in campo bioetico), eppure il diritto reclama sempre “una supremazia”.

Ciò significa che là dove c’è un obbligo giuridico, esso pretende di prevalere su qualunque obbligo di altra natura, a meno che non sia il diritto stesso a prevedere la propria derogabilità in favore di obblighi di tipo diverso.

Questa peculiarità degli obblighi crea un oggettivo sospetto, specialmente quando configgono con un obbligo morale: è l’essere “indipendente dal contenuto”¹⁷.

Più semplicemente: il diritto è obbligatorio non in virtù di ciò che dice, ossia del suo contenuto (come la morale), ma in virtù della sua provenienza. Un obbligo giuridico, dunque, sussiste per il solo fatto di provenire da una fonte autorizzata a produrre diritto (potere legislativo), e non perché giusto o condivisibile.

¹⁷ H. L. A. Hart *Legal and Moral Obligation*, in A.I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Washington 1958.

Da qui il concetto di giustizia come “dogma”, ossia principio da accettare per vero o per giusto, senza esame critico o discussione (così si spiega il detto “le sentenze non si discutono”).

Tale filosofia non può essere condivisibile in generale, ma soprattutto non è accettabile in ambito sanitario.

CAPITOLO IV

La obbligatorietà dell'azione penale

La obbligatorietà dell'azione penale fa riferimento all'articolo 112 della Costituzione. La legittimazione dell'organo dell'accusa mette in evidenza come soltanto una fonte legislativa possa definire le scelte idonee a concretizzare con giustizia i principi di indipendenza del pubblico ministero, di eguaglianza e di legalità¹⁸.

Se l'articolo 101 comma 2 della Costituzione stabilisce la regola della sottoposizione del giudice alla legge – senza peraltro escludere il pubblico ministero – l'articolo 112 della Costituzione fissa come principio la necessità dell'intervento normativo nei casi in cui si prospetti utile un affievolimento dell'interesse alla persecuzione che non pregiudichi né il valore dell'indipendenza, né quello dell'eguaglianza, ma favorisca nel contempo l'interesse all'efficienza del si-

¹⁸ O. Dominioni, *Azione penale*, in *Drg. discipl. pen.*, vol. I, Torino 1987, p. 409.

stema¹⁹.

Sulla scorta di questa considerazione è possibile quindi individuare le possibili soluzioni agli interessi confliggenti facendo riferimento ad istituti che consentono all'azione penale di garantire risultati operativi in base a valutazioni riferibili a parametri normativi quali quelli inseriti nella dimensione della irrilevanza o della tenuità del fatto²⁰.

La realtà fattuale, resa evidente da circa 35.000 contenziosi sanitari per anno e 300.000 fascicoli processuali pendenti, mette in evidenza che non esistono regole di fonte legislativa che riguardano l'operare dei pubblici ministeri, i quali si avvalgono dunque, nei singoli uffici, di direttive interne fornite dal Procuratore capo anche in base alla disposizione secondo cui

il Procuratore della Repubblica assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale... e il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio (Art.1 Comma 2 d.Lgs. 106/2006). Eppure il 95% dei procedimenti giudiziari si conclude con il

¹⁹ M. Di Napoli, *Tutela dei diritti ed efficace esercizio dell'azione penale: il punto di vista di una Procura della Repubblica*, in *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Milano 2009, p. 45.

²⁰ N. Galantini, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*. *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, p. 2.

proscioglimento dei sanitari!²¹

L'obbligatorietà dell'azione penale risulta quindi molto discrezionale. In relazione al tema trattato *Giustizia e Sanità* tale discrezionalità molto spesso ha il dogma della superficialità, dell'accondiscenza mediatica e purtroppo della protervia in un campo – quello sanitario – nel quale il prevedibile non è prevenibile. Purtroppo questo basilare concetto non è tenuto in debita considerazione dall'Ufficio del pubblico ministero, ma ancora più gravemente, è negletto dal giudice delle indagini preliminari (GUP), che con colpevole ignavia emette il verdetto di rinvio a giudizio innescando una gogna mediatica su cui svolazzano goduriosi gli sciacalli del giustizialismo. «L'azione penale è pubblica e il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere o ritardare l'esercizio di convenienza», così recitava l'articolo della relazione redatta da Piero Calamandrei per la sottocommissione della Commissione per la Costituzione²².

Una definizione quella di Calamandrei meno rigida di quella che verrà consacrata nell'art. 112: «il pubblico mini-

²¹ Fonti: Tribunale del malato, 2015; Commissione Parlamentare d'Inchiesta sugli errori sanitari, 2013.

²² P. Calamandrei, Commissione per la Costituzione. II Sottocommissione, sed. ant. 10 gennaio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparativi della Assemblea Costituente*, VIII ed., 1993.

stero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale».

Questo articolo è considerato vessillo e usbergo della difesa della indipendenza della magistratura! Di contro quanti si oppongono a questo totem asseriscono: l'obbligatorietà dell'azione penale è un feticcio, gli armadi delle procure sono pieni di migliaia di fascicoli abbandonati, i pubblici ministeri non vogliono ammettere questa loro discrezionalità di fatto perché vogliono esercitarla in maniera completa e dunque anche arbitraria.

Questo atteggiamento è profondamente antidemocratico: perché in democrazia non è concepibile alcuna attività che comporti scelte politiche, disgiunta da qualche forma di responsabilità politica²³. Il *vulnus* normativo che l'art. 112 Cost. palesa è evidenziato nella premessa della proposta di legge costituzionale n. 2710/20 presentata alla Camera dei Deputati l'8 ottobre 2020.

L'elevatissimo numero dei reati da perseguire, necessariamente superiore alle forze che qualsiasi Stato può mettere in campo, fa sì che l'azione penale sia oggi esercitata secondo criteri soggettivi liberamente individuati dagli uffici giudiziari o dai singoli magistrati, urge, pertanto la precisione di una scala oggettiva di obiettivi da raggiungere, segnatamente la definizione,

²³ P. Borgna, *Esercizio obbligatorio dell'azione penale nell'era della pan-penalizzazione*. *Questione Giustizia*. Leggi e Istituzioni, 31/10/2019.

per atto di legge, dei criteri e delle priorità di esercizio dell'azione penale, senza che ciò implichi la subordinazione dei pubblici ministeri al potere politico poiché solo il quadro delle priorità è stabilito dal parlamento, mentre l'esercizio concreto della funzione dell'accusa resta, ovviamente, autonomo e indipendente²⁴.

Il periodo storico drammatico che stiamo vivendo caratterizzato dalla pandemia virale indotta dal Covid-19 è utile per riflettere sulla patologia provocata dalla obbligatorietà della azione penale. L'emotività del momento ha spinto i mass-media a coniare epiteti omerici nei confronti dei sanitari, essi sono stati definiti eroi, ma i medici hanno sempre fatto il loro dovere perché forgiati culturalmente e umanamente a prendersi cura della salute di bambini, giovani, adulti e anziani.

Da anni, tuttavia, essi sono stati buttati nell'arena dei giochi circensi grazie ad un mantra "la malasanità", che ha permesso a tanti (giornalisti, conduttori televisivi, magistrati, avvocati, periti, pazienti e familiari) di lucrare in maniera indegna. Lo spettacolo circense ha come regista la obbligatorietà dell'azione penale! Mentre il vento impetuoso della pandemia ancora soffia, sono state istituite class-action per censurare l'operato dei medici.

²⁴ G. Bartolotti, Atti Parlamentari - Camera dei Deputati, Disegni di legge e relazioni - Documenti XVIII legislatura, 1.

Segnali inquietanti ce n'erano, ma quelli di oggi sono insopportabili: vanno subito rimossi. Parlamento, governo e magistratura hanno il dovere morale e civile di arrestare questa barbarie priva di finalità civile e morale, motivata solo ed esclusivamente da una sorta di reddito di cittadinanza mascherato.

La pandemia determinata dal Covid-19 è un unicum, ma ogni atto medico e soprattutto chirurgico è un unicum; pensare che la giustizia possa imporre i tempi e i modi di operare in condizioni spesso precarie e eccezionali sarebbe un errore. Tutti i medici si avvierebbero verso un comportamento difensivo per evitare procedimenti giudiziari per se stessi e per i propri beni. La magistratura, in nome della obbligatorietà dell'azione penale, ha occupato ogni spazio disponibile, incurante di esigenze politiche, sociali ed economiche.

Lascia attoniti e profondamente turbati ascoltare e leggere frasi come “non ci sono innocenti, solo colpevoli non ancora scoperti”, reiteratamente e arrogantemente pronunciate in numerosi talk-show da un autorevole magistrato, senza che il Presidente della Repubblica, capo del CSM, sia mai intervenuto per chiedere maggior garbo.

La gravità di simili affermazioni dovrebbe essere compresa da tutti soprattutto dai politici, ma questi sono miopi, spesso pensano di potere battere gli avversari servendosi

delle inchieste giudiziarie.

Nessuna tragicità romantica traspare da questi comportamenti, al contrario emerge che: il giustizialismo ha calpestatato i principi basilari del diritto, il tornaconto personale ha sostituito l'interesse collettivo. L'obbligatorietà dell'azione penale è lo scudo che giustifica e protegge tutto questo. Singolare, poi, ripetiamo il fatto che rarissimi GUP (giudice indagine preliminare) si assumano la responsabilità di archiviare le denunce che hanno dato la stura al procedimento penale. Più che strano è vergognoso.

Ne deriva che, complice prima il declino e poi l'evaporazione dei partiti, la Legge si è sostituita alla politica e il protagonismo di taluni magistrati al giudizio delle urne. I movimenti giustizialisti hanno cavalcato questa onda moralistica e populista per nascondere incompetenza, odio e assenza di visione politica, essi hanno alimentato acredine e insofferenza verso i camici bianchi.

Soffiando sulle diseguaglianze sociali, hanno cancellato il significato di casta ed élite, privilegio e rango, la competenza è divenuta una bestemmia. Il legislatore non può ignorare questi problemi e deve essere consapevole che i medici hanno sempre agito con diligenza, perizia e prudenza e che l'arte medica è umana non soprannaturale. Forse bisogna riflettere su quanto Carlo Nordio, magistrato colto e capace, ha scritto in un editoriale

... non esiste in nessun Paese al mondo, come noi pomposamente pretendiamo, il codice accusatorio – alla Perry Mason –. Il nostro legislatore ci aveva provato, ma il tentativo è stato bocciato dalla Corte Costituzionale. Così il nostro codice resta un indovinello avvolto in un impenetrabile mistero²⁵.

Già Calamandrei manifestava la sua preoccupazione

... con norme previste, si avrebbe un corpo di magistrati completamente indipendente, il quale deciderebbe delle nomine, provvederebbe alla designazione ai vari uffici, auto-eserciterebbe la disciplina e delibererebbe delle spese. Con una magistratura così chiusa, si potrebbero verificare conflitti con il potere legislativo o con quello esecutivo, in quanto la magistratura potrebbe, per esempio, rifiutarsi di applicare una legge o attribuirsi il potere di stabilire criteri generali di interpretazione delle leggi.

Era il 1946 non il 2021, non si conosceva ancora il Sistema Palamara!

²⁵ C. Nordio, *La vicenda dell'ex sindaco di Roma Ignazio Marino*, Gazzettino, 11 aprile 2019.

CAPITOLO V

Il rischio clinico

Il sistema sanitario è un sistema complesso in cui interagiscono molteplici fattori. Tutti gli elementi del sistema devono integrarsi e coordinarsi, per rispondere ai bisogni assistenziali del paziente ed assicurargli la migliore cura possibile.

Come in altri sistemi complessi, quali l'aviazione, le centrali nucleari o i sistemi di difesa militari, anche in ambito sanitario possono verificarsi incidenti ed errori. Per molti anni si è tentato di trasferire in sanità le procedure di sicurezza progettate per gli altri settori, ma al contrario di essi, caratterizzati da una impronta prevalentemente meccanistica, in quello sanitario prevale il “fattore umano”, risorsa e criticità. Infatti, se da una parte l'adattabilità dei comportamenti, la dinamicità e la complessità delle relazioni interpersonali sono prerogative fondamentali delle risorse umane all'interno del sistema, esse costituiscono, nello

stesso tempo, un fattore critico, perché le dinamiche di lavoro sono complesse, la performance individuale variabile e, soprattutto, i risultati dei processi non sempre prevedibili e riproducibili²⁶.

I rischi sanitari vengono affrontati con una serie di procedure basate sulla analisi e gestione del rischio. Nella prima procedura (analisi) si identifica il rischio, lo si definisce, lo si studia nelle sue caratteristiche; vengono valutati probabilità, gravità, scala temporale degli effetti, la reversibilità oppure l'irreversibilità delle conseguenze e il grado di incertezza associato ad ogni fase della valutazione.

La seconda fase (gestione) del rischio è una procedura decisionale che sulla base delle informazioni scientifiche, dei valori individuali in gioco, del confronto fra i rischi e del rapporto costi-benefici, porta ad una decisione operativa che dovrà essere improntata a saggezza e prudenza²⁷.

Lo schema esposto tende a descrivere l'analisi come un processo tecnico-scientifico dal quale si attendono quantificazioni anche numeriche, mentre la gestione del rischio è improntata ad un procedimento in cui intervengono giudizi di valore e analisi soggettive in cui il know-how del sanitario gioca un ruolo molto importante. In realtà il problema della

²⁶ Ministero della Salute, *Sicurezza dei pazienti e gestione del rischio clinico*. Manuale degli operatori sanitari, p.8.

²⁷ U. Beck, *La società del rischio*, Carocci, Roma 2000.

valutazione e gestione del rischio è molto più complesso, perché è soggetto non solo a fattori imponderabili, ma anche al dovere comunicare con il paziente (e anche con i congiunti).

Da ciò risulta la necessità di dovere abbandonare lo schema lineare, in cui le varie fasi si susseguono, per sostituirlo con uno schema circolare, in cui analisi, gestione e comunicazione rappresentano tre archi di un cerchio lungo il quale ci si muove ripetutamente nei due sensi²⁸.

La salute del paziente è lo scopo dell'azione del medico, la sicurezza delle procedure il mezzo per ottenere tale risultato. Il rischio clinico definisce la probabilità per un paziente di rimanere vittima di un evento avverso, ossia di un danno o disagio imputabile (almeno in parte) alle cure mediche.

Il danno può essere rappresentato da un prolungamento del ricovero ospedaliero, da un peggioramento delle condizioni di salute, dalla morte. Occorre, tuttavia, sottolineare che la società in cui viviamo tende ad azzerare il rischio e non accetta l'evento avverso, anche quando vengono raggiunti i livelli corretti di target di una terapia e seguite con scrupolo tutte le procedure aggiornate.

Nessuno mette in dubbio le prescrizioni e le indicazioni (linee guida) relative alla sicurezza dei pazienti e alla gestione

²⁸ G.M. Risk, in L.C. Becker – C.B. Becker (eds.), *Enciclopedia of ethics*, Routledge, New York 2001, pp. 1513-1515.

del rischio clinico, anzi debbono essere scrupolosamente osservate! Ma in medicina, le linee guida, non sono sufficienti ad escludere sempre la complicità, nemmeno quando esse sono applicate nel modo più rigoroso.

È necessario accettare una evoluzione diversa e imprevedibile della malattia. La verità analitica, infatti, non sempre assume le forme ontologiche dell'«*adaequatio rei et intellectus*»²⁹, poiché il soggetto non può avanzare nei suoi confronti nessuna pretesa di governo, essendone spesso assoggettato.

L'errore pertanto è intrinseco e ineludibile. La volontarietà è la componente fondamentale per una valutazione etica e giuridica dell'errore: la responsabilità, però, non può essere ridotta al rispetto formale di regole e procedure.

In dottrina la rilevanza del comportamento umano varia a seconda che l'errore sia di tipo conoscitivo, applicativo o operativo.

L'errore “conoscitivo” è intrinsecamente connesso ai limiti del sapere umano. Nessun aspetto della scienza può essere considerato definitivo e le conoscenze, pur progredendo, restano sempre limitate.

L'errore conoscitivo è incolpevole se deriva da limiti intrinseci al patrimonio culturale disponibile, vi è invece una responsabilità se esso deriva da negligenza nel curare la pro-

²⁹ Cfr. san Tommaso d'Aquino.

pria personale formazione o in una mancanza di aggiornamento.

L'errore "applicativo" deriva da conoscenze di per sé adeguate, ma la cui applicazione è ancora incerta. Come per l'errore conoscitivo, vi è responsabilità soltanto quando vi è negligenza. Nell'errore "operativo" derivante da imperizia, imprudenza o negligenza, vi è una rilevanza giuridica. Il nesso responsabilità-errore è alla base del contenzioso e dell'azione giudiziaria.

Il caso che di seguito verrà esposto mette in evidenza i limiti evidenti di una sentenza basata su linee guida, protocolli, procedure e supposizioni.

IL FATTO

Sentenza 6 Settembre 2011 della
Corte di Cassazione, sez. IV Penale:

Risponde del reato di cui all'art. 589 c.p., il medico che, non disponendo necessari approfondimenti diagnostici, cagionava, con negligenza, imperizia e imprudenza, la morte

della paziente.

Si trattava di una paziente che, per una riferita crisi di cefalea, era stata visitata da un neurologo. Non riscontrando obiettività neurologica, il medico non prescrive alcun accertamento. Purtroppo la sventurata paziente soffriva di un aneurisma endocranico (tale patologia dà segni di sé purtroppo quando si rompe). Passati pochi giorni dalla visita, la paziente muore per emorragia intracranica da rottura aneurisma. Il medico è stato giudicato colpevole di omicidio colposo poiché per i magistrati della Suprema Corte:

... era condotta doverosa da parte del medico procedere ad altri accertamenti diagnostici, in un soggetto affetto da cefalea sentinella, uno stato di benessere momentaneo non esclude un possibile aneurisma cerebrale.

I giudici, nell'emettere la sentenza di condanna, hanno ritenuto che se il medico avesse sottoposto la paziente a EEG,

TAC cranica, angioRmn, angiografia cerebrale, si sarebbe rilevata la patologia. Sicuramente il perito tecnico d'ufficio ha scritto queste conclusioni nel suo elaborato.

Ci si chiede: vanno richiesti questi accertamenti a tutti i pazienti che accusano cefalee saltuarie? Di fronte ad una obiettività neurologica negativa, il perito (se avesse avuto in carico la paziente) avrebbe richiesto una Angiotac cerebrale? La risposta è No!

Il caso riportato mette in evidenza la manipolazione dell'analisi e della gestione del rischio clinico, di più conferma l'incompetenza dottrinarica di chi ha giudicato. Ma ancora più sconvolgente (perché si tratta della stessa imputazione) è la sentenza emessa dalla Corte di Cassazione, sez. IV Penale, 23 Novembre 2010 - 2 Marzo 2011, n. 8284:

Linee guida ... nulla può aggiungere o togliere al diritto del malato di ottenere prestazioni mediche più appropriate né

all'autonomia ed alla responsabilità del medico nella cura del paziente... nulla, peraltro, si conosce dei contenuti di tali linee guida, né dell'autorità dalle quali provengono, né del loro livello di scientificità, né delle finalità che con esse si intende perseguire, né è dato di conoscere se le stesse rappresentino un'ulteriore garanzia per il paziente ovvero, come sembra capire dalla lettura delle sentenze in atti, altro non siano che uno strumento per garantire l'economicità della gestione.

Non basta più dire che la medicina è fallace e che la giustizia non è un dogma, bisogna, forse, aggiungere che la legge si interpreta per gli amici e si applica per i nemici.

Sarebbe opportuno accettare che nemmeno la più attenta analisi e gestione del rischio clinico può cancellare la possibilità dell'errore; che il medico opera con scienza e coscienza, in un ambito, in cui il risultato non può essere sempre garantito.

Necessita convincersi che l'arte medica non è divinatoria e che chi la esercita non è un sacerdote infedele se, in talune circostanze, è sconfitto da eventi e cause imponderabili. Se ciò fosse compreso da chi esercita la giustizia assisteremmo ad una riduzione considerevole dei contenziosi per malpractice ed alle conseguenze che questo conflitto produce.

CAPITOLO VI

Aspetti giuridici

L'attesa del risultato positivo, dopo una prestazione sanitaria, è così consolidata nel paziente, che un risultato disatteso non è accettato. L'esito imprevisto, quindi, diviene "malasanità". A tale convincimento ha indubbiamente contribuito anche l'enfasi disinvolta del medico tendente a enfatizzare i risultati, contribuendo in tal modo a generare nella opinione pubblica la convinzione che tutte le patologie sono guaribili; eppure il profano non può capire se il caso clinico è ineluttabilmente pregiudicato e destinato ad una evoluzione sfavorevole oppure se è stato oggetto di un trattamento inadeguato.

Di fatto, nella maggioranza dei casi, il paziente denuncia non già per ottenere giustizia, ma per ottenere un risarcimento economico. Il medico, allora, cerca rifugio in comportamenti difensivi: accertamenti inutili, ossessiva applicazione delle linee guida, perdita della relazione fidu-

ciaria. Ma nemmeno questi atteggiamenti spesso sono sufficienti ad evitare di entrare in quel girone infernale chiamato giustizia.

“Linea guida” è la raccomandazione di un comportamento clinico indicativa delle modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche; “percorso assistenziale” è la sequenza logica di accertamenti diagnostici e/o trattamenti terapeutici indicati o suggeriti secondo la *evidence based medicine*; “protocollo diagnostico-terapeutico” è lo schema di comportamento diagnostico-terapeutico atto a garantire la validità e la certezza d’un dato tecnico. In merito alla applicazione delle “linee guida” occorre puntualizzare (specie dopo l’emanazione del Decreto 158/2012) che solo una corretta applicazione delle stesse potrà considerarsi elemento favorevole per l’operato del sanitario. Infatti, in caso di sospetto comportamento inadeguato in diagnostica o in terapia, il giudizio sul comportamento del medico (o dei sanitari), non potrà che derivare da un attento e fedele riferimento a linee guida, per casi assistenziali e protocolli diagnostici³⁰.

È opportuno, tuttavia evidenziare che:

Le linee guida, a differenza dei protocolli, non impongono tassativi comportamenti ma forniscono solo

³⁰ F. De Ferrari, *Il parere del medico-legale*, Brescia-Medica n. 365, 2012-2013, pp. 25-28.

alcuni criteri di massima ai quali ispirarsi, mantenendo comunque – e giustamente – all’operatore ogni autonomia decisionale, una volta confrontate tali linee con le caratteristiche specifiche del caso in esame³¹.

Le linee guida dovrebbero essere intese come una sorta di minimo comune denominatore dell’assistenza possibile nella maggior parte delle strutture sanitarie, e non già come il massimo effettuabile, che non sempre può essere realizzato in ogni sede. La loro violazione non costituisce di per sé “inosservanza” in quanto non sono prescritte ma rappresentano lo standard di comportamento cui fare riferimento secondo la evidence based medicine; da esse ci si può allontanare qualora il caso clinico lo giustifichi.

Per converso, una ingiustificata (o peggio non motivata o erronea) applicazione di linee guida in modo acritico e non ponderato, anziché rappresentare un motivo di “discolpa” per il medico potrà costituire un elemento a sfavore dello stesso, proprio perché elemento dimostrativo di un operato non sufficientemente perito, prudente e diligente.

Va inoltre sottolineato che nella pratica medica, l’atteggiamento di difesa prodottosi, in seguito ai contenziosi, è controproducente perché viene compromesso il rapporto fiduciario medico-paziente e perché si aumenta il costo im-

³¹ P. Benciolini in F. De Ferrari, *Il parere del medico-legale*, Brescia-Medica n. 365, 2012-2013, pp. 25-28.

produttivo, non utile alla diagnosi e cura del paziente, con conseguente esposizione del sanitario al diritto di rivalsa della struttura sanitaria o altre strutture con compiti di sorveglianza.

L'attività sanitaria è regolata da norme giuridiche, regolate dall'art. 1218 del Codice Civile. La "responsabilità" viene definita dalla situazione giuridica di un soggetto che deve rispondere ad altri per una obbligazione dipendente dal suo comportamento: attivo od omissivo. Il "soggetto" è chi deve adempiere, assolvere l'obbligazione: soggetti beneficiari sono i titolari finali dell'esito dell'obbligo. Il "soggetto responsabile" deve essere capace, imputabile, e l'azione commessa deve essere in contrasto con quanto è stabilito nelle regole giuridiche.

L'aumento dei casi di contestazione di responsabilità medica, vede il paziente come un soggetto che si affianca al sanitario nella decisione terapeutica, chirurgica in particolare: il medico deve informare, proporre e ricevere l'accettazione della scelta terapeutica da parte del malato. Questo rapporto di fiducia, oggi, si basa esclusivamente sul risultato. È un paradosso ed evidenzia una anomalia sostanziale. In considerazione di questo atteggiamento opportunistico e sleale, il medico dovrebbe tenere a mente quanto scritto da Mosè Maimonide nella Preghiera del medico: «Dio allontana da me l'idea che io possa tutto», ma anche l'ammoni-

mento riferito ad un Anonimo: «... se ti proponi come Dio, non ti lamentare se quando piove se la prendono con te ...».

La diffidenza pregiudiziale e il timore di avere a che fare con professionisti non all'altezza del compito è il segno di una relazione distorta in cui entrambi gli attori sono prigionieri, con il contributo non secondario degli operatori della giustizia (avvocati e magistrati). La perdita di questa relazione fiduciaria comporta la nascita del sospetto e l'insorgere di una paura reciproca, che inficia e pregiudica la stabilità del rapporto. Le norme giuridiche che regolano l'attività professionale sanitaria riguardano anche aspetti contrattuali. Il medico che non si conforma a tali canoni è accusato di inadempimento contrattuale.

Il paziente che ritiene di essere vittima di malpractice deve provare giustizialmente di avere subito un torto, il medico potrà difendersi con i mezzi di prova a sua disposizione e dimostrare che l'inesattezza della prestazione è dipesa da cause a lui non imputabili, ovvero che non si tratta di inosservanza della cosiddetta *good practice*. Come è lontana l'immagine del medico come personaggio di riferimento positivo della collettività (il dottor Mason de *La Cittadella* di Cronin).

Vi sono vari tipi di responsabilità: civile, penale, amministrativa, contabile ... disciplinate dalle norme del Diritto Civile, Penale, Amministrativo e dalle norme relative alla re-

sponsabilità contabile.

Non è scopo di questo saggio addentrarsi nei meandri del Diritto (chi scrive non possiede questa competenza), ma è doveroso sottolineare significato e conseguenze di tre parole: negligenza, imprudenza e imperizia. “Negligenza” è l’omissione volontaria di una attività imposta da un dovere di diligenza (ricomprende disaccortezza e disattenzione); “imprudenza” è l’attività compiuta senza quelle cautele suggerite da ordinarie regole; “imperizia” è il difetto delle necessarie cognizioni ordinariamente richieste.

Fra gli aspetti giuridici, “il consenso informato”, presenta notevole rilevanza. Il consenso informato medico è il processo con cui il paziente decide in modo libero ed autonomo dopo che gli sono state presentate una serie specifica di informazioni, rese a lui comprensibili da parte del medico o equipe medica, se iniziare o proseguire il trattamento sanitario previsto (Legge 219/17, art.1, commi 2,3). In riferimento al consenso informato è stato autorevolmente affermato che:

non vi è chi non veda come il consenso rappresenti elemento essenziale del rapporto tra il medico e il suo assistito, ad esso e alle sue caratteristiche di espressione subordinandosi la validità dell’atto e la conformità delle obbligazioni al concetto assunto; di tutto ciò dovendosi fornire dimostrazione probatoria, il cui onere in-

combe di fatto sul professionista³².

È stata, poi, sottolineata la necessità di spostare sempre di più l'accento dal medico e dal suo potere nella direzione del paziente, della sua dignità, della sua volontà, sino a giungere ad una nuova impostazione concettuale della relazione medico-paziente, in modo che il termine consenso informato – troppo spesso rigida espressione burocratica – possa venire sostituito da quello di partecipazione consapevole, al fine proprio di sottolineare il ruolo attivo del paziente nel processo decisionale quale alleato del medico nella lotta alla malattia³³.

Ma va altresì sottolineato che il perimetro del consenso non può ritenersi di dimensioni sconfiniate né uguale per tutti, perché l'informazione che esso racchiude deve essere personalizzata alle peculiarità psicologiche del paziente, al suo stato di malattia e alla possibilità della terapia in una armonica sintesi tra la promozione in autonomia dei suoi processi decisionali e l'ineludibile rispetto del principio etico e giuridico della non maleficenza³⁴.

³² G.A. Norelli, E. Mazzeo, *Il consenso informato*, Società Scientifica Melchiorre Gioia, Tagete n. 4, Ed. Acomep, 1998.

³³ E. Turillazzi, C. Guerra, in "Rivista italiana di medicina legale", ISSN 1124-3676 - 3 (2007).

³⁴ L. Baccelli, *La medicina difensiva divora l'alleanza terapeutica*, News Letter di Scienza e Vita, "Focus", 2010, p. 3.

L'accusa di negligenza e colpa ha per il medico pesanti conseguenze psicofisiche. Già, nel 1990, uno studio canadese ha dimostrato che i medici accusati di malpractice, anche se mai in sede penale, soffrono di gravi traumi emozionali prima e durante il processo: i medici contattati, durante questa ricerca, hanno dichiarato che l'essere processati provoca sentimenti uguali a quelli di un grave lutto. In altri studi, i medici accusati, hanno riferito sintomi associati alla depressione e al burnout.

Di fronte a questo disastro, motivi scientifici, morali, giuridici e sociali, dovrebbero indurre il legislatore a risolvere disagio e conflitto attraverso una depenalizzazione dei reati di lesioni personali e omicidio per colpa medica. È ineludibile ormai una legislazione che imponga un giudice specializzato e l'istruzione di un processo ritagliato sulla colpa medica, che esiti, in tempi brevi, un giudizio.

Sarebbe auspicabile, inoltre, che l'udienza preliminare non fosse una stazione di passaggio, anzi un imbuto verso l'inevitabile processo. Il giudice dell'udienza preliminare (GUP) deve assumersi le proprie responsabilità senza voltarsi dall'altra parte. Come il medico sa che la storia della medicina è colma di errori e verità, il magistrato dovrebbe sempre ricordare che anche la storia della giustizia è ricca di errori e verità.

CAPITOLO VII

Risarcimento o speculazione?

Sei vittima di un caso grave di malasanità? Hai subito un errore medico, ospedaliero? Noi ti consigliamo la strada migliore per ottenere il giusto risarcimento. Consulenza gratuita. Nessun costo anticipato.

Un annuncio simile provoca prima stupore poi tanta indignazione. Eppure sono numerosissime le associazioni e gli studi legali che promuovono questa pubblicità. Attribuire a tali annunci tragicità romantica o pura passione civile è poco credibile, è falso. Sicuramente si tratta di una speculazione che il *vulnus* normativo e etico concede e che il concetto filosofico di salute permette. L'art. 32 della Costituzione recita:

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Molte Corti e Organizzazioni Internazionali hanno sottolineato che la salute non è semplice assenza di malattia, ma “completo benessere fisico e psichico”. Il mondo della sanità ritiene che l’onda impetuosa del contenzioso medico-legale sia attribuibile all’orientamento della giurisprudenza italiana che ha aggravato anche sotto il profilo della responsabilità civile, la posizione delle strutture sanitarie e dei singoli medici. Per lo più si ritiene che l’aggravamento di tale posizione sia avvenuta a causa dello spostamento della tutela giudiziaria della salute del paziente nell’orbita della tutela contrattuale. Tale riflessione è contraddetta da quanti affermano che

il fenomeno della crescita obiettiva del contenzioso in ambito sanitario è conseguenza di una maggior tutela della salute del paziente e occasione di verifica delle *défaillances* del sistema sanitario³⁵.

La legge più attuale che regola la responsabilità medica è la legge n. 24/2017, la cosiddetta Legge Gelli, nella quale è definito il diritto per il paziente ad avere il miglior trattamento medico a tutela della sua salute. In questa legge si esclude la responsabilità penale per imperizia a patto che il

³⁵ L. Minniti, *Medicina difensiva e responsabilità civile sanitaria. Questione Giustizia*, Fascicolo 4/2020.

sanitario riesca a dimostrare di essersi attenuto, durante la sua azione, a linee guida validate. La responsabilità civile è definita dall'art. 2043 del codice civile per il medico, mentre le strutture sanitarie pubbliche e private rispondono di responsabilità contrattuale.

La responsabilità medica è quel tipo di colpa che deriva dai danni cagionati da errori od omissioni dei sanitari. I risvolti di questa responsabilità sono civili e penali. Infatti l'articolo 590-sexies c.p., così come riformato dalla legge Gelli, prevede una particolare responsabilità penale dei medici per omicidio colposo o lesioni cagionate nell'esercizio della professione sanitaria, responsabilità che è tuttavia esclusa per imperizia se il medico si è attenuto alle buone prassi clinico-assistenziali.

Il concetto di malpractice si basa prevalentemente sul nesso causale tra la condotta posta in essere e l'evento dannoso, mentre la colpa si riferisce all'obbligo di rispondere delle conseguenze derivanti dall'illecita condotta, commissiva od omissiva che sia, posta in essere in violazione di una norma. A seconda dei diversi ambiti operativi della norma stessa può trattarsi di: una responsabilità morale, amministrativo-disciplinare, giuridica per la violazione di una norma penale o civile.

Quando dalla propria condotta colposa deriva una lesione personale o la morte della persona assistita il medico

(o il sanitario in genere) è chiamato a rispondere del suo comportamento professionale sulla base del concetto di colpa come definito dall'art. 43 del codice penale secondo cui deve ritenersi colposo (o contro l'intenzione) un evento che, anche se previsto, non è voluto dall'agente ma che si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia oppure per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

La colpa specifica invece consiste nella violazione di norme che il medico non poteva ignorare e che era tenuto ad osservare quali espressioni di legge o di una autorità pubblica/gerarchica, disciplinanti specifiche attività o il corretto svolgimento delle procedure sanitarie³⁶.

Sembra opportuno, tuttavia, puntualizzare che se le normative riferite alla responsabilità medica sono chiare, non è altrettanto consequenziale il nesso di causalità tra condotta ed evento. La medicina non è una scienza esatta. Difficile, se non addirittura arduo, è un giudizio in termini di certezza assoluta nonostante ci si appigli ad utilizzare il criterio statistico-probabilistico, soprattutto in procedimenti di colpa omissiva.

Il criterio probabilistico già semanticamente acclara il concetto di possibile e probabile: ciò può diventare ecce-

³⁶ A. Matricardi, *Responsabilità medica*, Altalexpedia, Enciclopedia giuridica online, 10/5/2018.

zione non prevenibile o prevedibile. La risposta dell'organismo è infatti a volte imperscrutabile anche di fronte ad atti e procedure studiati, ripetuti e consolidati per prassi convenzionale. Le polemiche, i dubbi e le teorie sui vaccini (sostenuti dal nesso di causalità statistico-probabilistico), che stanno condizionando drammaticamente la società mondiale sono una prova inoppugnabile. Il fallimento di una terapia o un esito infausto della malattia sono effetti che non è possibile ritenere automaticamente consequenziali alla prestazione; il più delle volte il fallimento è determinato da cause sconosciute che solo ex-post vengono individuate.

E poiché la gran parte di questi esiti sono imprevedibili e imprevibili, la richiesta oramai costante, quasi ovvia, di risarcimento appare strumentale. Il 95% delle richieste sono rigettate, ma le conseguenze di tale condotta sono devastanti: il costo economico provocato dalla medicina difensiva è pari a 10 miliardi/anno³⁷.

Nonostante ciò il legislatore non adotta uno scudo per arrestare questa barbarie. Il tasso di assoluzioni sopra riportato, infatti, dovrebbe servire da bussola durante l'udienza preliminare per ridurre l'istruzione dei processi.

Le richieste di risarcimento per responsabilità medica

³⁷ Quotidianosanità.it, quotidiano online di informazione sanitaria, 26 marzo 2021.

sono molteplici e comprendono l'errore diagnostico, terapeutico e da omessa vigilanza. Più generalmente, i casi di richiesta di risarcimento sono quelli connessi alla causazione di un danno iatrogeno, inteso come lesione alla salute psicofisica determinata dalla colpa del singolo medico, dalla carenza strumentale della struttura sanitaria oppure dalla mancanza di un valido consenso informato.

Ben si comprende come la legislazione offra garanzie assolute che fanno coincidere diritto e morale, creando un totem che non giustifica solo il diritto alla salute ma ne garantisce anche la inviolabilità.

La legislazione non specifica, purtroppo, che esistono variabili indipendenti che impediscono al medico di potere sempre proteggere e garantire questa inviolabilità nonostante i progressi scientifici, gli sforzi umani, psicologici e tecnici.

Il medico non solo risponde sotto il profilo giudiziario civile e penale all'utente e ai suoi congiunti, ma è soggetto anche ad una azione di rivalsa da parte della struttura, il che obiettivamente confligge con l'equilibrio fisico e psichico che l'art. 32 Cost. garantisce: la salute è un diritto costituzionale anche per il medico.

Sembra impossibile potere esercitare un'arte così complessa camminando su un filo sospeso nel vuoto o peggio se sottoposti ad un ricatto continuo che alimenta angoscia

e indebolisce la capacità decisionale.

Il legislatore dovrebbe estendere il principio del *fumus persecutionis* anche all'attività sanitaria e impedire che bestemmie dottrinarie, come quelle che di seguito saranno descritte nel caso narrato, possano trasformare un giusto risarcimento in una speculazione cinica e volgare.

IL FATTO

Un paziente di 57 anni, all'epoca dei fatti presi in considerazione, era affetto da obesità patologica. In anamnesi emerge un precedente periodo di tabagismo fino a 60 sigarette al giorno, un diabete di tipo due, la presenza di bronco-pneumopatia cronica ostruttiva con apnee notturne, un'ipertensione arteriosa con cardiopatia ipertrofica compensativa.

Il paziente era stato preso in considerazione per l'intervento di obesità.

Tra le consulenze preoperatorie eseguite meritano attenzione: a) visita psicologica - essa si conclude dicendo che la sintomatologia di tipo ansioso (Ossessivo-compulsivo) ri-

chiederebbe un approfondimento psicodiagnostico ed eventuale presa in carico psicoterapeutica. Non risulta che a ciò sia stato dato seguito; b) valutazione anestesiológica del 26 agosto 2013: paziente non operabile.

È comunque richiesta consulenza pneumologia per eventuale CPAP (viene comunque fatto sottoscrivere il consenso per la anestesia); c) monitoraggio cardiorespiratorio del 31 agosto 2013: insufficienza respiratoria latente notturna ipossiémico-ipercapnica secondaria alla sindrome delle apnee ostruttive del sonno di grado severo (AHI 45, ODI 49) in ventilazione meccanica non invasiva notturna.

Dalla perizia dei CTU si evince che la chirurgia per la obesità è controindicata in presenza di alcune comorbilità, tra le quali la grave insufficienza respiratoria, tali da rendere troppo elevato il rischio operatorio/anestesiológico. È altresì controindicata nei pazienti che presentano disordini psicopatologici a meno che non vi siano diverse, specifiche e documentate indicazioni.

Segnala ancora la perizia dei CTU che la particolare fisiopatologia del grande obeso impone un periodo preoperatorio di sedute

giornaliere fisioterapiche. Non risulta che tali cautele, raccomandate dalle linee guida citate dai CTU, siano state tenute in attenta considerazione.

Incombe l'obbligo quindi di segnalare una certa negligenza nel percorso che ha portato alla indicazione chirurgica, soprattutto alla luce della immediata e grave insufficienza respiratoria accusata dal paziente dopo l'intervento.

È importante sottolineare che il paziente fu rivalutato a rischio anestesiológico ASA III, mentre la insufficienza respiratoria grave lo doveva porre nella classe di rischio ASA IV (rischio di vita).

In data 29/11/2013 il paziente è stato sottoposto a intervento di mini bypass gastrico presso una struttura priva di Rianimazione; l'intervento è stato condotto con tecnica aperta, eseguendo cioè una apertura della parete addominale.

Negli ultimi anni è andata sempre più diffondendosi la tecnica della chirurgia laparoscopica nei pazienti obesi, il vantaggio consiste nel fatto che la laparotomia comporta sempre una riduzione della capacità di respirare spontaneamente, a causa del dolore

che il paziente accusa ad ogni inspirazione e che pertanto induce una riduzione antalgica della ventilazione con conseguente ipossia.

Tale vantaggio è evidente in tutti i pazienti operati per patologia addominale, ma è ancor più evidente per non dire quasi necessario nei pazienti obesi, che presentano sempre una certa diminuzione della capacità ventilatoria.

L'intervento fu condotto in modo tecnicamente corretto, ma il paziente subito dopo l'atto chirurgico accusò, come prevedibile, gravissimi disturbi respiratori con aumento della quota di anidride carbonica nel sangue, fino a valori più del doppio del normale, cosicché dovette essere trasferito presso una struttura munita di Rianimazione. Ciò dimostra ex post una certa imperizia nella programmazione dell'evento.

Il decorso presso la Rianimazione fu caratterizzato: dalla necessità di lungo periodo di intubazione e di ventilazione assistita, dalla necessità di una intensa antibioticoterapia per andamento settico febbrile, dalla permanenza in stato soporoso anche dopo la sospensione della sedazione. Solo dopo più di un mese di terapia intensiva egli fu considerato trasferibile presso il servizio di riabilitazione di altro

ospedale.

In data 2 e 3 gennaio 2014 egli si presenta sveglio e collaborante; viene collocato un Sondino Naso Gastrico, in data 05-01-2014 accusa dolenzia addominale, il giorno 6 al mattino è migliorato (come documentato in diaria), mentre alle 19 accusa dolenzia addominale diffusa con addome trattabile ma dolente alla palpazione profonda nei quadranti bassi, si posiziona Sondino Naso Gastrico.

Peristalsi assente. Il 07-01-14 il paziente è tranquillo e ben orientato, un po' soporoso ma facilmente risvegliabile, secrezioni dense e giallastre dalle vie respiratorie, emodinamica stabile.

Alle h 9 viene chiesto Rx addome per livelli eventuali (segno di paralisi intestinale).

La consulenza chirurgica alle ore 10 non riscontra problemi chirurgici in atto, ma alle ore 22 riscontra segni di peritonismo e timpanismo diffuso per cui viene chiesto nuovo Rx Addome nel sospetto di perforazione. Il sospetto è avvalorato dal riscontro di Globuli Bianchi tra 30.000 e 28.000.

La radiografia dimostra presenza di aria libera in cavità peritoneale, segno di perforazione, ed il paziente viene avviato alla

chirurgia.

Merita particolare attenzione la manovra di inserimento di un sondino naso gastrico, eseguita due volte negli ultimi giorni, perché il riscontro di una perforazione dell'ansa digiunale afferente, a valle della anastomosi gastrodigiunale del bypass, non trova spiegazione in una complicanza del primitivo intervento essendo ormai passato più di un mese dalla sua esecuzione.

Essa può essere stata causata dall'azione del succo biliopancreatico capace di provocare una ulcera su un'ansa ischemica, come apparve all'operatore in sede di intervento, ma può anche essere stata provocata dalla manovra di introduzione di un sondino naso gastrico penetrato in un'ansa digiunale fragile sia per la fragilità dei tessuti degli obesi, sia per lo stato di prolungata ipossia respiratoria e di ipoproteinemia evidenziato dagli esami ematochimici.

Alla mezzanotte del giorno 7 gennaio 2014 il paziente viene operato. Le condizioni cliniche sono quelle di uno shock settico, è questa una condizione caratterizzata da un rischio di mortalità elevato, soprattutto nei pazienti fragili. Il caso in esame mostra in

maniera ineludibile la precarietà clinica e biologica del paziente.

All'atto chirurgico si riscontra la presenza di gas e di liquido gastroenterico nel peritoneo e, dopo toelette del cavo, si evidenzia una perforazione dell'ansa digiunale afferente.

Fu eseguita la sutura a punti staccati della perforazione, fu eseguita la prova idropneumatica della tenuta della sutura, fu collocato un sondino nell'ansa per assicurarne la detensione e furono collocati i consueti drenaggi che servono per il lavaggio e la evacuazione dei liquidi peritoneali settici, come da prassi ben consolidata.

Argomentano a questo punto i CTU che il chirurgo avrebbe dovuto limitarsi ad eseguire la intubazione della perforazione per drenare all'esterno il succo bilio digestivo, senza tentare la sutura.

Essi pensano che così il paziente non avrebbe corso il rischio della deiscenza.

Occorre in primo luogo evidenziare che quanto da loro proposto non era tecnicamente praticabile perché una sonda di Petzer inserita nella perforazione che era collocata subito a valle della anastomosi non avrebbe potuto connettere l'ansa alla parete addomi-

nale perché la anastomosi del mini by pass era stata eseguita su una piccolissima tasca gastrica localizzata verso lo iato del diaframma e quindi in posizione profonda.

La esperienza insegna che quando la Petzer rimane per un tratto libera in peritoneo la borsa di tabacco che la fissa all'ansa, non essendo ancorata alla parete, lascia sempre filtrare il contenuto intestinale con conseguente peritonite.

La sutura, testata con la prova idropneumatica intraoperatoria e mantenuta detesa con la collocazione di un sondino nell'ansa suturata, rappresenta la chirurgia di elezione per la complicità perforativa di cui si parla.

Ciò non toglie che lo stato settico plurimicrobico, ipossico, ipoproteinemico e dismetabolico del malato rappresentavano elementi di rischio per la deiscenza della sutura, come sicuramente per qualsiasi altra soluzione di drenaggio ipotizzata.

Esistono nella letteratura medica reperibile in PUBMED alcuni reports di perforazioni tardive dopo interventi per obesità. Nel sottoriportato lavoro:

Surg Obes Relat Dis. 2013 Nov-Dec;9(6):874-

8. doi: 10.1016/j.soard.2013.04.020. Epub 2013 Jun 3.

Late perforation at the jejunio-jejunal anastomosis after laparoscopic gastric bypass for morbid obesity.

Kalaiselvan R1, Abu Dakka M, Ammori BJ

Sono riportati tre casi di perforazione digiunale tardiva dopo intervento per obesità; due pazienti furono operati con sutura e uno fu trattato con intubazione della perforazione, come ipotizzato dai CTU.

I primi due guarirono ed il terzo decedette. Quindi non sussiste alcuna documentazione a supporto della tesi dei CTU.

Abstract

Background:

Although marginal ulceration and perforation at the gastrojejunal anastomosis is an established, albeit rare, risk after laparoscopic Roux-en-Y gastric bypass (LRYGB) for morbid obesity, little is known about the risk of late perforation at the jejunio-jejunal (J-J) anastomosis. The objective of this study was to identify the incidence of J-J perforation and describe management options and sequelae.

Methods:

This is a retrospective review of the database of all patients who underwent LRYGB. The results are presented as mean (range) where appropriate.

Results:

Between April 2002 and April 2012, 1652 patients underwent LRYGB (1577 primary and 75 revision procedures). The operative mortality was .18%. Three patients developed late perforation of the J-J anastomosis (.18%) at 7, 9, and 18 weeks, respectively.

Two patients were managed with resection and reanastomosis of the perforation by laparotomy, and a third patient was managed laparoscopically with peritoneal lavage and transcutaneous tube jejunostomy of the perforation.

All patients recovered well postoperatively. However, the third patient represented 42 days later with sepsis and died secondary to recurrent J-J ulcer perforation.

Conclusion:

Perforation of the J-J anastomosis is a rare and life-threatening delayed complication after LRYGB and usually presents within 2-8 months postoperatively. It poses difficulties with diagnosis and management and should be dealt with judi-

ciously³⁸.

Inoltre la Digiunostomia è anch'essa un intervento che può incorrere in complicanze e in letteratura medica esiste una pubblicazione del 2013 che analizza proprio i fattori associati con la insorgenza delle complicanze dopo questo intervento, che in apparenza è semplice³⁹.

Le più frequenti complicanze riscontrate furono la sepsi (11,6%) e lo shock settico (7,14%) ed i fattori associati alle complicanze, caratterizzati da alta significatività statistica erano Obesità, Linfocitopenia e Ipoalbuminemia. Sembra di leggere la situazione clinica del paziente oggi preso in considerazione.

Abstract

Background :

There are few studies in the literature that analyze jejunostomy complications and their associa-

³⁸ Copyright © 2013 American Society for Bariatric Surgery, Published by Elsevier Inc. All rights reserved.

³⁹ Rev Gastroenterol Mex. 2013 Apr-Jun;78(2):64-9. doi: 10.1016/j.rgmx.2013.01.003. Epub 2013 Apr 26. [Factors associated with jejunostomy complications]. Medina-Franco H1, Pestaña-Fonseca CS, Rosales-Murillo CF, Staufert-Gutiérrez DL, Velázquez-Dohorn ME.

ted factors.

Aims:

To describe the rate of complications and analyze the factors associated with their development in a tertiary reference center in Mexico.

Methods:

A retrospective study was carried out on patients that underwent Witzel jejunostomy within the time frame of January 2002 to December 2011. Patient demographic, clinical, and laboratory data were collected at the time of hospital admission and during follow-up. The factors associated with the development of complications were analyzed using the chi square test for categorical variables and the Student's t test for the continuous variables. Statistical significance was considered with a $p < .05$.

Result:

One hundred and twelve patients (57 men) with a mean age of 54.2 years were included in the study. Forty-eight patients (42.9%) presented with postoperative complications. The most frequent surgical complications were severe sepsis (11.6%) and septic shock (7.14%) and the most frequent medical complications were pleural effusion (7.14%) and aspiration pneumonia (6.25%). The factors that were significantly associated with

the development of complications were obesity, lymphocytopenia, and hypoalbuminemia.

Conclusion:

Jejunostomy is associated with an elevated medical, as well as surgical, complication frequency. Even though it has been established as a better alternative to parenteral nutrition, its associated morbidity should be taken into consideration before establishing its routine use as a means of nutritional support, especially in patients with factors associated with the development of complications⁴⁰.

Venendo alla diagnosi e trattamento della deiscenza della sutura, che deve quindi essere considerata complicanza e non imperizia, non emerge dagli atti ricevuti dal Tribunale ove fosse presente il segno della deiscenza nei giorni precedenti il 13-01-2014, quando fu constatata la presenza di 800 ml di liquido biliare dal drenaggio di sinistra.

Esistono quotidiane consulenze chirurgiche che segnalano in data 11-01-2014 addome trattabile e drenaggi puliti a parte quello nel cavo di Douglas, cioè quello posto nel

⁴⁰ Copyright © 2012 Asociación Mexicana de Gastroenterología, Published by Masson Doyma México S.A. All rights reserved.

punto declive dove si raccoglie la parte più densa del succo peritoneale, che appare corpuscolato, come logico attendersi in un paziente che aveva una seria peritonite; il 12-01-2014 le condizioni cliniche sono invariate, in data 13-01-2014 le condizioni cliniche sono critiche e si riscontra la perdita biliare dal drenaggio in ipocondrio sinistro. È il 13-01-2014 che è avvenuta la deiscenza.

È noto a tutti i chirurghi che le suture intestinali presentano il loro momento critico tra la sesta e la settima giornata postoperatoria; per la biologia della guarigione di una anastomosi, che vede in quei giorni la sostituzione della forza traente dei punti di sutura con la forza cicatriziale propria del paziente, che avviene mediante formazione e deposizione del collagene. Quindi la dilazione tra segno certo di deiscenza della sutura e intervento è valutabile in 24 ore.

Era giustificabile un atteggiamento attendista per 24 ore? Certamente sì, perché gli altri drenaggi erano puliti e si poteva sperare che la deiscenza fosse murata in ipocondrio sinistro e che tutto il liquido bilioenterico uscisse attraverso il drenaggio. Siamo a questo punto della storia clinica al di fuori di qualsiasi

pretesa di dettare comportamenti come obbligati.

Questo caso è un unicum e pensare che la giustizia possa imporre ad un chirurgo i tempi ed i modi di operare un caso in condizioni così precarie sarebbe un errore.

Molti chirurghi si avvierebbero verso il “comportamento chirurgico difensivo” evitando di affrontare interventi rischiosi sia per un paziente in fase disperata e sia per sé stessi e i propri beni.

Quanto alla critica tecnica, fatta dai CTU, alla scelta di eseguire la degastrogastrectomia con esofago digiunostomia e anastomosi a piè d'ansa una volta riscontrata la deiscenza della sutura eseguita in data 08-01-2014, valgono le considerazioni appena fatte.

Il chirurgo poteva mettere un tubo dentro l'intestino o a stretto contatto con la deiscenza e richiudere il paziente. Il paziente sarebbe certamente morto, ma il chirurgo non sarebbe stato passibile di critica avendo fatto l'atto salvavita più semplice, anche se inefficace.

Il chirurgo ha pensato invece di cercare di salvare la vita del paziente, ma anche di metterlo in condizioni di vivere quella qualità di

vita che il paziente agognava. Qui sta la scelta di eseguire la demolizione del primo intervento di mini bypass gastrico e di sostituirlo con una esofagodigiunoplastica.

La valutazione del chirurgo sulla ansa patologica era che fosse ischemica e perciò avesse ceduto la sutura. Più che la ischemia, minimizzabile con il senno del poi alla luce dell'esame istologico del pezzo, si trattava di cedimento biologico.

Ma chi conosce il quadro intraoperatorio di un reintervento per riperitonite bilioenterica sa quanto sia difficile valutare la qualità dei tessuti, digeriti dagli enzimi digestivi e avvolti nella fibrina della flogosi settica; eppure il chirurgo è lì e deve decidere in pochi minuti la causa della deiscenza e decidere cosa fare.

Chi può permettersi di dettare ex post, alla luce di reperti autoptici e istopatologici, quello che avrebbe dovuto fare invece di quello che fece? Il chirurgo scelse la degastrogastrectomia giudicando che l'ansa sede della deiscenza non fosse più recuperabile.

E così certamente era, essa era irrecuperabile anche se le sue condizioni precarie erano di tipo biologico e non ischemico. L'intervento scelto sarebbe stata la soluzione

ideale se il paziente non fosse stato in condizioni così compromesse da rendere inutile qualsiasi tipo di intervento fosse stato adottato.

In conclusione si può ben dire che la indicazione alla chirurgia della obesità sia stata un po' avventata, essendo stata poi eseguita in una struttura che non era in grado di gestire la prevedibile grave insufficienza respiratoria accusata nel postoperatorio.

La spiegazione del tragico iter del paziente sta tutta nel primo mese di degenza postoperatoria durante il quale l'organismo ha subito un gravissimo trauma biologico e settico plurimicrobico caricandosi di germi di infezione ospedaliera gravati da altissima mortalità.

La catena di eventi susseguenti sono tutti complicanze del primo intervento eseguito e le condizioni biologiche del paziente determinarono la inutilità di tutti i provvedimenti chirurgici adottati in 2° e 3° istanza.

Quanto riportato è stato descritto e spiegato durante l'udienza preliminare, ma il giudice è stato sordo e incompetente.

Il GUP non deve giudicare l'innocenza o la colpevolezza

dell'indagato ma la sussistenza delle prove: queste apparivano del tutto inconsistenti e prive di dottrina scientifica, ma sono state ritenute convincenti le farneticazioni dei CTU e le speculazioni ciniche ed opportunistiche dei familiari.

CAPITOLO VIII

La medicina difensiva

La medicina difensiva rappresenta lo scudo con cui i sanitari hanno cercato di allontanare o schivare le controversie legali conseguenti alle cure prestate. Già nel 2005 il *Journal American Medical Association* (Jama) individuava 6 campi nei quali la medicina difensiva si era manifestata e fra questi: “la rinuncia ad eseguire interventi e terapie rischiose o a prendere in carico pazienti con patologie complesse”, sono stati i comportamenti più frequenti⁴¹.

Il 27 Marzo 2015 il Ministero della Salute ha quantificato in 10 miliardi di euro il costo annuo della medicina difensiva, il che corrisponde al 10,5% dell'intera spesa sanitaria. Nel documento ministeriale sono citati tre studi che hanno riportato risultati sovrapponibili: il 77,9% del campione ha tenuto almeno un comportamento di medicina difensiva

⁴¹ Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment. *Jama*, 2005; 293 (21): 2609-2617.

nell'ultimo mese di lavoro (92,3% nella classe di età 32-42 anni); il 68,9% ha proposto/disposto il ricovero di pazienti che potevano essere gestiti ambulatorialmente; il 61,3% ha prescritto un numero di esami maggiore rispetto a quello ritenuto necessario per effettuare la diagnosi.

Gli studi hanno messo in evidenza anche le motivazioni di tale scelta: il 78% dei medici ha ritenuto di correre un maggior rischio di procedimenti giudiziari rispetto al passato; il 65,4% ha considerato di subire una pressione indebita nella pratica clinica quotidiana a causa della possibilità di tale evenienza; il 67,5% ha subito l'influenza di esperienze di contenzioso legale capitate ai propri colleghi; il 59,8% ha timore di ricevere richieste di risarcimento; il 51,8% ha risentito di precedenti esperienze personali di contenzioso legale; il 43,5% ha espresso il timore di ricevere pubblicità negativa dai mass-media; il 15% ha temuto di incorrere in sanzioni disciplinari⁴².

L'analisi e la valutazione della diffusione della medicina difensiva riconosce varie cause imputabili non solo ai medici ma anche ai pazienti.

L'errore ha sempre una connotazione negativa e a volte drammatica, in ambito sanitario l'errore assume una valenza ancora più accentuata per l'alto impatto emotivo ed etico al

⁴² Fonte: Centro Studi "Federico Stella", Università Cattolica del Sacro Cuore Milano, Ordine dei medici-chirurghi e degli odontoiatri di Roma.

punto da distorcere la comprensione delle reali dinamiche e di alcuni aspetti del suo stesso significato. Il connubio errore-medicina difensiva porta ad alterare il concetto di appropriatezza (c.d. linee guida), cardine della medicina.

Questo tema applicato erroneamente in senso meccanicistico, miope e ragionieristico limita la discrezionalità clinica, mentre altre volte la appropriatezza è invocata ed erroneamente applicata ove non è possibile adottarla. Mai però l'appropriatezza deve essere utilizzata come alibi per fare come ci pare, eludendo le responsabilità che sono sempre presenti in ogni scelta clinico-assistenziale e organizzativo gestionale.

Altra causa che ha fatto lievitare la medicina difensiva è l'aspettativa miracolistica che i pazienti hanno della stessa medicina, ciò ha determinato una visione alterata della realtà fattuale della malattia. Si aggiunga il "vissuto" dell'errore subito, capace di distorcere la comprensione degli eventi. La reazione emozionale del paziente di fronte al presunto errore è infatti influenzata da vari fattori: informazione più o meno completa ed esatta, condizioni psicologiche, qualità del rapporto medico-paziente, fiducia nel sistema sanitario⁴³.

⁴³ Q. Tozzi – R. De Blasi – G. De Matteis – B. Labella – G. Caraci, *La ricerca Agenas sulla medicina difensiva. Le ragioni di una scelta*, I Quaderni di Monitor, Supplemento, Agenas, Roma 2005, pp. 13-17.

Fra le cause della medicina difensiva un ruolo fondamentale occupa la paura di essere accusati ingiustamente. Pur essendo i medici, maggiormente i professionisti delle branche chirurgiche, abituati a convivere con la possibilità del rischio (quindi dell'errore), risulta intollerabile il solo pensiero di essere accusati ingiustamente, sia quando le accuse sono pretestuose e opportunistiche sia quando si è realmente fatto tutto il possibile per il paziente come da giuramento di Ippocrate:

... Perseguire come scopi esclusivi la difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo della sofferenza, cui ispirerò con responsabilità e costante impegno scientifico, culturale e sociale, ogni mio atto professionale ...⁴⁴.

La medicina è scienza dell'uomo per l'uomo e, la sola idea che un atto medico possa essere ispirato da un interesse differente da quello della protezione della vita, stride ed è in netta antitesi con l'essenza stessa della scienza medica. È questo essere trascinati nel tunnel senza luce di una giustizia lenta e a rischio sovente di commettere errori, che amplifica la paura e l'angoscia e spinge verso comportamenti difensivi.

⁴⁴ Giuramento medico di Ippocrate.

Bisogna interrompere questo trend giustizialista se si vuole affrontare seriamente il problema e arrestare l'incidenza della medicina difensiva. La vera oggettiva e realistica prevenzione del rischio di commettere errori, soprattutto omissivi, è ridare al medico serenità di giudizio e la possibilità di esercitare senza ricatto la sua professione, solamente con questa premessa vi potrà essere una maggiore garanzia anche per la salute del paziente. L'aumento dei contenziosi non è ferale solo i per i medici è lesivo anche per il malato.

Nell'azione in giudizio e negli aspetti procedurali, importanza fondamentale riveste la consulenza tecnica preventiva, una procedura che affida a un CTU nominato dal tribunale competente, il compito di accertare in via preliminare la responsabilità medica con una perizia che diverrà poi un sostegno valido per intraprendere o meno un provvedimento giudiziario. In alternativa alla consulenza tecnica preventiva, le parti possono ricorrere al procedimento di mediazione.

La consulenza peritale è fondamentale in quanto, nelle cause di responsabilità medica, l'onere probatorio gravante sul paziente che si ritiene danneggiato, impone a quest'ultimo di provare: la sussistenza di un contratto tra il medesimo o l'esercente la professione sanitaria di cui la struttura si è avvalsa, avente come oggetto la prestazione medica; l'insorgenza di una nuova patologia o l'aggravamento di una malattia già in essere; la sussistenza di qualificati inadempi-

menti della struttura e/o del sanitario che siano astrattamente idonee a porsi come causa o concausa della patologia.

Il paziente pertanto dovrà provare: la sussistenza di una condotta dell' esercente la professione sanitaria qualificandola come illecita; l' insorgenza di una nuova patologia o l' aggravamento di una patologia già in essere (quindi l' evento dannoso); la sussistenza del nesso di causalità fra la condotta e l' evento dannoso; il dolo o la colpa del medico o dell' esercente la professione sanitaria. Pertanto, soltanto nel caso in cui il paziente danneggiato riesca a fornire la prova di tutti i suddetti elementi, sul sanitario graverà l' onere di fornire la prova liberatoria, dimostrando di essersi conformato alle *leges artis* applicabili al caso e dunque provando che nessun rimprovero di scarsa negligenza, imperizia o impudenza può essere mosso al medesimo, o che, pur essendo stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno subito dal paziente⁴⁵.

La sussistenza fra causa ed effetto che è alla base della richiesta risarcitoria viene formulata dal CTU, esperto a cui il PM si rivolge per ottenere nozioni specialistiche su dati di particolare complessità che richiedono specifiche competenze e conoscenze. Nel nostro ordinamento vige il prin-

⁴⁵ Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, Sentenza n.577, 2008.

capio iudex peritus peritorum: il giudice di merito può disattendere le argomentazioni contenute nella relazione del consulente tecnico d'ufficio, sostituendo ad esse altre argomentazioni, tratte da proprie personali cognizioni tecniche, ma il giudice è obbligato a motivare le ragioni che lo inducono a non accettare le valutazioni formulate dall'ausiliario. Raramente si assiste, tuttavia, nel corso dell'udienza preliminare a una sconfessione delle conclusioni peritali, le quali non sempre sono il risultato di equilibrio e competenza.

La medicina difensiva ha prodotto altre conseguenze: in Italia i dati Empam segnalano che la percentuale dei medici che vanno in pensione prima dei 65 anni è aumentata in maniera esponenziale negli ultimi anni, mentre il presidente dell'Associazione chirurghi ospedalieri ha dichiarato che per paura dei contenziosi, i giovani non vogliono più fare i chirurghi e i chirurghi non vogliono più operare⁴⁶.

Ma non è un problema solo del nostro Paese, *The Lancet* ha scritto:

Durante i passati 40 anni la disumanizzazione della medicina è divenuta fin troppo evidente a tutti; nuove tecnologie hanno alterato la relazione tra medico e paziente; gli specialisti fanno sempre di più circa argo-

⁴⁶ G. Cavalcanti G. Cedrone, www.sanitainformazione.it.

menti circoscritti; i medici curano le malattie più che le persone; le università insegnano la scienza della medicina ma ne ignorano l'arte; la tecnologia medica ha distanziato la comprensione etica, e gli ospedali sono divenuti labirinti interpersonali⁴⁷.

La scienza è diventata una opinione, come dimostra il numero esorbitante di esperti che nel corso di questo tsunami pandemico ha espresso le più svariate teorie. La divulgazione mediatica inoltre ha indotto nell'opinione pubblica la percezione che l'errore medico sia frequente e non giustificabile in un'epoca in cui si può curare tutto e si deve guarire sempre. Se il legislatore non interviene resterà solo la medicina difensiva.

⁴⁷ T.R. Cole – N. Carlin, *The suffering of physician*, *The Lancet*, 2009; 374: 1414-15.

CAPITOLO IX

Errore e pregiudizio

La percentuale di errori negli ospedali italiani (5%) è in linea con quanto avviene in Francia, Spagna, Olanda e Canada ed inferiore alla media internazionale (9%). Il 56% degli errori è prevedibile, anche se non ci si può dimenticare che la medicina non è una scienza esatta e che non tutti gli eventi avversi possono essere spiegati scientificamente, nemmeno *ex post*⁴⁸.

La richiesta risarcitoria per errori medici ha avuto negli ultimi 20 anni un incremento del 250% perché il paziente si è ormai convinto che l'esito di una terapia deve essere sempre favorevole indipendentemente dalla patologia e da eventi non prevenibili. Il medico quindi si sta riducendo a “fare le cose per ridurre il rischio, ignorando il rischio della cose che fa”.

Con tale atteggiamento si è trovato solo e preda di un branco famelico, soprattutto soggetto al pregiudizio che la

⁴⁸ *Epidemiology Prev* 2012; 36:151-61.

gogna mediatica nutre ed amplifica.

Di questo si tratta, perché nella maggior parte dei casi, l'accusa si rivelerà infondata. Un avviso di garanzia non fornisce informazioni sufficienti nemmeno all'indagato, figuriamoci a chi non sa nulla della vicenda. Per non dire che, di per sé, quella notizia è (non a caso) coperta dal segreto investigativo. Dovrebbe. Ovviamente, se divulghi la notizia di una indagine in corso, non potrà che essere una notizia tutta modellata sulla ipotesi accusatoria, di fronte alla quale la persona coinvolta è disarmata.

È noto come la diffusione di una incriminazione, anche solo di una ipotesi investigativa, è dotata di una forza devastante e invincibile, perché l'interesse della pubblica opinione diviene morboso nei confronti di un disvelamento di reato. E l'ipotesi accusatoria, nel contenzioso medico, provenendo dal dolore del presunto offeso o dai congiunti, appare più facilmente fondata. Il pregiudizio sembra evidente ed è alimentato da un giustizialismo gretto e becero che ha assunto connotati religiosi fondamentalisti.

Solo chi vive sulla propria pelle, i morsi feroci della pubblica gogna che inopinatamente irrompe nella sua vita, è in grado di comprendere la furia devastatrice e la brutale violenza di una simile esperienza (se n'è accorto persino il fondatore del MoVimento politico più giustizialista e forcaiolo).

Eppure l'errore medico, per la natura stessa dell'arte me-

dica, dovrebbe avere una legislazione civile e penale diversa, un tribunale dedicato. Anche perché le vicende penali, come ogni vicenda umana, non hanno una linea netta di demarcazione che separa il bianco dal nero, la colpevolezza dall'innocenza. Soprattutto di fronte ad un errore sanitario, nessun caso oggetto di contenzioso può affidarsi a simili semplificazioni.

Tra l'innocenza e la colpevolezza si dipanano comportamenti diversificati condizionati da eventi imponderabili, coincidenze e necessità di scelte estreme. Tutto ciò andrebbe soppesato e valutato prima di trascinare il medico nel fango. Invece il dubbio è la virtù perduta nella narrazione mediatica della malpractice. La giustizia dovrebbe fare come Ulisse: tapparsi le orecchie e non sentire il rumore di fondo per potere intraprendere un percorso di verità privo di pregiudizi.

Troppe vicende, invece, inducono a sospettare che la malasanità è divenuta puro marketing, una sorta di truffa legalizzata e che la giostra è sconfinata in una sharia laica dove non si persegue più un illecito specifico, ma un probabile errore. Negligenza, imperizia ed imprudenza sono chiamate a sostenere il racconto di una azione professionale rovesciata nel sospetto. Allora è pacifico che lo Stato di diritto somigli a una stanza dell'orrore, nella quale chi entra può cadere nell'inganno di pensare di essere stato inguaiato dal

proprio lavoro divenuto incubo. Eppure l'accertamento giudiziario è l'unico dei mondi umani in cui non è riconosciuto l'errore come suo elemento possibile.

La scienza, da ormai un secolo, è considerata «un cimitero degli errori» (Karl Popper), mentre la giustizia è così divina da potere andare oltre la scienza. La giustizia esige di essere considerata un dogma di fede non concedendo alcuna forma di ripensamento al suo decidere.

Lo dimostra l'istituto giuridico della revisione: non è un'ammissione di errore ma, al contrario, una radicalizzazione del dogma.

Non vi è, infatti, alcuna revisione fondata sul riconoscimento dell'errore, ma solamente una nuova decisione, basata su elementi diversi e sopraggiunti in seguito al giudicato precedente.

Sarebbe, invece, opportuno considerare che l'errore è l'essenza della cognizione, perché solo il riconoscimento della sua esistenza, come riconosciuto dalla scienza, consente di accedere faticosamente al giusto. Non è la toga (di ermellino per la magistratura o nera per l'avvocatura) a trasformare l'essere umano in un soggetto alieno dall'errore.

La storia d'Italia è funestata da errori giudiziari. I numeri sono eloquenti: dal 2001 ad oggi sono 682.583.009,66 i milioni che lo Stato ha speso per indennizzare vittime di errori giudiziari – tra questi anche chi è stato proscioltto in sede di

revisione – o di ingiusta detenzione. Il Ministero dell’Economia e delle Finanze, una volta accertata la violazione, procede ai pagamenti degli indennizzi in caso di pronuncie emesse nei suoi confronti e nei riguardi della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Gli indennizzi in tema di giustizia non riguardano solo l’ingiusta detenzione. La c.d. Legge Pinto (L. 24/3/2001, n.89) si occupa dell’equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo. Così, negli ultimi tre anni, lo Stato si è trovato a liquidare per danni legati all’irragionevole durata dei processi ben 532,7 milioni di euro.

I dati messi a disposizione del MEF ci dicono che gli errori giudiziari nel solo 2018 sono stati 896, mentre gli indennizzi per ingiusta detenzione hanno superato i 33,5 milioni di euro⁴⁹. Si calcola che i casi di ingiusta detenzione, dal 1991 al 2020, siano stati circa 30 mila.

Ancora più recentemente sul quotidiano “la Repubblica”:

sono 766 le vittime di errori giudiziari o ingiustamente detenute che hanno ottenuto risarcimenti. Salato il conto per il Paese. In trenta anni quasi trentamila persone hanno vinto una causa: 870 milioni il costo per il

⁴⁹ R. Radi, *Errori giudiziari e ingiuste detenzioni: numeri sottostimati. Il rovescio del diritto*, filodiritto.com, 15 Marzo 2021.

risarcimento, solo nel 2020 46 milioni⁵⁰.

È il risultato: della cancellazione, di fatto dal codice della “corruzione impropria”, che rendeva più difficile usare le manette; dell’aver attribuito “dignità giuridica” alla prassi di tenere in galera.

In relazione al tema di questo saggio *Giustizia e Sanità* e considerando che il 95% dei contenziosi medico-legali esitano in assoluzioni, sarebbe opportuno riflettere serenamente e in maniera approfondita su quanto Francesco Carnelutti ha affermato: «La sentenza di assoluzione è la confessione di un errore giudiziario». Se ne deduce che la giustizia come dogma non può essere accettata.

... Lo vede lei un prete che dopo aver celebrato la messa dica: chissà se anche questa volta la transustanziazione si è compiuta? Nessun dubbio: si è compiuta. Sicuramente⁵¹.

È il dogma! Ma perché quella affermazione trovi terreno fertile per una riflessione è necessario abiurare il giustizialismo, ridurre il potere del pubblico ministero, modificare l’obbligatorietà dell’azione penale (anomalia tutta italiana),

⁵⁰ L. Milella, *In prigione per errore: lo Stato ha pagato 46 milioni in un anno*, “la Repubblica”, 7 Aprile 2021.

⁵¹ Leonardo Sciascia, *Il Contesto*, Adelphi, 2006.

applicare la responsabilità civile anche per chi amministra giustizia. Non sarebbe un attentato all'indipendenza della magistratura, dogma-vessillo che – dopo il caso Palamara – appare meno lirico. Non condividere tali riforme è solo pregiudizio ideologico e mantenimento del privilegio di una casta. Errore e pregiudizio.

Il potere consegnato dalla Costituzione alla magistratura è spaventoso. Sarebbe il caso di ricordare il lancio delle monetine del 30 aprile 1993 a Bettino Craxi, per capirne la conseguenza: l'abolizione immediatamente successiva dell'immunità parlamentare, che spostò un fragile equilibrio e caricò le toghe di un potere ormai ai confini dell'assoluto.

Erano giorni, quelli, nei quali gli inquirenti di tutta Italia, specialmente i milanesi, si erano inebriati di un potere nuovo, rivoluzionario, moralizzatore, esercitato non semplicemente per scoprire i reati e punire i colpevoli, come dovrebbe essere, ma per rifondare la società italiana secondo le regole etiche dei codici, peggio piegare i codici all'etica.

Chi era senza peccato scagliò la prima monetina di infinite. Qualcosa cambiò per sempre. Ciò che venne dopo non fu più politica: furono le forme della sua assenza. Non fu soltanto una giornata particolare: fu la dorsale tra un prima e un dopo, e ciò che accadde resta

irrimediabile. È il giorno in cui morì la politica⁵².

Vogliamo credere che la storia e la cultura di un popolo spingano il legislatore a superare e sconfiggere questo nichilismo.

⁵² F. Facci, *30 aprile 1993*, Marsilio Specchi, 2021.

CAPITOLO X

Delitto e castigo

Diritto e giusta pena sono un problema filosofico-morale, affresco apologetico sull'uomo e sulla sua realtà concreta. Pascal nei "Pensieri" sostiene che il bene dell'uomo dovrebbe essere lo scopo principale di qualunque azione, ma poiché in questo mondo la giustizia non ha la possibilità di affermarsi, la forza diviene preponderante:

La giustizia senza la forza è importante, la forza senza giustizia è tirannica. La giustizia è soggetta a discussione, la forza è molto riconosciuta e indiscussa. Così non si è potuto dare la forza alla giustizia perché la forza ha contraddetto la giustizia e ha affermato che solo lei era giusta. È così non potendo ottenere che – ciò che è giusto sia forte – si è fatto sì che ciò che è forte è giusto⁵³.

⁵³ Blaise Pascal, *Pensieri*, Einaudi.

Nell'introduzione del suo saggio Umberto Curi, citando Weil, scrive:

A causa dell'assenza di Cristo, la mendicizia in senso lato e l'atto penale sono forse le due cose più atroci di questa terra, due cose quasi infernali. Hanno il colore stesso dell'inferno.

A motivare una affermazione così perentoria è il rilevamento di una analogia di fondo:

Nel castigo la giustizia si esplica allo stesso modo che nell'elemosina. Essa consiste nel fare attenzione allo sventurato, considerandolo un essere umano e non una cosa⁵⁴.

Da ciò scaturisce una conseguenza di ordine generale, relativa allo statuto stesso del diritto penale, nel senso che

il carattere legale di un castigo non ha un vero significato se non gli conferisce qualcosa di religioso, se non lo rende simile a un sacramento, al punto da potere sostenere che tutte le funzioni penali, da quella del giudice a quella del carnefice e del carceriere, dovrebbero,

⁵⁴ U. Curi, *Il colore dell'Inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, 2019, pp 11-19.

in qualche modo, assimilarsi alla funzione sacerdotale⁵⁵.

Il riferimento a Dio è decisivo, Egli ha la funzione di purificare le abiezioni, diversamente il castigo non è umano. È il concetto rieducativo della pena consacrato nella Carta Costituzionale. L'articolo 27 della Cost. al comma 3 sancisce:

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

I principi fondanti sono chiari: umanità della pena, finalità rieducativa della pena, per questo la Costituzione prevede che accanto all'aspetto punitivo della pena debba associarsi un aspetto educativo. Fino al 1975 vigeva un sistema carcerario punitivo, in seguito alla riforma del 1975 (L.354/75), il trattamento penitenziario si è ispirato a principi di umanità e dignità della persona in attuazione della funzione rieducativa sancita dalla Costituzione.

Ai valori di umanità e dignità si è aggiunto il concetto di imparzialità per tutti i detenuti “senza discriminazioni in ordine di nazionalità, razza condizioni economiche e sociali,

⁵⁵ S. Weil, *Attesa di Dio* (1949), Rusconi, Milano 1996, p. 115.

opinioni politiche e credenze religiose” (art. 1 comma 2, penit.).

Rieducare consiste nel procedere ad una profonda trasformazione della visione del mondo del soggetto, del suo modo d'intendere se stessi e gli altri, soprattutto del suo rapportarsi con la società scegliendone il comportamento giusto⁵⁶.

Un capolavoro della letteratura mondiale dovrebbe indurre a riflettere sul diritto e la giusta pena. “Delitto e castigo” di Dostoevskij pubblicato nel 1866, è il resoconto psicologico di un crimine, ma pone domande che richiedono risposte perché incidono profondamente sulla carne viva dei cittadini.

Raskòlnikov, povero studente di Pietroburgo, per emanciparsi da una miseria opprimente non esita a uccidere una vecchia usuraia e la sua incolpevole sorella, per poi derubarle. Il delitto ha un profondo valore simbolico: l'usuraia incarna l'iniquità del mondo e col suo gesto scellerato il giovane vuole mettere alla prova quella capacità di infrangere la legge che è propria dell'«uomo superiore», libero e svincolato da ogni morale.

Quello raccontato da Dostoevskij è un delitto da condannare! Ansia di sublime e fascino dell'abiezione, volontà

⁵⁶ A. Marziano, *La funzione rieducativa della pena nel nostro ordinamento*, www.diritto.it, 18 Febbraio 2020.

di perire e desiderio di spiare lacerano il cuore e la mente dell'omicida. Combattuto tra il ricordo ossessivo del misfatto e il timore angoscioso di venire scoperto. Raskòlnikov finisce col diventare l'implacabile giudice di se stesso, fino alla catarsi finale: l'ammutolire della ragione, il palesarsi improvviso di una rivelazione che conduce ad accettare il castigo come destino è fantasma sacrificale.

Ciò si realizza grazie a Sonja, figura piena di luce, che pazientemente prova a ricondurre Raskòlnikov alla ragione, ma non lo fa con ricatti o promesse d'amore stucchevoli. Sonja compie i suoi potenti gesti in silenzio, mossa dall'amore e dalla fede... non dal castigo.

Li aveva risuscitati l'amore: il cuore dell'uno, ormai, racchiudeva un inesauribile sorgente di vita per il cuore dell'altro⁵⁷.

La giustizia dovrebbe riflettere sulla figura di Sonja, su ciò che essa insegna e realizza, invece si annotano sentenze, si definiscono sanzioni; si dispongono misure restrittive della libertà personale, come se non vi fosse nulla di cui dubitare, come se il lavoro di giuristi e magistrati potesse essere davvero concepito come una prudente applicazione di al-

⁵⁷ F.M. Dostoevskij, *Delitto e castigo*, Garzanti.

cuni principi solidissimi e incrollabili, e non l'espressione di una logica probabilistica ai limiti della congettura o del vero e proprio azzardo. La pena cioè il castigo non può essere l'unico metro sul quale valutare la rieducazione del detenuto. Un contenzioso medico-legale inoltre presenta aspetti molto peculiari.

Il medico nella sua azione esprime qualcosa che sa di religioso, una sua perennità. Il carcere è sofferenza sempre, il castigo è abiezione e morte della speranza. Conforta quanto ha dichiarato l'ex magistrato e senatore Elvio Fassone:

Ci saranno dei giudici che torneranno a fare i giudici e non i burocrati del pollice verso, non impiegati che rispondono alle domande col timbro – inammisibile senza guardare al merito –⁵⁸.

La giustizia si realizza nella ricerca del bene comune e nella sua attuazione.

Essa è un comando della ragione ed è insieme, sul piano pratico, l'adempimento concreto dei nostri doveri verso la società.

Nel dialogo con il pensiero della tradizione, oggi
più che mai essenziale in un tempo che soffre la perdita

⁵⁸ L. Milella Fassone, *Io giudice ne ho condannati tanti, ma la pena deve avere fine*, "la Repubblica", 16 aprile 2021, p. 23.

di significati forti e punti di riferimento, ripensare l'opera di Tommaso d'Acquino costituisce un fecondo percorso di apertura umana e intellettuale, nel segno di un rinnovato umanesimo⁵⁹.

Il fine della punizione è la correzione di chi viene punito, ma chi ha commesso una colpa non deve essere perseguitato e cacciato dalla società; non è perduto per essa, e anzi deve essere reinserito attraverso la pena inflitta.

Di qui l'importanza decisiva del modo e della misura del castigo, perché l'uno e l'altra sono lì a provare le reali intenzioni di chi esercita la giustizia, la sua benevola disponibilità o la sua furibonda sete di vendetta, personale o per conto della società. Il castigo, dunque, non è fine a se stesso e non mira a stabilire un'equazione aritmetica, per cui si restituisce al reo il male che egli ha fatto, secondo la legge del taglione. In una parola: anche un uomo colpevole deve essere aiutato a riscattarsi.

La punizione deve essere una terapia utile alla società per il suo valore esemplare nei confronti di altri che fossero tentati di calpestare le leggi; ma essa deve giovare agli stessi individui di cui sono state accertate le colpe. Un giudice è come un medico: un bravo medico guarisce e restituisce alla

⁵⁹ G. Maglio, *Libertà e giustizia nel pensiero di Tommaso d'Acquino. Un modello di umanesimo cristiano*, CEDAM, 2020.

vita, mentre il medico cattivo, per non impegnarsi a curare, dà già per spacciato il malato: «*mali medici est desperare, ne cureb*»⁶⁰.

È opportuno ricordare Seneca: ammonimento per chi esercita il potere della giustizia. Il filosofo all'inizio del *De clementia* ricorda un bellissimo episodio: Nerone, dovendo autorizzare la condanna a morte di due briganti, più volte rinviò la firma del decreto e, quando vi fu costretto esclamò: «Vorrei non sapere leggere e scrivere»⁶¹.

In considerazione delle riflessioni esposte, la storia giudiziaria che di seguito sarà narrata non può essere ignorata, anzi deve indurre riflessioni morali e giuridiche, in quanto il dispositivo della sentenza ha sancito per il medico condannato un castigo spropositato, ingiusto e privo di qualunque forma di umanità.

E se il dibattito attuale sulla ostatività dell'ergastolo evidenzia una apertura, la sentenza in questione confligge con l'art. 27 Cost. co. 3. Come si vedrà nel corso dello scritto, la pena accessoria comminata al medico condannato (interdizione perpetua dei pubblici uffici) equivale al "fine pena mai". E in questo caso, La Legge, a dispetto delle migliori intenzioni, si confonde con la vendetta. Ha fallito, ha prevaricato con arroganza il suo compito.

⁶⁰ Seneca: *De clementia*, 1, 17, 2.

⁶¹ *Ivi*, 1, 1, 2.

IL FATTO

Il medico condannato ha prestato la sua opera professionale in uno studio medico privato non attrezzato e non autorizzato, pur essendo un dipendente con contratto a tempo pieno e senza autorizzazione a effettuare prestazioni *extra moenia*. L'azione delittuosa responsabile della condanna è dovuta all'assistenza anestesiológica, prestata a donne incinte consenzienti, per interruzione volontaria di gravidanza in concorso con un ginecologo. È stato condannato con sentenza passata in giudicato: a) perché abusando delle proprie qualità e dei propri poteri, con più condotte esecutive di un medesimo disegno criminoso, commesse in tempi diversi, costringeva (in concorso col ginecologo) donne a dare o promettere indebitamente denaro...; b) perché quale pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio si appropriava di farmaci destinati ad esclusivo uso ospedaliero...; c) perché costringeva (in concorso) le predette donne, che si trovavano in stato di gravidanza, ad interrompere la gravidanza in modo illegale, presso uno studio privato, struttura non abilitata *ex lege* e priva dei requi-

siti igienico-sanitari e di adeguati servizi ostetrico-ginecologici, con conseguente rischio per la salute fisica e psichica ... facendo apparire falsamente difficoltoso e impraticabile l'iter medico e psicologico tipico della procedura legale di interruzione di gravidanza presso la struttura pubblica ...; d) perché pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, si rifiutava, durante un turno di reperibilità, essendo stato chiamato per una emergenza, di accompagnare il personale del 118 nel trasporto di un paziente in gravi condizioni. Il medico è stato condannato alla pena di anni sei di reclusione, oltre alle pene accessorie. Da segnalare che la pena è stata espiata quasi per intero in regime di detenzione carceraria e in regime di detenzione domiciliare.

La Corte di Cassazione riforma parzialmente la pronuncia di primo grado del Giudice dell'udienza preliminare (è stato adottato il rito abbreviato), revocando le statuizioni civili, e conferma nel resto la medesima pronuncia della Corte d'Appello con la quale il medico-anestesista era stato condannato alla pena di giustizia in relazione ai delitti in concorso.

In conseguenza del verdetto emesso dalla Corte di Cassazione, l'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri,

Visti gli articoli 40-41 del Decreto del Presidente della Repubblica 5 Aprile 1950, n. 221, tenuto conto dei fatti contestati e della loro gravità e rilevanza etico-morale, con incidenza sulla reputazione del sanitario e sulla dignità della classe medica; dichiara il medico responsabile in via disciplinare degli addebiti al predetto mossi e, per l'effetto, applica, ritenendola congrua, la sanzione disciplinare della radiazione.

Il medico è colpevole di avere esercitato la propria attività *extra moenia* senza essere autorizzato; non è colpevole di avere indotto le donne ad abortire né di averle indirizzate nello studio privato (nemmeno in concorso: è un anestesista); è colpevole di imprudenza e negligenza in quanto ha praticato la anestesia in un luogo privo di requisiti igienico-sanitari; da stigmatizzare con forza la sottrazione di farmaci dell'Ospedale, ma poiché nel dibattito è stato documentato il costo dei farmaci (10,00 euro), l'accusa di peculato pare incongrua; esagerata la pena di anni sei; castigo gratuito l'interdizione perpetua dei pubblici uffici in considerazione

della storia umana e professionale del condannato.

Nell'era del giustizialismo e dell'impunitismo sarebbe razionale ricercare un equilibrio senza inseguire la logica del consenso. Perché il castigo sia giusto, è necessario cambiare e riformare veramente la giustizia e introdurre la responsabilità civile dei magistrati. È noto che ogni anno in Italia vengono incarcerati mille innocenti, cui è stata spezzata la vita per sempre, nonostante ciò è insignificante il numero di magistrati che per un errore giudiziario così grave e irreparabile subisce un castigo. Tutto questo è illiberale e profondamente ingiusto; perché se si accetta che l'errore è inevitabile per chi giudica, lo stesso dovrebbe valere anche per il sanitario.

CAPITOLO XI

Ruolo e influenza della stampa

*È la stampa bellezza! La stampa. E tu non ci puoi fare niente!
Niente.*

Nel 1952 il regista Richard Brooks intitolò *Deadline* uno straordinario film con Humphrey Bogart, nella parte di un direttore di giornale sul punto di essere licenziato, che si batte contro un potente gangster.

Ma nonostante le pressioni e le minacce egli decide di stampare l'ultima edizione del giornale facendo ascoltare al malavitoso, attraverso la cornetta del telefono, il rumore delle rotatorie in azione con la celebre battuta.

Giorgio Bocca nel 2008 ha scritto il saggio *È la stampa, bellezza*, nel quale il celebre giornalista scrive:

Il giornalismo di idee e informazioni, come lo intese il secolo borghese, è una specie in via di estinzione,

se non già estinta⁶².

Orfani di grandi battaglie, i giornali perdono copie e non riescono più ad incidere sulla formazione del lettore, soprattutto soffrono di una crisi etica e di forti motivazioni ideali, senza le quali il giornalismo non potrà riconquistare il ruolo centrale che ha svolto nel passato.

Il contenzioso medico-legale è una guerra in corso combattuta senza esclusioni di colpi e di spot. Nei primi mesi del 2014 ha fatto scalpore sul web il video di “Amami” (Associazione dei medici accusati ingiustamente): in primo piano la testa rapace di un avvoltoio a simboleggiare l’aggressione contro i professionisti della sanità portata avanti nei tribunali da avvocati e uffici di infortunistica.

Nonostante ciò, è sempre più diffusa, la presenza sui giornali la pubblicità di studi legali o di associazioni di consulenza medico-legale che invitano a rivolgersi ai loro servizi per denunciare “la malasànità”, senza che da parte dei professionisti della stampa o del web ci sia una presa di posizione deontologica.

Eppure la “comunicazione” non implica semplicemente l’atto del parlare: presuppone una relazione e quindi uno scambio, ossia condividere con gli altri pensieri, opinioni, esperienze, sensazioni e sentimenti.

⁶² G. Bocca, *È la stampa, bellezza*. Feltrinelli, 2008.

Quando, poi, c'è di mezzo la salute o le malattie che possono essere curate bene o male, l'informazione non può essere manipolata da falsi messaggi, perché viene buttato fango sui medici e sugli ospedali.

C'è l'obbligo di informare verificando tutto ciò che poi si comunica, c'è la necessità di valutare attentamente che ciò che si divulga non arrechi danno, soprattutto nei casi in cui la notizia propalata a quattro colonne risulterà falsa.

C'è il dovere di conoscere nei particolari il fatto pubblicato e dato in pasto all'opinione pubblica, in quanto la pubblicità negativa non fa un buon servizio ai pazienti e alla salute in generale.

La comunicazione ha un ruolo importante nella conoscenza di una malattia, soprattutto nell'era della globalizzazione caratterizzata dalla rete, veicolo di ogni notizia. Cosa può fare il mondo della stampa per una informazione corretta ed efficace?

I media, attraverso le varie espressioni, comunicano informazioni. Ci si domanda se queste informazioni vengano filtrate, verificate, valutate e selezionate. Un quotidiano nazionale ogni giorno valuta 100-150 fatti, un quotidiano locale 50-60, un'agenzia di stampa nazionale 300-400, Tv e radio come i quotidiani.

Potere politico ed economico possono condizionare le

notizie, la pubblicazione e l'evidenza. E qui entra in gioco l'etica del comunicatore, ancora di più se iscritto ad un ordine professionale. L'etica, però, soprattutto quando si comunicano fatti sanitari non basta, è necessaria la competenza.

Un giornalista dovrebbe avere questa "obbligazione". In ambito sanitario spesso il professionista della comunicazione è spinto da una enfasi pseudomoralista che sconfinava nel giustizialismo.

La notizia della supposta malpractice, anche se priva di verità scientifica, è una notizia! Permette di scrivere un pezzo che stimolerà la morbosità del lettore, anche se spesso la narrazione è una bufala. Qualcuno, per fortuna, ha preso coscienza di tutto questo. Scrive Mario Barbagallo:

Ho cercato, tra il 2010-2013, da consigliere nazionale dell'Ordine dei giornalisti di creare un albo per chi scrive di medicina, scienza e sanità. Non censure, ma un albo con regole da rispettare e da utilizzare come garanzia di qualità del blog, del sito, del contributo che viene pubblicato o diffuso. Inutile dire che tutto cadde nel nulla ...⁶³

La correttezza dell'informazione dovrebbe essere assi-

⁶³ M. Barbagallo, www.siditalia.it, 2019.

curata non solo da una pertinente selezione delle informazioni, ma dal controllo della loro esattezza. Senza questi paletti tutto può accadere. E di solito accade che la stampa riporti l'avviso di garanzia che, nell'era del giustizialismo peccoso, è già una condanna a prescindere. La *notitia criminis* non tiene conto della malattia, delle complicità e della dinamica degli eventi: sbatte il mostro in prima pagina.

Il problema pare abbia sensibilizzato le Istituzioni, ne è prova il fatto che la Commissione Europea ha approntato norme utili a contrastare non più solo i contenuti illegali diffusi on line, ma anche le false informazioni che proliferano grazie ai social media.

La disamina dell'argomento richiede: la definizione stessa del problema inerente la comunicazione, la valutazione delle misure da prendere per contrastare la diffusione di notizie imprecise, le azioni per rafforzare la diffusione di notizie affidabili, l'obbligo di informare correttamente il lettore.

La stampa con la sua azione, spesso incompetente in ambito sanitario, è stata vettrice di disinformazione ed ha acuito il contenzioso medico-legale "sintomo evidente della malattia dell'informazione". E del sistema, impostato sul consumismo e sulla non correttezza della informazione sanitaria, essa è colpevole.

Medici e pazienti sono sempre più “connessi”. La rete, forse, ha migliorato la conquista della consapevolezza di sé e del controllo sulle proprie scelte, decisioni ed azioni, sia nell’ambito delle relazioni personali sia in quello della vita politica e sociale, ma ha prodotto sicuramente danni enormi in ambito sanitario per l’affermarsi di una cultura priva di evidenze scientifiche e di illusioni miracolistiche.

Risulta, allora, non più procrastinabile fissare regole specifiche per l’informazione medico-scientifica. Dibattere il tema è ormai ineludibile, proporre ed attivare soluzioni ancora di più.

Occorrerebbe una “Carta dell’informazione sanitaria”, in modo tale che soltanto professionisti competenti del web e della carta stampata possano scrivere di sanità.

Appunto perché non sono state adottate regole specifiche, non possiamo meravigliarci della disputa attuale sui vaccini.

Se circolano liberamente messaggi su farmaci o procedure che in un attimo risolvono il problema (ed è un falso), è impossibile contrastare la convinzione della malpractice: la gente diffida o si affida a medici ed a strutture sanitarie la cui competenza è garantita da spot pubblicitari... come si trattasse di un prodotto commerciale.

Non si chiede al cronista di essere Ernest Hemingway o

Joseph Pulitzer, si pretende una narrazione precisa e documentata non un giudizio morale o peggio un atteggiamento populista, dai quali il giudice, è condizionato:

... alle parti civili compete il risarcimento del danno e va considerata anche la datrice di lavoro degli imputati, in ragione del danno obiettivamente derivato alla struttura sanitaria pubblica a seguito di un evento clamoroso ed inaccettabile per le modalità di sua verifica⁶⁴.

Non è peregrino pensare che la sentenza di condanna è stata condizionata dall'eco mediatico, ma a pensar male spesso non si fa peccato.

A tal uopo sembra opportuno riportare quanto il presidente della Corte Costituzionale Giancarlo Coraggio ha dichiarato nel corso della *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale 2020*.

Non c'è dubbio che venga calpestato il principio della presunzione di non colpevolezza, quando un indagato viene presentato come condannato ... La gogna, soprattutto mediatica, di chi è sottoposto ad indagine, di chi vede distrutta la propria vita – tra l'altro da un

⁶⁴ Fonte: Dispositivo di sentenza N. 96/08, N. 308/06 R.G., N. 2368/05, Tribunale Barcellona Pozzo di Gotto.

processo che dura mezza vita professionale – è inaccettabile. Auspico che si crei un clima ed una cultura della “presunzione di innocenza” effettiva e reale⁶⁵.

⁶⁵ *Relazione* Presidente Corte Costituzionale, “Il Riformista”, 14 maggio 2021.

Conclusioni

Da tanti anni ormai la giustizia, intesa come magistratura, condiziona il destino dei cittadini. E, se il conflitto con la politica rappresenta la punta dell'iceberg, perché mediaticamente più rilevante, non può essere sottaciuto che la Legge si è inserita in tutti i gangli vitali della società condizionando carriere elettive, economia e ogni aspetto della vita delle persone. Financo l'arte sanitaria è finita sotto la spada di Damocle della obbligatorietà dell'azione penale. La giustizia sentenza dogmaticamente su eventi prevedibili ma non prevenibili, mettendo alla gogna superficialmente quanti con passione, fede e impegno esercitano tale difficilissima professione.

Nel nostro Paese le cause di contenzioso medico-legale sono circa 35.000 ogni anno, mentre 300.000 sono quelle giacenti nei tribunali contro i medici e le strutture sanitarie private e pubbliche: il 95% di questi procedimenti si con-

clude con una assoluzione del personale medico-sanitario. Questi dati evidenziano la strumentalità del contenzioso in esame e dovrebbero indurre a riflessioni e soluzioni.

Non è bestemmia sostenere, pertanto, la necessità impellente di una riforma dell'obbligatorietà dell'azione penale associata a quella del consulente tecnico d'ufficio, le cui conclusioni sono riportate nel 80% dei dispositivi del giudice. Il conflitto creatosi ha sviluppato una medicina difensiva, responsabile di effetti negativi sia sotto l'aspetto scientifico sia sotto l'aspetto economico.

Tutto questo perché una accusa di malpractice, produce una alterazione del vissuto quotidiano, non solo professionale, un trauma profondo in cui la sensazione di essere lasciato solo con un pesante macigno condiziona a lungo, indipendentemente dall'accusa, la vita di un medico e di un chirurgo in particolare. Fa perdere sicurezza in se stesso, nella sua capacità di andare avanti, di affrontare le difficoltà e le incertezze con le quali ogni giorno si deve misurare.

Questo breve saggio *Giustizia e Sanità* non si propone di essere una summa giuridica, né ambisce a sanare una ferita aperta e sempre più dolorosa, ha voluto analizzare le vere cause di questo contenzioso così frequente e i problemi conseguenti che non riguardano solo il benessere psicofisico ed economico dei sanitari, ma influenzano soprattutto le scelte terapeutiche nei confronti dei pazienti. Il legislatore

deve porsi questo problema: non può lasciare, pilatescamente, la soluzione di questo disagio nelle mani della giustizia o di associazioni.

L'esercizio dell'arte medica è gravoso e richiede serenità, il montare del contenzioso, divenuto insostenibile, necessita subito di efficaci soluzioni : ridefinizione normativa del trattamento medico chirurgico, limitazione della responsabilità penale, definizione normativa di colpa grave per i casi di medical malpractice, rivisitazione della disciplina processuale di selezione e nomina dei consulenti tecnici e dei periti, introduzione di programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario, un nuovo assetto della responsabilità civile e della copertura assicurativa, istituzione di un tribunale sanitario, richiesta di assoluta competenza da parte del magistrato. Infine, non per importanza, sarebbe doveroso da parte del Ministero della Salute, promuovere una campagna di sensibilizzazione che spieghi ai pazienti che “si può guarire, si può star meglio, ma si può anche morire”.

Il cittadino non ha diritto alla salute, ha diritto alla cura, la cura migliore possibile. Spiegare questo concetto potrebbe servire a scoraggiare il ricorso automatico all'autorità giudiziaria, da parte di chi supportato da rampanti avvocati e da sedicenti esperti, intende confondere il giusto e legittimo diritto di risarcimento con la più cinica e misera delle speculazioni. Tutto questo non basta, qualora la giustizia

continuerà a considerarsi come dogma.

È necessario, allora, ricostruire un rapporto fiduciario che chiami in causa anche l'*ethos* di un popolo, fondato su un discorso di verità. Il Covid come una spazzola della Storia ha squadernato antichi squilibri, aggravandoli, e a messo a nudo deficienze prima nascoste sotto il tappeto.

Da questa consapevolezza deve nascere una assunzione di responsabilità affinché miopi visioni di parte non siano anteposte al bene comune, perché nel Paese del *particolare*, l'arte medica non sia succube del facile consenso o peggio pavida e tremante di fronte alla giustizia.



STAMPATO IN ITALIA