Mattioli 1885

Bollettino dell'Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri di Parma - Spedizione in a.p. - 45% - ART 2 COMMA 20/B LEGGE 662/96 - Filiale di Parma

Parma Medica

ATTI DEL CONVEGNO

VENERDÌ 13 OTTOBRE 2017

RESPONSABILITÀ SANITARIA: DAL CONTENZIOSO MEDICO ALLE ASSICURAZIONI ALLA LUCE DELLA LEGGE 24/2017

ORDINE DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI DELLA PROVINCIA DI PARMA

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI PARMA

ORDINE DELL'AVVOCATURA DI PARMENSE

PROGRAMMA DEL CONVEGNO

APERTURA CONVEGNO
Pierantonio Muzzetto - Presidente Omceo Parma
Ugo Salvini - Presidente Ordine degli Avvocati della Provincia di Parma

RIFLESSIONI ETICO GIURIDICHE
INTERVENTI

La legittimità dell'atto medico tra finalismo sociale e consenso informato.
Andrea Nicolussi - Ordinario di Diritto Civile Università Cattolica di Milano e Componente Comitato Nazionale di Bioetica (CNB)

La libertà terapeutica e l'evoluzione della responsabilità.
Gianfranco Iadecola - Giurista già Magistrato della Corte Cassazione -Componente Centro Studi FNOMCeO

Perizia diligenza e prudenza nell'esercizio professionale.
Maurizio Benato - Componente Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) Componente Centro Studi FNOMCeO

LA RESPONSABILITÀ MEDICA ALLA LUCE DELL'ATTUALE NORMATIVA
INTERVENTO

La nuova legge 24 tra luci ed ombre, conferme e novità.
Antonio D'Aloia - Ordinario Diritto Costituzionale Università di Parma, Presidente Centro Universitario Bioetica di Parma (UCB)

PRIMA SESSIONE: IL MEDICO E IL LEGALE DI FRONTE ALLA RESPONSABILITÀ E ALLA TUTELA

Moderatori: Pierantonio Muzzetto, Presidente Omceo Parma - Ugo Salvini, Presidente Ordine degli Avvocati della Provincia di Parma

INTERVENTI

Danno e responsabilità: La responsabilità del medico e del restante personale sanitario: aspetti penali
Mario Bonati - Avvocato Penalista Foro di Parma

L'articolo 590 sexies.
Paolo Moretti - Avvocato Penalista Foro di Parma

Profili della responsabilità nel giudizio in ambito civile.
Nicola Sinisi - Consigliere di Cassazione con funzione di Giudice presso Tribunale di Parma

Danno e responsabilità: aspetti civilistici
Gaudenzio Volponi - Avvocato Civilista Foro di Parma

L'azione di rivalsa erariale e assicurativa: presupposti, requisiti e conseguenze.
Pietro Artioli Bonati - Avvocato Civilista Foro di Parma

SECONDA SESSIONE: IL GIUDIZIO DI RESPONSABILITÀ DALLA LINEA GUIDA AL GIUDIZIO PERITALE

Moderatori: Pierantonio Muzzetto, Presidente Omceo Parma - Ugo Salvini, Presidente Ordine degli Avvocati della Provincia di Parma

INTERVENTI

La colpa medica nel giudizio: il ruolo del perito la valutazione ex ante alla base della perizia, quanto incide l'analisi clinica nel giudizio sul danno biologico
Nicola Cucurachi- Medico - Legale, Ricercatore Universitario, Università di Parma

Le linee guida: croce o delizia nel giudizio di colpa
Giuseppe Lavra - Presidente Omceo Roma

TAVOLA ROTONDA: LA RESPONSABILITÀ NEL CONTENZIOSO. DAGLI ASPETTI CIVILI E ASSICURATIVI A QUELLI DEONTOLOGICI

Moderatori: Nicola Sinisi, Consigliere di Cassazione con funzione di Giudice presso Tribunale di Parma -
Gianfranco Iadecola, Giurista già Magistrato della Corte Cassazione -Componente Centro Studi FNOMCeO

INTERVENTI

Roberto Ferrari - Consulente assicurativo
Mario Bonati - Avvocato Penalista Foro di Parma
Gaudenzio Volponi - Avvocato Civilista Foro di Parma
Giovanni Pinardi - Avvocato Civilista Foro di Parma e Consulente Omceo Parma
Vito Gaudiano - Componente Fnomceo CCEPS e Componente Centro Studi FNOMCeO
Nicola Cucurachi - Medico - Legale, Ricercatore Universitario, Università di Parma

Editoriale

Responsabilità sanitaria: linee guida croce e delizia per medici e giudici. Da colmare inoltre le lacune sugli obblighi assicurativi

di Pierantonio Muzzetto

Dedichiamo questo numero di Parmamedica agli atti del convegno intitolato **"RESPONSABILITÀ SANITARIA. DAL CONTENZIOSO MEDICO ALLE ASSICURAZIONI ALLA LUCE DELLA LEGGE 24/2017"**, realizzato dall'Ordine di Parma e dall'Ordine degli Avvocati di Parma, venerdì 13 ottobre, all'Hotel de la Ville.

Al centro la nuova Legge sulla responsabilità "Bianco – Gelli", che "ha l'ambizione di essere una riforma organica in cui si regola ex novo la responsabilità sotto il profilo penale, introducendo il nuovo articolo 590 sexies per le condotte riconducibili a imprudenza o negligenza, escludendola in caso di imperizia se rispettare le Linee Guida o le buone prassi clinico – assistenziali. E si fissano principi relativi alla responsabilità civile introducendo il cosiddetto doppio binario, con la distinzione tra responsabilità contrattuale della struttura ed extracontrattuale per medici e sanitari, con evidenti riflessi sul piano della prescrizione e dell'onere probatorio", come ha ricordato il presidente dell'Ordine degli avvocati Ugo Salvini.

Un provvedimento con aspetti positivi ma con molte ombre: ci si richiama infatti alla colpa in caso di non applicazione delle Linee guida, che divengono così e nel contempo croce e delizia per l'attore medico, ma anche per la controparte giudicante. L'errore comune è considerarle la Bibbia della professione medica: l'incongruità, non ci si stanca mai di dirlo, sta nella variabilità clinica e nella presenza di più stati patologici, in cui le linee guida da considerare sono molteplici. E talvolta sono fra loro incongrue o nocive, qualora applicate acriticamente e non adattate al singolo paziente.

Del resto la medicina è un esercizio difficile e il giudice dovrebbe tenerne conto, come ha sostenuto il giurista Gianfranco Iadecola, dopo aver rimarcato la superfluità dell'introduzione dell'articolo 590 sexies, visto che la responsabilità penale del medico era già valutata con equità.

Pasticci anche in ambito civile con l'introduzione del cosiddetto doppio binario di responsabilità contrattuale ed extracontuattale. In caso di malpractice infatti, come ha ben spiegato Andrea Nicolussi, componente del Comitato nazionale di Bioetico, si verifica il seguente paradosso: "per lo stesso fatto la struttura sanitaria risponderà al paziente per inadempimento del medico, e questo ne dovrà rispondere a sua volta alla struttura, come se non avesse nessun rapporto col paziente. Il che significa squalificare la relazione. Forse sarebbe preferibile richiamare la struttura alla propria responsabilità organizzativa, quando questa non mette il medico in condizione di operare con mezzi e tempi adeguati".

Altro aspetto controverso affrontato durante il convegno è stato il problema assicurativo: a fronte dell'imposizione a essere assicurato, il medico si scontra nel quotidiano col diniego o colla discrezionalità delle stesse assicurazioni a farlo, per cui insistiamo sull'esigenza di colmare la lacuna.

Insomma le tematiche sono state diverse e di stretta attualità e il nostro auspicio è che la materia trattata, che oggi vi restituiamo sotto forma di atti, grazie al confronto tra medici, avvocati, giuristi ed esperti assicurativi, sia meglio intellegibile per quanto complessa.

Del resto gli Ordini dei Medici e degli Avvocati di Parma, allo scopo di agevolare l'interpretazione delle normative di interesse, da sempre hanno instaurato un rapporto collaborativo in onestà intellettuale improntato sul confronto. Insieme hanno infatti già organizzato nel 2014 un evento convegnistico sulla responsabilità e sul danno patrimoniale, in cui era stato coinvolto anche il notariato della provincia.

La valutazione positiva di quell'esperienza ci ha indotto a riprogrammare questa ulteriore iniziativa che prosegue idealmente sulla linea tracciata dal precedente, alla luce della nuova Legge sulla responsabilità.

RESPONSABILITÀ SANITARIA: DAL CONTENZIOSO MEDICO ALLE ASSICURAZIONI ALLA LUCE DELLA LEGGE 24/2017

APERTURA DEI LAVORI

Ugo Salvini - Presidente Ordine degli Avvocati della Provincia di Parma

Benvenuti a questo nostro incontro, organizzato dal locale Ordine dei Medici insieme all'Ordine degli avvocati e con il supporto della Fondazione Forense di Parma.

All'incirca un anno fa, o poco più, è stato stipulato tra la Federazione Nazionale dei Medici ed il Consiglio Nazionale Forense un protocollo d'intesa per lo sviluppo di sinergie volte alla realizzazione di una efficace tutela nella materia dei fondamentali diritti alla salute ed alla difesa e per promuovere un'altrettanto efficace informazione.

Vale qui in proposito la pena di ricordare che, nell'ambito della vasta platea delle professioni ordinistiche, quelle dei medici e degli avvocati – le nostre professioni – sono le uniche di rilievo costituzionale, attenendo entrambe alla tutela dei due richiamati diritti fondamentali della persona.

In tale protocollo sottoscritto in sede centrale, in chiusura si auspica la promozione di intese a livello locale tra i rispettivi Ordini territoriali per favorire la collaborazione tra i due sistemi e dare attuazione a quanto oggetto del protocollo nazionale.

Per la verità i nostri Ordini, qui a Parma, sono stati precursori della filosofia ispiratrice del protocollo predetto posto che, già antecedentemente alla sua nascita, nel 2014 è stato promosso un convegno medici-avvocati, allargato nell'occasione anche ai notai, in materia di responsabilità e di danno patrimoniale alla luce delle previsioni e delle innovazioni introdotte, all'epoca, dal c.d. "decreto Balduzzi".

L'esperienza fu indubbiamente positiva e quale occasione migliore vi poteva essere, per dare concretezza all'auspicio contenuto nel protocollo nazionale, di quella rappresentata dall'avvenuta approvazione della L. 24/2017 – c.d. Legge Gelli – in materia di responsabilità sanitaria, che ha l'ambizione di essere la riforma organica nella materia del diritto alla salute della persona?

Ed è da allora –febbraio/marzo di quest'anno – che ha preso spunto e avvio l'organizzazione di questo incontro reso possibile, oltre che dal reciproco impegno dei nostri Ordini, dalla disponibilità di qualificatissimi relatori cui va fin d'ora il nostro sincero ringraziamento per la loro partecipazione.

Il tema è stimolante ed oltre modo vasto, nonché impegnativo, per la molteplicità dei profili da affrontare atteso che, nell'ambito del principio base ispiratore della legge – la tutela del diritto alla salute – tra l'altro e sinteticamente:

- si istituiscono a livello regionale nuove figure quali il Garante del diritto alla salute e il Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente;
- si disciplina la trasparenza dei dati, fissando altresì a carico dell'amministrazione sanitaria termini piuttosto stringenti per il rilascio della documentazione sanitaria richiesta (gg. 7) ed eventuali integrazioni (gg. 30);
- si regola ex novo la responsabilità sotto il profilo PENALE introducendo il nuovo art. 590 sexies cod. pen. per le condotte riconducibili a imprudenza e/o negligenza, escludendola in caso di imperizia conchè siano rispettate le linee guida o le buone prassi clinico-assistenziali, peraltro, in punto, con tutti i necessari distinguo e precisazioni, come avremo modo di apprendere;
- si fissano principi relativi alla responsabilità CIVILE codificando in sostanza quelli elaborati dalla ormai consolidata giurisprudenza formatasi in materia, che introduce il c.d. "doppio binario", con la distinzione tra responsabilità contrattuale della struttura ed extracontrattuale per i medici ed il personale sanitario operanti nell'ambito della stessa, con evidenti riflessi sul piano dei termini di prescrizione e dell'onere probatorio, ferma restando la responsabilità di natura contrattuale per il sanitario operante in regime libero professionale;
- si introduce in materia di risarcimento, ai fini deflattivi del contenzioso, il tentativo obbligatorio di conciliazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, da attuarsi mediante consulenza tecnica preventiva (a.t.p.) ex art. 696 bis c.p.c. (in alternativa alla mediazione ex L. 28/2010);
- si regola e limita l'azione di rivalsa della Struttura e/o della Comp. assicuratrice nei confronti del medico alle ipotesi di colpa grave o dolo e si disciplina altresì l'azione di responsabilità amministrativa (da promuoversi da parte del PM c/o la Corte dei Conti);
- si dispone l'obbligatorietà dell'assicurazione a carico delle Strutture sanitarie anche a copertura della responsabilità extracontrattuale dei sanitari operanti nelle stesse;
- si introduce la possibilità di azione diretta del danneggiato nei confronti della Comp. ass. (delle Strutture o del medico operante in regime libero professionale).

Vi sono poi gli aspetti e le ricadute sul piano

della deontologia, sia in ambito medico che forense, non contemplati dalla L. 24/2017 ma pur sempre rilevanti ed attuali.
Su gran parte di questi argomenti e comunque sui profili più rilevanti della nuova normativa ci intratterranno i nostri numerosi e qualificati relatori, cui cediamo pertanto la parola, previa loro presentazione ed introduzione da parte del presidente Muzzetto.
Grazie e buon lavoro a tutti.

Pierantonio Muzzetto - Presidente Omceo Parma

Ringrazio il Presidente Salvini per la sua presentazione che è stata esauriente. Il motivo della nostra attività congiunta è stato correttamente enunciato, e oggi siamo chiamati a collaborare anche anticipando per così dire l'accordo nazionale. Oggi a Parma sono consolidati i rapporti con l'Ordine degli Avvocati, con la Camera penale e con quella civile rinsaldando un po' un rapporto tra quello che è l'aspetto giudiziario e quello sanitario. La legge di cui si parlerà oggi, e che verrà trattata dagli illustri relatori, è una legge, per così dire, dalla doppia faccia, perché in realtà non è una legge che brilla di luce propria e, come per la luna, c'è una faccia illuminata e una seconda faccia oscurata perché non illuminata dal sole. Il vero problema che oggi abbiamo nell'ambito sanitario è che il passo che si voleva fare, e che si voleva fosse fatto a livello nazionale, era quello di trovare la soluzione all'errore medico.
Una soluzione che andava nel senso di porci in linea con le nazioni che noi oggi consideriamo civili e più evolute in ambito sanitario e invece nonostante questa legge ci lascia come fanalino di coda nella graduatoria con la Polonia e un'altra nazione del Sudamerica, perché il nostro parlamento non vuole depenalizzato l'errore medico. Il tentativo che si è fatto anche da noi di Parma è spingere per arrivare a normare questo aspetto, ovvero l'errore medico non come colpa penalmente rilevante e soprattutto trovare nell'ambito della colpa solo gli aspetti oggettivi che non siano certo assimilabili all'errore medico ed alla complicanza non imperita.
È un discorso molto difficile, che penso che il prof. d'Aloia ma anche il prof. Nicolussi ma anche il giudice Iadecola possano in questo caso valutare e magari individuare possibili risposte; anche considerando il fatto che oggi al tavolo abbiamo degli esperti che lo sono non soltanto nell'ambito della bioetica, del biodiritto ma anche della res sanitaria. In particolare il Giudice Iadecola potrà darci una sua visione forte dell'esperienza nella Procura della Repubblica presso la Corte di Cassazione, con aspetti e considerazioni sul tema.
Dicevo, la 24 è una legge dalla duplice faccia e dal duplice aspetto, noi anche come Ordine di Parma assieme all'Ordine di Roma, assieme all'Ordine di Bologna, siamo stati attivi nel presentare a livello parlamentare, attraverso degli organi parlamentari della minoranza, una serie di proposte emendative sui vari articoli della legge, anche se per la velocità impressa per la sua approvazione e la brevità dei termini per la presentazione degli emendamenti in aula, le proposte sono state acquisite e approvate all'unanimità con parere positivo del sottosegretario Faraone e quindi del Governo per l'attuazione. E quegli ordini del giorno dovranno essere considerati nei decreti attuativi della legge trattano fondamentalmente gli aspetti che ha detto il Presidente Salvini. Sono stati fatti per cercare di togliere il peccato originale di una legge che rende indifferenziate le responsabilità, non solo perché generalizza la responsabilità del medico che diventa perciò responsabilità sanitaria; allo stesso tempo va ad aprire il discorso su quali siano le professioni sanitarie e i professionisti sanitari.
Tutto questo rientra nel grande tema del riordino degli Ordini per cui oggi ci troviamo di fronte a delle proposte di ampliamento delle professioni sanitarie, addirittura a delle figure fino ad oggi non considerate tali, che vengono inserite in un Ordine. Faccio l'esempio banale, se non cambiano le proposte, saranno ordini anche quelli degli operatori socio-sanitari, dei podologi, degli osteopati e così via: quindi situazioni di cui abbiamo parlato il 10 scorso al Ministero della Sanità, riuniti in Consiglio nazionale, e in cui come Federazione si è presa la decisione importante di ritirare tutte le delegazioni dalle commissioni istituzionali nazionali, perché effettivamente quella legge, che in realtà trova la sponda nei principi stessi della Legge 24 e dunque della responsabilità medica, perché indifferenzia, massificandole, le responsabilità di tutte le professioni sanitarie. Il medico e le altre professioni non sono la stessa cosa, quindi è una legge che nasce così creando confusione piuttosto che fare chiarezza e diventa un veicolo di contenziosi interprofessionali.
Il secondo problema sono le linee guida di cui si tratta in riunioni e in convegni tematici, emerge che laddove, e anche in quei casi in cui, si applicano le linee guida può prevalere in questo caso il giudizio di attribuzione delle altre due forme della colpa generica ovvero dell'imprudenza e della negligenza, una volta esclusa la imperizia qualora rispettate proprio le linee guida.
Ma questo cambio di paradigma della colpa e l'orientamento verso l'imprudenza e la negligenza lasciano il passo ai giudizi differenti della magistratura, cosicché risultano veritiere le affermazioni di qualche esperto e illustre relatore quando faceva un'affermazione che è una vera provocazione secondo cui è forse meglio essere imperiti, perché questo potrebbe tutelare molto di più che andare in giudizio per imprudenza e negligenza. Sulle linee guida v'è molto da dire: c' è un decreto attutivo, ci sono le società scientifiche. La colpa normata attraverso un nuovo disposto che si inserisce sul disposo di legge. Con altri aspetti che dovranno trovare esplicazione nel decreto attuativo della legge.
Ma un altro aspetto che per noi molto controverso, non compiutamente e impropriamente per certo verso non considerato nella L.24 è il problema assicurativo. Che è poi il problema dei problemi della professione, degli obblighi unilaterali del medico, che senza assicurazione non può esercitare, e delle assicurazioni dalla disdetta facile per giunta immotivata, che non hanno alcun obbligo ad assicurare e a mantenere assicurati i medici, con tutto quanto ne derivi.
Mi auguro che quest'aspetto verrà anche trattato nell'ultima tavola rotonda dove si parlerà di tanti aspetti della professione con taglio pratico, ivi compresi non solo quello delle assicurazioni, non solo quello della responsabilità, ma anche quello della responsabilità deontologica, al cui rispetto noi siamo chiamati, avendo anche nella tavola dei relatori il nostro giudice speciale della CCEPS. Il dr. Gaudiano, già componente storico della nostra Federazione, ci rappresenta in seno alla CCEPS e che quindi entra nel

giudizio anche deontologico ed è oltretutto un caro amico. Questa mia premessa non vuole andare oltre anche perché mi rendo conto che dobbiamo iniziare i lavori, e date le numerose relazioni, un po' da cerbero, come moderatori dovremo stare all'interno del tempo che abbiamo previsto. Ringrazio tutti i partecipanti che staranno nei tempi ricordando che taluni aspetti potranno essere approfonditi in sede di discussione. Con questo, termino la mia presentazione con i miei ringraziamenti per passare subito ai lavori del convegno. Vi ringrazio.

Adesso andiamo subito al Convegno, il convegno come voi avete valutato consta di riflessioni cosiddette etico-giuridiche dove entreremo un po' nel ragionamento con alcuni dei nostri relatori che fanno parte, due di questi del Comitato nazionale di bioetica, l'altro sarà il Giudice ladecola che in questo momento rappresenta per lo meno nel nostro ambito, e non a torto è considerato uno dei massimi esperti in campo sanitario e quindi giuridico-sanitario e ad ultimo una riflessione veramente a tutto tondo da parte del Prof. D'Aloia esperto di biodiritto, quindi possiamo dire bioeticista, in questo caso oltretutto persona con cui già da tanto tempo collaboriamo, è giurista bioetico, corretto giustamente in questo senso, quindi io darei subito la parola ad Andrea Nicolussi, il quale oltre appartenere al Comitato nazionale bioetica, è ordinario di diritto civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano, ha un grosso numero di incarichi, è un curriculum di tutto rispetto ma io non vorrei dimenticare niente e colgo il suo invito a limitare le citazioni a queste due definizioni, dicendo oltretutto che è un grosso esperto nel campo della bioetica e quindi lascerei a lui la trattazione "La legittimità dell'atto medico tra finalismo sociale e consenso informato".

INIZIO CONVEGNO - RIFLESSIONI ETICO GIURIDICHE

INTERVENTI

La legittimità dell'atto medico tra finalismo sociale e consenso informato.

Andrea Nicolussi - Ordinario di Diritto Civile Università Cattolica di Milano e Componente Comitato Nazionale di Bioetica (CNB)

Sommario:

1. Funzione sociale del medico.
2. Funzione sociale e consenso informato.
3. Funzione sociale e responsabilità di diritto civile.

1. Se si pensa alla professione da un punto di vista mercantile, il medico offre servizi sul mercato come ogni altro soggetto economico, onde la «legge» che ne dovrebbe regolare l'attività sarebbe essenzialmente quella della domanda e dell'offerta. Al più, si potrebbe considerare di inquadrare la posizione del paziente alla stregua di un consumatore. Coerentemente, la responsabilità del medico per i suoi eventuali inadempimenti non sarebbe né più né meno che quella di ogni altro operatore economico che stipula contratti coi suoi clienti.

Tuttavia, l'art. 32, co. 1, della nostra Costituzione assegna al bene della salute un rango primario, qualificandola diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività e garantendo cure gratuite agli indigenti. Addirittura, il secondo comma dello stesso articolo costituzionale prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, purché previsti per legge e purché rispettosi della persona umana. Da qui deriva la particolare considerazione di cui dovrebbe godere la professione medica come professione rivolta alla tutela di un bene di così notevole significato costituzionale. Infatti, se la salute, o più precisamente la tutela della salute non è un qualunque bene di consumo, ma un diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, occorre una regolazione giuridica della materia che incoraggi l'attività medica, ne promuova il miglioramento e protegga l'affidamento che le persone possono riporre nei professionisti della salute. L'affidamento nella professionalità del medico, cioè nel fatto che egli eserciti la sua attività in modo appropriato, ossia con la dovuta perizia, e anche in un modo deontologicamente corretto, è in pari tempo un valore sociale, *erga omnes*, e un valore puntuale nella relazione tra medico e paziente.

Sul piano sociale, l'affidamento è costruito principalmente mediante il riconoscimento della comunità professionale dei medici e attraverso l'abilitazione del singolo medico tramite esame di stato, pure prevista dalla Costituzione, sulla base di quei criteri generali di competenza necessari per autorizzare allo svolgimento dell'attività medica e intorno ai quali definire lo *status* del medico. La parola *status*, in particolare *status* professionale, vale proprio a indicare l'appartenenza della persona a una comunità o gruppo sociale da cui discendono una serie di prerogative e di doveri. E in una società complessa, articolata, tecnologicamente avanzata, e ispirata a criteri di liberalismo solidale non possono essere obliterati uno spazio e una funzione partecipativa e cooperativa adeguati per quei corpi intermedi, come gli ordini professionali. Questi ultimi, proprio per il fatto di riunire al proprio interno persone che svolgono una medesima professione, dovrebbero essere i soggetti deputati in primo luogo a definire lo statuto essenziale della professione esercitata, determinando i *goals* (i risultati prestazionali) e gli *ends* (i fini essenziali) dell'agire professionale appropriato e corretto. L'appartenenza alla comunità professionale dovrebbe essere già un segno, fino a prova contraria, di competenza del medico e fonte di affidamento. E anche la nostra Corte costituzionale ha riconosciuto in alcune occasioni il principio per cui lo stesso legislatore non dovrebbe sostituirsi al medico con riguardo a valutazioni inerenti alla competenza tecnico-scientifica dei medici[1].

Inoltre, la giurisprudenza ordinaria avvalora il principio della autonomia della giurisdizione disciplinare rispetto a quella ordinaria (della magistratura), in quanto la prima è esercita-

1 Cfr. Corte cost., 151/2009 n. 338/ 2003, n. 282/2002.

ta in via esclusiva dal Consiglio dell'Ordine dei Medici di appartenenza del soggetto. La Cassazione, infatti, ha affermato che *"[...] nei giudizi disciplinari nei confronti dei professionisti, l'individuazione delle regole di deontologia professionale e la loro applicazione nella valutazione degli addebiti attengono al merito del procedimento e sono insindacabili in sede di legittimità, se congruamente motivate, perché esse si riferiscono a precetti extragiuridici ovvero a regole interne alle categorie e non già ad atti normativi"*[2]. Questi profili istituzionalizzano il ruolo sociale del medico e concorrono a strutturare quel principio di affidamento che è necessario sia sul piano delle relazioni particolari sia su quello sociale in un rapporto di interdipendenza fra i due piani. Indubbiamente, l'affidamento svolge un ruolo particolare nella relazione professionale con le singole persone che richiedono una prestazione medica, le quali accettano che il medico acceda alla loro intimità fisica come a nessun altro sarebbe consentito. Ma non si tratta di una dimensione disgiunta da quella sociale. Spesso si dimentica, infatti, che in ogni rapporto medico-paziente si gioca un affidamento in un senso tridimensionale: il medico operando rappresenta la stessa categoria dei medici cui appartiene e il malato si rivolge a lui non solo come singolo, ma anche come appartenente a quella categoria.

2. La prima conseguenza sociale del fatto che la tutela della salute goda di rango costituzionale è che l'attività del medico è un'attività socialmente approvata, nel senso che, pur fatto salvo il principio del consenso informato, l'atto medico, proprio in considerazione della sua approvazione e funzione sociale, non può essere equiparato a un qualunque atto sul corpo di altri che in mancanza di consenso costituirebbe violenza. Del resto, una simile impostazione comporterebbe anche l'effetto di togliere giustificazione alla posizione di garanzia del medico, e ai suoi obblighi di soccorso nelle situazioni di urgenza, che invece sono previsti come ad esempio dall'art. 8 della Convenzione di Oviedo: *Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso informato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata*.

Dovrebbe risultare abbastanza chiaro, pertanto, che il principio del consenso informato debba essere innestato in modo adeguato e coerente nell'attività medica, pena altrimenti una doppia conseguenza in qualche modo eversiva. Da un lato, infatti, una assolutizzazione della volontà della persona che domanda prestazioni sanitarie entrerebbe in contraddizione con la oggettiva funzione sociale dell'attività medica e finirebbe per equiparare questa stessa attività a qualunque atto di violenza o di usurpazione legittimati soltanto dal consenso dell'avente diritto. Su un piano più generale ancora, va da sé che tale assolutizzazione incrinerebbe la stessa concezione della salute, rendendo più incerti i confini della professione medica e meno sicura la funzione sociale del medico. Più la salute viene soggettivizzata, ossia fatta dipendere dalle valutazioni e dai desideri di coloro che chiedono prestazioni sanitarie, meno si lascia comprendere come valore intersoggettivamente determinato e, conseguentemente, più si indebolisce il fondamento della sua tutela come bene comune. Lo stesso medico, in questa prospettiva, vede erodersi la propria identità professionale. Si pensi ai casi Di Bella e Stamina, alla questione dei vaccini, al caso recente della partoriente che rifiutava il taglio del cordone ombelicale perché a suo dire non naturale.

Solo nella misura in cui la professione medica rimane ancorata a un principio di responsabilità professionale, ossia aperta a un criterio di verifica della rispondenza dell'atto medico ai fini essenziali della medicina (*ends*), oltre che ai *goals,* ossia ai risultati immediati, e non degrada a mera tecnica esecutiva esposta a qualunque richiesta e quindi a qualunque finalità, il medico rimane protagonista della sua arte. Ma a tal fine è necessario che continui a poter dire i suoi sì, ma anche i suoi no alle richieste che singoli individui o la stessa società gli pongono. Altrimenti, diviene sempre più concreto il rischio di una *eterodeterminazione legale o sociale o economica della attività medica* che può derivare non solo dalla crescita della dimensione tecno-strutturale e per certi versi burocratica in cui tale attività si svolge, ma anche da pressioni culturali verso una sorta di tirannia del principio di autodeterminazione del paziente, che invero non è mai nominato nella nostra Costituzione, la quale invece all'art. 32 cost. stabilisce il principio del rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari. Di quest'ultimo, il consenso informato dovrebbe rappresentare una declinazione, secondo linee compatibili col nostro personalismo costituzionale, col principio di solidarietà e in armonia con la funzione sociale dell'attività medica.

Alla luce della sensibilità moderna, sviluppatasi soprattutto nel Novecento *il rispetto della persona umana* implica (tra l'altro) che il paziente sia informato, in modo che alla proposta terapeutica del medico segua una eventuale accettazione del paziente. In altre parole, rispetto implica anche coinvolgimento del paziente nel processo decisionale al fine di realizzare una certa proporzione del trattamento, ossia di misurare quest'ultimo, non in astratto, ma in relazione alla persona concreta cui è rivolto[3]. Questa regola si trova espressa anche all'art. 5 della Convenzione di Oviedo come Regola generale: «*Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso* ». Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dopo aver previsto il principio della dignità umana all'art. 1 e il diritto alla vita all'art. 2, inserisce la regola del consenso informato all'art. 3 che è rubricato diritto all'integrità della persona: «*Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani*». Da ultimo, il consenso informato trova riconoscimento legale generale nella legge

2 Cass. Civ, Sez. III, sentenza dell'11 ottobre 2006, n. 21732; così anche precedentemente Cass. Civ., SS.UU., sentenza del 23 luglio 1993, n. 8239; Cass. Civ. n.11488 del 1996; ancora in tal senso Cass. Civ., Sez. III, sentenza del 4 giugno 2004, n.10644.

3 La proporzionalità delle cure può essere intesa come la risultante di un confronto/bilanciamento tra appropriatezza della cura (suitability, efficacia, costi, percentuali di successo, durevolezza del risultato, complicazioni ed effetti negativi per il paziente) e gravosità della stessa per il paziente (il costo in termini di sofferenze causate al paziente in relazione ai benefici attesi). La proporzionalità dev'essere valutata in concreto in rapporto al singolo paziente, non in astratto, e quindi deve tener conto delle sue condizioni di salute, della sua storia clinica, esigenze personali, risorse psicologiche e valori personali.

che prevede *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

Il consenso informato è, in breve sintesi, espressione dell'idea che l'affidamento al medico cui il paziente si rivolge non esaurisce la partecipazione del paziente ai processi decisionali relativi agli interventi che saranno svolti sul suo corpo. D'altra parte, questi interventi possono determinare delle conseguenze sulla esistenza della persona che la persona stessa è in grado di valutare meglio di ogni altro. Si pensi ai convincimenti etici e religiosi, ma anche agli impegni professionali e agli hobbies che possono essere rilevanti ai fini di una decisione, e in generale a tutte le questioni inerenti a scelte personali del soggetto che deve sottoporsi al trattamento. Ma, per sgombrare il terreno da ogni equivoco, *consenso* non significa *mono-senso*: la fisionomia del rapporto fra medico e paziente che il consenso informato contribuisce a delineare non implica una sorta di ribaltamento del c.d. *paternalismo medico* a cui si sostituirebbe una sorta di *protagonismo autoritario* del paziente il quale ridurrebbe il medico a esecutore tecnico delle richieste del paziente. Il consenso è funzionale alla partecipazione del paziente, non all'esproprio delle prerogative del medico. La stessa Convenzione di Oviedo fa precedere alle regole sul consenso l'art. 4 rubricato obblighi professionali e regole di condotta, il quale prevede che: *«Ogni intervento nel campo della salute, compresa la ricerca, deve essere effettuato nel rispetto delle norme e degli obblighi professionali, così come nel rispetto delle regole di condotta applicabili nella fattispecie»*. Insomma, il medico risponde anche alla sua funzione di medico, nel senso che egli svolge un ruolo in qualità di professionista e quindi rimane vincolato *agli obblighi del proprio* status. Del resto, l'appartenenza del medico a un ordine professionale che accredita il medico come tale, suscitando affidamento nelle sue competenze e in generale nella sua professionalità, implica che egli non può svolgere il suo compito come battitore libero, perché in fondo ogni volta che egli esercita la sua attività rappresenta anche gli altri medici. Perciò gli atti che compie sono vincolati a *scienza* e *coscienza*: scienza in senso ampio, cioè comprensiva delle nozioni, esperienze, metodiche, buone pratiche, protocolli, linee guida ecc. e coscienza pure in senso ampio, ossia riferita ai convincimenti etici personali, ma anche all'etica comunitaria formata in seno alla comunità dei medici (*cum-scientia*).

La regola del consenso informato trova un limite essenziale là dove la persona del paziente non sia dotata di un grado sufficiente di discernimento: la Convenzione di Oviedo giustappunto usa l'espressione *persone che non hanno la capacità di dare consenso*. Pertanto devono entrare in gioco le figure che sono giuridicamente preposte alla tutela di queste persone. Nei confronti dei minori, la figure di riferimento sono in generale, com'è naturale, i genitori titolari della responsabilità genitoriale (detta prima della riforma del diritto di famiglia patria potestà e poi fino alla riforma della filiazione potestà genitoriale). Sicché il principio dualistico che ispira il rapporto medico paziente, viene qui sostituito da un triangolo neonatale o pediatrico. Se infatti non può essere dato un consenso dal paziente, troppo piccolo per darlo, il diritto prevede comunque un'autorizzazione da parte dei genitori[4]. Ma non si tratta solo dell'aggiunta di un terzo soggetto. La scelta linguistica della Convenzione, che parla di autorizzazione, non di consenso, esprime l'idea che la partecipazione della persona che si prende cura del bambino non vale a surrogare una volontà che non esiste. Essa, piuttosto, è giustificata dalla funzione che l'ordinamento riconosce al soggetto responsabile del minore e quindi titolare di quella funzione di controllo sull'attività di terzi nei confronti del minore stesso. Insomma, la responsabilità genitoriale fa del genitore il soggetto che esprime l'affidamento verso il medico e quindi autorizza il medico stesso a effettuare quei trattamenti che egli proponga come appropriati alla condizione di salute del paziente. Ma la posizione del genitore rimane pur sempre quella che nel linguaggio giuridico è chiamata ufficio o funzione, onde la valutazione dell'interesse del minore non può essere arbitraria, ma riferita all'oggettività del miglior interesse di questi. Non si tratta di un diritto soggettivo dell'adulto, come se i figli fossero in proprietà del genitore. Di qui la possibilità che nel caso in cui il medico valuti appropriato un trattamento possa chiedere l'intervento del giudice, proprio in quanto egli ricopre una posizione di garanzia derivante dalla sua funzione sociale che non può essere indifferente a interessi fondamentali come la vita e la salute del bambino. Purtroppo il nostro legislatore, nelle recentissime *norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, ha ignorato la la formula autorizzazione contenuta nella Convenzione di Oviedo e, forse per ragioni ideologiche, ha esteso con sciattezza la formula «consenso informato» anche per i trattamenti riguardanti un minore, ma poi in concreto ha previsto una funzionalizzazione di tale supposto consenso degli «esercenti la responsabilità genitoriale» allo «scopo della tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità». Sicché nella sostanza di autorizzazione si tratta, e non di consenso, che come tale dovrebbe essere personale e quindi espresso dal diretto interessato e non sindacabile in base a parametri esterni.

In definitiva e in generale, il consenso informato contribuisce alla personalizzazione delle cure e dà attuazione al principio del rispetto della persona umana, che non significa indifferenza verso il paziente, ma semmai coinvolgimento della sua persona. In quest'ottica, esso non dovrebbe comportare la soggettivizzazione della salute e quindi la sua privatizzazione, esito quest'ultimo che sarebbe direttamente in contraddizione con la funzione sociale della medicina. Il medico rimane soggetto responsabile della sua professione, non mero esecutore tecnico di decisioni prese da altri.

3. La tendenza alla privatizzazione della medicina è, in fin dei conti, anche una delle cause principali dell'eccesso di litigiosità, perché favorisce una concezione avversariale, pretensiva del rapporto medico-paziente. Più la prestazione medica viene contrattualizzata, quasi rendendo fungibili l'opinione del medico e quella del paziente sull'appropriatezza della terapia, e più diventa facile pensare a una responsabilizzazione per il mancato ottenimento di risultati che, sebbene magari non dovuti,

4 Art. 6 della Convenzione di Oviedo: Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso. *Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa. Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità.*
Similmente allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo similare, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge.
La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione.
Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle stesse condizioni, l'informazione menzionata all'art. 5. L'autorizzazione menzionata ai paragrafi 2 e 3 può, in qualsiasi momento, essere ritirata nell'interesse della persona interessata.

vengono in qualche modo rappresentati come se lo fossero. In ogni caso, in una prospettiva privatistica, che nega la funzione sociale del medico, non c'è molto spazio per tentativi di attenuazione della responsabilità. Solo se si condivide il principio che il bene salute abbia una rilevanza sociale – che non è un affare del singolo - si può giustificare l'idea che i professionisti della salute non debbano temere una regola di responsabilità che li scoraggi e li induca alla pratica del difensivismo medico. Invero, il codice civile, già nella sua versione originaria del 1942, aveva aperto una strada in tale direzione, peraltro valida per tutte le professioni. Si tratta dell'art. 2236 c.c. che, pur con una formula un po' imprecisa, riduce la responsabilità del professionista quando la prestazione implica la soluzione di problemi di grave difficoltà. In altri termini, mentre la grave difficoltà non può implicare una riduzione della diligenza, cioè dell'attenzione e dell'impegno che ovviamente devono essere adeguati al compito, un atteggiamento meno severo può invece riguardare l'errore tecnico: la perizia può essere valutata con una certa indulgenza. Ora, in sede di riforma della responsabilità medica la strada già aperta dall'art. 2236 c.c. poteva essere proseguita, ossia ammodernata e resa più adeguata alla realtà attuale, con una regola che aiutasse a precisare il risultato dovuto (inteso come la perizia dovuta) per le diverse categorie di trattamenti medici, possibilmente con l'aiuto dell'ordine professionale dei medici e delle associazioni scientifiche, in modo da non far pagare errori tecnici tollerabili. Inoltre, sarebbe stato opportuno giustapporre una responsabilità della struttura sanitaria di tipo oggettivo e non semplicemente vicaria della responsabilità del medico. Quest'ultima, infatti, può trovare giustificazione in scelte organizzative comunque estranee alla volontà dei medici e che addirittura potrebbero talora rendere più difficile il compito di questi ultimi. Ma la recente disciplina della responsabilità medica non sembra aver tratto profitto dai lavori della dottrina giuridica, né peraltro da un pluridecennale lavoro della giurisprudenza che avrebbe avuto semmai bisogno di essere corretto e riequilibrato, non buttato a mare. Così, l'art. 7, co. 3, si è limitato a reiterare la regola, invero abborracciata, della c.d. legge Balduzzi: *3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge. 4. Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo.*

Accanto poi alla responsabilità del medico, la legge introduce una responsabilità della struttura sanitaria: *1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.*

Tale disciplina non è esente da perplessità che forse avrebbero potuto essere evitate prendendo a spunto e approfondendo certe intuizioni di cui pure la legge non manca. Ma il legislatore sembra aver preferito le scorciatoie alla visione sistematica. Anzitutto, la legge nega la realtà del rapporto tra medico e paziente riconducendo la responsabilità del medico all'art. 2043 c.c., cioè alla responsabilità da fatto illecito, ossia a una forma di responsabilità tra soggetti irrelati o, come è stata chiamata icasticamente, una responsabilità del passante[5]. Quasi con un piglio autoritario - *Auctoritas non veritas facit legem* -, e cancellando con un tratto di penna un paio di decenni di giurisprudenza, e soprattutto il fatto della relazione tra medico e paziente, il legislatore ha ritenuto di venire incontro alle richieste della classe medica nel modo più drastico, equiparando il medico a un passante e la sua responsabilità a quella tra sconosciuti nella circolazione stradale. Così nessun rilievo viene riconosciuto alla dimensione professionale, all'affidamento, al fatto che si crei una relazione qualificata o - come si dice con espressione tradotta dal tedesco - un contatto sociale, e nemmeno è dato peso ai discorsi sul rapporto medico paziente e sul consenso informato, da ultimo ripresi anche dalle *norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, il medico risulta come un soggetto qualunque, che imbattendosi per caso nel paziente gli cagiona danno. Certo, la legge mette in primo piano la responsabilità della struttura sanitaria, ma anche sotto questo riguardo vi è approssimazione. Come si è poco sopra sottolineato, la struttura non è semplicemente un soggetto vicario del medico, ma dovrebbe rispondere anche per le carenze proprie e quindi la sua responsabilità andrebbe distinta da quella del medico già in forza delle diverse ragioni che possono giustificare le due responsabilità. Ad esempio, certe scelte organizzative improprie o dovute alla necessità di risparmi di spesa potrebbero rendere più problematico l'operare del medico che abbisogna, oltre che di strumenti, anche di tempi adeguati. Onde una responsabilità oggettiva della struttura potrebbe avere senso, mentre poco giustificato sarebbe imputare rischi al medico.

Invece, l'art. 7 della riforma sanitaria disciplina la responsabilità della struttura come una specie di responsabilità vicaria, ma diversamente da quella del medico di cui appunto è vicaria, la riconduce all'art. 1218 c.c. riconoscendo quella relazione tra struttura e paziente che essa stessa nega esservi tra medico e paziente. Di qui si assiste a un paradosso: per lo stesso fatto la struttura sanitaria risponde di responsabilità per inadempimento del medico, ovviamente lo stesso medico risponderà per quel fatto nei confronti della struttura sanitaria come dipendente[6] e quindi per inadempimento, e

5 Nel diritto civile le due forme di responsabilità, quella da fatto illecito *ex* art. 2043 c.c. e quella da violazione di obblighi *ex* art. 1218 c.c., sono anche dette rispettivamente responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale. È opportuno precisare, però, che i due aggettivi, extracontrattuale e contrattuale, entrambi retaggio della tradizione romanistica, non indicano la mancanza e la presenza di un contratto, ma la presenza o meno di una relazione giuridica qualificata tra le parti. Sicché quando tale relazione non sussiste, mancando un obbligo, la responsabilità deve riconnettersi a un accadimento dannoso che sia causalmente riconducibile a un fatto colposo o doloso del soggetto responsabile, mentre quando la relazione sussiste basta la violazione dell'obbligo per far scaturire la responsabilità, sempre che l'adempimento sia stato possibile.

6 Non si allude qui alla rivalsa o di responsabilità amministrativa ex art. 9 della legge.

invece verso il paziente il medico risponde come se non ci fosse stato rapporto. Per non parlare del fatto che la stessa norma è sibillina quando, dopo aver stabilito che il medico risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 c.c., aggiunge «salvo che abbia agito nell›adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente». Gli spazi che tale formula potrebbe aprire alla giurisprudenza non dovrebbero essere sottovalutati.

Questo esito legislativo, prendendo a prestito il linguaggio medico, sembra più che altro il frutto di una cattiva diagnosi e conseguentemente di una terapia precipitosa. Di fronte alla litigiosità e all'espandersi della responsabilità medica, anziché analizzare quest'ultima e correggerla, si è ritenuto di stravolgerla. Così, diagnosticando che il male era l'inquadramento di tale responsabilità nei termini della responsabilità da violazione di obblighi (art. 1218 c.c.), si è reputato sufficiente cancellarla e sostituirla con la responsabilità del passante. Probabilmente, la diagnosi alla base della terapia, *rectius* dell'intervento legislativo, sembra risentire di un equivoco di fondo sul significato dell'idea che l'obbligazione del medico sia un'obbligazione di risultato, intesa come se il medico garantisse la guarigione del malato. Questo modo di pensare al risultato delle prestazioni professionali risente a sua volta di un errore di impostazione derivante dalla distinzione, che può risultare equivoca, tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, e che fa pensare che vi siano obbligazioni senza oggetto e obbligazioni che addirittura implicano una garanzia del risultato. In realtà, tutte le obbligazioni implicano un risultato, solo che *risultato* non significa affatto che il medico risponde in ogni caso della mancata guarigione. Risultato significa semplicemente che l'operato del medico deve poter essere valutato oggettivamente in base a quei criteri di perizia che legittimano il suo stesso agire e ne definiscono l'appropriatezza. Il medico deve curare bene, ed è questa *bonitas* il rusoltato a cui è tenuto e che è tale proprio perché oggettivamente valutabile. Perciò, ossia a causa di tale equivoco sul risultato, il nostro legislatore, forse spaventato da possibili fraintendimenti o forse fraintendendo lui stesso, ha preso la scorciatoia dell'*auctoritas* per negare la *veritas* della relazione tra medico e paziente e rendere legge la responsabilità *ex* art. 2043 c.c., cioè la mancanza di relazione. Ma è una posizione di respiro angusto, come dimostra anche il fatto che il medesimo legislatore a distanza di pochissimo tempo sembra sconfessare se stesso nella legge intitolata *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* dove si prevede testualmente: «*è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico*». Non solo la relazione viene riaffermata, ma viene precisamente collocata in essa la responsabilità del medico.

Purtroppo, la scarsa, se non insufficiente, qualità tecnica della nostra legislazione, che è anche una delle condizioni che danno luogo a una giurisprudenza spesso tracimante o, come si usa dire, creativa, è anche la conseguenza di una incapacità strutturale del nostro potere legislativo di avvalersi di esperti nelle diverse materie di cui si occupa e quindi anche degli stessi professionisti del settore. Anche in questo caso, pur essendo fondata la preoccupazione di una eccessiva litigiosità che priva di serenità il lavoro dei medici, il legislatore ha omesso di ascoltare il contributo della dottrina giuridica più avvertita e di trovare un adeguato canale di confronto con i professionisti del settore medico.

Un legislatore preciso che mira a non scoraggiare la professione medica caricandola di oneri inutili e di controproducenti pratiche difensivistiche, anziché andare contro la realtà del rapporto tra medico e paziente, avrebbe fatto molto meglio a collaborare con i medici stessi per definire con criteri adeguati i risultati dovuti in un modo tale da non scoraggiare il medico e nello stesso tempo non indurre aspettative eccessive nei pazienti. La legge avrebbe potuto utilizzare, adattandolo e precisandolo, il criterio che essa stessa ha mutuato, ma solo per il calcolo del danno risarcibile, da quanto prevede in ambito penale, ove stabilisce che qualora l›evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto». Tale criterio, peraltro, corrisponde a quanto prescrive l'art. 5: *Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche tecnico-assistenziali.*

In sostanza, l'errore tecnico non è fonte di responsabilità quando il medico abbia rispettato le metodiche accreditate e abbia personalizzato la cura in relazione al caso concreto con le sue eventuali particolarità. Ma se la questione si colloca opportunamente sul piano delle regole dell'arte occorre che il giudice possa già contare su criteri di valutazione adeguati senza un'eccessiva delega di funzione decisionale ai periti. Di qui il ruolo delle associazioni scientifiche e dell'ordine dei medici che dovrebbe essere valorizzato per aumentare il tasso di prevedibilità delle decisioni e la loro corrispondenza al sapere medico. Al riguardo, peraltro, sarebbe stato anche utile precisare la responsabilità del medico che opera in *équipe*.

In conclusione, la funzione sociale del medico può giustificare una regola di responsabilità che lo tenga al riparo da una litigiosità eccessiva e controproducente. Non è probabile, però, che questa via passi per norme che, avendo il sapore del privilegio e di negare la realtà, dovrebbero essere destinate a breve durata in uno stato di diritto. D'altra parte, c'è sempre il rischio che i professionisti per sfuggire ai giudici cadano nelle mani degli assicuratori, e alla fine si ritrovino in balia degli uni e degli altri.

La libertà terapeutica e l'evoluzione della responsabilità.

Gianfranco Iadecola - Giurista già Magistrato della Corte Cassazione -Componente Centro Studi FNOMCeO

Grazie ai Presidenti che mi hanno invitato a trattare questo tema così importante e così centrale ormai nel dibattito della responsabilità professionale medica dopo l'avvento di questa nuova disciplina normativa, la legge Gelli-Bianco. Ringrazio il presidente Salvini per le espressioni eccessivamente lusinghiere che ha impiegato. Il problema è se questa nuova disciplina normativa segnali o comporti un nuovo diverso apprezzamento della responsabilità del medico, operando una svolta rispetto al passato. Qual è la situazione giurisprudenziale nella quale la nuova disciplina interviene? Riconosciamo, dobbiamo riconoscere, che si tratta di una situazione differenziata in relazione alla responsabilità civile del medico rispetto alla sua responsabilità penale, nel senso che i criteri di valutazione meglio, l'atteggiamento valutativo della giurisprudenza civile della Corte di Cassazione è completamente, radicalmente diverso, a mio giudizio, da quello che è venuto assumendo nel tempo, ma a partire dagli anni duemila, la giurisprudenza penale, la Cassazione penale. Da un lato abbiamo una grande severità valutativa che parte dalla modifica della qualificazione del rapporto medico paziente (da extracontrattuale a contrattuale) e si impegna dichiaratamente a tutelare la posizione del soggetto debole nel rapporto terapeutico che certamente -si dice- è il paziente (possiamo datarlo, questo indirizzo, dal 1999, allorchè la terza sezione civile della Corte di Cassazione, immutando un principio di diritto consolidato, stabilisce che la responsabilità del medico pubblico debba essere ricondotta all'area contrattuale, sottraendola a quell'area extra-contrattuale in cui sino ad allora la stessa Corte di Cassazione l'aveva collocata). E quindi nel tempo, in forza di questa esigenza di tutela del soggetto debole, si vanno elaborando i criteri applicativi di questo nuovo orientamento fondato sul cosiddetto "contatto sociale", generatore di un rapporto di tipo contrattuale, del tutto assimilabile a un contratto. Il medico di Pronto soccorso che incontra per la prima volta quel paziente quel giorno stabilisce in forza di questo incontro un rapporto che in tutto assimilabile a un contratto di opera professionale: è come se il paziente lo avesse scelto quel medico. Che cosa significa transitare da una responsabilità extra-contrattuale a una responsabilità contrattuale? Significano naturalmente nuovi, diversi, più ampi termini di prescrizione: il paziente ha dieci anni di tempo per agire nei confronti del medico (la Cassazione civile, a Sezioni riunite, si preoccuperà di puntualizzare che questo termine decorre poi non dal momento in cui il medico ha eseguito la prestazione, ma da quando il paziente ha la possibilità di percepire che il pregiudizio che lamenta possa essere stato conseguenza della condotta del medico); l'altra implicazione fondamentale di favore per il paziente, e quindi implicitamente *contra medicum,* è quella relativa alla inversione degli oneri probatori all'interno del processo: la condizione processuale del medico viene resa estremamente complicata e difficile, perché gli oneri probatori, cioè gli oneri dimostrativi delle proprie ragioni, vengono ad essere completamente collocati in capo al medico. In realtà, il paziente si limita ad allegare il contatto avuto con il medico, ad allegare il pregiudizio, afferma che la prestazione medica appartiene all'ambito di quelle prestazioni in astratto idonee a determinare un pregiudizio come quello che egli lamenta, e così assolve compiutamente a ciò che deve dimostrare all'interno del processo per ottenere giustizia, per ottenere ragione. Spetta al medico dimostrare l'assoluta congruità del suo comportamento rispetto alle regole cautelari, in particolare rispetto alle regole dell'arte, alle cosiddette leggi dell'arte medica, quindi il rispetto delle regole di perizia e di prudenza e di diligenza, e spetta al medico dimostrare che se l'evento lesivo si è potuto produrre ciò è stato non conseguenza di un suo comportamento deficitario ed inadeguato bensì effetto di fattori imprevisti ed imprevedibili come le complicanze le quali, per come sappiamo, prescindono persino dalla correttezza dell'operato del medico ed appartengono alle evenienze ineliminabili che le leggi della biologia propongono. L'espressione 'la prestazione è riuscita, l'intervento è riuscito e il paziente morto' non esprime una battuta beffarda, ma registra proprio questa effettività complessa della situazione. Se i medico manca gli oneri dimostrativi perde la causa (è noto che il processo civile non lo vince chi ha ragione, lo vince -in parole molto semplici- chi dimostra di avere ragione; chi non dimostra la ragione che ha, perde la causa.

Quindi molte sono le implicazioni di questa variazione di orientamento giurisprudenziale. Si crea in ambito di responsabilità medica, per via giurisprudenziale, non per intervento normativo, un nuovo sistema di regole, un sottosistema si è detto della responsabilità civile, che vale unicamente per la categoria dei medici, introducendosi regole che non valgono per altre categorie professionali. Se un cliente intende agire nei confronti del proprio difensore, che malamente lo abbia assistito, deve dimostrare il fondamento della colpa e deve dimostrare persino, *probatio diabolica*, il nesso causale, ossia che, se fosse stato diversamente difeso, sarebbe stato assolto, avrebbe vinto la causa civile e così via. E il diritto alla difesa è un diritto costituzionalmente rilevante alla pari del diritto alla salute (quindi non è la giustificazione della valenza costituzionale del bene della salute, come bene protetto, che possa giustificare questa specialità, questa specificità di disciplina, ripeto, creata per via esclusivamente giurisprudenziale). Che cosa ha indotto, volgendo rapidamente nel discorso, questo atteggiamento della Corte di Cassazione? Ha indotto il noto fenomeno della medicina difensiva, per estrema sintesi e approssimazione, sicchè si arriva, per una esigenza di reazione, alla legge Balduzzi, che nasce o intende nascere proprio in funzione di restituire tranquillità e serenità al medico che l'ha perduta (e questo con pregiudizio proprio di quel bene della salute che dovrebbe ottenere maggiore protezione, perché siamo tutti curati di meno con un medico pauroso ed esitante, e con pregiudizio per le finanze dello Stato). Sappiamo come la legge Balduzzi abbia fallito il suo obiettivo, non per demerito del proponente ma per effetto di una conversione che non riproduce in alcun modo l'ampiezza e la sistematicità del decreto legge. La legge di conversione è assolutamente ellittica, incomprensibile in relazione al suo richiamo all'art. 2043 del Codice civile, come se questo mero richiamo fosse sufficiente a determinare l'abbandono di quel diritto vivente ormai della responsa-

bilità contrattuale del medico pubblico. E la Cassazione non ci mette molto a liberarsene, mantenendo fermo il proprio consolidato orientamento del "contatto sociale", generatore di un contratto. Di fronte a questo atteggiamento giurisprudenziale, quindi, era necessario un intervento normativo, ed ecco la legge cd. Gelli-Bianco, che si ispira a quei criteri ai quali il prof. Nicolussi faceva riferimento. Una disciplina inadeguata, una disciplina imperfetta, una disciplina perfettibile, sicuramente sì (la sensazione che si ha rispetto a questo nuovo prodotto è che esso abbia obbedito piuttosto alla necessità di modificare comunque qualcosa, quasi non preoccupandosi delle modalità e dei termini della modifica e delle incongruenze e delle difficoltà che la tematica proponeva e che non sono state affrontate: quasi a voler dire portiamo in porto questo, oggi questo noi possiamo ottenere, più di questo no: ma questo è un atteggiamento che naturalmente ci crea problemi purtroppo, può essere forse apprezzabile sotto determinati profili ma sul piano pratico, sul piano dell'esperienza giudiziaria crea problemi perché si ha difficoltà a dare risposte poi ai quesiti e agli interrogativi che si pongono). E un altro dato, sto per concludere, un altro dato è quello della concreta entrata in vigore di questo nuovo dettato normativo. Se noi guardiamo bene il testo è ricco di rinvio a necessari e ulteriori regolamentazioni delle sue azioni. Rischiamo di ricadere purtroppo in quell'errore nazionale tipico della nostra produzione normativa che si caratterizza per un verso per una grande abbondanza, una grande messe di leggi, una plurimità di leggi (e Tacito scriveva "cives corrupti, plurimae leges", "più i cittadini diventavano corrotti e più le leggi si moltiplicavano", dovendo soddisfare gli interessi di molti), per altro verso per fare delle buone leggi (ispirate a corretti principi) ma che non riescono a trovare concreta attuazione. Questo è il rischio di questa legge: se occorrono decreti attuativi per il procedimento di elaborazione delle linee guida, si rischia che passino anni prima che questa disciplina normativa possa diventare operativa: e soprattutto questo lo dico per l'ambito penale della legge. Passando, se ho ancora due, tre minuti, passando all'ambito penal,e che è quello che mi starebbe più a cuore, perché dico questo? E come cambia la responsabilità penale in questo nuovo testo normativo?

In ambito penale a mio giudizio semplicemente non c'era bisogno di un nuovo intervento normativo. La condizione penale del medico secondo me è valutata con equità dall'attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione; non vi faccio la storia del superamento delle posizioni di eccessiva severità interpretativa del passato che hanno contrassegnato gli orientamenti della giurisprudenza penale della Corte di Cassazione. Basta ricordare l'accertamento della causalità dell'omissione, fondata per moltissimi anni sulle "serie ed apprezzabili probabilità di successo": ci vorrà il 2002 e la sentenza Franzese (che è una pietra miliare nella storia della responsabilità professionale medica) per stabilire l'esigenza della prova certa della correlazione causale. Basterà ricordare le sentenze in materia di violazione della regola del consenso, ove si transita dalla condanna del prof. Massimo a sei anni e otto mesi per omicidio preterintenzionale negli anni '90, alla sentenza a sezioni unite del 2008 (Giulini) in cui si stabilisce la pratica irrilevanza penale del comportamento del medico che intervenga sul paziente senza preoccuparsi di acquisirne il consenso all'atto (l'unica ipotesi di rilevanza penale per violazione del consenso rimanendo quella in cui il medico costringe il paziente, pur essendo consapevole della sua contraria volontà all'atto, a sopportare e a subire il suo intervento: ciò che accadrebbe (contrariamente agli orientamenti del passato, vedete quanta acqua è passata sotto i ponti) rispetto a un medico che di fronte a un testimone di Geova adulto e *compos sui* imponesse ed effettuasse la trasfusione di sangue salvavita al quale il paziente si oppone. E poi la sentenza sul caso Englaro, la sentenza sul caso Welby, sono emblematiche di questa modificazione di atteggiamento che si riverbera in ambito penale. Ma soprattutto in materia di valutazione della colpa, la Corte di Cassazione è venuta sulle posizioni che il medico, come dire, auspicava fossero finalmente attinte.

Si ritrova scritto nelle sentenze della 4° penale della Cassazione degli ultimi anni, che il medico non opera in una campana di vetro (ciò che i medici hanno sempre contestato ai giudici di non prendere in considerazione). La medicina è esercizio difficile e il giudice deve farsene carico, dice oggi la Corte di Cassazione, deve tenere conto delle circostanze in cui la prestazione avviene, se si tratta di una prestazione routinaria o se si tratta di un atto eseguito nella concitazione dell'urgenza o dell'emergenza, che intossica, si dice testualmente, la prestazione del medico, alcune patologie di difficile accertamento, alcuni casi ambigui, atipici, oscuri, di difficile comprensione, alcune branche della medicina come quella psichiatrica in cui i margini di consapevolezza e di certezza sono ancora più ridotti (per cui non ogni suicidio può essere imputato a responsabilità dello psichiatra); ed ancora il tenere conto dei mezzi a disposizione, il tenere conto dell'esperienza del medico, la necessità di considerare che si deve esigere di più dal medico esperto rispetto al medico giovane: una valutazione della colpa calibrata, insomma, sulle circostanze del caso concreto come del resto classicamente si è sempre sostenuto che la colpa debba essere apprezzata, non in astratto ma secondo giudizio ex ante e in concreto.

C'era allora bisogno di un intervento normativo di ulteriore favore come quello che la Gelli realizza dopo una legge Balduzzi, attenzione, che già si era fatta carico di depenalizzare la "colpa lieve" (ma la giurisprudenza penale aveva in realtà individuato questa "colpa lieve" in qualsiasi colpa non grave: quindi ampliandone notevolmente l'ambito applicativo!) a condizione che il medico abbia rispettato linee guida o prassi accreditate)?

Inoltre, la Cassazione aveva inteso la depenalizzazione in questione quale estesa oltre l'ambito della sola imperizia, ma anche alla negligenza ed alla imprudenza.

Non c'era bisogno -allora, fondatamente- di una nuova disposizione normativa che stabilisse (come fa la legge Gelli-Bianco) la pratica irrilevanza penale della imperizia ogni volta in cui il medico abbia rispettato linee guida o si sia ispirato a prassi clinico-assistenziali accreditate, con la puntualizzazione che le linee guida alle quali il medico deve ispirarsi non sono qualsiasi linea guida egli ritenga di poter seguire ma soltanto quelle pubblicate e definite ai sensi della stessa legge. L'unica ipotesi di rilevanza penale della colpa per imperizia, a stare al senso e alla lettera del discorso normativo, è quella in cui il medico sceglie male la linea guida, cioè sceglie una linea guida non confacente alle specificità del caso concreto del suo paziente.

Una delle questioni che si è posta dopo questa nuova legge è quella del rispetto o meno (da parte del nuovo legislatore) della libertà terapeutica del medico. Questa nuova disciplina della normativa nel momento in cui prevede il riferimento del medico alle linee guida, ma non a qualsiasi linea guida selezionata e prescelta dal sanitario, bensì (solo) a quelle preindicate da parte del legislatore, limita la libertà terapeutica del medico?

Siamo di fronte ad una violazione dell'art. 33 della Carta costituzionale?
A mio giudizio, nella sostanza, forse no. Si può pensare che se la Corte Costituzionale fosse investita di questa tematica avrebbe modo di dire che, tutto sommato, quando il legislatore stabilisce che in ogni caso la scelta del medico deve essere confacente alle particolari condizioni del suo paziente, una riserva di valutazione libera, necessariamente libera, al medico comunque permane, poichè è alla fine il medico che deve fare comunque da filtro rispetto alle indicazioni di queste linee guida normative, applicandole o non applicandole al suo paziente, del quale solo lui conosce le peculiari esigenze.
Vi chiedo scusa se ho forse ecceduto, ma non me sono accorto.

Perizia diligenza e prudenza nell'esercizio professionale.

Maurizio Benato - Componente Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) Componente Centro Studi FNOMCeO

Mi unisco ai ringraziamenti ai Presidenti dell'Ordine dei medici e degli Avvocati di Parma. Un particolare ringraziamento al presidente Muzzetto cui mi lega affetto e stima personale che data da diverso tempo e affronto subito l'argomento che mi è stato assegnato dal titolo – Perizia, diligenza, prudenza nell'esercizio professionale. Il messaggio che oggi voglio trasmettere, non solo ai medici oggi qui presenti ma al mondo giuridico in generale è che spesso non ci comprendiamo perché diamo significati difformi alle stesse parole e il linguaggio che noi medici usiamo non viene spesso percepito nella sua vera essenza. Pertanto questa riflessione è per lo più rivolta al mondo giuridico oggi qui presente. Perizia, diligenza, prudenza sono tre parole che racchiudono praticamente tre concetti fondamentali dell'esercizio professionale, ma, guarda caso, sono affrontati per lo più secondo una ottica prevalentemente negativa non solo dal mondo giuridico, e ciò sarebbe giustificato, ma anche dal mondo medico perché queste tre parole, questi tre concetti sono correlati per lo più alla colpa… alla colpa che sussiste quando si provi che l'errore professionale deriva dall'essersi discostato da quel comportamento tecnico oppure dall'aver derogato da quelle regole di condotta che la maggioranza dei nostri colleghi avrebbe osservato di fronte allo stesso caso. Il medico, oltre alla responsabilità penale e civile, deve rispondere anche sotto l'aspetto disciplinare, soffre per la stigma dell'errore professionale e, non per ultimo, risponde anche per la parte amministrativo-contabile.
In diverse sentenze, questi tre termini sono spesso citati insieme o separatamente. Leggiamo insieme:

- **Corte di Cassazione, sezione IV, sentenza 24 giugno 2015, n. 26565. Non sussiste responsabilità medica per negligenza, imprudenza o imperizia nel caso in cui il decesso del paziente sia avvenuto per cause non diagnosticabili nella fase di ospedalizzazione e scoperte solo nella successiva fase dell'autopsia.**
- La Corte di Cassazione In merito all'art. 3 della Legge n. 189/2012, ha chiarito che la disciplina più favorevole al medico introdotta non può trovare applicazione nel caso in cui il comportamento del medico sia stato imprudente o negligente, ciò in quanto le linee guida contemplano **regole attinenti alla perizia.**
- **Cassazione Penale Sentenza n. 39028/16 –La Corte di legittimità ha avuto modo di affermare che per configurare l'elemento soggettivo della colpa per violazione di una regola precauzionale è necessario sussista la prevedibilità ed evitabilità dell'evento, da valutarsi alla stregua dell'agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale.**
- Cassazione civile, SEZIONE III, 15 gennaio 1997, n. 364. Spetta all'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - fornire la prova che la prestazione professionale è stata eseguita in modo idoneo e che quegli esiti peggiorativi sono stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile, eventualmente in dipendenza di una particolare condizione fisica del paziente non accertabile e non evitabile **con l'ordinaria diligenza professionale**

Dopo le relazioni brillantissime dei miei due colleghi che mi hanno preceduto non avrei dovuto farvi vedere queste diapositive ma mi servono per chiarire il perché non riusciamo spesso a parlarci. Sono andato in cerca per capire come mai il mondo giuridico non riesce ad avere lo stesso linguaggio del mondo medico. Sono andato a vedermi qualche testo sul pensiero giuridico e sul pensiero medico che mi è più familiare. Ho capito che il pensiero giuridico affonda ancora le sue radici nell'800, meglio tra '800 e '900, in quel mondo permeato dalle correnti filosofiche del positivismo che noi medici abbiamo ormai superato. Lo esprime brillantemente il prof. Massimo Aloisi patologo generale mancato quasi trent'anni fa. Nel 1972 Massimo Aloisi era uno dei grandi scienziati italiani. Ho seguito le ultime sue lezioni; era un uomo tutto d'un pezzo e la sua sintesi era: medicina uguale scienza, pratica medica uguale metodo scientifico. Da professore emerito ebbe un ripensamento su quella che era stata la sua vita dedicata alla scienza, una specie di conversione, la stessa che poi abbiamo visto anche in Giovanni Federspil che ho conosciuto molto bene visto perché provengo dalla stessa scuola, la scuola del prof. Mario Austoni.
La conversione è espressa bene nel testo 'Paura della complessità', pubblicato nel 1997. *La ragione medica, scrive, l'attività medico-chirurgica non può non tener conto di questo (n.d.r. ragione medico scientifica) via via che si sale dal livello molecolare a quelli gerarchicamente superiori, l'azione medica si complica e si stravolge fino a fare della stessa complessità uno strumento operativo. (…) Non vi sarebbe alcuna responsabilità umana se tutto fosse biologia, ma non vi sarebbero nemmeno arti e scienze e filosofie, non vi sarebbe storia".* La prospettiva della complessità appartiene da un punto di vista filosofico a quello che oggi è definito come il post-modernismo. Oggi è la chiave di lettura di tutta la realtà. Bastava poco per capire che un sistema non è solamente costituito dalle parti che lo compongono, ma dalle loro interazioni specifiche e questo oggi ce lo dice anche la scienza; basti pensare all'epigenetica che descrive tutte quelle modificazioni ereditabili che variano l'espressione genica pur non alterando la sequenza del DNA. È così oggi spiegata la creazione di quell'unità irripetibile di ognuno di noi. Un altro aspetto da considerare, è che la conoscenza ha una natura profondamente costruita e razionale, caratterizzata

da una continua circolarità tra oggetto della conoscenza e l'oggetto conoscente. La conoscenza della realtà è sempre il prodotto di un soggetto interpretante, il quale è inserito in una cultura, che rappresenta il filtro fondamentale con il quale esso analizza la realtà. Per questo motivo la conoscenza è un "sistema aperto". Insomma la conoscenza in ambito medico non è solo la conoscenza more scientifico, la conoscenza è un sistema aperto e in medicina questo si presenta come un dibattito aperto. Ho partecipato nel 2012 al convegno – Una filosofia per la medicina – assieme al prof. Cavicchi e mi fu dato questo compito da svolgere espresso in questo pensiero: *nel momento in cui la malattia si esplica nell'attualità del malato la ragione medica si deve ripensare rispetto alla complessità del soggetto malato, inteso come essere e come persona*. Se questo è il mondo della medicina, il mondo giuridico si esprime ancora con il linguaggio positivo della scienza giuridica penale. Scrive N. BOBBIO in Scienza del diritto e analisi del linguaggio negli anni '50 *L'esigenza di un linguaggio scientifico rigoroso riguarda anche la scienza giuridica in quanto impresa scientifica….* Scrive DOMENICO PULITANÒ ordinario di diritto penale in LA SCIENZA PENALE TRA FATTI E VALORI 2010:*….Dell'orizzonte di cultura nel quale si è formata la mia generazione fa parte l'idea (o ideale) di una scienza wertfrei. Per il diritto e la scienza del diritto, che hanno a che fare con il mondo dei valori, la distinzione fra fatti e valori è di importanza crucialel 'valori' della scienza sono e restano, per definizione, valori epistemici… ancora… Un'analisi formalmente wertfrei – che eviti di far poggiare l'impresa conoscitiva su giudizi di valore – può e deve essere in grado, utilizzando appropriate categorie concettuali a facendo parlare i dati di fatto, di rendere riconoscibili i valori in gioco ed il modo in cui il legislatore li abbia messi in gioco… I giudizi di valore potranno seguire.*

Quindi che cosa emerge? Emerge che evidentemente parliamo linguaggi differenti, nel senso che nell'esercizio della medicina è presente sempre una circolarità tra fatti e valori, in medicina il conoscere è solo un modo dell'esperienza, ma non è l'unico. Il medico realista fa l'esperienza dell'intera attualità del malato e delle situazioni in cui opera; l'idea che vi sia una dicotomia tra fatti e valori che esprimono i grandi del mondo del diritto è uno dei dogmi per noi medici ormai superato. Concludevo nel 2012 al convegno di filosofia della medicina che la verità scientifica ovvero quello che agli occhi di un medico rispetto ad un malato è scientificamente vero, giusto, appropriato, adeguato dipende da una serie di cose, da come si conosce il malato, da chi conosce questo malato, dal contesto in cui si conosce e questo ci richiama alla relazione, all'ascolto, alla comunicazione che sono fondamentali negli outcome professionali. Allora che cosa dobbiamo fare? Dobbiamo sicuramente favorire un giusto rapporto tra scienza e diritto, tra diritto ed etica medica, occorre un giusto equilibrio, dobbiamo favorire un rapporto positivo e propositivo per evitare un uso eterogeneo della legge che di fatto non rivolge l'opportuna attenzione alle intersezioni, alle sinergie e alle relazioni che esistono tra processi cognitivi e coefficienti valutativi, tra scienza e etica costantemente presenti in medicina.

La professione medica è una professione che è dotata di una autonomia professionale, noi siamo i custodi del canone oltre che degli scopi della medicina ovvero del suo statuto. Questa autonomia professionale ha come risvolto la responsabilità del medico, una responsabilità che richiede la consapevolezza e quindi la coscienza di essere in possesso di particolari e idonei requisiti di formazione culturale, scientifica, tecnica nella determinazione delle modalità del perseguimento dei risultati. Per questo oggi vorrei parlarvi di perizia, prudenza e imperizia in un'ottica positiva, come coscienza degli obblighi del professionista medico connessi con lo svolgimento di un incarico e con l'obiettivo di tutela della salute (Andrea Nicolussi l'ha richiamata più volte), dove la centralità dell'assistito, le conoscenze scientifiche aggiornate come guida, professione ispirata alla solidarietà con l'assistito sono elementi basilari. Siamo confortati dal pensiero dei grandi. Augusto Murri clinico medico tra fine '800 e primi '900 soleva dire agli studenti nelle sue lezioni a Bologna: *'la nostra ragione è tutt'altro che un infallibile congegno generatore di luce, l'uomo che non erra non c'è', Errare, si…* È *una parola che fa paura al pubblico… eppure, o avventurarci al pericolo d'un errore o rinunziare ai benefici del sapere! Non c'è altra strada per l'uomo! La critica è certo la più fondamentale dote dello spirito, perché la più efficace profilassi dell'errore…*

Quindi confortati da queste parole cerchiamo di andare avanti. Chiediamoci se è possibile definire il loro significato, come si struttura-no nel processo decisionale del medico.

Per rispondere a questi interrogativi, utilizzerò la scala proposta da George Miller che è stato uno psicologo cognitivo, scomparso recentemente. Nel 1990 propose una piramide costituita da quattro pioli che individuava le basi per la performance degli Skills professionali. Questa scala si adatta oggi a tutte le professioni che sono dotate di conoscenza, di competenza, di performance e di azione; si adatta molto bene alla nostra professione di medici. Cominciamo a parlare di perizia; la perizia è la conoscenza delle scienze mediche, validate dalla comunità scientifica, perizia è anche competenza, conoscenza di ciò che si deve fare e abilità di saper fare quello che è previsto dalla conoscenza. Da qui imperizia che è mancanza di conoscenza e di competenza, insufficiente conoscenza delle nozioni fondamentali della scienza e della tecnica, e insufficiente competenza di svolgere le corrispondenti attività.

Qual è il fondamento della perizia in ambito medico? Oggi il paradigma imperante è l'evidence-based medicine, cioè la medicina basata sulle prove di efficacia che è l'assistenza e la cura dei pazienti utilizzando la migliore dimostrazione e prova di ricerca disponibile con lo scopo come abbiamo visto di guidare la decisione clinica del medico. Siamo certamente molto lontani dall'epoca, siamo agli inizi del '900 in cui tre grandi clinici Lombroso, Mantegazza a Pavia, Bacelli, Roma senatore oltre che ministro esprimevano il loro endorsement, chiamiamolo così, ovvero sponsorizzavano dall'alto della loro scienza riconosciuta l'antinevrotico del mio concittadino Achille De Giovanni presidente dell'Ordine dei Medici di Padova, a sua volta senatore del Regno e grande clinico, medico costituzionalista in quell'epoca. Era la fiducia generale in queste persone che permetteva a questo preparato di entrare nella farmacopea ufficiale del Regno d'Italia, preparato usato dai medici condotti fino al 1930. Bastava solo la parola di questi tre grandi per autorizzare il commercio e la sua utilizzazione in medicina. Oggi apparirebbe tutto inconcepibile... ci sarebbero di sicuro risvolti civili, penali… Ma anche l'evidence-based medicine, la medicina basata sulle prove, che attrae molto il mondo giuridico, perché considerata una conoscenza solida, ha dei limiti perché è utilizzata prevalentemente per le decisioni terapeutiche, è utilizzata soprattutto nella mono-patologia. È molto utile quando la patologia è omogenea e settoriale (medicina specialistica), è soggetta a limiti

o errori di selezione perché espressione di trials clinici controllati. Ci sono poi anche delle implicazioni etiche perché evidentemente l'evidence-based medicine non rende disponibili tutte le prove, ovvero non è disponibile per tutta una serie di aspetti che riguardano la pratica medica; infatti mentre sono disponibili un gran numero di clinica trials nei trattamenti farmacologici, medicina d'urgenza in generale di problemi organici sono invece di molto inferiori l'ammontare e la qualità delle prove scientifiche riguardanti la cronicità e altri livelli delle cure (supporto psicologico, modalità di erogazione delle prestazioni, problemi legati alla deprivazione, reti di supporto sociale).La legge sulla responsabilità Gelli-Bianco enfatizza le linee guida ma queste rappresentano solo forse un 20%, 30% della nostra attività pratica; un 70% 80% della nostra attività pratica non è contemplata dalle linee guida,

Scrivono Tombesi e Caimi, in "Etica, conoscenza e sanità", 2003

"La drammatica vicenda del caso Di Bella ha mostrato cosa può accadere se la medicina si propone con il linguaggio e l'autorità della prova scientifica. È stato possibile vedere come la credibilità di una terapia possa per molte persone non avere nulla a che vedere con l'esistenza o meno di prove scientifiche… il progressivo aumento del peso sociale e politico di quelle persone ha rapidamente indotto il mondo scientifico e quello politico a rinunciare a inutili lezioni di scienza...È stata la riproduzione su scala nazionale del quotidiano rapporto negoziale di un qualsiasi ambulatorio di medicina generale."

Quindi che cosa dobbiamo intendere? Lo dico ai tanti legali oggi presenti; le linee guida cliniche sono raccomandazioni, contengono il risultato di una analisi sistematica degli studi scientifici, di diagnosi e di terapia selezionati sulla base del metodo di ricerca; propongono sicuramente la miglior assistenza e cura al paziente ma la proposta è descrittiva e non potrà mai essere prescrittiva! Cosa significa praticare la medicina delle evidenze? Significa ridurre le aree di incertezza che non vuol dire dare certezza, significa assumere l'atteggiamento etico del non assolutismo della scienza, significa rivedere costantemente ciò che si fa comunicando le incertezze.

Al secondo piolo della scala di Muller c'è anche la competenza che concorre a definire la perizia. Come possiamo definire la competenza? È la capacità di usare un sistema strutturato di conoscenze, di abilità pratiche e attitudini in un contesto professionale specifico. Gli elementi della competenza sono dunque tre: la sua essenza, la "capacità di usare", che si applica a contenuti di competenza (conoscenze, abilità pratiche, attitudini) e non è mai astratta ma sempre riferita ad un contesto professionale specifico.

Oggi questo contesto professionale richiede non già un medico formato per compiti avulsi dal contesto; oggi si richiede che quel medico sia inserito in un progetto di cura, lavori in processi ad alta integrazione multidisciplinare in cui praticamente si riorganizzano, si differenziano le responsabilità cliniche, gestionali e logistiche.

Una organizzazione di questo tipo favorisce molto meglio la collaborazione multidisciplinare e lo sviluppo di percorsi di cura in cui le professioni medica e sanitarie in genere potrebbero intrecciare rapporti meno conflittuali e quindi più efficienti, efficaci ed equi.

Si tratta di un sistema molto complesso che richiede la condivisione del progetto di cura con le altre professioni sanitarie e la condivisione di alcune competenze chiave. Quali sono gli ingredienti? Non voglio certo buttar via l'evidence-based medicine, ma quali sono gli ingredienti per il successo della medicina basata sull'evidenza? lo dice Sara Ford molto bene nel 2003 – *la scoperta dei valori del paziente precede il processo decisionale ed è necessaria prima di applicare le prove, la prospettiva del paziente è saliente anche quando si tenta di stabilire la natura del problema, analogamente il condividere informazioni basate sulle prove di efficacia è un prerequisito per poter prendere delle decisioni condivise* -. Quindi cari amici la medicina è una pratica che coltiva sicuramente una scienza ma si svolge in maniera artistica. Il mio maestro, il professore Mario Austoni affermava è una sintesi felice di etica, pensiero esistenziale e scienza; è una pratica scientifica idiografica che non sarà mai nomotetica. Parliamo ora di diligenza il terzo piolo della nostra scala. La diligenza è fatta di regole in ambito medico, oggi queste regole le possiamo trovare nelle procedure che devono essere seguite per arrivare alla fine al giudizio clinico

Ricordo le check list, procedure attuate in ambito medico e mutuate dall'arte del volo, in cui non ci si affida solamente alla memoria ma richiedono una serie di passaggi ai fini di limitare l'errore umano. La semplice diligenza, la capacità, l'attenzione del professionista non è sufficiente se non si seguono alcune norme. Importante è il giudizio clinico, atto medico che denota l'insostituibilità del medico; il medico prende coscienza al letto del malato dei problemi di salute spesso molteplici, considera la prognosi globale piuttosto di quella delle singole malattie, gerarchizza le sue decisioni e i momenti degli interventi terapeutici anche in relazione con la prognosi, si pone come obiettivo la qualità di vita del paziente oltre che la sua quantità, evita terapie futili o eccessive non volendo perseguire guarigioni improbabili, si confronta con la cronicizzazione frutto dell'efficacia solo parziale delle terapie. In tutto questo è importante l'ascolto. Oggi si parla molto di medicina narrativa che si rivela come una riscoperta di quello che il mio maestro diceva era raccogliere una buona anamnesi. Con una buona anamnesi si arriva subito alla diagnosi e si arriva subito alla terapia. Ecco, oggi questo approccio viene di nuovo valorizzato, il vissuto della malattia è estremamente importante tanto quanto praticamente l'aspetto obiettivo che deriva dalla malattia stessa, è un approccio costituito da una critica radicale della modalità riduzionistica di una procedura medica in cui, dicono i filosofi, l'approccio positivista-empirista ha tradizionalmente separato i fatti dai valori. Si riconosce la natura fondamentalmente interpretativa, ermeneutica del processo clinico. Dovere morale del medico di fronte alla scelta di sacrificare l'ontologia del malato alla generalizzazione che la conoscenza scientifica impone, all'oggettività dell'indagine che le scienze della natura richiedono, il medico deve saper diversificare il metodo nel mentre si muove tra singolarità, esemplarità, irriducibilità dell'individuale rispetto alla generalizzazione. Per fare il medico occorre l'empatia, certo se uno ce l'ha innata è fortunato, ma visto che l'arte è lunga, si può imparare. L'empatia è comprensione e condivisione di intuizioni, emozioni, concetti e giudizi, l'empatia si acquisisce attraverso la relazione, l'empatia si trasmette, si impara, si condivide e si rinnova continuamente. Quanto sto dicendo meriterebbe una profonda riflessione sui test di ammissione alla facoltà di medicina, sulla loro strutturazione ma il discorso sarebbe troppo lungo. Rimane il fatto che la mancanza di spiegazioni e di comprensione, erklären und verstehen direbbero i tedeschi, configura una negligenza medica. Arriviamo all'ultimo piolo della scala di Muller in cui inseriamo l'azione del medico ovvero l'atto medico. L'atto medico comporta un atto prescrittivo-normativo e qui si inserisce la prudenza. La prudenza è la prima delle virtù cardinali citata da Platone

nella Repubblica; dispone la ragione pratica alla decisione e all'azione, secondo principi morali, guida la decisione nella scelta dei mezzi più adeguati. I principi morali superiori sono il bene, la libertà, la giustizia, ma anche la tolleranza, la pietà… Cosa significa allora prudenza per il medico? Per il medico il bene è il paziente stesso la sua salute, il sollievo dalla sofferenza, la dignità della persona, la qualità e il rispetto della vita. L'imprudenza evidentemente è avventatezza, è un comportamento pericoloso non solo per chi ci sta di fronte il paziente ma anche per il medico stesso perché è un egocentrismo che evidentemente distrugge la relazione di cura. Ci siamo posti negli anni l'obiettivo di fare entrare questi contenuti nella formazione del medico proponendoli come contenuti didattici al mondo universitario, la Fnomceo ha tentato di farlo con esiti a macchia di leopardo in Italia. Penso che i contenuti del corso di laurea in medicina non possano più avere una strutturazione come nei primi del '900, un aspetto didattico- positivista in cui la malattia è ancora vista sotto forma causale. Dobbiamo ripensare la formazione medica con un forte completamento di elementi di conoscenza che ci provengono dalle scienze umane. Ricordo che fino all'Unità d'Italia la filosofia della medicina faceva parte del curriculum formativo del medico, la filosofia con i noti domini dell'etica, estetica, logica, in grado di farci comprendere la complessità clinica e il concetto del limite, il pensiero critico e la riflessione morale, la responsabilità sociale del medico, concetti che dovrebbero essere comunque ripensati all'interno della formazione medica. Di questo si occupa oggi la Rete Italiana Insegnamento Salute Globale, proprio per ripensare la necessità di un nuova tipologia di formazione medica. Quello che emerge di criticità nella formazione attuale del medico è la mancanza di concetti base per il medico per capire la natura fondamentalmente interpretativa del processo clinico. Nel corso degli studi medici vengono abitualmente impiegati concetti quali fatto, oggettività, ipotesi, teoria, legge, prova, controprova, verifica, conferma, falsificazione, osservazione, probabilità, spiegazione, esperimento, determinismo, finalismo, riduzionismo. Di tali concetti raramente viene fornita allo studente una informazione critica sul loro valore e sulla reale portata di ciascuno. L'insegnamento della medicina viene a mancare di fatto degli strumenti metodologici per sottoporre ad analisi gli scopi e valori della disciplina medica. Lo studente di medicina apprende in modo acritico e spesso in maniera approssimativa concetti che costituiscono l'ossatura del suo modo di pensare, di un metodo di ragionamento che lo dovrebbe condurre sempre a privilegiare il confronto abbandonando assolutismi del sapere che spesso appaiono un ostacolo più che una risorsa terapeutica. Vado alle conclusioni con le parole di Sir Robert Hutchinson pediatra inglese che scriveva sul British Medical Journal nel 1953: *dalla smania di voler far troppo, dall'eccesso di zelo per ciò che è nuovo e dal disprezzo per ciò che è vecchio; dall'anteporre il sapere alla saggezza, la scienza all'arte e l'intelligenza al buonsenso, dal trattare i pazienti come casi e dal rendere la cura più penosa della malattia, liberaci o Signore.*

E allora perizia, diligenza, prudenza servono per essere medico e fare il medico!

LA RESPONSABILITÀ MEDICA ALLA LUCE DELL'ATTUALE NORMATIVA

INTERVENTO

La nuova legge 24 tra luci ed ombre, conferme e novità.

Antonio D'Aloia - Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Parma, Direttore del Centro Interdipartimentale di ricerca Bioetica.

1. Grazie ai due presidenti per questo invito che mi ha fatto molto piacere perché sono da sempre convinto della necessità di un dialogo tra medici, avvocati, università. Per questo, stiamo attivando delle procedure di collaborazione tra il Centro di Bioetica, l'Ordine degli Avvocati e l'Ordine dei Medici proprio per superare quella difficoltà di dialogo a cui faceva riferimento prima il collega Maurizio Benato, e per abituarci a parlare insieme di tematiche che poi ci vedono impegnati da punti di osservazione diversi.

In questo senso, l'Università dovrebbe favorire, promuovere queste occasioni di scambio interdisciplinare, inserendo nei corsi di giurisprudenza, e in quelli di medicina, temi che ci portino ad assumere anche il punto di vista dell'altro (specialista) quando discutiamo di questioni argomenti che sono inevitabilmente trasversali.

Ora, la collocazione del mio intervento dopo tre splendide e ampie relazioni introduttive, e prima di tutta una serie di interventi di apprezzati colleghi e amici del Foro di Parma che tratteranno tutti gli aspetti specifici della legge 24/2017, nonché le ragioni di tempo cui si accennava prima, mi suggeriscono di limitare il mio intervento ad alcune considerazioni di carattere generale e agli aspetti forse più legati in questo caso al mio ambito di analisi che è quello del costituzionalista, e altresì dello studioso di questioni legate al biodiritto e alla bioetica.

D'altronde la responsabilità medica è sempre stata al centro di problemi interpretativi e di argomenti chiaramente riconducibili a profili di livello costituzionale, dalla tutela della salute alla stessa libertà personale soprattutto per gli aspetti legati alla nozione di consenso informato. È stato giustamente osservato da più parti che la responsabilità in campo medico ha superato ormai i confini del diritto privato, per andare verso il diritto pubblico e costituzionale.

E qui faccio una prima parentesi che mi è venuta in mente ascoltando anche le interessanti parole di chi mi ha preceduto. Vorrei spezzare una lancia in favore de legislatore, ma non perché sia convinto che il nostro legislatore meriti particolare apprezzamento, soprattutto in questa fase.

Il problema è di fondo. L'idea che qualche volta abbiamo tutti di criticare il legislatore perché non fa leggi che in qualche modo ci liberino dal peso e dalle difficoltà dell'interpretazione, è probabilmente una domanda per la quale le spalle del legislatore, di qualunque legislatore (non solo del nostro), sono probabilmente deboli, e questo soprattutto in alcuni settori, tra cui appunto il diritto della medicina o delle questioni biomediche dove da sempre, e dappertutto, c'è un protagonismo forte del momento giurisdizionale, un protagonismo che a volte si esprime addirittura in termini di apertura (di prima manifestazione) del problema.

Una delle più apprezzate voci della dottrina bioeticistica americana ha scritto: 'la bioeti-

ca è nata nei tribunali talvolta prima ancora di nascere nella riflessione etica e filosofica'; è nata nei tribunali perché mentre il legislatore può far finta di non vedere il problema perché magari non riesce, sa di non avere la maggioranza politica, sa di non avere un consenso sociale diffuso intorno a certe cose, il giudice non può fingere di non vedere, ma deve dare una risposta.

Quando viene interrogato su un problema talvolta drammatico, esistenziale, come sono gran parte delle questioni biogiuridiche, il giudice deve decidere e se non c'è una legge che specificamente affronti e disciplini quel profilo, il giudice (e quando parlo di giudice voglio richiamare anche gli avvocati perché il giudice non è mai solo, non è mai uno che decide, come dire, a tavolino, ma decide dopo aver ascoltato le parti, dopo aver letto le memorie, dopo essersi confrontato, dopo aver studiato i precedenti) deve andarsi a cercare la risposta nelle tante risorse (anche culturali oltre che normative) che il diritto mette a disposizione.

Quello del giudice è perciò un protagonismo quasi inevitabile, che mi fa dire, prendendo spunto da un principio costituzionale sancito nel nostro art. 101, comma 2, che è vero che il giudice è soggetto soltanto alla legge ma è anche vero che la legge, come ricordava un autorevole membro della Corte suprema americana, è quella che il giudice dice che essa sia; in altre parole, c'è una sorta di rapporto circolare (e non un rapporto gerarchico e unilaterale) tra la legge e la decisione giudiziaria. Il giudice contribuisce inevitabilmente a capire che cosa è la legge e l'interpretazione è ormai, a pieno titolo, una tappa fondamentale della produzione di norme giuridiche.

L'attuale presidente della Corte Costituzionale, che è un grandissimo storico del diritto, Paolo Grossi, ha scritto recentemente pagine memorabili su questo ruolo della giurisprudenza recuperando il concetto romanistico di "inventio", non come invenzione di qualcosa di nuovo che non c'è, ma come scoperta, estrazione di significati che sono talvolta non immediatamente visibili e formalizzati nel diritto ma che fanno parte di tutto quell'insieme di strumenti che sono a disposizione del giudice, e che sono i principi costituzionali, i principi europei, gli argomenti della giurisprudenza straniera, anche le suggestioni che vengono dal mondo scientifico.

2. Chiudo la parentesi e ritorno alla legge 24; sullo sfondo di questa idea che dicevamo prima, cioè dell'importanza della responsabilità medica dal punto di vista costituzionale, c'è appunto un diritto della persona ad ottenere una prestazione sanitaria improntata alla sicurezza, nell'ambito di un rapporto che si instaura tra paziente e professionista e tra paziente e struttura sanitaria.

L'art. 1 della legge Gelli parte proprio da questa affermazione della sicurezza come parte costitutiva del diritto alla salute perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività.

In questo modo, si arricchisce ulteriormente quello che già è un contenitore plurale, perché il diritto alla salute più che un diritto è un insieme di diritti anche molto diversi tra di loro. Nel diritto alla salute abbiamo la libertà di cura, con i problemi che sono stati evidenziati anche prima richiamando il caso delle vaccinazioni, il caso Di Bella ma potremmo fare anche altri esempi; il consenso informato; finanche il diritto di non curarsi fino alle estreme conseguenze; o la salute non semplicemente come assenza di malattia ma come aspirazione ad un benessere globale, fisico e psichico insieme; e ovviamente la salute come diritto sociale a ottenere prestazioni dal sistema sanitario in condizioni di sostenibilità, e oggi – come si è detto - la sicurezza delle cure, che essendo parte costitutiva del diritto alla salute entra in quel panel che costituisce ormai i livelli essenziali di cui parla l'art. 117 della nostra Costituzione.

E a questa stregua non è affatto banale, ed è uno degli aspetti certamente positivi della legge Gelli, che si dica che la sicurezza è parte costitutiva del diritto alla salute in un momento storico in cui il welfare sanitario inevitabilmente deve interrogarsi rispetto al tema della sua sostenibilità finanziaria, perché significa dire che quali che siano le necessità legate al condizionamento finanziario e alla disponibilità delle risorse economiche, la sicurezza delle cure fa parte di quel nucleo essenziale del diritto alla salute che deve essere garantito in modo uniforme su tutto il territorio nazionale.

La sicurezza delle cure comprende vari aspetti, anche il consenso, anche la garanzia che la scelta terapeutica sia appropriata e che rispetti le migliori indicazioni scientifiche, e altresì il tema della comunicazione tra medico e paziente.

È stata appena approvata dal Parlamento la legge 14 dicembre 2017 in materia di consenso infornato e disposizioni anticipate di trattamento. Non è questa la sede per parlarne. C'è però un punto della legge che io trovo molto importante nella prospettiva della costruzione di un rapporto medico-paziente che non sia fatto solo di automatismi o di paternalismo, quando si dice il tempo della comunicazione è tempo di cura. Emerge l'importanza fondamentale del dialogo, prima si diceva dell'empatia, della capacità di guardare al paziente non solo come un oggetto di studio o di ricerca, o come il destinatario di una prestazione, ma come una persona con tutte le sue difficoltà anche psicologiche, emozionali, nel momento in cui ha bisogno di un trattamento per la sua salute.

Quella della sicurezza delle cure diventa una formula di sintesi dei diritti del malato che ci fa pensare alla responsabilità di cui oggi stiamo discutendo non solo in termini di reazione a qualcosa di sbagliato o di dannoso, ma in una chiave anche prospettica, cioè la responsabilità come tentativo di costruire un sistema sanitario che sia capace di andare incontro adeguatamente ai bisogni delle persone.

Attorno a questa parola chiave della sicurezza delle cure, la legge 24 costruisce un sistema organizzativo complesso fatto di tutta una serie di apparati e di procedure: dal difensore civico ai centri regionali per la gestione del rischio, all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche, al tema della trasparenza dei dati relativi ai risarcimenti erogati dalle strutture nell'ultimo quinquennio, al cosiddetto riscontro diagnostico concordato che viene inserito in una forma diversa all'interno del regolamento di Polizia mortuaria. Merita infine una segnalazione anche la previsione secondo cui gli atti concernenti l'attività di gestione del rischio clinico, quindi i vari sistemi di segnalazione, di reporting relativi agli eventi sfavorevoli (anche come apprendimento all'interno della struttura), non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari.

La legge qui accoglie una raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2009, finalizzata proprio al potenziamento dei sistemi di reporting e di apprendimento, nella consapevolezza che si tratta di uno strumento fondamentale per monitorare, prevenire, avere memoria degli errori e delle situazioni negative; ma appunto, le segnalazioni vanno incentivate liberandole dal rischio e dall'apprensione di essere usate in contesti giudiziari.

3. Dunque la legge 24 del 2017 fin dal titolo manifesta una ambizione di organicità e di sistematicità, una legge che vuole sostituire l'isolato spunto normativo dell'art. 3 del Decreto Balduzzi occupando, almeno nelle

intenzioni, in modo più compiuto, uno spazio fino ad allora costruito attraverso una copiosa elaborazione giurisprudenziale basata su poche norme codicistiche. L'intento del legislatore è palese, ed è stato più volte ripetuto anche dalle relazioni che mi hanno preceduto; è evidente che su questo punto il decreto Balduzzi non aveva mantenuto appieno le sue promesse.

È sufficiente ricordare una elaboratissima questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano a cui la Corte Costituzionale ha dato una risposta che lasciò molte questioni con il punto interrogativo (ord. n. 295/2013). Fu una decisione di inammissibilità della questione, in quanto il giudice milanese non avrebbe spiegato in che modo tutte quelle questioni di legittimità costituzionale che praticamente prendevano l'intera normativa Balduzzi, e che in parte ritroviamo anche nei contenuti della legge Bianco Gelli, fossero rilevanti all'interno di quel giudizio. Qui si può solo ricordare il riferimento all'ambiguità di alcune formule normative come quella della colpa lieve; la difficoltà di accettare il fatto che fossero messi insieme tutti gli operatori sanitari in una indifferenziata area di responsabilità; e la riduzione dell'area di tutela penale della persona offesa nei casi di colpa lieve.

La Corte, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, trova però il tempo di dire qualcosa che ha una rilevanza anche nel merito, e cioè che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma viene in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di imperizia.

In qualche misura, la corte fa un assist al futuro legislatore. E infatti, la nuova legge toglie ogni riferimento al grado della colpa, forse volendo in questo modo prevenire una nuova questione di legittimità costituzionale. Il risultato però non è dei più brillanti, a mio avviso.

La punibilità è esclusa in presenza di determinate condizioni, qualora l'evento sia causa di imperizia e quando siano rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida.

Le linee guida, qui apro un'altra piccola parentesi, sono ormai una nuova figura delle fonti del diritto, che ritroviamo in molti settori, sono un nuovo tipo di fonte normativa, che per certi versi esprime una ricerca di ragionevolezza e adeguatezza scientifica del lavoro del decisore normativo. Quanto uno schema siffatto rispetta la libertà terapeutica e l'autonomia professionale del medico? Anch'io sono convinto che di fronte a una ipotetica questione di legittimità costituzionale di questo tipo la Corte valorizzerebbe sia la formula dell'adeguatezza al caso concreto, che quindi conserva in capo al professionista sanitario un qualche spazio di autonomia, sia il ruolo che le linee guida possono avere in termini proprio di contributo di ragionevolezza al sistema normativo.

Ci sono sentenze della Corte Costituzionale (282/2002, 338/2003) che spesso ripetono questo principio, e cioè che in queste materie il legislatore dovrebbe comunque ispirarsi alle acquisizioni derivanti finanche dal Codice deontologico o dalle linee guida accreditate a livello nazionale e internazionale. Tuttavia, la norma non sembra guadagnare molto in termini di tassatività e di semplificazione del riconoscimento della colpa. Le linee guida come abbiamo detto devono essere adeguate alla specificità del caso concreto e già questo è un elemento che va ad alterare la ingenua sequenza delineata dal legislatore per cui se ci sono le linee guida e vengono rispettate non c'è la punibilità per imperizia.

Spetterà sempre al giudice l'ultima parola, valutare in concreto che cosa è successo, anche perché la realtà clinica è molto più complessa e frastagliata di quanto non si possa pensare di racchiudere e di fissare all'interno di linee guida. Probabilmente questo è inevitabile; anche la prassi e l'esperienza giurisprudenziale americana (penso agli studi di Finder e Hirshfeld) ha più volte messo in evidenza il rischio di astrattezza delle linee guida, il fatto che esse non sono prodotte con riferimento ad ogni patologia, e anche la possibilità che non coprano adeguatamente le peculiarità del caso concreto.

Sono rimasto molto impressionato, come tutti credo, dalla vicenda di cui qualche giorno fa hanno parlato tutti i media, che ha visto un ragazzo salvato con un intervento di circolazione extra-corporea, con il medico che ha dichiarato espressamente: 'abbiamo fatto una cosa che non solo non era prevista dalle linee guida ma addirittura era controindicata': era controindicata, però ha contribuire a salvare una vita.

Mi sorprende poi, anche guardando a quelle sentenze della Corte costituzionale a cui facevo riferimento prima, il fatto che sulle linee guida la legge operi una sorta di delimitazione nazionale delle linee guida rilevanti, attraverso la identificazione dei soggetti che le possono elaborare, che sono enti, istituzioni, pubblici e privati, società scientifiche, associazioni iscritte in apposito elenco istituito e regolato dal Ministero della Salute con decreto ministeriale, decreto che comunque deve stabilire i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale. Invero, come ci diceva la Corte costituzionale nella sent. 338/2003, la scienza medica attraversa e supera i confini nazionali. In questo senso, definire in chiave solo nazionale il parametro delle linee guida può costituire un limite, una chiusura che appare poco ragionevole rispetto alle considerazioni del Giudice costituzionale.

Ad ogni modo, l'art. 5 della legge 24, in mancanza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, statuisce che gli esercenti devono attenersi alle buone pratiche clinico-assistenziali, e anche questa in fondo è una categoria sicuramente non auto-evidente, che non si spiega da sola, e che già sotto la vigenza del decreto Balduzzi, che metteva sullo stesso piano linee guida e buone pratiche, aveva dato qualche problema interpretativo.

Sul concetto di buone pratiche cliniche e assistenziali, abbiamo avuto una elaborazione giurisprudenziale che ha detto praticamente tutto, cioè tante cose potevano essere buone pratiche assistenziali, dalle legis artis, nozione che comprende anche le linee guida, alla pratica medica dotata di consenso e approvata in pubblicazioni scientifiche di rilievo (quali siano le pubblicazioni scientifiche di rilievo non è sempre facile dire), addirittura direttive emanate da alcune regioni.

In effetti, proprio il riferimento alle buone pratiche cliniche assistenziali potrebbe assorbire quel vizio un po' protezionistico che il legislatore ha manifestato nel prevedere copme parametro solo le linee guida nazionali, in quanto certamente nelle buone pratiche cliniche assistenziali noi possiamo riscontrare condotte conformi a linee guida elaborate anche fuori dal procedimento dettato dall'art. 5. Le buone pratiche potrebbero essere uno spiraglio utile per linee guida anche straniere, ovviamente di elevato valore scientifico.

È evidente però che al di fuori di linee guida debitamente accreditate secondo l'art. 5 lo spazio della validazione da parte del giudice, quello che è sempre stato definito il paradosso del giudice che non sa di scienza ma deve in qualche modo valutare la prova scientifica, riemerge in tutto il suo spessore, e probabilmente qui i criteri da utilizzare restano quelli risalenti alla famosa sentenza Daubert

della Corte suprema americana (Daubert vs Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1996, 278 ss.) ripresi anche recentemente dalla Cassazione (Cass. Penale, sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786), quindi la verificabilità del metodo, la sua falsificabilità, la sottoposizione al controllo della Comunità scientifica, la conoscenza del tasso di errore, la generale accettazione.

4. Qualche considerazione anche qui di taglio generale, e mi avvio verso la conclusione, sulla nuova configurazione della responsabilità civile per malpractice medica. Le scelte della legge Gelli sono nette, chiare, almeno nelle intenzioni: responsabilità contrattuale per la struttura ospedaliera sanitaria secondo il modello ben radicato nel contratto atipico di spedalità o con effetti protettivi nei confronti del terzo, e questo anche per professionisti scelti dal paziente e non dipendenti dalla struttura; responsabilità extracontrattuale per l'esercente della professione sanitaria, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente.
L'obiettivo è evidente, persino dichiarato, cioè ridurre i numerosi processi a carico dei medici, spostare il rischio verso la struttura, in questo modo certamente favorendo la posizione del medico, anche con un riflesso automaticamente collegato alla qualificazione della responsabilità sulla prescrizione e sulla inversione dell'onere della prova.
Su questo tema ci saranno delle relazioni specifiche, io voglio solo porre due domande e sottolineare due aspetti. È ragionevole, e quando parlo di ragionevolezza parlo di qualcosa che poi può rilevare ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, quindi può avere una ricaduta in una futura ipotetica questione di legittimità costituzionale, questo doppio binario a fronte della identità del presupposto rappresentato dalla prestazione professionale del medico? È ragionevole questa automatica riduzione dello spazio difensivo del privato con la prescrizione e con l'onere della prova, in rapporto al diritto di difesa e a quel principio di prossimità della prova che spesso viene affermato all'interno della giurisprudenza?
Faccio solo questa considerazione: come ha acutamente sostenuto Stefano Rossi (La legge Gelli a rischio di incostituzionalità?, in www.pacinieditore.it, 3 aprile 2017, 2), "il medico è obbligato a svolgere una prestazione professionale in virtù del contratto di lavoro e di collaborazione che lo lega alla struttura sanitaria, ma al tempo stesso questo contratto che lo lega alla struttura sanitaria costituisce anche il presupposto necessario che legittima il paziente a richiedere le prestazioni al personale sanitario che opera nella struttura, prestazioni al cui adempimento il personale non solo non si può sottrarre ma le deve adempiere con la diligenza professionale propria dell'attività esercitata". Allora, quando si determina una situazione di violazione degli obblighi che sono collegati a tali prestazioni sanitarie, la responsabilità non dovrebbe essere (sempre) contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vincolo giuridico, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale?
Insomma, c'è un rischio di artificiosità in questo doppio binario che potrebbe avere qualche riflesso anche in termini di dubbio di legittimità costituzionale. Sono problemi aperti e non credo sia sufficiente a chiudere il discorso, anzi mi sembra persino un po' ingenuo, il fatto che il legislatore all'art. 7 comma 5 dica che 'queste (cioè la nuova configurazione della responsabilità medica) sono norme imperative'.
In primo luogo, il concetto di norme imperative è un concetto che ha sempre riguardato l'ambito contrattuale, il rapporto tra la norma e la volontà contrattuale delle parti, piuttosto che il rapporto tra decisione normativa e attività del giudice. È chiaro l'intento del legislatore, quello di fare una sorta di warning nei confronti del giudice, della sua creatività interpretativa; ma non funziona così, io sono convinto per quello che ho detto anche prima, che il rapporto giudice legge è un rapporto intrinsecamente dinamico.
Se a un certo punto il giudice ritiene che quello che è scritto nella legge non è ragionevole alza semplicemente il livello della posta in gioco, va davanti alla Corte Costituzionale, o interpreta quelle risorse che provengono anche dal mondo giuridico sovranazionale (ad esempio dalla Cedu).
Per chiudere allora questo intervento davvero, la legge 24 è un tentativo di riforma organica e questo per certi versi è apprezzabile, che però lascia sul tappeto secondo me non poche aporie e incertezze. È presto per tracciare una previsione attendibile di quello che ne verrà fuori anche perché mancano tutta una serie di decreti attuativi, e chissà per quanto tempo mancheranno, considerato che la legislatura è ormai alle battute finali.
Sul piano strettamente giuridico credo però che il tema della responsabilità medica non cesserà di essere quella che Guido Alpa ha chiamato una fondamentale palestra interpretativa, con il suggerimento, che ho apprezzato molto nelle parole del consigliere ladecola, e che dovremmo seguire tutti, a voler considerare la legge come possibilmente un tutt'uno, un prodotto dotato di un suo senso unitario, di una sua coerenza, che dovremmo cercare di riflettere e rispettare nella nostra attività interpretativa.

PRIMA SESSIONE
Il medico e il legale di fronte alla responsabilità e alla tutela

Moderatori: U. Salvini, P. Muzzetto

INTERVENTI

Danno e responsabilità: La responsabilità del medico e del restante personale sanitario: aspetti penali.

Mario Bonati - Avvocato Penalista Foro di Parma

*Relazione come da trascrizione audio

*Mi è stato assegnato un tema quasi disumano perché quando io leggo – Danno e responsabilità, responsabilità del medico, e se ciò non bastasse, del restante personale sanitario: aspetti penali -, dovrebbe essere oggetto forse di più convegni. Ho cercato di dare un significato al mio intervento cercando di legarlo ovviamente al tema per cui oggi siamo qui e cioè questo intervento normativo attuato con la legge 24/2017 che riguarda l'aspetto penale. L'unica addizione di interesse penale è appunto costituito dalla creazione di questo 590 sexies che viene attuato abolendo la norma della legge Balduzzi e che già la Cassazione, con una sentenza emessa a stretto ridosso dell'entrata in vigore della norma, ha ritenuto essere sostanzialmente peggiorativa rispetto alla norma della Legge Balduzzi. Ma l'interrogativo di fondo che uno si deve chiedere è se non solo c'era bisogno di questa norma ma anzitutto se gli esiti, gli approdi della giurisprudenza degli ultimi anni, facevano effettivamente ritenere che la posizione del medico fosse una posizione sostanzialmente deteriore rispetto a quella che poteva essere la posizione del medico di fronte al giudice penale, alla legge penale in senso generale, prima di una serie di punti fermi che la giurisprudenza ha posto e che hanno secondo me significativamente cambiato e ricondotto a quella che è una nozione unitaria di colpa da un lato e a una nozione unitaria di causalità soprattutto omissiva dall'altro della responsabilità medica.

In un recente lavoro comparso su Diritto penale contemporaneo, scritto da un consigliere di Cassazione che fino al Dicembre 2015 ha fatto parte della Sezione 4° che si occupa di responsabilità medica e che ha condotto uno studio dagli anni 2013, 2014 e 2015 sulla giurisprudenza di Cassazione in tema, emerge pur con la relatività dell'esito di questa valutazione e analisi dei casi pervenuti davanti alla Corte di Cassazione, come in materia di responsabilità medica, parliamo ovviamente di Cassazione penale e della parte terminativa di un eventuale giudizio penale, i casi sono stati 67 nel 2013, 56 nel 2014, 55 nel 2015. Scomponendo poi quelli che sono stati gli aspetti prevalentemente presi in considerazione dal giudice di legittimità è emerso che la maggior parte dei ricorsi e delle decisioni adottate che si quantificano nel numero che è stato prima individuato non riguardavano l'elemento soggettivo, quindi il tema della colpa al quale il legislatore in un certo qual modo vorrebbe porre mano o avrebbe voluto porre mano con l'art. 590 sexies, ma riguardavano soprattutto il tema del rapporto di causalità in relazione alla individuazione delle cause dell'evento e in relazione all'efficienza causale della violazione della regola cautelare sul verificarsi dello stesso.

Faccio questa premessa per dire come sostanzialmente a mio parere non vi era necessità di un intervento normativo sul terreno della colpa penale, e men che meno vi era necessità di farlo con i contenuti di una norma sulla cui concreta operatività e applicabilità occorrerà interrogarsi, anche perché è sufficiente a mio parere leggere la norma per dire che se anche quei presupposti si fossero verificati in assenza della stessa, le regole ordinarie codicistiche dell'art. 43 avrebbero imposto di addivenire a una sentenza assolutoria. E allora io in questi pochi minuti non posso che ripercorrere quelli che sono gli approdi che già da diverso tempo si sono consolidati nella giurisprudenza della Suprema Corte e che hanno sicuramente ridotto drasticamente quella che poteva essere la dimensione anche della responsabilità sotto il profilo quantitativo dei medici. E non posso non farlo, è stato ricordato dal dr. Iadecola prima, se non evocando la giurisprudenza, quella sì assolutamente non compatibile e non coniugabile con i canoni generali e codicistici sulla causalità omissiva che fino al 2002, cioè data della sentenza Franzese che tutti conosciamo, hanno portato paradossalmente direi ad una dicotomia della colpa medica rispetto ad altre colpe professionali. E io sono nato ad esempio professionalmente quando quella giurisprudenza era imperante o quanto meno non era adeguatamente contrastata da altra giurisprudenza che poi determinerà l'investitura della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, proprio perché progressivamente si registrò un contrasto di giurisprudenza, ed era quella giurisprudenza in nome di una tutela della salute spesso peraltro evocata con petizione di principio e molto spesso disancorata a quelle che erano le conclusioni che si dovevano trarre dalle regole generali dell'ordinamento penale e ponendosi in contrasto, in radicale contrasto, con tutta la dottrina penalistica, arrivavano a ritenere nel corno minimo se vogliamo, che una probabilità, io ricordo una sentenza, pari al 30% fosse sufficiente per predicare una correlazione causale fra una condotta omissiva e un evento di lesioni o di morte.

Progressivamente si affianca una tendenza che contrasta questa regola del basso o medio coefficiente di probabilità della condotta doverosa omessa rispetto all'evento e porta come sappiamo alla sentenza delle Sezioni Unite di cui voglio semplicemente ricordare in questo contesto che mira sostanzialmente a cercare, a mio parere, di evidenziare come la responsabilità medica già da anni sia ritornata nei canoni di un sistema di normalità e certo non giova ai medici, nell'ambito di quella che potrebbe essere un ulteriore tentativo di positivizzare una, come dire, linea di difesa rispetto a interpretazioni giurisprudenziali del senso della responsabilità, un articolo come il 590 sexies. Non è tempo di andare ad analizzare poi tutte le sentenze della Cassazione a Sezioni Semplici che si sono uniformate, anche i chiaroscuri a dire il vero, ai principi affermati dalle sezioni unite della Cassazione, però le sezioni unite della Cassazione in tema di nesso di causa arrivano ad affermare, io li ricordo veramente in maniera breve poi tratterò di un'altra questione cui ha fatto cenno, che questa mi pare una soluzione più aperta rispetto a quella ri-

solta dalle sezioni unite, che è il tema delle conseguenze del consenso non validamente e idoneamente raccolto. La Cassazione a sezioni unite ci pone una serie di principi, io li ricordo veramente per completezza nell'ambito di questo ragionamento logico, cioè di uno Statuto ormai della responsabilità medica che è tornata su criteri di normalità e che non abbisognava di un intervento come quello in questione che nulla aggiunge e nulla toglie allo scenario così come designato, delineato dalla giurisprudenza. La conosciamo tutti, la Franzese, però vale la pena ricordarla in quelli che sono i suoi tre passaggi poi alla fine che la Franzese fa, ripudiando sia la tesi della bassa media probabilità della condotta antidoverosa a impedire l'evento come condizione per predicare la sussistenza della correlazione di causa, ma anche quella che era stata una affermazione assolutamente, scusate il bisticcio di parole, assolutistica che la semplice rispondenza alle famose leggi scientifiche o statistiche cioè quelle leggi di copertura in termini di certezza sarebbe stato sufficiente a escludere il nesso di causa, è una soluzione sostanzialmente mediata e ragionata. Allora io semplicemente ricordo quelli che sono questi tre cardini che riducono e hanno ridotto, perché chi è nato come il sottoscritto con quella vecchia giurisprudenza e si è cimentato con la giurisprudenza di merito che si è affermata a stretto ridosso negli anni successivi alla Franzese ha constatato come il nesso di causa sia diventato finalmente e seriamente uno dei temi centrali del processo e quel rilievo statistico che l'autore di questo piccolo articolo, ma molto interessante, comparso su Diritto penale contemporaneo ci dà, ci dà proprio il termometro di come il nesso di causa sia diventato uno degli argomenti e dei temi più rilevanti. Allora le sezioni unite sostanzialmente muovono su questi tre principi, quindi il giudizio controfattuale, cioè quel giudizio che deve essere fatto laddove non esiste un evento reale, quindi che deve essere fatto in un processo puramente logico e che deve essere condotto sulla base di regole generalizzate di esperienza o comunque leggi scientifiche anche statistiche può accertare il nesso di causa solo quando l'evento non è semplicemente probabilisticamente con media bassa o anche elevata probabilità si sarebbe egualmente, cioè non si sarebbe verificato. Occorre un giudizio diverso, occorre cioè a questo punto fare una valutazione che deve essere quella che la Cassazione chiama con una formula di sintesi probabilità logica o alto elevato grado di credibilità razionale ma che non deve, e qui è se vogliamo la variante rispetto ad alcune pronunce che si erano contrapposte all'orientamento della probabilità ridotta al medio basso, non con un giudizio come dire che io individuo la legge scientifica di copertura e se la legge scientifica di copertura mi dà un determinato esito io automaticamente ne desumo una conclusione, è il criterio della correzione con quella che è la valutazione del caso concreto. Questo è un approdo non è tempo di parlare, ripeto, dei chiaroscuri con comunque una conclusione di questo genere ha finito per portare ma che è, ha limitato grandemente la responsabilità dei medici. Il tema del consenso, anche qui io voglio ricordare che tutta quella giurisprudenza spesso contrastante a volte anche aberrante che aveva portato a far ritenere sussistente l'omicidio preterintenzionale in casi di consenso non validamente prestato o di mancato consenso o di consenso apparentemente prestato in quanto non accompagnato da un consenso informato, che coesisteva sostanzialmente con un atteggiamento giurisprudenziale che riconduceva nell'alveo della colpa fattispecie di questo tipo, ha trovato una pronuncia che a differenza, a mio parere, della Franzese è una pronuncia ancora aperta ma che consente o ha consentito a tanti interpreti di arrivare e andare oltre. Sostanzialmente il tema è quello di capire quando e quali sono le conseguenze soprattutto quali figure di reato possono essere realizzate laddove ci sia un tema di consenso, tema di consenso non dato secondo i canoni, le regole che devono e che regolano il tema del consenso stesso. Ora, con una sentenza più recente rispetto alla Franzese che è quella del 18/12/2008 che si in realtà parametrava, il cui principio di diritto era stato espresso in relazione a un caso molto specifico, si fa sostanzialmente una summa divisio tra esito fausto e quindi un miglioramento delle condizioni di salute avvenuto fuori, ecco specifica la Cassazione, da un espresso rifiuto, perché in questo caso saremmo in una situazione differente, la condotta è priva di rilevanza penale sia sotto il profilo dell'art. 582, si parlava di lesioni quindi di lesioni dolose quanto anche, perché un altro tema era quello in casi come questi dell'eventuale rifluire di questa condotta nel reato di violenza privata e si escludono entrambi. Pur non essendo altro il tema devoluto al Giudice di legittimità, il Giudice di legittimità prende anche in considerazione una situazione ulteriore che è quella dell'esito infausto e cioè di una condotta che non ha avuto un miglioramento quindi delle condizioni di salute ma che è stata espressione di una condotta che ha a monte un consenso non prestato validamente ma frutto di un errore nel superamento dei limiti dello stesso o di una erronea percezione del valido consenso dato, quindi è una seconda situazione ma molto delineata dalla Cassazione, in questo caso si dice manca la scriminante ma non applico, non vado a ricorrere alla fattispecie dolosa, per un ragionamento molto semplice, che manca il requisito soggettivo di fattispecie. Quello che la Cassazione non espressamente risolve è una terza situazione e cioè quella in cui non vi è un errore nella raccolta del consenso ma c'è una consapevole omissione del consenso e ciononostante si verifica, o meglio accompagnato a questo non valido consenso, si verifica un esito infausto; è una soluzione che leggendo la sentenza della Cassazione, cioè è una situazione che non è espressamente contemplata. La risposta però che viene comunque data, e viene anche data dalla dottrina più autorevole penso ad esempio a un articolo comparso all'epoca su Cassazione Penale di Viganò, il prof. Viganò, è sostanzialmente, pur con tante incertezze, di ritenere anch'essa questa situazione inquadrabile nella fattispecie della colpa. Ho ritenuto opportuno parlare di nesso di causa, parlare di consenso informato, o meglio di non consenso validamente dato, per sottolineare come la giurisprudenza fosse arrivata a soluzioni assolutamente ragionevoli negli ultimi anni ed è in questo contesto che a mio parere va valutata prima la Balduzzi e poi, per quanto riguarda esclusivamente gli aspetti penali, la norma di cui parlerà Paolo Moretti. C'è spazio per un intervento legislativo, c'era spazio, io penso ad esempio che un intervento legislativo poteva indirizzarsi su un tema che invece a mio parere la giurisprudenza della Cassazione affronta ancora oggi con soluzioni non sempre appaganti che è quello del principio di affidamento e della cooperazione colposa, giace un progetto di legge sulla possibilità di distinguere nell'ambito dell'agire in equipe, questo poteva essere un orizzonte normativo praticabile, non certo quello di aggiungere cancellando una norma incerta che però, attenzione, aveva portato recentemente, questo lo dico per i medici, la Cassazione a ritenere che quanto male detto dalla Balduzzi potesse valere ad esempio non solo per la perizia e non a caso la sentenza che probabilmente sicuramente a cui

Paolo Moretti accennerà, che è una sentenza che si occupa di questi rapporti fra Balduzzi e nuova norma, finisce per ritenere come sia peggiorativa, la nuova norma è peggiorativa secondo la Cassazione perché si dice - è molto restrittiva - rispetto a una norma, ripeto, mal scritta come era la Balduzzi, questo noi, visto che parliamo in questa sede di novità legislativa è il tema, io poi ripeto, vorrei capire come una norma di questo tipo vive, che significato ad essa si può dare, al di là di quello che è già desumibile dall'applicazione dei normali criteri desunti dall'art. 43, una norma inutile e certamente una norma che non vale a porre rimedio a quella che viene definita la medicina difensiva. E io concludo dicendo che altri possono essere gli orizzonti per cercare di migliorare la posizione del medico anche se onestamente gli assestamenti giurisprudenziali degli ultimi anni danno un quadro equilibrato, non possiamo neanche rischiare, questo lo dico davanti a un uditorio sicuramente interessato a cercare di avere elementi di chiarezza e di avere una responsabilità che sia però una responsabilità equilibrata, giusta, in linea con quelli che sono i canoni dell'ordinamento, se qualcosa si deve migliorare altre erano le direzioni, il 590 sexies nulla toglie, nulla aggiunge all'attuale configurazione della colpa medica.

L'articolo 590 sexies

Paolo Moretti - Avvocato Penalista Foro di Parma

Grazie, buongiorno a tutti, dovrei cercare di illustrare il significato e i perimetri di applicazione di questa nuova disposizione contenuta nell'art. 590 sexies Codice penale, art. 6 della legge Gelli. Chiedo scusa, lo dico subito: sarò molto terra terra cercando di stare il più possibile sul pratico, perché mi interessa soprattutto cercare di farmi capire dai medici che sono in sala, che sono tanti e che so che la materia del diritto mal digeriscono. Iniziamo col dire come questa legge Gelli nasce, perché le norme non sono delle meteore che cadono dallo spazio, ma dei prodotti che si vanno a collocare in contesti che hanno delle problematiche storiche. Cerchiamo allora subito di capire qual è l'origine della Gelli, qual è l'origine in particolare di questo 590sexies: senza andarla a prendere troppo da lontano, mi sembra di poter dire chiaramente che è una sorta di formazione reattiva del legislatore, spinto anche dai medici, perché, voglio dire, Gelli e Bianco sono due medici, così come lo era Balduzzi, anche se la responsabilità non era sua su quell'art. 3 precedente. È una formazione reattiva rispetto a un risultato che da un punto di vista normativo non si è riusciti a ottenere con la Balduzzi, anche perché la Balduzzi era scritta da questo punto di vista malissimo. Una formazione reattiva a quella normativa e alla giurisprudenza che si è occupata di interpretare la Balduzzi, cercando di portare a casa quei risultati che la Balduzzi non aveva prodotto. E allora lo dico subito (ma ho visto che sono in buon compagnia, perché la mia opinione mi sembra che sia unanime, lo ha appena detto anche Mario), rispetto alle aspettative della classe medica (anche se nel corso dei lavori parlamentari mi era capitato di leggere interventi e di sentire voci al limite dell'entusiastico da parte di medici, mica di tutti, per carità), mi sembra che l'obiettivo non sia minimamente centrato. Io, il Presidente Muzzetto me lo ha sentito dire tante volte, difendo medici da oltre vent'anni, vengo da una famiglia di medici, sono figlio di un medico, in gioventù ne ho quasi sposato uno, so quali sono i problemi della classe medica nell'esercizio quotidiano della loro altissima professione, so cosa vuol dire il problema della medicina difensiva, so cosa vuol dire il dover continuare a svolgere una attività difficilissima magari con il pensiero costante di un procedimento penale che dura sei anni e che ti mette in condizione di non essere sereno nel rifare quella stessa operazione il giorno dopo, lo capisco, ma non sono questi i prodotti normativi che vi possono aiutare. E adesso vediamo subito il perché. Intanto non so se avete sottomano la norma, ma ve la leggo, è brevissima. Il nuovo art. 590 sexies del Codice penale dice: 'se i fatti di cui agli artt. 589 e 590, cioè omicidio colposo e lesioni colpose, sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste, salvo quanto disposto dal 2° comma. Voglio dire, già il primo comma è totalmente inutile. Avrebbe potuto dire: 'se i fatti di cui al 589, 590 si verificano nell'ambito dell'attività venatoria, sportiva, metteteci quello che volete, si applicano le pene ivi previste'. Non dice nulla se non mandare forse un messaggio, diciamo, politico; una specie di norma manifesto che suona già male secondo me per il medico perché gli dice 'guarda che se i fatti di lesione e omicidio colposo succedono nella tua attività, si applica quello che si applica a tutti gli altri'.Questo è il messaggio, salvo quanto previsto nel comma successivo che adesso lo andiamo a vedere: 'qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto'. Comma successivo: l'art. 3 della Balduzzi viene abrogato. Perché parlavo di formazione reattiva alla Balduzzi e all'interpretazione giurisprudenziale che si stava creando sulla Balduzzi (che nell'ultimo periodo aveva anche aperture che forse il legislatore non ha tenuto bene in considerazione)? Vediamo subito che ci salta agli occhi il fatto che si parla di linee guida codificate. Nell'art. 5, infatti, si prevede un meccanismo di riconoscimento degli enti che sono deputati a elaborare le linee guida e della loro pubblicazione, previa verifica, da parte dell'Istituto superiore della sanità, sulla bontà dell'elaborazione scientifica che sta alla base di quelle linee guida. Questo perché uno dei più grossi difetti sul quale si era subito puntato il dito dopo l'uscita della Balduzzi, era quello di dire: sì, ho capito, ma quelle linee guida di cui si parla, prodotte dalla Comunità scientifica, quali sono? quale è la comunità scientifica? come si discerne una linea guida ispirata a criteri puramente scientifici da quelle, invece, ispirate da criteri di economicità, perché la tale azienda ospedaliera o la tal regione ha deciso di investire il meno possibile su determinate terapie? Quindi, dicevo, prima cosa che salta agli occhi sono le linee guida sono codificate. Così si pone rimedio a un deficit della Balduzzi. Si parla solo di imperizia e non più di colpa come invece si parlava nella Balduzzi. E anche questa è una formazione reattiva, peraltro secondo me imprudente, da parte del legislatore: perché la 4° sezione della Cassazione, intervenuta nelle prime applicazioni della Balduzzi, ha avuto modo di dire, malgrado la Balduzzi parlasse di colpa, cioè che il medico non risponde per colpa lieve, la

Cassazione è subito intervenuta dicendo: mah, siccome non risponde per colpa lieve se si conforma alle linee guida, posto che le linee guida sono un coacervo di regole di perizia, quel 'colpa lieve' significa 'lieve imperizia'. Però è poi anche vero che nelle ultime decisioni, proprio la stessa 4° sezione, si stava aprendo anche a profili di colpa diversi: in particolare, a quello della negligenza. Non si distingue più tra colpa lieve e colpa grave nel Gelli. Mentre nella Balduzzi si riservava un'area di impunità per le ipotesi di colpa lieve, qui si prevede come requisito di funzionamento di questa chiamiamola causa di non punibilità (ma non lo è, perché è una depenalizzazione, ma insomma...), si restringe il campo della responsabilità penale del medico se nello svolgimento della sua attività sceglie, si conforma a una linea guida puntuale, corretta rispetto alla patologia che sta trattando, ma che sia anche adeguata alle specificità del caso concreto. Anche questa è una formulazione che nasce dall'interpretazione giurisprudenziale della Balduzzi fatta dalla 4° sezione della Cassazione, che già nelle prime pronunce ebbe a dire: caro medico, non è però che per il semplice fatto che tu ti uniformi a un protocollo, vai esente da responsabilità, perché una delle ragioni per cui potresti rispondere di quelle lesioni, di quell'omicidio colposo, è proprio quello di non esserti accorto peritamente del fatto che quella linea guida, quella raccomandazione astratta generale, non era confacente alle peculiarità di quel singolo caso. Ecco allo che si è introdotto questo requisito. Cerchiamo di capire che cosa significa questo 590 sexies. Abbiamo detto che, lo ripeto, le condizioni previste da questa norma, per l'operatività di questa norma sono sostanzialmente tre: 1) che si sia verificato un evento lesivo o mortale, lesioni colpose, omicidio colposo, a causa di imperizia del medico; 2) che quel medico stesse operando nell'ambito del solco segnato da una linea guida; 3) che la linea guida seguita risulti corretta ed accreditata per quel tipo di patologia, codificata secondo quelle regole ministeriali di cui abbiamo parlato stamattina. Quindi verificarsi di un evento per imperizia; rispetto delle linee guida; adeguatezza della linea guida alla specificità del caso concreto. Allora capite che il primo requisito, cioè che si sia verificato un evento lesivo per imperizia di un medico, che però ha selezionato correttamente la linea guida e sta applicando una linea guida che è confacente, che è adeguata alla specificità di quel caso, parrebbe cozzare con gli altri. Se la linea guida è corretta, se è adeguata al caso di specie, se il medico la sta applicando correttamente, come può essere che si sia verificato un fatto di lesioni o omicidio dovuto a sua imperizia? Questa, peraltro, non è colpa di Gelli e di Bianco, perché questa formulazione non c'era nel disegno di legge originario; è frutto dell'approvazione di un emendamento nel corso dei lavori parlamentari. Io non so cosa passasse per la testa al presentatore dell'emendamento in quel momento. A me fa venire in mente quel personaggio bellissimo di Altan in quella vignetta, l'avete presente, quel fumetto che dice: 'A volte mi vengono delle idee che non condivido'. Allora cerchiamo di capire cosa può voler dire questo meccanismo. Peraltro la Cassazione se ne è già occupata nella decisione che citava prima Mario, che è la sentenza De Luca, sempre 4° sezione ovviamente, depositata nel giugno scorso. Le ipotesi sono due. Possiamo dare questo tipo di interpretazione: diciamo che ci troviamo davanti a un medico che ha correttamente diagnosticato la patologia, selezionato la raccomandazione, la linea guida corretta per il trattamento di quella patologia e ha selezionato la linea guida che è adeguata rispetto alle specificità di quel caso concreto, ma a un certo punto deraglia dalle regole di perizia che deve osservare e per imperizia produce un evento lesivo. L'esempio che fa la Cassazione in quella decisione che vi ho citato è grossolano, ma perché i casi più grossolani sono quelli più comprensibili. Dice: 'Facciamo l'esempio di un medico chirurgo che ha correttamente diagnosticato una patologia a un organo dell'addome, ha fatto il tipo di intervento chirurgico corretto, ma nel momento in cui rimuove quella neoplasia gli scappa il bisturi e trancia l'aorta'. È questo il caso che sta dentro al 590 sexies? Ovviamente la Cassazione risponde di no. È impossibile. Non può essere così, non fosse altro perché, se fosse così questa normativa, sarebbe manifestamente incostituzionale; vuoi perché non distingue rispetto alla Balduzzi (e questo è stato un passo indietro rispetto alla tutela del medico), non distingue tra errore macroscopico e errore invece nella esplicazione di una attività particolarmente complessa. Cioè non c'è più la distinzione colpa grave colpa lieve; allora un caso di questo genere, se interpretassimo la norma in quel modo, dovrebbe portare a non punibilità penale il medico che fa un errore macroscopico nell'ambito di una attività routinaria. E questo sarebbe contrario al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione e certamente anche contrario alla tutela costituzionale della salute (non posso mandare esente da responsabilità penale un medico che fa una cosa così). E allora la Cassazione, cercando di selezionare una interpretazione costituzionalmente corretta di questa norma, ne dà una lettura che secondo me rappresenta l'unico modo di intendere questa disciplina e che sostanzialmente è questa: laddove il medico abbia correttamente selezionato una raccomandazione, una linea guida validata dal Ministero all'esito di quel percorso che sappiamo per la validazione della linea guida (cioè la verifica in ordine a chi è che la produce, a quali sono le evidenze scientifiche sulla base della quale la produce ecc. ecc.), nel momento in cui si conforma a quella regola, e quella regola è effettivamente adeguata alle specificità del caso concreto, se l'esito poi del trattamento è infausto non gli si potrà mai fare rimprovero del fatto di non essersi ispirato ad altre regole. Mi sono spiegato? Non gli potranno dire: 'sì, ma se tu invece di curarlo in quel modo lo avessi curato come fanno nella clinica di punta del Massachusetts sulla base di una ricerca che è venuta fuori il mese scorso forse lo avresti salvato'. Nel momento in cui lui si adegua a una regola di comportamento validata, corretta e adeguata al caso di specie, non gli si può imputare di non essersi ispirato a cautele diverse. Questo è sostanzialmente l'unico risultato che questa modifica normativa porta sul fronte dello statuto del rischio penale del medico. Faccio un brevissimo bilancio. Aspetti positivi, un paio ci sono: ad esempio, che le fonti alle quali il medico si ispira nella selezione della regola dell'arte, cioè della linea guida ecc., è tipizzata. Almeno sappiamo dove il medico deve andare a guardare. Un altro aspetto positivo è che esiste finalmente un controllo su chi elabora le linee guida (poi dopo parlerò anche dei contro di queste cose) e poi che esiste una verifica, da parte dell'Istituto Superiore di Sanità, sulla conformità della metodologia adottata e sulla rilevanza dell'evidenze scientifiche sottoposte alle linee guida. A fronte di questo, però, ci sono anche tante ombre, tanti dubbi e tante perplessità che mi restano. Intanto vedo un arretramento nell'abbandono della distinzione tra colpa lieve e colpa grave. Perché, lo diceva prima Mario, la stessa decisione De Luca della Cassazione di tre mesi fa ha detto giustamente, perché annullava una sentenza e la rispediva al Giudice del merito, diceva: 'guarda caro giudice che tra le due normative

(siccome quel fatto lì si era verificato prima dell'abrogazione della Balduzzi), nel momento in cui rigiudichi, ispirati alla Balduzzi, perché è più favorevole rispetto a quella attuale'. Già questo la dice lunga. Poi c'è un altro rischio: che la medicina diventi una medicina di stato, quella che sforna il Ministero della Salute in questo **sistema nazionale linee guida,** che probabilmente ispirerà un viaggio verso la medicina di stato. E allora a questo proposito, sulla medicina di stato e sul rischio che il medico curi la malattia e non curi più il malato, mi chiedo: siccome l'esito fausto di un trattamento sanitario non è garantito da nulla, non è detto che la scelta di un protocollo corretto o la sua applicazione in modo corretta a un caso al quale è adeguato produca effetti salvifici, allora quale medico, davanti a un trattamento corretto, secondo le linee guida, adeguato al caso di specie, ma in concreto inefficace (perché si accorgerà che, malgrado stia facendo ciò che il Ministero gli dice di fare, il paziente non guarisce), quale medico abbandonerà lo scudo della Gelli che gli consente, secondo quello che abbiamo detto prima del 590 sexies, di finire davanti a un giudice domani e dire: 'Sì, ma io non ho sbagliato niente, ho fatto quello che dovevo fare'; chi è che avrà il coraggio di abbandonare quello scudo lì per cercare vie diverse, per cercare una terapia efficace rispetto a una conclamata inefficacia di quella terapia? Poi viene risolto il problema delle cosiddette linee guida elastiche. Dinnanzi a una linea guida che per una certa patologia suggerisce o un trattamento farmacologico o un trattamento chirurgico, il problema sulla scelta del bivio ce lo abbiamo sempre. E nel vigore della Balduzzi la Cassazione aveva detto; 'è anche su quello che si può misurare, anzi è forse soprattutto su quello che si misura la tua perizia'. Cioè, sulla scelta dell'opzione corretta dinanzi a una linea guida elastica. Poi residua sempre il problema (che poi è quello secondo me casisticamente più frequente) dei pazienti polipatologici. Perché non è che puoi mischiare dodici raccomandazioni a uno che ha dodici patologie. Devi fare il medico e devi scegliere. Poi residuerà sempre e comunque il problema delle imputazioni di imperizia mascherata. Noi siamo ancora fermi al 1930, anche se la scienza penalistica, da questo punto di vista, è molto più avanti. Il nostro codice penale, che ha anni 80, ci parla di prudenza, diligenza, perizia. La scienza penalistica ormai riassume la colpa nel concetto di violazione di una norma cautelare; poi che la norma cautelare sia una norma di prudenza, diligenza o altro poco cambia. E non è facile distinguerla, perché oggi la Gelli dovrebbe in teoria creare uno spazio di impunità penale per il medico rispetto solo a fatti 'imperiti'. Ma vi faccio un esempio (e lo chiedo ai medici in sala): la dimissione precoce di un paziente sulla base di una imperita lettura del suo quadro clinico è imperizia o imprudenza? Allora sarà facile trovare imputazioni su fatti tutto sommato imperiti mascherati da negligenza. Perché su un caso come questo basterebbe dire: no, sei fuori dall'atout della Gelli perché io ti contesto di aver negligentemente dimesso anticipatamente il tuo paziente che arrivato a casa è morto. O ancora: il ritardo in un accertamento diagnostico è un'ipotesi di negligenza o un'ipotesi di imperizia? E allora vado rapidamente alle conclusioni. Dico soltanto ai medici presenti in sala che in questo momento, cioè oggi (tanto per terrorizzarli ancora di più), Balduzzi non ce l'avete più, perché è stata abrogata dal 2 Aprile; lo scudo Gelli non l'avete ancora, perché finché non ci saranno le linee guida validate dal Ministero non si può applicare quel meccanismo qui. Quindi siete tornati alla situazione, diciamo così, anni '80, ex-ante. Gli obiettivi da perseguire? Due, rapidissimamente. Uno: da un punto di vista normativo, secondo me, bisognerebbe cercare di avere un prodotto che riporti lo Statuto penale del medico a quello che era il diritto vivente secondo la interpretazione della Cassazione fino agli anni '70, che è secondo me il massimo risultato che potete ottenere e sul quale la Cassazione, proprio in questa sentenza De Luca, ha avuto delle aperture, cioè la vecchia disciplina ispirata all'art. 2236 Codice civile: 'Se la mia prestazione è particolarmente complessa devo rispondere soltanto per colpa grave; non posso rispondere per colpa lieve dinnanzi a difficoltà enormi. Secondo obiettivo (su questo la Gelli ha fatto un piccolo passo in avanti, piccolissimo, insufficiente, ma nella direzione giusta, ve lo andate a vedere, se volete, nell'art. 15): intervenire sulla norma che prevede gli Albi dei periti dicendo che il Giudice li sceglie lì, dando una minima regolamentazione di come devono essere formati quegli Albi. Io questo lo dico sempre e su questo concludo, a tutti i convegni dei medici, perché un conto, è vero, che i vostri problemi possono essere risolti da un punto di vista normativo; ma poi bisogna anche occuparsi di come poi la normativa viene applicata nei Tribunali. Voi vi dovete appropriare dell'elenco degli specialisti ai quali attingono i giudici nella scelta dei periti. E devono essere le vostre società scientifiche a formarli e dovete obbligare i giudici a pescare da lì. Questa norma è un passettino piccolissimo, intanto perché non prevede nessun tipo di nullità nel caso in cui il giudice non peschi nell'elenco. E quello ci vorrebbe. Lasciamo solo spazi a casi eccezionalissimi, in cui il giudice ritiene di non dover pescare lì. Ma imponendogli di fare una ordinanza nella quale motiva a fondo sul perché nomina un'altra persona. Perché spesso sono delle compagnie di giro. Il Magistrato che si trova bene con quel medico legale col quale lavorava a Brescia piuttosto che a Torino, se lo porta dietro a Parma. Magari non perché è bravissimo, ma perché è uno che rispetta i termini, è disponibile, se lo chiami lui arriva. Ecco, tutto questo deve finire. E poi le perizie medico legali devono essere fatte sempre con l'affiancamento di uno specialista della materia di cui si tratta. E questo c'è nel nuovo 15, ma non c'è una norma che obblighi il giudice a farlo. E poi, ripeto, le vostre società scientifiche si devono appropriare della formazione di quell'elenco e garantire la professionalità di chi ci si iscrive dentro. Un po' come dovrebbe essere nella nostra disciplina, Ugo, delle difese d'ufficio: è l'Avvocatura che dà il difensore d'ufficio, che lo forma, che lo mantiene nella sua formazione. Scusate. Ho sforato troppo, vi ringrazio.

Profili della responsabilità nel giudizio in ambito civile

Nicola Sinisi - Consigliere di Cassazione con funzione di Giudice presso Tribunale di Parma

Legge 8/03/2017 n. 24, G.U. 17/03/2017 n. 64

Articolo 7 Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria.

1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, an-

che se scelti dal paziente e ancorchè non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonchè attraverso la telemedicina.
3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, **tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge**
   Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, ***si attengono****, salve le specificità del caso concreto,* ***alle raccomandazioni previste dalle linee guida...*** *ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonchè dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute... In mancanza... gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle* ***buone pratiche clinico-assistenziali.*** e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.
4. Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n.209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo.
5. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile.

Il sostrato sostanziale di riferimento è fornito principalmente, benché non esclusivamente, dalla previsione, nella norma, di una responsabilità civile sia della struttura sia del soggetto che esercita la professione sanitaria. A fronte di questa disposizione, che adotta il sistema del c.d. doppio binario, il danno subito dalla persona nell'ambito di una struttura sanitaria può ricadere tanto sull'ente che abbia erogato la prestazione, ai sensi degli artt.1218 e 1228 c.c., quanto sul sanitario che di tale prestazione sia stato l'esecutore, ai sensi dell'art.2043 c.c.; di conseguenza l'azione giudiziale risarcitoria può essere esercitata nei confronti di entrambi, ferma restando la differente tipologia sostanziale che connota le rispettive responsabilità.

Fa eccezione l'ipotesi, espressamente contemplata nel terzo comma dell'art.7, in cui l'esercente la professione sanitaria abbia stipulato con il paziente un contratto d'opera professionale distinto da quello che intercorre fra paziente e struttura. In tal caso il professionista risponde a prescindere dal fatto che la prestazione sia resa nell'ambito di una struttura sanitaria o fuori di essa.

A riguardo è opportuno precisare che le due fattispecie considerate, quella a titolo contrattuale nei confronti dell'ente e quella a titolo extracontrattuale nei confronti dell'operatore sanitario, sembrano congegnate in maniera tale da far scaturire in capo al paziente due distinti diritti in concorso fra loro: cioè diritti che possono farsi valere con domande congiunte all'interno di uno stesso processo, oppure disgiuntamente in processi diversi, senza che la negazione dell'uno impedisca il riconoscimento dell'altro, ma con la particolarità che, in quanto finalizzati al medesimo risultato economico, detti diritti non possono accumularsi, sicché la soddisfazione dell'uno comporta anche l'estinzione dell'altro.

Accanto alle azioni appena menzionate, sono da prendere in considerazione quelle che il danneggiato, ai sensi dell'art.12, può esercitare in via "diretta" nei riguardi delle compagnie assicuratrici che prestino copertura, rispettivamente, alla struttura sanitaria *ex* art.10, primo comma, ed al professionista *ex* art.10, secondo comma.
Per analogia si può fare riferimento alla fattispecie di azione diretta più nota e diffusa, quella ora prevista dall'art. 144 d.lgs. n. 209/05 relativamente alla responsabilità civile per il danno causato dalla circolazione di veicoli e natanti

Infine, a chiusura del sistema di responsabilità civile per danno da *medical malpractice*, vi sono le azioni che mirano a riversare l'onere di quanto sia stato corrisposto a titolo di risarcimento, sul soggetto che abbia recato pregiudizio al paziente con la propria condotta dolosa o colposa (art.9).
Storicamente la responsabilità della struttura sanitaria ha suscitato uniformità di vedute, atteso che dottrina e giurisprudenza sono sempre state concordi nell'inquadrare la medesima nell'ambito *contrattuale*, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto. Si tratta, in particolare, del cosiddetto *contratto atipico di spedalità,* il cui oggetto consiste sia in prestazioni principali di carattere sanitario che in prestazioni secondarie ed accessorie (assistenza, vitto e alloggio).

Per la Cassazione (Sez.III, 19 ottobre 2015 n.21090) deriva dall'obbligo di erogare la propria prestazione, con la massima diligenza e prudenza che un nosocomio, oltre ad osservare le normative di ogni rango in tema di dotazione e struttura delle organizzazioni di emergenza, tenga poi in concreto, per il tramite dei suoi operatori, condotte adeguate alle condizioni disperate del paziente ed in rapporto alle precarie o limitate disponibilità di mezzi o risorse, benchè conformi alle dotazioni o alle istruzioni previste dalla normativa vigente, adottando di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare l'impossibilità del salvataggio del leso.

Più acceso invece il dibattito sulla natura della responsabilità ascrivibile a quanti esercitano una professione sanitaria in caso di danni riportati dai pazienti in cura, che sembrava essersi sopito con l'avvento della teoria del *contatto* sociale ma ha ripreso vigore sul finire del 2012, all'indomani dell'emanazione della legge Balduzzi.
Prima dell'introduzione dell'art.3 l.189/2012, l'indirizzo giurisprudenziale pressoché unanime propendeva per la natura contrattuale, da contatto sociale, della responsabilità del singolo medico, a sua volta solidale con la responsabilità della struttura sanitaria di appartenenza.
Dopo l'introduzione della Legge Balduzzi, gran parte dei giudici di merito hanno affermato che la riforma faceva comunque salva

tutta la precedente elaborazione giurisprudenziale sulla natura contrattuale, ovvero da inadempimento, che occorre riconoscere alla responsabilità del medico, con conseguente piena applicazione dell'art.1218 c.c..
Nell'art.3 della L. Balduzzi, il richiamo all'art.2043 c.c. è preceduto dall'espressione "in tali casi", ed è pertanto limitato esplicitamente a quelli in cui il medico non risponde penalmente di colpa lieve, per essersi attenuto a linee guida accreditate, così come afferma la prima proposizione dello stesso.
Il legislatore sarebbe stato, infatti, mosso dall'intento di escludere espressamente la responsabilità penale e di precisare che, tuttavia, resta fermo l'illecito civile, per cui il richiamo all'art.2043. c.c. si giustifica non per la volontà di qualificare come extracontrattuale una responsabilità civile da tempo qualificata dalla giurisprudenza come contrattuale ma, più semplicemente, perché l'omologo civilistico della responsabilità penale, cui fa riferimento l'art.185 c.p., è senza dubbio la responsabilità extracontrattuale, non quella contrattuale che riposa su distinti presupposti.
Chi vi parla concordava con tale orientamento, sostenendo una interpretazione che intenda *i casi* nei quali *resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043* cit. e, con esso la natura extracontrattuale della responsabilità, quelli in cui il sanitario si sia attenuto *alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica,* a prescindere dal <grado> di colpa ravvisabile, in quanto il titolo responsabilità non può essere modificato dal grado di colpa.
In tale ipotesi la finalità di contrasto alla medicina difensiva si concretizza in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art.1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità; ulteriore effetto la riduzione dei tempi di prescrizione da dieci a cinque anni.
All'interno del Tribunale di Milano si è registrata una diversa lettura sull'art. 3, ritenendo invece che con la Legge Balduzzi la responsabilità del medico ospedaliero torna ad essere extracontrattuale, con conseguente insorgere di un contrasto interpretativo.
In particolare, nelle sentenze del 17 luglio e 2 dicembre 2014, la prima sezione afferma che: «Il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 .. e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art.2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare). In ogni caso l'alleggerimento della responsabilità (anche) civile del medico "ospedaliero", che deriva dall'applicazione del criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria indicato dalla legge Balduzzi .. non ha alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata (sia essa parte del S.S.N. o una impresa privata non convenzionata), che è comunque di tipo "contrattuale" ex art. 1218 c.c.».

Per la S.C. (Sez.VI – 3, ordinanza 24 dicembre 2014 n.27391), peraltro, "l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c.", non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrilevanza della colpa lieve.".

La legge n.24 del 2017 prende posizione su una serie di questioni cercando di offrire soluzioni a lungo termine.
Vengono, infatti, introdotte due novità: come visto viene qualificata come aquiliana la responsabilità del medico e, al contempo, parametrato il danno risarcibile attraverso l'aggancio al codice delle Assicurazioni.

Al fine di scongiurare ogni perplessità ermeneutica peraltro il legislatore ha inteso chiarire che tali previsioni costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile, per ciò solo inderogabili.

Il sistema in ambito civilistico pertanto ne esce fortemente irrigidito, considerato che l'unica ipotesi in cui la responsabilità dell'esercente la professione medica può inquadrarsi in quella da inadempimento, consegue all'esistenza di una convenzione tra sanitario e paziente.
Anche il riferimento alle tabelle sul danno biologico porta ad interrogarsi sulla natura del danno, sembrerebbe in prima battuta che abbia la conformazione di un danno non patrimoniale assimilabile *quoad effectum* a quello biologico, con aggravamento dell'onere probatorio; peraltro un bilanciamento si rinviene nell'obbligo assicurativo a carico della struttura sanitaria e dalla connessa azione diretta spettante al paziente.

Quanto precede, nonostante la legge 24 non sia stata dotata di una disciplina transitoria, attesa la natura certo *sostanziale*, induce, ad una prima lettura, a non ritenere la stessa applicabile ai giudizi civili pendenti.

Danno e responsabilità: aspetti civilistici

Gaudenzio Volponi - Avvocato Civilista Foro di Parma

A. Profili sostanziali
Il 28 febbraio 2017 è stato approvato dalla Camera dei Deputati il testo definitivo della nuova legge (Legge N. 24/2017 c.d. Legge "Gelli", che è entrata in vigore nella giornata del 1 aprile 2017), che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe superare le profonde incertezze interpretative contenute nella precedente Legge N. 189/2012 (c.d. Legge Balduzzi), riformulando integralmente la cornice applicativa sia della responsabilità penale sia di quella civile della struttura sanitaria nonché dell'esercente la professione sanitaria (art. 6 e 7).
Nel tratteggiare in maniera sintetica le principali novità del nuovo testo normativo composto da 18 articoli, è necessario evidenziare una prima modifica significativa che involge l'autorevolezza ed affidabilità delle fonti da cui promanano le linee guida cui gli esercenti le professioni sanitarie devono uniformarsi, anche ai fini di beneficiare della speciale causa di non punibilità prevista dall'art. 6 della legge.
L'art. 5 prescrive, infatti, che gli esercenti le professioni sanitarie debbano attenersi, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida che verranno elaborate da "enti e istituzioni pub-

bliche e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in un apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute…" e, in subordine, i sanitari potranno attenersi alle "buone pratiche clinico-assistenziali".
Tale precisa scelta assolve all'obiettivo di volere rendere l'addebito del medico suscettibile di censura obiettivizzata attraverso l'analisi della conformazione o meno del suo comportamento a regole precise, dettate ed accreditate dalla comunità scientifica riconosciuta attraverso l'inclusione in appositi elenchi pubblici, sulla base di indicazioni contenute nel decreto da emanarsi entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge, di cui allo stesso art. 5.
* * *
Nuovo art. 590-sexies c.p. (art. 6).
Discende da tale segmento regolamentare una nuova disciplina della responsabilità penale del medico, contenuta nell'art. 6, che introducendo il nuovo art. 590-sexies nel codice penale, supera la tanto contestata distinzione tra colpa grave e colpa lieve contenuta nella legge Balduzzi, introducendo, piuttosto, una nuova causa di non punibilità per l'esercente la professione sanitaria che si uniforma integralmente alle raccomandazioni previste dalle linee guida ovvero, in mancanza di queste, alle buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto."
Certamente, i maggiori dubbi applicativi residueranno nella valutazione dell'adeguatezza del comportamento "perito" tenuto dal medico, il quale pur essendosi uniformato alle regole tecniche accreditate, ha di fatto adottato una condotta non idonea a scongiurare quel rischio prevenibile e, dunque, evitabile qualora lo stesso esercente si fosse conformato a canoni di diligenza.
In altri termini, sembra riproporsi la dicotomia imperizia/perizia e negligenza/diligenza nella valutazione dell'adeguatezza al caso concreto della condotta sanitaria rilevante ai fini della sopravvivenza della responsabilità penale.
Numerosi problemi attendono gli interpreti in ordine alla questione della retroattività o meno della norma nella sua applicazione pratica.
La problematica è stata già affrontata dalla recente sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione Penale Sez. IV, 16/3/2017, N. 16140. La Corte specifica che in sede di rinvio, in virtù della legge 8 marzo 2017, n. 24 recante Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, per i giudizi pendenti viene in rilievo l'art. 6: questo infatti introduce l'art. 590-sexies nel codice penale rubricato Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, per cui "Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto". Senonché sempre la Corte di Cassazione Penale Sez. IV con la Sentenza 20/4/2017, ha ritenuto che "Ai sensi dell'art. 590-sexies cod. pen. introdotto dall'art. 6 della medesima legge, tale nuovo quadro disciplinare è rilevante anche ai fini della valutazione della perizia del professionista con riguardo alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 cod. pen.; e, per la sua novità, trova applicazione solo ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della novella. Per i fatti anteriori può trovare ancora applicazione, ai sensi dell'art. 2 cod. pen., la disposizione di cui all'abrogato art. 3, comma 1, della legge del 2012 che aveva escluso la rilevanza penale delle condotte lesive connotate da colpa lieve, nei contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica". A ben vedere, nel caso dei processi pendenti, i giudici dovranno valutare se applicare la normativa previgente o quella appena entrata in vigore, sulla base delle peculiarità del caso concreto, individuando la legge ritenuta più favorevole, tra quelle succedutesi nel tempo, da applicare al caso di giudizio ai sensi dell'art. 2 comma 4 del c.p., secondo i criteri di irretroattività della modificazione sfavorevole o retroattività di quella favorevole.
* * *
Responsabilità civile del medico ospedaliero e della struttura sanitaria (art. 7).
Le novità di maggiore spessore si rinvengono nella disciplina della responsabilità civile contenuta nell'art. 7 della L. 28/2/2017 n.24.
Ora, deve premettersi che la consolidata giurisprudenza sia di merito che di legittimità ha da sempre inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria e del medico nella categoria giuridica della responsabilità contrattuale discendente, nel primo caso, dal contratto di spedalità o dalla legge istitutiva del SSNN, nel secondo caso, dal "contatto sociale".
Il contratto di spedalità, in particolare, si conclude tra paziente e struttura ospedaliera per effetto del ricovero ed è un rapporto caratterizzato dalla complessità e dall'atipicità, che va ben oltre la fornitura di prestazioni alberghiere, comprendendo anche la messa a disposizione di personale medico ausiliario, paramedico, l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni.
In virtù dell'autonomo contratto, che si potrebbe definire di "assistenza sanitaria" o "spedalità", la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, "che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi cd. di protezione ed accessori".
La responsabilità mantiene la propria connotazione contrattuale, atteso che ad essa si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (in tal senso, fra le altre, Cass. 19/04/2006 n. 9085).
Ne consegue che, in ogni caso, nell'ipotesi di accertamento in concreto di una forma di responsabilità per comportamento omissivo o commissivo colposo dei medici, perché negligente ed imperito, ne risponde comunque la struttura sanitaria che si avvale dell'opera del professionista e che eroga, per il suo tramite, una prestazione complessa di natura medico-sanitaria comunque oggetto del contratto di spedalità che, appunto, non può essere mai ridotto a mera fonte di obbligazioni aventi natura "alberghiera" e ciò anche nel caso in cui il medico non sia direttamente incardinato nell'organigramma dell'ente ma operi in regime convenzionato.
Quanto alla posizione del medico, come detto, la giurisprudenza da tempo ha parimenti qualificato la relativa responsabilità come responsabilità di tipo contrattuale, nascente dal "contatto" qualificato che viene a crearsi tra il paziente e l'esercente la professione sanitaria per il solo fatto di somministrare al primo le cure necessarie in guisa da in-

staurare un rapporto protettivo "qualificato", anche nella misura in cui di tale prestazione se ne avvalga la stessa struttura.
Tale premessa postula un onere probatorio agevolato, discendente dai postulati enunciati dagli artt. 2697 e 1218 c.c., così come interpretati dalla storica sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 13533 del 2001.
In materia di inadempimento contrattuale e di inesatto adempimento, le SS.UU. ora citate hanno affermato che, essendo il presupposto fattuale sempre lo stesso (l'inadempimento), il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve fornire prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, oltre che dell'entità dei danni lamentati; mentre può limitarsi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte. Il debitore convenuto, invece, è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo del diritto, id est l'avvenuto esatto adempimento ovvero la non imputabilità a lui dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.
Tale principio è stato ritenuto applicabile anche alla ripartizione dell'onere probatorio nelle cause di responsabilità professionale medica, nelle quali grava sull'attore "paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie, nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente" (Cass. n. 12362 del 2006; Cass. 11.11.2005, n. 22894; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 3.8.2004, n. 14812).
Tale quadro non ha subito grandi cambiamenti all'indomani dell'entrata in vigore della Legge Balduzzi, seppur l'inciso contenuto nell'art. 1 della norma faceva salva l'applicabilità dell'art. 2043 c.c.
La Corte di Cassazione aveva avuto modo di chiarire, che rimaneva immutato il rilievo della colpa lieve, anche per imperizia, nel campo del risarcimento del danno nei giudizi civili, ed eventualmente la conformità alle buone prassi poteva assumere rilievo ai fini della quantificazione del danno, escludendo che tale riferimento avesse trasformato la responsabilità del medico o della struttura sanitaria in extracontrattuale, rimanendo la stessa contrattuale da contratto di spedalità o da contatto sociale (Cass. Civ., Sez. VI, ordinanza 17 aprile 2014 n. 8940 la norma quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c., poiché in lege aquilia et levissima culpa venit, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura). La norma, dunque, non induce il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (pure affermate da Cass. n. 4792 del 2013).
Di contro, l'art. 7 della legge N. 24/2017 contiene oggi significative novità sul fronte della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.
Lascia immutata la responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera, e, di contro, ribadisce in maniera "testualmente" più chiara della precedente versione che "L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile", quasi a volere sancire una regola di carattere generale che contempla, tuttavia, significative eccezioni.
Tale inquadramento, infatti, viene meno in tutti i casi in cui il medico "abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. "
I casi delle prestazioni intramurarie per le quali vi sia stato una relazione negoziale preventiva e qualificata prima dell'accesso alla struttura nosocomiale vengono trattate nel II comma dell'art. 7 ed assimilati alla responsabilità contrattuale della struttura di cui al I comma.
Indi, rimane da chiedersi quale sia lo spazio residuato di responsabilità contrattuale da "contatto sociale", se la stessa può dirsi ancora permanere e se, in particolare, come sembra emergere da una prima lettura della norma, l'onere di provare l'esistenza di un rapporto qualificato di matrice contrattuale gravi in capo al paziente, perché derogatorio rispetto alla regola generale.
In altri termini, i dubbi interpretativi attengono a tutti i casi di interventi, cure o terapie somministrate dai medici ospedalieri o dipendenti di case di cure ovvero in libera convenzione con la struttura sanitaria con i quali i pazienti non hanno preventivamente instaurato rapporti significativi se non al momento del ricovero per i quali la norma sembrerebbe riconoscere solo una forma di responsabilità di tipo extracontrattuale.
Certamente il diverso inquadramento postula una differenza netta in termini sia di oneri probatori, più gravosi per il danneggiato nel caso di responsabilità aquiliana rispetto alla responsabilità contrattuale, sia di prescrizione dei diritti, quinquennale in un caso e decennale nell'altro.
Soccorre comunque l'azione proponibile nei confronti della struttura che rimane sempre di natura contrattuale.
Indi, dal mero dato testuale emerge un inquadramento generale della responsabilità dell'esercente nell'ambito di applicazione della responsabilità aquiliana e solo qualora venga provata dal paziente una diversa fonte ossia una relazione negoziale significativa muta il titolo della responsabilità in contrattuale.
La prospettiva, dunque, muta radicalmente con oneri probatori gravosi in capo ai danneggiati, nell'obiettivo di scongiurare la c.d. medicina difensiva che si è sviluppata vertiginosamente negli ultimi anni.
La scelta di attenuare la responsabilità dell'esercente è contemperata dalle agevolazioni in termini di maggiore tutela che può essere fatta valere nei confronti delle strutture sanitarie, pubbliche e private, la cui responsabilità è sempre contrattuale, a norma dell'art. 7, I comma, anche qualora la stessa si avvalga dell'opera di esercenti non legati da rapporti di dipendenza con essa, per le loro condotte colpose o dolose.
* * *
Assicurazione obbligatoria (art. 10) e clausola claims made (art. 11)
Tale opzione normativa è avvalorata da tutta la disciplina relativa all'obbligo, per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private di dotarsi di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, anche per i danni cagionati dal personale a qualunque titolo ivi operante.
Gli artt. 10 e 11 sono dedicati alla disciplina del contenuto della copertura assicurativa e alla estensione della stessa secondo lo schema delle clausole "claims made".
Si tratta di clausola claims made con i quali i contraenti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, pattuiscono una nozione di fatto diversa da quella espressamente chiarita dall'art. 1917, comma I, c.c., riferendosi, non

già semplicemente al fatto causativo di responsabilità verso terzi, bensì al momento della richiesta di risarcimento avanzata dal terzo danneggiato nei confronti dell'assicurato (cfr. ex multis, Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2013, 7273).
Oggi, la fattispecie ha trovato così precisa consacrazione con la previsione di una periodo di efficacia per eventi accaduti nei dieci anni antecedenti e sulla base di un periodo minimo di ultrattività di ulteriori dieci anni, ed estensione del beneficio anche agli eredi.
Rimane da chiedersi se, posta l'efficacia di tale disciplina per contratti di assicurazione stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge e del decreto ministeriale di disciplina, il raffronto con tale schema normativo possa soccorrere ad una interpretazione orientata anche per le clausole contenute nelle polizze stipulate in data antecedente, nella prospettiva di tutela dell'assicurato da vagliarsi in concreto al fine di superare la censura circa la loro possibile vessatorietà, alla stregua dei criteri enunciati in ultimo da SS.UU. 6.5.2016, n. 9140.
Nel quadro esposto assume peculiare novità l'introduzione dell'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione, garante sia della struttura sanitaria sia del medico, contenuta nell'art. 12, con previsione di un termine di prescrizione pari a quello dell'azione verso la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata o l'esercente la professione sanitaria.
Il coinvolgimento diretto dell'impresa di assicurazione ad opera del terzo costituisce nell'ordinamento un'eccezione, rispetto allo schema dell'assicurazione per la responsabilità civile, presente da anni nell'ambito della responsabilità nascente da circolazione stradale e, al pari di tale disciplina, mira a precostituire un modulo risarcitorio rafforzato per il danneggiato consentendo l'instaurarsi di una relazione, stragiudiziale e giudiziale privilegiata anche per la gestione della lite, nell'obiettivo di consentire una definizione anche più rapida del contenzioso.
L'assunto è confermato dal coinvolgimento della stessa impresa anche nel procedimento di consulenza preventiva, ove la società non solo è chiamata ad intervenire in via obbligatoria, ma è anche tenuta, al pari della materia della circolazione stradale, a formulare offerta di risarcimento del danno ovvero a comunicare i motivi di eventuale diniego (art. 8).
Anche in questo caso nei giudizi promossi nei confronti della struttura sanitaria e/o dell'esercente la professione sanitaria è previsto il litisconsorzio necessario con la medesima struttura e/o con il medico (art. 12).
Le disposizioni di cui all'azione diretta nei confronti dell'assicurazione si applicheranno a decorrere dall'entrata in vigore del decreto ministeriale che doveva essere emanato entro 120 giorni (termine dilatorio) a norma dell'art. 10, comma 6 (ove devono essere dettati requisiti minimi sulle polizze assicurative). Ad oggi tale decreto ministeriale non è stato pubblicato.
Ancora di particolare interesse è la previsione dell'inopponibilità al danneggiato delle eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle che verranno stabilite col decreto ministeriale in questione.
* * *
Risarcimento del danno (art. 7, comma 4).
Infine, tra le scelte già oggetto della Legge Balduzzi e riproposte dalla Legge Gelli vi è il richiamo alle tabelle per il risarcimento del danno, di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni private di cui al D.Lgs. N. 209/2005, di matrice ministeriale che, dunque, si applicano anche per la liquidazione del danno derivante da responsabilità sanitaria.
Tale opzione normativa, da sempre oggetto di aspre critiche giacché ripropone parametri liquidatori più bassi rispetto a quelli comunemente utilizzati per il risarcimento del danno in altri settori, allo stato continua ad avere una rilevanza pratica trascurabile poiché risultano operanti solo le tabelle ministeriali per la liquidazione del danno da micro permanenze, ai sensi dell'art. 139 del CdA.
Sicché, nei casi di percentuali di invalidità superiore al 9%, possono essere adottati gli ordinari criteri tabellari in uso per la liquidazione del danno alla salute e, nei casi di macrolesioni disciplinate dall'art. 138 Cod. Ass., in relazione al quale non risulta attualmente emanata la tabella unica nazionale, deve concludersi per l'utilizzabilità delle tabelle di liquidazione del danno biologico adottate dal Tribunale di Milano.
Al riguardo, invero, possono essere richiamati i principi affermati con la nota sentenza n. 12408 del 2011 con la quale la Cassazione, al fine di fornire ai giudici di merito l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona (c.d. uniformità pecuniaria di base), fermo restando il potere equitativo del giudice per adattare la misura del risarcimento alle circostanze del caso concreto, ha affermato la generale applicabilità delle tabelle milanesi quale valido criterio per la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, riconoscendone una vocazione nazionale e ferma la possibilità, in attesa dell'approvazione della tabella ministeriale, per i Tribunali, di adottare i comuni criteri risarcitori.
Le disposizioni dell'articolo in esame vengono qualificate come "norme imperative" ai sensi del codice civile.
La precisazione intende sancire l'inderogabilità delle disposizioni sulla responsabilità civile per danno sanitario anche ove il contratto tra le parti disponga diversamente. La contrarietà a norme imperative determina l'illiceità di un negozio giuridico.
* * *
Linee guida e determinazione del danno
Ulteriore questione da affrontare in relazione alla formulazione definitiva dell'art. 7 è il riferimento, già contenuto nel decreto Balduzzi e poi scomparso nella formulazione originaria del disegno di legge Gelli-Bianco, alla condotta dell'esercente la professione sanitaria nella determinazione del risarcimento. Il comma 3 dell'art. 7, infatti, riproduce l'art. 3 comma 1 del decreto Balduzzi nella parte in cui poneva la condotta osservante delle linee guida come parametro della «determinazione del risarcimento del danno», stabilendo che a tal fine il giudice «tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 e dell'art. 590 sexies del codice penale, come introdotto dal precedente art.6». Sul punto deve evidenziarsi come già l'identica formulazione della legge Balduzzi aveva creato notevoli difficoltà agli interpreti atteso che il legislatore pur affermando la rilevanza del rispetto delle linee guida nella quantificazione del danno civile, tace del tutto sul come il giudice deve tenere conto della condotta rispettosa delle linee guida e delle buone pratiche in sede di quantificazione. Se, infatti, è comprensibile e condivisibile che il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche costituisca un fattore
rilevante sul piano dell'accertamento della colpa (e dunque dell'an debeatur, essendo la colpa parte essenziale del fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno) desta non poche perplessità l'estensione di tale rilevanza ai fini del quantum debeatur.
In primo luogo non era chiaro prima e non è chiaro neanche adesso nella nuova formulazione della norma se il richiamo alla «condotta (...) ai sensi dell'art. 5» sia limitato alla ipotesi di condotta osservante

delle linee guida e buone pratiche – e dunque nel senso di diminuire il risarcimento con funzione latamente premiale, o vada esteso anche a quella inversa del medico che non vi si sia attenuto, con conseguente aumento del risarcimento - ed in tali casi se debba tenersi anche conto della gravità di tale inosservanza (si pensi al caso di errori eclatanti e di intollerabile inosservanza delle linee guida). In assenza di limitazioni parrebbe potersi intendere il rinvio in senso ampio con la conseguenza che l'accertamento della colpa lieve o, all'opposto, di quella grave sia idoneo a giustificare una diminuzione ovvero correlativamente un aumento delle poste di risarcimento, benché la ratio dell'intera riforma, di protezione dei sanitari, dovrebbe indurre a limitare la previsione alla ipotesi cd. premiale.

Quanto alla ipotesi di condotta rispettosa delle linee guida, l'enunciazione di una direttiva tesa alla riduzione del risarcimento appare del tutto contrastante con la natura che sinora viene attribuita alla responsabilità civile. Si ritiene, infatti, che alla responsabilità civile sia assegnato il compito precipuo di reintegrare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito, con conseguente sostanziale irrilevanza della condotta del responsabile, a differenza di quanto accade in campo penale in cui il grado della colpa è uno degli indici adottati dal legislatore penale quale parametro di commisurazione della pena, ex art. 133, 1 comma, n. 3 codice penale. Il principio di «integralità del risarcimento del danno» sarebbe evidentemente vulnerato dalla possibilità contemplata dalla norma in esame di una riduzione del danno risarcibile in base all'accertamento di una determinata condotta dell'agente e dunque di un elemento "spurio" (Deve, peraltro, evidenziarsi che il principio della cd. integralità del danno che dovrebbe condurre all'integrale ripristino dello status quo ante, sebbene attraverso un equivalente monetario, benché ribadito da una serie di fondamentali arresti delle Sezioni unite in tema di danno non patrimoniale (le cd. «Sentenze di San Martino», Cass. civ., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26973-26974-26975, ma il principio è ribadito anche di recente da Cass. n. 1361 del 23 gennaio 2014, Cass. n. 531 del 14 gennaio 2014, Cass. n. 9238 del 21 aprile 2011), non è stato ritenuto di rango costituzionale così lasciando libero il legislatore di introdurre delle limitazioni laddove rispettose del principio di ragionevolezza).

Inoltre non è chiaro come effettuare la determinazione del danno in senso riduttivo. Secondo una possibile lettura, poiché l'inciso fa riferimento al «...risarcimento del danno...», senza ulteriori specificazioni di esso (danno patrimoniale o non patrimoniale), si potrebbe ritenere che al medico rispettoso delle linee guida ma pur tuttavia in colpa spetti uno "sconto" sul risarcimento del danno senza distinzione fra danno patrimoniale e non. Anche ai fini di questa «diminuzione di pena privata», tuttavia, non si vede criterio diverso di liquidazione che quello previsto dagli artt. 2056 e 1226 cc (criterio equitativo).

Secondo una diversa lettura si potrebbe ipotizzare che il riferimento al danno andrebbe inteso non a tutto il danno civile, ma solo al danno non patrimoniale, nella sua componente morale soggettiva (patema d'animo), con esclusione del danno biologico, almeno nella parte in cui quest'ultimo deve ormai essere risarcito secondo criteri tabellari vincolanti (vds. il comma 4 dell'art. 7 della l. 24/2017 e l'art. 3 comma 3 della legge Balduzzi). Non si vede, infatti, come potrebbe essere diversamente risarcito uno stesso danno biologico - quantomeno nella sua componente statica - una invalidità permanente dello stesso punto percentuale, sulla base di una diversa valutazione dell'elemento soggettivo del medico. Stesso discorso per il danno patrimoniale: consistendo questo nella riparazione di una perdita subita ed in un eventuale mancato guadagno, non si capisce come tale danno potrebbe essere graduato in relazione alla colpa dell'autore. La perdita (o futura perdita) subita dal paziente è infatti pur sempre uguale, sia che il medico abbia causato il danno versando in colpa lieve, sia che il medico abbia causato il danno versando in colpa grave.

Il riferimento finirebbe così per essere inteso in relazione a quella parte di danno non patrimoniale liquidabile comunemente secondo il criterio equitativo. Nell'ambito di tale liquidazione equitativa al giudice sarebbe imposto, secondo il citato terzo inciso, di tenere conto (nel testo dell'art. 7 è scomparso l'avverbio «debitamente» contenuto nell'art. 3 della legge Balduzzi) del fatto che il sanitario si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche, pur non avendole correttamente adeguate al caso concreto sub iudice. Come si vede, questa seconda lettura dell'inciso è sostanzialmente compatibile con il sistema risarcitorio previgente, al quale non è ovviamente estranea la valutazione equitativa del danno, ex artt. 2056 e 1226 cc. Resta il fatto che essa poggia però, come si è detto, su una forzatura del dato letterale della norma in esame, che non autorizza, almeno esplicitamente, l'esclusione dal suo ambito di qualche categoria di danno. Lo stesso dicasi per l'eventuale ipotesi di un aumento del risarcimento nel caso di mancato rispetto delle linee guida e/o di colpa grave che, come abbiamo sopra evidenziato, non è testualmente prevista. In entrambi i casi, infatti, il risarcimento del danno si allontanerebbe dalla logica riparatoria che la Corte di Cassazione ha ritenuto precipua ed esclusiva finalità della responsabilità civile. È, tuttavia, vero che parte della dottrina mostra sempre maggiori aperture circa la possibilità ed opportunità di dare spazio nel nostro sistema a figure rimediali che sono non riparatorie anche se non necessariamente punitive in senso stretto, con un recupero di una funzione della responsabilità civile in termini di prevenzione generale e in certi casi anche di sanzione.

* * *

B. Profili processuali

Diverse disposizioni della legge N. 24/17 riguardano aspetti di natura processuale e sono specificamente volte a cercare di ridurre il contenzioso in relazione ai procedimenti di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria. È bene adesso provare ad analizzare distintamente i vari istituti in esame e le diverse questioni problematiche che si pongono già ad una prima lettura.

* * *

Tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 8). Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite.

È stato innanzitutto previsto l'obbligatorio e preliminare espletamento, davanti al giudice competente, di una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ex art. 696 bis c.p.c. (di seguito ATP).

Non sembra un caso che sia stato contemplato che tale ATP vada espletato davanti al "giudice competente" invece che davanti al Presidente del Tribunale, come previsto dall'art. 696 c.p.c.. Si vuole, infatti, che l'ATP si svolga davanti allo stesso giudice che poi dovrà trattare l'eventuale causa di merito. Ed è per questo che l'art. 8 della legge N. 24/17 prevede che quando il giudice rileva che il procedimento di cui all'articolo 696

bis del codice di procedura civile non è stato espletato, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva. Ed è sempre per questo motivo che lo stesso art. 8 stabilisce che il successivo ed eventuale ricorso ex art. 702 bis c.p.c. si deposita "presso il giudice che ha trattato il procedimento" di accertamento preventivo. Ciò garantisce unitarietà alla vicenda processuale ed assicura anche maggiore linearità nei rapporti tra quesiti formulati, risposte del consulente e decisione finale.

* * *

La scelta del consulente (art. 15).

Per garantire un elevato livello di competenza tecnica, si è poi previsto che nei procedimenti civili e penali l'incarico di c.t.u. in materia di responsabilità medica vada affidato ad un collegio composto da un medico specialista in medicina legale e da uno o più specialisti nella disciplina che siano iscritti negli albi del Tribunale, che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento e non si trovino in posizione di conflitto di interessi nel procedimento stesso o in altri connessi. Nei procedimenti civili si è poi stabilito espressamente, trattandosi di ATP a fini conciliativi ex art. 696 bis c.p.c., che i consulenti d'ufficio debbano anche possedere adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite pure mediante specifici percorsi formativi. Ai componenti di questo collegio di medici spetta, come sempre, un compenso globale, senza che però sia applicabile l'aumento del 40 per cento per ciascuno degli altri componenti del collegio previsto dall'articolo 53 T.U. spese di giustizia.

* * *

L'ATP preventivo quale condizione di procedibilità (art. 8, comma 2).

Il previo accertamento tecnico preventivo a fini conciliativi costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, in alternativa al procedimento di mediazione di cui al D.Lgs. 28/2010.

Per rendere procedibile la sua domanda l'attore potrà quindi scegliere tra ATP ex art. 696 bis c.p.c. e mediazione.

È bene provare ad elencare i possibili vantaggi che possono portare a scegliere la mediazione rispetto a quelli che inducono a ritenere preferibile l'ATP.

Innanzitutto, la mediazione possiede, quale "vantaggio competitivo" rispetto alla procedura ex art. 696 bis c.p.c., la possibilità di effettuare "sessioni separate" in cui non è rispettato il principio del contraddittorio, al quale invece è tenuto il CTU quale ausiliario del giudice. Nel corso delle sessioni separate il mediatore, eventualmente insieme all'eventuale tecnico, può venire a conoscenza di dati estremamente utili e non comunicabili alla parte assente, che si rivelano spesso indispensabili per formulare una proposta che possa essere accettata. E non è raro il caso che, una volta definito un terreno comune, le proposte alternative fornite dalle parti siano sovrapponibili.

Inoltre, premesso che la nuova disciplina normativa sulla responsabilità sanitaria ha previsto che dopo l'espletamento dell'ATP le cause di merito debbano essere introdotte con il rito sommario di cognizione, si potrebbe sensatamente ritenere che, instaurando ai fini della procedibilità della domanda il procedimento di mediazione, allora non vi sia più l'obbligo di introduzione della lite ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. (ben potendo optare l'attore per il rito ordinario di cognizione). Ed effettivamente, il legislatore ha previsto il ricorso al rito sommario di cognizione dopo l'ATP in quanto l'atto istruttorio fondamentale è stato già effettuato. E che il necessario impiego della procedura di cui agli artt. 702 bis ss. c.p.c. sia da limitare al solo caso dell'ATP (e non della mediazione) lo si ricava pure dal fatto che l'art. 8 comma 3 del nuovo testo normativo prevede che il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. vada depositato entro il termine di 90 giorni dal deposito della relazione medica o dalla scadenza del termine perentorio di 6 mesi per l'ultimazione dell'ATP (e ciò a pena di perdita di efficacia della domanda). Dunque, nell'ipotesi in cui la condizione di procedibilità sia soddisfatta attraverso il ricorso alla mediazione, il paziente-attore potrebbe conservare, in un'ottica di strategia difensiva, la possibilità di usufruire di due riti a scelta: il rito sommario di cognizione ovvero quello ordinario.

I profili appena sopra evidenziati non sembrano però tali da far pensare che verrà preferito lo strumento della mediazione rispetto a quello dell'accertamento tecnico preventivo (fatta eccezione per i casi in cui non occorre alcuna verifica scientifica, come ad esempio per le controversie relative al solo consenso informato).

È da ritenere che, dinanzi alla scelta se esperire la mediazione ovvero l'ATP, si tenderà a preferire quest'ultimo, non soltanto perché la mediazione in materia di responsabilità medica non ha portato grandi risultati in assenza di un accertamento di natura tecnica, ma anche alla luce di due previsioni contenute nel nuovo testo normativo:

1) la previsione della partecipazione obbligatoria all'ATP per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione, che hanno pure l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero di comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla, con l'ulteriore previsione che in caso di sentenza a favore del danneggiato il giudice deve trasmettere copia della sentenza all'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza nei casi in cui l'impresa di assicurazione non abbia formulato l'offerta di risarcimento nell'ambito dell'ATP;

2) la previsione della necessaria condanna, in seno al provvedimento che definisce il giudizio, delle parti che non abbiano partecipato all'ATP al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa.

Questa seconda previsione, ovviamente finalizzata a tentare di agevolare il buon esito della conciliazione tramite la sollecitazione della comparizione delle parti, va ben oltre l'attuale disciplina (contenuta nel D.Lgs. N. 28/2010) della condanna al semplice pagamento di una somma pari al contributo unificato per la parte che non compare, peraltro senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione.

L'attore, quindi, probabilmente preferirà l'ATP in quanto sa che anche nel giudizio di merito sarebbe comunque nominato un consulente d'ufficio, sa che le sue controparti molto probabilmente si costituiranno nel procedimento ex art. 696 bis c.p.c., sa che probabilmente la Compagnia di Assicurazione formulerà una proposta risarcitoria in seguito all'eventuale riconoscimento di responsabilità sanitaria da parte del CTU e sa che, in caso di rigetto della sua domanda, potrebbe pure vedersi rimborsate le spese di lite e di CTU (ed avere anche una somma ulteriore) qualora una delle sue controparti non dovesse partecipare all'ATP. Inoltre, sa pure che tale condanna è obbligatoria e non discrezionale (prevedendo l'art. 8 comma 4, della legge N. 24/17 che il giudice "condanna" e non che egli "può condannare") e non richiede neppure che chi giudica valuti se questa mancata partecipazione sia o meno giustificata (non essendo richiesto questo tipo di accertamento, a differenza di quanto accade per la mediazione). Né

l'attore rischia che i tempi si allunghino eccessivamente in quanto il testo normativo prevede un termine massimo di durata del procedimento di sei mesi (e quindi di poco più lungo di quello di tre mesi contemplato per la mediazione).

* * *

Il termine per l'espletamento dell'ATP ex art. 696 bis c.p.c..

Si pone poi il problema di cosa succeda se questo termine semestrale non venga rispettato.

Secondo una prima impostazione, venendo in questione un termine perentorio, quanto accertato in sede di ATP non potrà essere utilizzato nel successivo giudizio di merito, nel quale dovrà essere rinnovata la CTU. In altri termini, la conseguenza della mancata osservanza del termine perentorio sarebbe l'inutilizzabilità di quanto fatto e la necessità di rinnovarlo.

In realtà, occorre partire dal dato normativo (art. 8, comma 3), secondo il quale "ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702 bis del codice di procedura civile".

Pertanto, l'unica conseguenza connessa al mancato rispetto del termine perentorio di sei mesi è che l'attore potrà ritenere munita di procedibilità la sua domanda e instaurare o continuare il giudizio. Anche in ossequio ad un principio generale di economia processuale (tanto più valido quando le stesse parti del giudizio di merito hanno preso parte alla fase di ATP, senza che quindi sia ipotizzabile una lesione del diritto di difesa) l'attività svolta nell'ambito dell'accertamento tecnico tra le medesime parti potrà comunque essere utilizzata nel successivo giudizio di merito, che ne costituirà un sostanziale completamento.

Per fare però valere l'interruzione del termine di prescrizione avvenuta con il deposito del ricorso per ATP (e quindi per avvalersi degli effetti sostanziali della relativa domanda) occorrerà presentare, entro 90 giorni dal deposito della relazione del consulente o dalla scadenza del citato termine, ricorso introduttivo di un rito sommario di cognizione.

* * *

Il rilievo dell'improcedibilità della domanda per mancato esperimento dell'ATP ex art. 696 bis c.p.c. (art. 8, comma 2).

Come in materia di mediazione, anche per l'ATP l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Pertanto, deve ritenersi che il rilievo officioso sia obbligatorio e non facoltativo (la norma, infatti, stabilisce che l'improcedibilità "deve essere… rilevata d'ufficio"), e non quindi evitabile anche a seguito di istanza di tutte le parti (che devono almeno tentare la via della conciliazione), e che esso sia da compiere quando il giudice pone alle parti le questioni rilevabili d'ufficio ex art. 183, comma quarto, c.p.c., e dunque prima della concessione dei termini ex art. 183, comma 6, c.p.c.. Inoltre, quando il giudice rileva che il procedimento di cui all'articolo 696 bis del codice di procedura civile non sia stato espletato ovvero che sia iniziato ma non si sia concluso, e che quindi allo stato la domanda sia improcedibile, egli non emette sentenza (trattandosi di questione relativa alla procedibilità, sanabile, e non alla proponibilità della domanda), ma assegna alle parti il termine di 15 giorni per presentare dinanzi a sé l'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento. Emetterà sentenza di improcedibilità solo in caso di ulteriore mancata instaurazione dell'ATP (e ciò anche perché il primo rinvio, per sanare l'improcedibilità, è previsto dal legislatore, ma non potrebbe altrimenti stabilirsi quando debba chiudersi in rito il processo: se alla seconda, alla terza o alla quarta mancata instaurazione dell'ATP).

In altri termini, la parte attrice può scegliere se depositare prima il ricorso ex art. 696 bis per l'ATP conciliativo o prima il ricorso introduttivo del procedimento sommario di cognizione. Nulla esclude, comunque, che egli possa anche presentarli insieme.

Se viene prima instaurato, come sarebbe auspicabile, il procedimento per ATP, il giudizio di merito non verrà mai incardinato se il CTU riuscirà a far accordare le parti. In caso contrario, il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. andrà depositato, affinché la domanda sia procedibile, entro 90 giorni dal deposito della consulenza o dalla scadenza del termine di sei mesi dal deposito dell'ATP.

Se, invece, viene presentato prima il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. senza che vi sia stato ancora l'ATP conciliativo, allora il giudice, rilevata la momentanea improcedibilità della domanda, assegnerà alle parti termine di 15 giorni per presentare davanti a lui l'istanza di ATP. Qualora, inoltre, l'ATP sia stato già avviato ma non concluso al momento della prima udienza del rito sommario di cognizione, il giudice darà un termine alle parti per completare il procedimento di ATP. Se tale ultimo procedimento è già in corso da quasi sei mesi, è da ritenere che il termine assegnato dal giudice possa anche comportare una durata complessiva del procedimento superiore al detto termine di sei mesi (pure qualificato dal legislatore come perentorio) e ciò perché la domanda è già procedibile in quanto l'ATP è stato instaurato e il giudizio di merito è già stato incardinato.

Si potrebbe porre qualche problema nel caso in cui il processo venga introdotto con citazione senza previo ATP. In questo caso il giudice non può certo assegnare un termine per espletare la mediazione (che costituisce solo una facoltà per la parte in alternativa all'ATP), ma deve assegnare il detto termine di 15 giorni per proporre davanti a lui istanza di ATP (così afferma chiaramente l'art. 8, comma 2, della legge N. 24/17). Ci si deve comunque chiedere se il giudizio possa poi continuare nelle forme del rito ordinario o vada convertito in un rito sommario di cognizione. Sembra preferibile ritenere che, non essendo imposta dalla norma la conversione in questione (non essendosi probabilmente il legislatore posto questo problema), spetterà al giudice valutare l'opportunità di mutare il rito ex art. 183 bis c.p.c.

Ed altri problemi potrebbero porsi nel caso in cui l'attore preferisca optare per la mediazione al fine di munire di procedibilità la propria domanda. In questo caso, ultimato negativamente il procedimento di mediazione, si applicherà il termine di 90 giorni per il deposito del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. previsto dal comma 3 dell'art. 8 per ritenere procedibile la domanda? Tale ultimo comma era calibrato sull'ATP. Quando è stata introdotto, nell'ultima versione parlamentare dell'impianto normativo, il riferimento all'alternativa della mediazione non si è ben amalgamata tale ultima previsione con le disposizioni già contenute nel tessuto legislativo. Comunque, proprio perché tale comma non si adatta in alcun modo alla mediazione (esso fa infatti riferimento al deposito della relazione del CTU, alla scadenza del termine perentorio per l'ATP, all'introduzione del rito sommario di cognizione davanti allo stesso giudice dell'ATP), pare preferibile ritenere che in caso di mediazione in materia di re-

sponsabilità medica il successivo giudizio di merito possa essere introdotto con citazione (secondo quanto consente il D.Lgs. N. 28/2010) o con rito sommario di cognizione (a scelta dell'attore) e senza che viga il citato limite dei 90 giorni, che peraltro non si saprebbe da quando fare decorrere (senza neppure considerare che questo termine è poco compatibile con la minore durata massima del procedimento di mediazione, che è, per il D.Lgs. N. 28/2010, di tre mesi).

* * *

La partecipazione obbligatoria di tutte le parti all'ATP ex art. 696 bis c.p.c. e la condanna alle spese (art. 8, comma 4).

Si è già detto della previsione della partecipazione obbligatoria di tutte le parti all'ATP conciliativo.

Viene da domandarsi ora se debba partecipare all'ATP anche il medico della struttura, soggetto contro il quale il paziente potrebbe non avere interesse ad agire nel successivo giudizio di merito o che potrebbe non essere facile da individuare in caso di più soggetti potenzialmente responsabili. Comunque, poiché nel giudizio contro la Compagnia di assicurazione del medico è litisconsorte necessario anche quest'ultimo, che invece non è litisconsorte nel processo che vede coinvolta la Compagnia di assicurazione e la struttura, allora il medico sarà parte necessaria anche dell'ATP ogni volta venga in questione una sua responsabilità non quale dipendente di una struttura pubblica o privata e dovrà comunque partecipare al procedimento ex art. 696 bis c.p.c. quando gli venga notificato un ricorso per ATP su iniziativa del paziente-attore.

È inoltre da valutare positivamente la disposizione che prevede la condanna alle spese dell'ATP e di lite ed al pagamento di un'altra somma, equitativamente determinata dal giudice, per la parte non comparsa all'ATP. Si tratta di disposizione che renderà effettiva la possibilità di accordi in sede di accertamento tecnico, dove tutti saranno presenti, peraltro davanti ad un collegio di medici esperti nella specifica disciplina ed in tecniche di negoziazione.

È bene comunque precisare che non sembra che questa norma, specificamente dettata in relazione all'ATP conciliativo, possa essere applicata analogicamente alla mediazione, e ciò anche perché essa, derogando al principio generale per cui le spese seguono la soccombenza, va considerata norma eccezionale e, quindi, non applicabile analogicamente ex art. 14 disp. prel. c.c., salva comunque la possibilità di applicare le condanne ex art. 96 c.p.c..

* * *

L'utilità dell'ATP ex art. 696 bis c.p.c. obbligatorio.

Si impone a questo punto una considerazione sull'utilità del nuovo istituto processuale introdotto.

Probabilmente va salutata con favore la previsione di una forma di condizione di procedibilità alternativa alla mediazione in materia di responsabilità medico-sanitaria, che è materia in relazione alla quale è davvero difficile che si possa pervenire ad un accordo in assenza di un accertamento tecnico operato da un soggetto terzo. Senza che vi sia una perizia indipendente che verifichi se ricorrano profili di colpa professionale e se via un nesso di causalità è davvero complicato che si possa pervenire a conciliazioni. D'altronde, effettuato questo accertamento, spesso la sentenza si limita a prendere atto di quanto emerso dalla CTU ed opera soltanto, in caso di riconosciuta colpa professionale, dei calcoli sul risarcimento del danno. In altri termini, la prova scientifica assume, nei giudizi sulla colpa medica, un ruolo talmente decisivo che è stato giusto prevedere che il CTU tenti, dopo avere compiuto il suo accertamento, di far trovare un accordo alle parti.

* * *

Obbligo assicurativo ed azione diretta verso Compagnia di assicurazione (art. 12).

L'art. 12 del nuovo testo normativo introduce il principio per cui il danneggiato possa agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private e all'esercente la professione sanitaria (fatta salva la rivalsa verso l'assicurato).

Tale azione diretta è soggetta, come in precedenza osservato, allo stesso termine di prescrizione pari a quello dell'azione verso la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata o verso l'esercente la professione sanitaria. Sono anche previste forme di litisconsorzio necessario (della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione della stessa e dell'esercente la professione sanitaria nel giudizio promosso contro la sua impresa di assicurazione) nonché, al fine di garantire il diritto di difesa delle Compagnie di Assicurazioni, possibilità per queste ultime di accedere alla documentazione della struttura relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro.

Non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'art. 10, comma 6, nuova legge, che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e provate e per gli esercenti le professioni sanitarie.

L'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nel rispetto dei requisiti minimi, non derogabili contrattualmente, stabiliti dal decreto di cui all'art. 10, comma 6, nuova legge.

Nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o socio sanitaria pubblica o privata è litisconsorte necessario la struttura medesima; nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente a professione sanitaria è litisconsorte necessario l'esercente la professione sanitaria. L'impresa di assicurazione, l'esercente la professione sanitaria e il danneggiato hanno diritto di accesso alla documentazione della struttura relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro.

Le disposizione dell'art. 12 (recante nuove norme in tema di azione diretta del soggetto danneggiato) si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell'art. 10 della nuova legge, con il quale sono determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e socio sanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie.

Detto DM doveva essere emanato entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge. Ad oggi non è stato emanato.

* * *

Obbligo di comunicazione all'esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità (art. 13)

Per consentire al sanitario di prendere parte al giudizio instaurato per un suo asserito errore professionale e per fargli predisporre delle buone difese è stato introdotto dall'art. 13 un obbligo per le strutture sanitarie e le imprese di assicurazione di comunicargli l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato, entro dieci giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo. E va pure comunicato al sanitario l'eventuale avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato, con invito a prendervi parte.

Questa norma sta creando non pochi problemi interpretativi legati in particolare alla

comunicazione da effettuare entro 10 giorni dall'avvio delle trattative:
- cosa si intende per avvio di trattative: la formalizzazione di una proposta transattiva (come logica dovrebbe suggerire) o il ricevimento della richiesta risarcitoria (la quale generalmente conclude con un invito a prendere contatti)?
- da quando decorrono i 10 giorni: dal primo riscontro interlocutorio con parte reclamante o dalla visita medico-legale (secondo il modello RCA)?
- che cosa si intende per prendervi parte (alle trattative): la possibilità di non condividere la soluzione transattiva (o meglio di contestarla) o la possibilità di contribuire con il proprio portafoglio al raggiungimento dell'accordo bonario?
- questa comunicazione deve essere denunciata all'assicurazione titolare della polizza personale? Ha effetti preclusivi dell'eventuale futura attivazione della polizza? Vale quale atto o fatto noto per cui in regime claims potrebbe essere sollevata eccezione di inoperatività della garanzia?
L'omissione, la tardività o l'incompletezza delle comunicazioni preclude l'ammissione delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9.
Le risposte a questi problemi interpretativi hanno delle evidenti ricadute anche sulle polizze assicurative, che nella lettera della legge dovrebbero avere una funzione socio protettiva.
Si è potuto prevedere l'azione diretta in questione in quanto si è introdotto, all'articolo 10, un generale obbligo di assicurazione per le strutture sanitarie pubbliche e private per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera. La copertura si estende anche ai danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie pubbliche e private (compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento, sperimentazione e ricerca clinica). L'obbligo assicurativo riguarda anche le prestazioni svolte in regime di libera professione intramuraria o in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale o attraverso la telemedicina. Resta fermo l'obbligo di copertura assicurativa (già previsto dall'art 3, comma 5, lett. e, del Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138) per il sanitario che eserciti al di fuori di una delle strutture sopra indicate o che presti la propria opera all'interno della stessa in regime libero-professionale o si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente.
In un'ottica di determinazione dei presupposti per un positivo esito dell'eventuale azione di rivalsa ogni sanitario che operi a qualunque titolo in strutture sanitarie o socio-sanitarie pubbliche o private deve provvedere alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave. Ed un apposito decreto ministeriale, da emanare entro 120 giorni dall'entrata in vigore della legge previo concerto anche con le associazioni di categoria, dovrà fissare i requisiti minimi di garanzia delle polizze assicurative.
Tale decreto sarà molto importante. Invero, poiché non sarà semplice per le strutture sanitarie trovare idonee soluzioni assicurative (anche perché, tramite l'azione diretta, le Compagnie saranno sempre coinvolte in ogni vicenda risarcitoria, senza grandi possibilità di rivalsa effettiva sui medici), il nuovo testo normativo consente il ricorso ad "altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera". Viene cioè in questione la possibilità di "autoassicurarsi", e quindi di porre in capo a se stessi il rischio di responsabilità. Ma sarà proprio la decretazione attuativa a regolamentare tali "misure analoghe". Ad oggi tale decreto non è stato emanato.
* * *
Azione di rivalsa e azione di responsabilità amministrativa (art. 9).
L'articolo 9 contiene un'ulteriore disposizione, a completamento del nuovo regime della responsabilità sanitaria, che disciplina l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa della struttura sanitaria nei confronti dell'esercente la professione sanitaria. L'accoglimento di questa azione di rivalsa innanzitutto presuppone il dolo o la colpa grave di quest'ultimo. Essa, poi, può essere esperita, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento qualora il sanitario non sia stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno.
Si tratta di una norma chiave, che consente di confutare la tesi per cui il nuovo impianto normativo avrebbe concesso ai medici una sorta di preteso privilegio.
Si sono solo limitati alcuni dei guasti che una rigida applicazione di principi giurisprudenziali aveva creato in passato, provocando la genesi di fenomeni quali la medicina difensiva.
Probabilmente, si poteva anzi in teoria pure escludere la possibilità di un'azione diretta del danneggiato verso il medico della struttura (che si aggiunge a quella verso quest'ultima), sulla scia di quanto avviene per i magistrati (nonostante si tratti di situazioni che presentano molte differenze tra loro). Dopo aver previsto l'azione di rivalsa, ci si poteva anche aspettare, a tutela del medico, l'introduzione di un suo difetto di legittimazione passiva con surroga della struttura sanitaria, al pari di quanto previsto per la responsabilità dell'insegnante (art. 61 della legge 11.7.1980 n. 312). In altri termini, si poteva prevedere solo un'azione di rivalsa, senza azione diretta.
Comunque, sotto il versante dell'azione di rivalsa è stato ovviamente previsto, e non poteva essere diversamente, che la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o la compagnia assicuratrice non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte di quel giudizio. Tuttavia, pare difficile che si realizzino i presupposti di tale previsione, in quanto secondo la riforma il medico si trova ad essere, come detto, persino litisconsorte necessario nell'azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice.
Una particolare disciplina è poi contemplata per la responsabilità amministrativa. In particolare, in caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o socio-sanitaria pubblica o dell'esercente la professione sanitaria in ambito pubblicistico, il comma 5 dell'art. 9 stabilisce:
- che titolare dell'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, è il Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti. Tale scelta comporta, tra le conseguenze positive – oltre a quelle note sull'esercizio autonomo dell'azione amministrativa, del potere riduttivo e della non trasmissibilità agli eredi, salvo l'illecito guadagno – anche quella di evitare il paradosso organizzativo che siano le strutture pubbliche a dover avviare le azioni di rivalsa in sede civile, magari legittimamente usando contro i propri professionisti quelle competenze e conoscenze di prevenzione e gestione del rischio non compiutamente acquisibili, nella prevedibile diffidenza dei professionisti a collaborare in attività che potrebbero essere usate contro loro stessi in un giudizio di rivalsa;
- che ai fini della quantificazione del danno il giudice tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o socio-

sanitaria pubblica in cui l'esercente la professione sanitaria abbia operato; - che per l'importo della condanna in caso di azione di responsabilità amministrativa si prevede un limite per singolo evento (con esclusione dei casi di dolo) pari al valore maggiore della retribuzione lorda (o del corrispettivo convenzionale) conseguita nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento (o nell'anno immediatamente precedente o successivo) moltiplicato per il triplo. Tale limite vale sia per l'importo della condanna suddetta sia in relazione all'azione di surrogazione da parte dell'assicuratore che abbia pagato l'indennità (surrogazione, fino alla concorrenza dell'ammontare della suddetta indennità, nei diritti dell'assicurato verso il terzo responsabile);
- che per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e che il giudicato costituisca oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori.
In relazione alle strutture sanitarie private il comma 6 prevede, infine, che, se è accolta la domanda del danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria privata o nei confronti dell'impresa di assicurazione titolare di polizza con la medesima struttura, l'azione nei confronti dell'esercente la professione sanitaria deve essere esperita innanzi al giudice ordinario e la misura della rivalsa e quella della surrogazione richiesta dall'impresa di assicurazione - ai sensi dell'articolo 1916, primo comma, del codice civile - per singolo evento, in caso di colpa grave, non possono superare una somma pari al valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguita nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo. Tale limite non si applica nei confronti degli esercenti la professione sanitaria che prestino la loro opera fuori da strutture, e quindi privatamente, ovvero all'interno di strutture in regime libero-professionale ovvero che si avvalgano di strutture nell'adempimento della loro obbligazione contrattuale assunta con il paziente.
Nel giudizio di rivalsa ed in quello di responsabilità amministrativa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione, ma ciò solo se l'esercente la professione sanitaria ne sia stato parte.
* * *
Fondo di garanzia per i danni da responsabilità sanitaria (art. 14).
Si segnala infine l'istituzione di un fondo in favore delle vittime di malasanità, fondo che risulta operativo in tre casi: 1) qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura ovvero dall'esercente la professione sanitaria; 2) qualora la struttura ovvero il sanitario risultino assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente; 3) qualora la struttura sanitaria o socio-sanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per eccesso unilaterale dell'impresa assicuratrice ovvero per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa. Tale Fondo sarà formato da contributi annuali provenienti da parte delle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità sanitaria. Un apposito regolamento del Ministro della Salute dovrà disciplinare in dettaglio la misura e le modalità di versamento del contributo e le forme di intervento del fondo.
* * *
C. Cosa è già entrato in vigore della c.d. riforma Gelli. Riassumendo:
1) Tra le misure operative già dal primo aprile c'è, innanzitutto, l'obbligo ex art. 4 (trasparenza dei dati) per le aziende sanitarie di fornire, dietro richiesta degli interessati ed entro sette giorni dalla stessa, la documentazione sanitaria disponibile e le informazioni sulla vicenda clinica del richiedente. E le eventuali integrazioni dovranno essere fornite al massimo entro trenta giorni. Non solo: non è prevista alcuna attesa per gli obblighi di comunicazione posti in capo alle strutture sanitarie e alle compagnie di assicurazione, le quali sono chiamate ad avvisare tempestivamente il medico in caso di avvio di una controversia che li riguarda. Se tale comunicazione viene fornita dopo dieci giorni dall'inizio della causa o della trattativa stragiudiziale, l'azienda sanitaria o la compagnia perdono il diritto di agire in rivalsa, laddove dovessero emergere profili di coinvolgimento del sanitario non avvisato tempestivamente.
2) Sin da subito, inoltre, ex art. 8 è diventato obbligatorio il tentativo di conciliazione mediante Accertamento Tecnico Preventivo all'instaurazione di una vera e propria causa avente ad oggetto la responsabilità del sanitario, con la precisazione che è comunque ancora possibile intraprendere la strada alternativa del tentativo di mediazione.
3) Chiaramente, sono operative già dal primo aprile anche le norme più rilevanti della riforma Gelli, ovverosia quelle che modificano la responsabilità medica, sia sul piano civile (art. 7) che su quello penale (art. 6). Il riferimento, nel primo caso, è alla creazione di un doppio binario che prevede la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e quella extracontrattuale del medico dipendente o comunque inquadrato all'interno della struttura stessa (ma non del medico che ha assunto espressamente un impegno contrattuale con il proprio paziente). Sul piano penale ci si riferisce, invece, alla nuova ipotesi di non punibilità per imperizia del medico che ha rispettato le linee guida da emanare entro il 30 giugno 2017 o, medio tempore, le buone pratiche clinico-assistenziali.
4) La legge N. 24/2017 produce pieni effetti sin da subito anche con riferimento alla rivalsa (art. 9), che è stata sottoposta a vincoli temporali, quantitativi e applicativi. Da qualche giorno, quindi, si deve tener conto del fatto che l'azione di rivalsa contro il sanitario responsabile del danno è possibile solo entro un anno dal risarcimento, per massimo tre annualità retributive lorde e solo in caso di dolo o colpa grave.
5) Ex art. 15 sono applicabili i criteri e le regole introdotti nel procedimento di nomina dei medici consulenti tecnici del giudice nelle cause civili e penali.
6) In data 2.8.2017 è stato adottato un decreto del Ministero della Salute, che istituisce e regolamenta l'elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico scientifiche delle professioni sanitarie, che avranno il compito di elaborare le linee guida cui gli esercenti le professioni sanitarie si devono attenere nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie (v. art. 5, comma 3).

Per contro, invece, ecco le novità che dovranno attendere ancora un po' prima di iniziare ad esplicare i loro effetti.
A) *Tra queste, spicca l'obbligo delle aziende sanitarie, sia pubbliche che private, e degli operatori medici di assicurarsi per le*

ipotesi di responsabilità professionale. I requisiti minimi delle polizze, le classi di rischio cui riferire i diversi massimali e i meccanismi di riserva finanziaria "per competenza" in caso di opzione per la self insurance retention, infatti, devono essere stabiliti da un decreto del Ministero dello Sviluppo Economico, che doveva emanarsi entro il termine ordinatorio del 30 luglio (v. art. 10, comma 6).

B) *Ex art. 12, comma 6, anche l'azione diretta del danneggiato contro l'impresa di assicurazione e contro l'operatore sanitario libero-professionista ha bisogno di un periodo in più, ovverosia quello che distanzia il primo aprile dalla data in cui sarà emanato il relativo decreto attuativo.*

C) *Si attende, inoltre, il decreto del Ministero della Salute affinché divenga operativo il fondo di garanzia previsto per assicurare la copertura dei danni da responsabilità sanitaria, del quale devono essere definiti sia i meccanismi di alimentazione, che le modalità di costituzione e di intervento (v. art. 14).*

D) *Infine, era stata fissata per il 30 luglio la data per l'elaborazione delle linee guida contenenti le raccomandazioni per gli operatori sanitari il cui rispetto è condizione per l'applicazione dell'esimente in capo al sanitario che commetta errori per imperizia e metro di misura per valutarne la condotta. Il compito di elaborare tali linee guida è degli organismi in possesso dei requisiti fissati per l'iscrizione presso l'albo istituito dal ministero della salute, che siano istituzioni ed enti pubblici e privati, società scientifiche e associazioni professionali.*

* * *

D. Dubbi e criticità

In chiusura occorre sottolineare che da una prima lettura della legge di riforma emergono una serie di criticità che vale la pena di analizzare alla luce dei profili assicurativi disciplinati dall'art. 10. Dalla lettura complessiva del testo della Legge N. 24/2017 emerge, infatti, la chiara intenzione del legislatore della riforma di marginalizzare la posizione del professionista e di mettere al centro della disputa le sole strutture sanitarie e le loro compagnie assicurative. Se, infatti, si tiene conto di quanto si è già detto in ordine ai diversi titoli di responsabilità cui rispondono la struttura ed il singolo medico - con il conseguente maggior onere probatorio facente capo al danneggiato laddove intenda agire nei confronti del medico - risulta evidente che il danneggiato tenderà ad agire nei confronti della sola struttura sanitaria e - avvalendosi della introducenda azione diretta - della sua assicurazione al fine di avvalersi di un regime di prova a lui più favorevole. Tale canalizzazione della responsabilità sanitaria in capo alla struttura se da un lato può essere guardata con favore in relazione all'alleggerimento della posizione del sanitario, desta qualche preoccupazione alla luce della situazione di grave incertezza dal punto di vista della garanzia finanziaria del risarcimento. Va, infatti, considerato che l'art. 10 ha ribadito l'obbligo a carico delle strutture pubbliche o private di provvedere ad una copertura assicurativa o ad «altre analoghe misure» per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera già previsto dal D.L. N. 90/2014 convertito in L. N. 114/2014 e l'obbligo a carico del singolo esercente di provvedere ad una copertura assicurativa sia in relazione alla azione del danneggiato sia (ai sensi del successivo comma 3 dell'art. 10) in relazione alla fruttuosità dell'azione di rivalsa e dell'azione diretta di cui al successivo art. 12. Da quanto sopra deriva un quadro di obblighi assicurativi che in questo momento impone: a tutte le strutture sia pubbliche che private di avere idonea copertura per la responsabilità civile contro i terzi e verso i dipendenti; ai professionisti sanitari tutti un obbligo assicurativo generale per la responsabilità civile nei confronti dei propri clienti. Alle strutture, però, è concessa la ampia e indefinita eccezione del ricorso ad «altre analoghe misure» che svuota di certezza la norma prescrivente l'obbligo assicurativo. Occorre, infatti, sottolineare che proprio le strutture sanitarie, in conseguenza dell'enorme incremento di contenzioso sanitario e del conseguente aumento esponenziale dei premi assicurativi, hanno fatto un ricorso massiccio alle «analoghe misure per la responsabilità civile» tanto da far parlare di fuga dall'assicurazione della responsabilità sanitaria. Allo stato attuale, dunque, l'obbligo assicurativo per le strutture rimane estensivamente affidato (almeno a livello di strutture pubbliche) alle «altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi (RCT) e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera (RCO), a tutela dei pazienti e del personale» rese possibili a tempo indefinito, ma non precisate dalla legge. Nella pratica, dunque, le strutture sono libere di ricorrere a forme di cd. autoassicurazione, creando una sorta di accantonamento dei fondi che reputino idonei a far fronte alle pretese risarcitorie da parte di danneggiati che dovessero rivelarsi fondate. Quanto le valutazioni prognostiche delle singole aziende possano essere equivalenti o affidabili rispetto alla copertura fornita da una compagnia di assicurazione dotata dell'esperienza di chi valuta il rischio in questo settore da decenni è problema molto discusso. In questa sede merita solo ricordare che sono i grandi numeri a fornire - sul lungo periodo - certezza alle valutazioni di natura probabilistica che si effettuano nella valutazione dei rischi in ambito assicurativo. Le forme di autoassicurazione delle aziende sanitarie e delle regioni, invece, benché con importanti correttivi, si basano soprattutto sulla autovalutazione dei rischi che, almeno in una prima fase, potrebbe non risultare necessariamente obiettiva o fondata su una serie sufficientemente ampia di dati e, per di più, di dati rilevanti. Il comma 6 dell'art. 10, peraltro, prevede che un decreto del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della legge, oltre a determinare i requisiti minimi delle polizze assicurative, stabilisca «i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio» e disciplini «la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati».

Gli elementi di preoccupazione in relazione alla effettiva possibilità del singolo danneggiato di ottenere il risarcimento, anziché alleggerirsi, si aggravano alla luce della previsione (art. 14) di uno speciale fondo di garanzia per i soggetti danneggiati da responsabilità sanitaria, istituito presso la Concessionaria servizi assicurativi pubblici S.p.A. (CONSAP). Tale fondo, infatti, sarebbe chiamato a risarcire i danni cagionati da responsabilità sanitaria solo: a) «qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria ovvero dall'esercente la professione sanitaria; b) qualora la struttura sanitaria ovvero l'esercente la professione sanitaria risultano assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente». Rimangono, dunque, scoperte le ipotesi di totale assenza di copertura assicurativa da parte del singolo professionista o della struttura, e si crea

una inammissibile disparità tra l'ipotesi di danno ultra-massimale in caso di presenza di copertura assicurativa e di gestione tramite «analoghe misure» rispettose dei requisiti minimi ma altrettanto incapienti e non assistite dal fondo di garanzia. L'articolato attuale della legge Balduzzi e della L. N. 24/2017, inoltre, se da un lato impone la copertura assicurativa dei rischi ai professionisti ed alle strutture, dall'altro non prevede un corrispondente obbligo di assicurare in capo al settore assicurativo. L'obbligo di stipulare una assicurazione, infatti, grava solo a carico delle strutture e dei professionisti (i potenziali assicurati dunque) e non a carico delle compagnie assicurative che rimangono, così, libere di assicurare o meno e di assicurare con premi sempre più alti.

* * *

E. Alcune conclusioni

La legge di riforma nel settore della responsabilità medica appare equilibrata: da una parte, si lascia invariato l'elaborato giurisprudenziale, che più di ogni altro aspetto aveva permesso il formarsi di una giurisprudenza decisamente pro-plantiff; dall'altra non sono state accolte suggestioni – pur presenti in alcuni settori della letteratura italiana – al fine di adottare soluzioni proprie di un diverso sistema di sicurezza sociale, del quale però sono state introdotte alcune figure: l'azione diretta verso l'impresa di assicurazione e la costituzione di un fondo di garanzia assimilabile a quelli previsti nel settore della circolazione auto, per i casi in cui il danno superi il massimale della polizza assicurativa e l'impresa di assicurazione sia messa in una situazione di l.c.a.

È una legge che intende recuperare un migliore equilibrio tra tutti gli attori delle vicende sanitarie: una sorta di soft law esortativa, che avrebbe dovuto avere una più veloce approvazione per superare le difficoltà del momento. Assai probabilmente il contenzioso non diminuirà automaticamente nei prossimi anni e i risarcimenti non saranno più contenuti. La legge ha però contribuito a denunziare gli eccessi, attivando una maggiore consapevolezza dei costi sociali collegati a una lettura eccessivamente funzionale riguardo alle regole di responsabilità civile.

Il legislatore non ha voluto instaurare un conflitto con le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza negli ultimi anni, anzi, le rispetta; l'ottica legislativa pare caratterizzata dall'opportunità di avviare un dialogo con tutti protagonisti della dinamica sanitaria.

L'azione di rivalsa erariale e assicurativa: presupposti, requisiti e conseguenze.

Pietro Artioli Bonati - Avvocato Civilista Foro di Parma

*Relazione come da trascrizione audio

* Ringrazio il Dr. Muzzetto e l'Ordine dei medici per l'invito. Tocca a me in chiusura di questa prima sessione di interventi intrattenervi su quelle che sono le innovazioni che la legge Gelli ha portato alla rivalsa, si tratta di un argomento, va premesso che per complessità, implicazioni e vastità meriterebbe necessariamente altre tempistiche. Devo quindi fare una carrellata, una sorta di flash su quelle che sono le innovazioni e le disposizioni normative.

Partendo da quest'ultime le norme che la riforma dedica all'istituto della rivalsa sono essenzialmente tre, una di contenuto, ovvero l'art. 9 che disciplina i limiti entro cui l'azione di rivalsa può essere esperita, e due norme di riferimento una delle quali l'art. 13 è già stata citata dal collega Gaudenzio su cui tornerò in chiusura perché è una norma che rischia di avere sotto il profilo applicativo svariate complicazioni. Rischia addirittura di avere taluni aspetti paradossali rispetto alle finalità che la legge Gelli persegue. Le finalità che la legge Gelli si è palesemente prefissata in materia di rivalsa sono due, la prima è di tipo protettivo del singolo esercente la professione sanitaria, in questo l'art. 9 e le altre disposizioni risultano in tutto e per tutto fedeli all'intero impianto normativo di riforma ove il legislatore ha inteso alleggerire il più possibile la posizione del singolo esercente la professione sanitaria anche per contrastare, anche e soprattutto, il fenomeno della cosiddetta medicina difensiva che ha pesantemente finito con il pesare sulla qualità delle prestazioni sanitarie erogate ma altrettanto pesantemente finito con il pesare sul bilancio della spesa pubblica.

In questo le disposizioni, anzi il carattere protettivo della legge Gelli si estrinseca in una serie di limiti che condizionano l'esercizio dell'azione di rivalsa a 360 gradi. Sotto il profilo oggettivo, sotto il profilo temporale e anche da ultimo quantitativo nella previsione di alcuni limiti entro cui la domanda di rivalsa può in caso di accoglimento incidere sul patrimonio del singolo esercente la professione sanitaria. Il secondo intento che la legge Gelli si è prefissata in materia di rivalsa era quello di trattare in modo organico e compiuto una materia piuttosto variegata e in questo l'intento della legge Gelli è riuscito soltanto in parte.

Permangono anche dopo l'intervento di riforma e anche dopo la previsione di norme che unitariamente disciplinano l'azione di rivalsa per l'esercente della professione medica in ambito pubblico, l'esercente la professione medica dipendente di un ente privato o libero professionista, permangono ancora delle situazioni di eterogeneità nel senso che la legge Gelli non ha superato la dicotomia tra dipendente, e quindi esercente la professione sanitaria in ambito pubblico, e esercente la professione sanitaria in campo privato quale dipendente di un ente privato e quale libero professionista. Per il primo ancora oggi e dopo la riforma Gelli è prevista la giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti, ovvero l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente medico dipendente di un ente pubblico non viene esercitata dalla struttura direttamente ma viene esercitata dal Procuratore della Corte dei Conti territorialmente competente. La rivalsa dell'ente privato nei confronti del suo dipendente o la rivalsa assicurativa intesa come azione che la compagnia effettua surrogandosi nei diritti del proprio assicurato ente ai sensi e per gli effetti dell'art. 1916 è invece affidata alla giurisdizione ordinaria, viene esercitata direttamente dalla struttura se è quest'ultima a svolgerla e in questo non è superata un'importante distinzione. In realtà il legislatore aveva tentato di fare nei lunghissimi lavori preparatori aveva tentato di superare la dicotomia e la Camera aveva licenziato un testo che aveva previsto la giurisdizione ordinaria anche per l'azione di rivalsa del pubblico dipendente, senonché al Senato questo testo non è passato ed è stata riconsegnata di fatto la giurisdizione esclusiva con in sostanza l'accoglimento di quelle tesi che vogliono appunto un favore rispetto all'esercente la professione sanitaria in ambito pubblico. Varrà rapidissimamente sottolineare il potere mitigatorio che il Pro-

curatore della Corte dei Conti ha nell'esercizio dell'azione di rivalsa amministrativa, varrà ancora ricordare l'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligo in caso di accoglimento della domanda di rivalsa dell'obbligo gravante sul medico strutturato, ancora la parziarietà dell'obbligazione in capo all'esercente la professione sanitaria in ambito pubblico. Ha quindi trionfato in questo contesto un favore da parte del pubblico dipendente. Venendo ai limiti, anche qui in modo estremamente rapido in cui si è voluto, come dire, costruire l'azione di rivalsa partiamo dal primo comma dell'art. 9 che prevede che l'azione di rivalsa non possa che essere esercitata se non in caso di dolo o colpa grave, la norma non è che parzialmente innovativa nel senso che appunto per l'esercente la professione sanitaria in ambito pubblico vigeva già il limite del dolo e della colpa grave. La norma è invece innovativa per le figure che sono appunto il dipendente dell'ente privato e il libero professionista che possono sotto questo specifico aspetto dirsi in toto equiparati, salvo che per la giurisdizione che è invece una giurisdizione ordinaria, all'esercente la professione sanitaria in ambito pubblico. Sarà importante valutare anche come il giudice ordinario, quindi come il Tribunale, il giudice civile andrà ad applicare un concetto che non è suo proprio perché il concetto di dolo e colpa grave, tranne che per l'ipotesi prevista dall'art. 2236 che alcuni relatori hanno invocato in materia di prestazioni che implicano specifiche difficoltà non è una norma che in materia di rivalsa sia mai stata applicata dal giudice ordinario. Quindi si tratterà di vedere se quest'ultimo attingerà al bagaglio giurisprudenziale della Corte dei Conti e richiamerà quindi quei filoni consolidati in materia di dolo e colpa grave. Fin qui io posso solo, in questa sede ovviamente dovrei avere molto più tempo, richiamare qualche nozione direi basilare. Colpa grave si verifica nel caso in cui il medico incorra in un errore non scusabile, per grossolanità o assenza di cognizioni minime. Questa è in linea di massima una sintesi di quella che è la posizione e l'interpretazione del concetto di colpa grave da parte della Corte dei Conti che ha anche specificato come è naturale che sia che non si possa ipotizzare un concetto di colpa grave ex-post, ma necessariamente debba valutarsi il concetto di colpa grave anteriormente allo svolgimento della relativa condotta, così come è stato precisato che per colpa grave non possa intendersi un concetto astratto ma la stessa debba essere necessariamente valutata in concreto. Due parole rapidissimamente sul dolo che per la prevalente giurisprudenza della Corte dei Conti non è il dolo extracontrattuale quindi non è la consapevolezza o la coscienza di arrecare a taluno un danno attraverso un proprio comportamento bensì la consapevolezza di tenere un comportamento violativo di un ordine di servizio. Il secondo importante limite all'esperimento dell'azione di rivalsa è di tipo temporale, il legislatore in questo equipara in sostanza l'esercente della professione sanitaria in ambito pubblico a quello in ambito privato, nel senso che afferma che ove questo non è parte del procedimento, l'azione di rivalsa non possa che essere esperita soltanto dopo l'avvenuto risarcimento, o sulla scorta di un titolo giudiziale o sulla scorta di una transazione, parzialmente innovativo perché in materia di rivalsa amministrativa il principio è di fatto sempre stato questo, ovvero l'ente pubblico sborsa un determinato importo sulla scorta di una transazione di una sentenza, parte la segnalazione alla Procura della Corte dei Conti la quale opera un primo vaglio sull'opportunità o meno di intraprendere l'azione amministrativa, nel caso ne valuti in senso positivo e affermativo spicca i cosiddetto invito a dedurre, ovvero invia un espresso invito all'esercente la professione sanitaria col quale lo chiama a fornire delucidazioni in ordine alla propria posizione e in ordine al caso clinico. Ove queste delucidazioni siano convincenti il Procuratore della Corte dei Conti provvede d'emblée all'archiviazione, ove invece le spiegazioni, le delucidazioni successive l'invito a dedurre non risultino esaustive può dare impulso all'azione amministrativa. In ambito civilistico le cose non funzionavano esattamente così, nel senso che la compagnia di assicurazione o l'ente privato avevano tendenza a esercitare l'azione di rivalsa in un simultaneo giudizio che li vedeva coinvolti con il danneggiato, in sostanza anticipavano l'azione di rivalsa e la svolgevano prima ancora di avere provveduto al potenziale esborso. Questo pare non essere in linea ovviamente con la prescrizione normativa che afferma che l'azione non può essere esercitata, a mio modo di vedere la domanda che fosse quindi esercitata prima di un esborso sarebbe una domanda non processualmente proponibile. Una precisazione sul concetto di titolo giudiziale, la norma non chiarisce se questo titolo giudiziale debba essere un titolo passato in giudicato oppure no, sembra quindi possibile dire che anche la sentenza di 1° grado provvisoriamente esecutiva abiliti l'ente privato o la compagnia di assicurazione che abbia naturalmente pagato ai sensi dell'art. 1916 a esercitare l'azione, con il paradosso processuale di una possibile riforma del titolo giudiziale che ha visto coinvolto danneggiato e struttura, quindi avremmo una possibile contraddittorietà nell'ipotesi in cui l'azione di rivalsa diventa proponibile, viene esercitata sulla scorta di un titolo giudiziale che poi in grado di appello è riformato. L'altro limite temporale previsto dal comma 2° è dato da un termine decadenziale, ovvero l'azione di rivalsa si dice deve essere a pena di decadenza esercitata entro un anno dal pagamento, e la norma nella sua chiarezza appare invalicabile nel senso che alla decadenza non sono applicabili gli istituti dell'interruzione né pare in linea con una ratio di favore pensare che questo termine sia in qualche modo derogabile da parte della struttura. Passando ai limiti di tipo quantitativo che sono introdotti sia per l'esercente la professione medica in ambito pubblico sia per l'esercente la professione medica in ambito privato, ma non per il libero professionista il quale invece è esposto all'azione di rivalsa illimitatamente, la legge Gelli con il favore della classe medica ha previsto un tetto massimo di esposizione, tetto massimo di esposizione che si ricava attraverso un semplice procedimento in forza del quale si assume come anno di riferimento l'anno non dell'evento lesivo bensì della condotta, si assume la retribuzione lorda di quell'anno, dell'anno successivo e dell'anno precedente e si moltiplica per tre il predetto valore e così si ottiene il massimo di esposizione. Questo vale naturalmente sia, e questa è una novità assoluta della legge Gelli, per l'esercente la professione sanitaria in ambito pubblico, quella in ambito privato non vale per il dolo ma vale naturalmente per l'ipotesi di colpa grave. Questo negli intenti dovrebbe oltre che tranquillizzare, come ho detto in precedenza, il singolo esercente dovrebbe rendere maggiormente accessibile il prodotto assicurativo cui il singolo esercente la professione sanitaria deve munirsi. Anche perché prima vi facevo riferimento all'art. 10 che contiene una disposizione che è quella che prevede l'assicurazione obbligatoria del singolo esercente la professione medica anche in relazione all'azione di rivalsa, anche per rendere effettiva la possibilità da parte dell'ente di recuperare gli importi. Per quello che riguarda l'esercente la professione medica in ambito pubblico sono previste due disposizioni, una a carattere eminentemen-

te sanzionatorio che è quella di una specie di menzione e di impedimento nel caso di accoglimento di domanda di risarcimento a incarichi professionali superiori rispetto a quelli che il singolo esercente sta ricoprendo. La norma contiene un inciso, si fa riferimento all'accoglimento di una domanda di risarcimento proposta dal danneggiato, in questo caso si fa ricorrere, si fa decorrere una sanzione a carico dell'esercente la professione sanitaria non dall'accoglimento dell'azione di rivalsa, che quindi lo vede a tutti gli effetti responsabile nei confronti della propria struttura, ma la norma, secondo me in modo erroneo, fa riferimento alla sola domanda di accoglimento proposta dal danneggiato cui tendenzialmente la stessa legge vuole tenere fuori il singolo esercente la professione sanitaria. Un altro inciso che riguarda l'operatore sanitario è quello di un potere mitigatorio, si fa riferimento che ai fini della quantificazione del danno si tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà anche di natura organizzativa. In chiusura, torno un attimo sulla disposizione dell'art. 13 cui il collega Gaudenzio faceva riferimento, per affrontare l'aspetto della individuazione dei destinatari di questi due obblighi di comunicazione. La ratio della norma è quella di rendere partecipe il singolo operatore sanitario di quelle vicende processuali che riguardano l'ente in ragione del proprio comportamento, pesantissime le conseguenze in materia di inammissibilità della domanda di rivalsa, pesantissimi i termini di decadenza previsti che sono appunto dieci giorni dalla notificazione dell'atto giudiziario che vede coinvolta la struttura e la compagnia di assicurazione, non chiaro non soltanto gli aspetti cui faceva riferimento Gaudenzio ma anche chi sia, chi debba essere l'effettivo destinatario, se cioè debba essere il soggetto che il danneggiato ha ab origine individuato quale responsabile del danno nell'ambito del proprio atto giudiziario o se invece l'ente debba provvedere a individuare quei soggetti che egli ritiene, a prescindere dall'individuazione del soggetto responsabile operata dal danneggiato, che ritiene coinvolti nella vicenda medica sanitaria. Spesso accade e lo sappiamo noi operatori pratici che il danneggiato ignori per lo più i nominativi delle persone fisiche che si avvicendano nell'ambito delle cure durante il proprio ricovero ospedaliero, a malapena il danneggiato conosce il nome del direttore del reparto, ancora meno conosce le turnistiche e le organizzazioni proprie all'interno delle quali lo stesso reparto funziona, quindi è possibile che sia l'ente stesso con una interpretazione dell'art. 13 a dovere individuare, peraltro in un termine di dieci giorni dalla comunicazione di un atto giudiziario che può essere assolutamente generico per quanto l'individuazione della persona fisica non deve farla il danneggiato, quali persone fisiche si sono rese responsabili, ma lo debba fare però l'ente stesso perché diversamente in caso di omessa comunicazione l'azione di rivalsa diventa inammissibile, questo potrebbe innescare un fenomeno di paradosso ovverosia portare l'ente a effettuare comunicazioni a raggiera nei confronti di un grande numero di persone che sono quelle che sono ipoteticamente coinvolte all'interno di un determinato reparto. E questo ancora una volta potrebbe ingenerare un altro effetto paradossale che è quello in forza del quale il medico una volta individuato dall'ente come destinatario della comunicazione di quell'art. 13 debba, a mio modo di vedere ma anche Gaudenzio lo accennava, debba attivarsi per la propria protezione, quindi provvedere alla denuncia alla propria compagnia di assicurazione ad esempio, oppure provvedere alla propria difesa con un intervento. Questo potrebbe essere addirittura contrario a quei benefici che la stessa legge Gelli in materia di rivalsa voleva offrire al singolo operatore sanitario.

SECONDA SESSIONE
Il giudizio di responsabilità dalla linea guida al giudizio peritale

Moderatori: U. Salvini - P. Muzzetto

Pierantonio Muzzetto - Presidente Omceo Parma

Grazie di essere rientrati puntuali. Diamo corso alla seconda parte del pomeriggio e del convegno con la seconda sessione cui seguirà la tavola rotonda. La seconda sessione vedrà due relazioni importanti, da un lato Nicola Cucurachi e dell'altro lato Giuseppe Lavra. Nicola Cucurachi per chi è di Parma è una persona conosciuta: medico legale, per tanti anni consigliere dell'Ordine e anche, possiamo dire, punto di riferimento anche dell'Ordine per tutte le tematiche che sono di tipo medico-legale e anche deontologiche. Cucurachi è docente universitario che ha una grande esperienza nell'ambito peritale, motivo per cui oggi tratterà anche di questo aspetto nel giudizio. Seguirà Giuseppe Lavra. Giuseppe Lavra oltre a essere un clinico, è direttore della Medicina Interna dell'Ospedale S. Giovanni di Roma, capodipartimento per una vita, fa parte sia della Consulta deontologica che anche dell'enclave del Centro Studi e è esponente del mondo sindacale medico nazionale.

È una persona che ha una caratteristica, quando ci sono della battaglie da fare di linea di principio non si tira mai indietro e siccome in ambito etico e deontologico le battaglie si devono fare, posso ben dire per esperienza diretta che spesso e volentieri le battaglie sono state fatte: sono state fatte anche con altri dei presenti in questa sala proprio per, diciamo, la strutturazione e la definizione del Codice Deontologico ultimo. Battaglie che sono ancor oggi aperte perché siamo alla fase di analisi di alcuni degli articoli così pregnanti per la professione che devono essere in qualche modo modificati. Noi parliamo del Codice deontologico, qualcuno di voi e mi riferisco agli avvocati, e soprattutto degli amici avvocati, ci diceva che forse non siamo così tanto consapevoli del valore del nostro Codice deontologico sotto tanti i punti di vista. Con tutte le ombre che può avere, il Codice deontologico ultimo è stato anticipatore di molte delle leggi e sotto altri punti di vista è ancor oggi anticipatore di nuove leggi. Perciò dovremmo dire che il Codice Deontologico per noi è effettivamente la Bibbia del comportamento medico e certe posizioni che vanno prese ci legano ad esso, ci portano ad agire in un modo che potrebbe anche essere in un certo qual modo collidente, laddove passasse quella medicina amministrata come oggi si vuol dire che sia la medicina legata ai disposti delle Regioni.

Che non sono disposti universali e universalistici, come era la vecchia legge sanitaria 833, ma sono diversificati e non omogenei legati ai modi di vedere la sanità delle regioni costituendosi 21 sistemi sanitari tante quante sono le Regioni. E la disomogeneità impera perché non c'è omogeneità, diversamente da quello che c'è in ambito giurisprudenziale: non c'è omogeneità nelle direttive e negli effetti di sistema.

Questo è uno dei problemi più grossi proprio perché a volte i disposti regionali tendono a livellare le posizioni e le professioni e su questo non vi nascondo che sul disegno di legge in discussione - che in realtà era una delega al Governo sul riordino degli Ordini - si stanno giocando delle partite molto importanti proprio in questi giorni e che ci coinvolgono direttamente come Presidenti d'Ordine. Ma anche idealmente siamo coinvolti come appartenenti ad un movimento degli Ordini italiani che si riconoscono un po' nella nostra linea e che vogliono portare avanti una politica diversa sul valore degli Ordini, un valore degli Ordini che, come diceva il Presidente Salvini, oggi sono costituzionalmente garantiti e i nostri due sostanzialmente rappresentano i maggiori in ambito nazionale.

Il fatto di portare 26, 29 nuovi Ordini all'interno del sistema sanitario e quindi superare quello che era il semplice allineamento delle figure professionali in un Collegio o in un Albo che poteva afferire agli Ordini, sta creando, come potrà creare, un grosso disorientamento per noi medici. L'iter della proposta originaria di legge la 2224, ora divenuta legge 24 ha visto mutare la responsabilità medica (a firma dell'on. Vargiu) decaduta per la caduta del Governo di allora a proposta di legge sul rischio clinico e sulla sicurezza delle cure e della responsabilità sanitaria, così da avere declinato un ibrido della responsabilità sanitaria che sostituiva quella medica e, in prospettiva l'atto medico. La legge è confusa e crea confusione e non si capisce perché non è scritto chiaramente come si addicano i principi di responsabilità medica alle altre- tutte – professioni sanitarie

Pur parlando di responsabilità differenti e differenziate rientra in una concezione di medicina amministrata, cioè di una medicina di Stato, in cui in linea teorica le figure professionali potrebbero essere uniformate. Quindi questo è un po' lo scenario politico in cui noi ci troviamo ma è anche lo scenario di normazione degli atti medici, volendo far passare le Linee guida come norme cogenti e stringenti, inderogabili nell'ambito della cura e, di concerto, nell'ambito delle responsabilità.

Un aspetto di importanza è l'emersione della verità fattuale in ambito peritale giudiziario, che porta ad una nuova visione dei rapporti fra medici e mondo forense. In linea di principio crediamo nell'analisi ex ante, anche se fatta ex post in ambito peritale, e quindi mi rivolgo al mondo forense, perché l'analisi che si fa sulle carte a testimonianza dell'accaduto non può prescindere dal ragionamento clinico, che sta alla base degli atti del medico: questo è il punto nodale su cui noi si deve trovare l'incontro con il mondo forense e la magistratura, soprattutto nel rapporto peritale che in sanità non può valere il giudizio *pro reo* o *pro misero,* ma *pro veritate*.

A ragione il perito è richiamato dal nostro Codice Deontologico a fare emergere la verità dei fatti con una diagnosi e una valutazione di trattamento, in linea con la clinica e non con le congetture, al di fuori di una diagnostica differenziale. Anche se in ultima analisi questi fatti sono portati dal perito, lasciati al *peritus peritorum* che è il giudice. È come stare tra l'incudine e il martello, che alla fine il perché oggi ci troviamo a ragionare insieme con voi e il presidente Salvini: questo convegno è propedeutico per la conoscenza perché è fondamentale che ci conosciamo e che, reciprocamente, conosciamo

i nostri problemi come anche che sempre reciprocamente troviamo anche una soluzione nelle varie fasi del contenzioso medico, nell'ambito non solo dell'accusa ma anche della difesa dei valori delle nostre professioni. Noi crediamo, l'Ordine degli Avvocati e l'Ordine dei Medici, nei valori, in quelli dell'etica e della deontologia, in sintonia coi principi ispiratori dell'intesa nazionale fra le nostre federazioni, al fine di creare quel *fil rouge* interprofessionale, che ci possa accomunare trovando il punto di convergenza del nostro agire. Fatta questa premessa, mi dispiace perché vi ho rubato 7 minuti, io direi di passare subito alla prima relazione: invito a parlare il prof. Nicola Cucurachi su "La colpa medica nel giudizio: il ruolo del perito per la valutazione ex ante alla base della perizia, quanto incide l'analisi clinica nel giudizio del danno biologico".

INTERVENTI

La colpa medica nel giudizio: il ruolo del perito la valutazione ex ante alla base della perizia, quanto incide l'analisi clinica nel giudizio sul danno biologico.

Nicola Cucurachi - Medico - Legale, Ricercatore Universitario, Università di Parma

*Relazione come da trascrizione audio

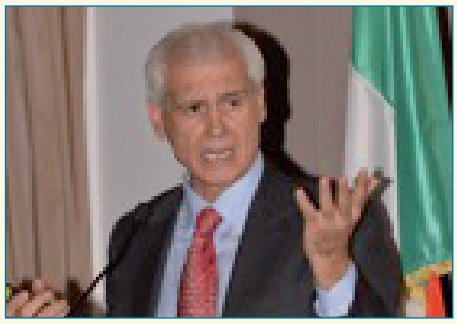
* Mi associo ovviamente e con piacere ai ringraziamenti di chi mi ha preceduto per il Presidente dell'Ordine dei Medici e per il Presidente dell'Ordine degli Avvocati che mi hanno coinvolto in questo convegno interessantissimo, abbiamo sentito questa mattina interventi di tanti relatori che hanno già tratteggiato alcuni aspetti che in qualche modo io ripeterò e quindi mi scuserete se per alcuni aspetti sarà una ripetizione, cercherò eventualmente di sviluppare altri spunti che non sono stati adeguatamente approfonditi. Il tempo non è tantissimo, eventualmente determinati argomenti potranno essere poi trattati nella successiva tavola rotonda nella fase di discussione. Il tema che mi è stato assegnato è un tema che volendo potrebbe essere enorme, abbiamo sentito quello che ci ha detto prima l'avv. Bonati in relazione al tema che era stato affidato a lui e anche nel mio caso visto il titolo – **La colpa medica nel giudizio, il ruolo del perito, la valutazione ex ante della perizia, quanto incide l'analisi clinica nel giudizio sul danno biologico**- spazia sostanzialmente su tutti gli aspetti della questione medico-legale e della questione peritale, per cui quando io mi sono reso conto di questo argomento sono andato un po' nel panico perché ho detto, se devo parlare del ruolo del perito svilupperò questo aspetto, se poi devo valutare invece della valutazione ex ante nella perizia dovrò parlare altri venti minuti, mezz'ora su questo, se poi devo puntualizzare l'approccio clinico nel giudizio mi serve un'altra mezz'ora, poi devo iniziare a parlare del danno biologico qui ci mettiamo tutto un pomeriggio. A questo punto mi sono messo a ragionare e mi si è accesa a un certo punto una lampadina e ho detto – cosa deve fare il perito nella valutazione di un caso medico-legale? – deve cercare di recuperare un giudizio clinico nell'interpretazione peritale del comportamento medico nonostante sembri che la norma, la novella come la chiamano i giuristi, ponga una specifica attenzione, addirittura un obbligo a una stretta aderenza, vedremo che si usano i termini, *si attengono, rispettano, alle linee guida* allora di fronte a questa tassatività di rispetto delle linee guida bisogna vedere fino a che punto l'approccio clinico del perito possa essere salvaguardato. Leggiamo un attimo la legge perché alcuni colleghi medici mi hanno giustamente detto che loro non la conoscono a memoria la legge e quindi io ho pensato di mostrarla, non tutta ovviamente, soltanto gli articoli che mi riguardano. Questo è l'art. 5 quello che riguarda le buone pratiche cliniche assistenziali raccomandazioni previste dalle linee guida e vedete, ho evidenziato il punto in cui si scrive che gli esercenti le professioni sanitarie nelle varie attività che possono svolgere *si attengono*, quindi non c'è *dovrebbero farlo*, ma *si attengono,* salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate secondo quello che poi diranno successive parti della legge. E all'art. 6 quello che è già stato tanto oggi citato, quello che appunto introduce l'art. 590 sexies quale l'elemento si sia verificato a causa di imperizia la punibilità è esclusa soltanto nel caso in cui le raccomandazioni previste dalle linee guida sono rispettate, quindi anche in questo caso una tassatività di rispetto, sempre che appunto queste linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto. Si è giustamente parlato, ne ha parlato l'avv. Moretti, della introduzione di una medicina di Stato, cioè il fatto che la legge impone ai medici non il rispetto di qualsiasi linea guida rispondente a quello che il professionista in quel momento ritiene più adeguato per il proprio paziente, ma delle linee guida imposte per legge e dallo Stato perché appunto il sistema nazionale delle linee guida è controllato strettamente dallo Stato, dalla Repubblica e questo potrebbe venire in contrasto col nostro Codice deontologico perché il nostro Codice deontologico fino a prova contraria è ancora vigente e obbliga i medici al rispetto, ma nel Codice deontologico all'art. 6 si scrive che il medico fonda l'esercizio delle proprie competenze sui principi di efficacia e appropriatezza aggiornando le conoscenze scientifiche disponibili, ma tutte le conoscenze scientifiche disponibili e tiene conto, solo tiene conto, e non si attiene o rispetta in maniera pedissequa le linee guida, e ne valuta l'applicabilità al caso specifico, il tutto sotto la sua diretta responsabilità, quindi il Codice deontologico che è appena del 2014, quindi non è un Codice datato, ci spiega che il medico semplicemente tiene conto di queste linee guida e invece la legge imporrebbe un pedissequo rispetto delle linee guida. In realtà tutto il tema della responsabilità professionale medica viene tirato da tutte le parti perché i protagonisti in gioco sono tanti, c'è la Magistratura, l'Ordine dei medici, gli Avvocati, le Società medico scientifiche, i Medici legali, gli Igienisti, le Aziende sanitarie, le Assicurazioni, molto probabilmente mi sono dimenticato tante categorie, ognuna di queste, con termine moderno si chiamano stakeholder, interpreta e tira dalla propria parte la interpretazione e la modalità di verifica della responsabilità professionale per cui in realtà per ognuno di questi protagonisti la responsabilità professionale non è la stessa cosa e ciò giustifica anche le diverse interpretazioni. Fatto sta che nel cercare un punto di sfogo, un punto di unione nella difficile verifica della correttezza del comportamento professionale dei medici a un certo punto si è arrivati alla identificazione di queste benedette linee guida che tanto ci fanno discutere. Questo è un articolo che penso avranno letto molti di voi, di pochissimi gior-

ni fa in cui con toni trionfali si diceva che - meno male che non hanno seguito le linee guida, perché sennò magari il paziente sarebbe morto, quella tecnica è contro i manuali - sparato a tutta pagina su una pagina del Corriere della Sera. Quindi forse non è che poi seguendo le linee guida si fa bene, perché in questo caso i medici ci vengono a dire meno male che non abbiamo seguito i manuali perché sennò questo paziente sarebbe morto. E d'altra parte il medico deve certe volte osare, questa è una sentenza che sicuramente molti avranno già letto e fa riferimento poi a delle pronunce anche precedenti in cui si spiega che per non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie è necessario certe volte vedere il comportamento del medico con adeguata indulgenza proprio per evitare che ogni minimo errore, anche quello connotato dalla lievissima colpa, possa essere indentificato come un comportamento da censurare. Perché proprio le linee guida sono state qualificate come il parametro di riferimento della correttezza del comportamento? In realtà le esigenze sono diverse a seconda dei protagonisti. Per esempio le esigenze della Magistratura, la Magistratura è sempre andata alla ricerca di una cosiddetta regola cautelare, cioè di quella regola di condotta che suggerisce di agire in un determinato modo per evitare la verificazione di un determinato evento o comunque la realizzazione di un determinato fatto tipico di reato. Nel nostro caso la morte, la malattia, l'aggravamento di una malattia, il mancato miglioramento di una malattia. La ricerca di una regola cautelare è molto importante per la Magistratura perché se venisse identificata una regola cautelare codificata, e le linee guida addirittura secondo alcuni potrebbero essere una regola cautelare codificata, in realtà ovviamente non è così, potrebbe consentire di ricondurre la colpa medica a una colpa specifica, il ruolo del perito potrebbe essere anche sminuito perché dovrebbe semplicemente dire – la regola è stata attuata, è stata rispettata, oppure no. E questo sia in chiave discolpante per aderenza alle previsioni delle linee guida e anche in chiave accusatoria, quindi per il mancato rispetto di regole descritte e codificate in linee guida e quindi il fatto di identificare queste linee guida come regola cautelare ha molti vantaggi per la Magistratura. Perché? Perché questo dà determinatezza alla fattispecie colposa che risulta interamente racchiusa nella regola cautelare, quindi le linee guida recuperano quella determinatezza che sarebbe altrimenti sacrificata quando dovessimo utilizzare altri parametri di riferimento, quelli che una volta appunto si utilizzavano, l'agente modello o il medico modello, l'agente modello è ovviamente una figura molto più eterea, molto più sfuggente perché dipende da qual è il medico modello in un determinato contesto, in un determinato momento storico, in un determinato ospedale, in una determinata nazione. E invece le linee guida sono tassative. Proprio per questo motivo la giurisprudenza si è appropriata di questo termine delle linee guida che addirittura nelle prime sentenze veniva identificato come metro scientifico della perizia del sanitario, quindi se il parametro è quella linea guida io posso utilizzare la linea guida come lo strumento per dire che cosa il medico dovesse sapere, che cosa il medico dovesse poi mettere in pratica e quindi consentendo l'accertamento della responsabilità con riferimento a dei parametri predeterminati. Però di fronte a un iniziale entusiasmo della Magistratura successivamente gli stessi magistrati si sono resi conto che questo poteva creare problemi nel senso che poi si è arrivati a un progressivo atteggiamento di diffidenza nei confronti delle linee guida, perché si sono resi conto che certe volte le linee guida non sono finalizzate alla miglior cura, ma certe volte al contemperamento alla miglior cura con i mezzi disponibili quindi ispirati a logiche di tipo economicistico. Questa è una sentenza molto conosciuta in cui vedete come addirittura vengono definite queste linee guida, occorre comprendere quale è la logica nella quale si è formata una prassi di comportamento perché spesso le linee guida sono frutto di scelte totalmente economicistiche, sono ciniche e pigre, alcune volte le linee guida sono obsolete e inefficaci, le linee guida da sole non sono la soluzione dei problemi, possono fornire indebiti cappelli protettivi a comportamenti sciatti e disattenti. Quindi la Magistratura da un iniziale entusiasmo arriva invece ad avere della cautele soprattutto perché non si sa quali linee guida adottare. Questo problema del non sapere quali linee guida adottare fra il mare magnum di linee guida esistenti potrebbe sembrare risolto dalla legge recente che invece identifica chi è legittimato a normare sulle linee guida e quindi potrebbe ricondurre nuovamente a una determinatezza, però ovviamente, abbiamo sentito già questa mattina che i decreti che dovrebbero portare a definire quali saranno le linee guida da rispettare sono molto lontane da venire e oltretutto le linee guida devono essere rinnovate ogni due anni e nel periodo intermedio potrebbero benissimo essere scoperte delle nuove, dispositivi, proposte terapeutiche e diagnostiche, per cui la linea guida pure approvata diventa immediatamente anch'essa obsoleta e per curare bene il paziente bisogna discostarsene, quindi in realtà la legge non ci aiuta minimamente da questo punto di vista. Altri stakeholder, il mondo dell'igiene e profilassi che oggi qui non è presente…ah, è presente fra i relatori…ma è fondamentale perché la legge è stata approntata con uno spirito di risk management, e d'altra parte il dr. Gelli, l'on. Gelli è un igienista e la legge si chiama – Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita nonché incidentalmente quasi per caso in materia di responsabilità professionale, e il fatto che sia così è chiarissimo in tutta l'impronta della legge perché, si vede all'art. 1, la sicurezza delle cure parte costitutiva del diritto alla salute, la sicurezza delle cure si realizza grazie alla prevenzione e alla gestione del rischio, quindi il tema della responsabilità professionale non è l'aspetto principale di questa legge, è l'aspetto accessorio e l'hanno messo probabilmente per ultimo e le carenze della legge lo giustificano questo. Il fatto che ci si debba attenere alle linee guida in un'ottica di prevenzione del rischio quindi di una valutazione del risk management di stampo igienistico fa comprendere che l'approccio al tema delle responsabilità professionali medico è in senso preventivo, qual è il modo attraverso cui in una organizzazione complessa come quella della Sanità, delle Strutture sanitarie possiamo ridurre al minimo l'evento danno, l'evento avverso? È quello di stringere il più possibile le maglie, stringere il più possibile l'ambito di comportamento dei professionisti nell'ambito di regole predefinite, in modo tale che ne controlliamo l'operato sperando che questo porti a minori eventi avversi. Ma questo non ci aiuta e soprattutto non ci deve indirizzare poi nella valutazione del danno dal punto di vista peritale perché sono approcci totalmente diversi, quindi la sicurezza dei pazienti che deve essere affrontata attraverso l'adozione di pratiche e di governo clinico fa parte certamente di un aspetto irrinunciabile all'interno di una struttura sanitaria che è il risk management che però riguarda tutto un aspetto a monte, quindi la prevenzione degli errori, la valutazione dei rischi, l'analisi delle situazioni, la pianificazione delle attività formative,

le gestioni di tutti i processi che portano alla valutazione degli aspetti normativi, operativi, etici ecc. ecc. Ma questo non vale nulla al punto di vista peritale, quindi le linee guida dal punto di vista igienistico servono semplicemente per migliorare la qualità e la sicurezza dei pazienti e delle cure, ma questo nella generalità dei casi, non nel caso peritale perché nel caso peritale non ci aiuta minimamente. E allora quali sono le esigenze del perito medico-legale e specialista? Perché oggi non può più esserci soltanto il medico legale, deve esserci sempre lo specialista. Abbiamo capito, e questo penso non fosse difficile da capirlo, che rispetto alle linee guida il concetto è assolutamente diverso dall'essere periti, prudenti e diligenti. Si possono rispettare le linee guida e ciò nonostante essere imperiti, e ciò nonostante essere imprudenti ciò nonostante essere diligenti, quindi non ci aiuterà mai nel giudizio sul comportamento del professionista il fatto che egli abbia o meno rispettato le linee guida perché, butto lì, se io fossi un inesperto facilone potrei per essere tutelato dalla legge dire – adesso io cerco la linea guida, la rispetto, cerco di rispettarla ma in realtà essendo imperito non ci riuscirò, farò dei guai, però io a chi mi vuole condannare dirò – ma io ero imperito, ero ignorante, ero assolutamente incapace e la legge mi tutela perché io ho applicato le linee guida ed ero imperito. Quindi basta applicare la giusta linea guida e l'ignoranza a questo punto viene assolutamente scusata. È ovviamente una legge priva di razionalità e ce lo spiega anche una recente sentenza della Cassazione che appunto alla fine spiega ancor prima che ha difficoltà ad accogliere la ratio della novella. Allora quali sono le esigenze del perito? Abbiamo visto quelle della Magistratura, abbiamo visto quelle del risk management, le esigenze del perito sono quelle di comprendere, di sviluppare, di introdursi nella situazione ex ante, cioè comprendere quale fosse la condizione clinica del paziente prima del trattamento medico, è fondamentale calarsi nella situazione precedente perché sennò qualsiasi valutazione, sennò è una valutazione che non tiene conto di questo aspetto fondamentale, è troppo facile fare la valutazione sulla base di quello che sappiamo dopo, comprendere le istanze del paziente. I pazienti non sono tutti uguali, anzi i pazienti sono tutti diversi e il consenso informato rende ulteriormente diversi i pazienti perché le istanze di ognuno di essi possono differenziarsi e se il paziente non acconsente a ciò che la linea guida presuppone perché non ha la possibilità di conformarsi a questo particolare percorso diagnostico terapeutico, il medico è obbligato a seguire le istanze del paziente nel consenso, cioè nella valutazione consensuale delle istanze del paziente e quindi se questo impedisce di utilizzare linee guida stabilite dalla legge in vista di altre prospettive, di questo non si può non tenere conto quindi il rapporto fra il medico e il paziente diventa un aspetto assolutamente irrinunciabile. Ma bisogna anche comprendere quali sono le condizioni operative del professionista, quali sono le dotazioni strumentali di cui può essere messo in possesso dalla struttura ospedaliera, se queste sono obsolete, se queste sono efficaci, se queste ci sono o non ci sono, perché un conto è operare in una grande struttura ospedaliera e un conto è operare in un piccolo ospedale di provincia, quindi le linee guida nella loro generalità non potranno mai essere così precise da essere applicabili in qualsiasi contesto operativo e se io non conosco il contesto operativo la valutazione certamente non la potrò applicare adeguatamente. Valutare il nesso di causalità lo abbiamo sentito prima dall'avv. Bonati, è un aspetto assolutamente fondamentale, non basta aver violato la linea guida per essere colpevoli, bisogna dimostrare in maniera concreta, accurata, veritiera la correlazione causale fra il supposto errore, fra la condotta doverosa, potenzialmente impeditiva dell'evento e l'evento di danno che si è verificato, quindi il nesso causale è un ulteriore aspetto fondamentale di cui la legge però non fa menzione. La specificità della condizione patologica, non basta dire – ha quella patologia – perché le patologie nelle varie persone possono avere connotazioni sintomatologiche, di espressione di segni, di disturbi diversi da caso a caso. Ci possono essere tanti professionisti coinvolti, anche stamattina abbiamo sentito che la legge nulla ci dice sulla responsabilità d'equipe, ma la valutazione sulla responsabilità senza tenere conto del rapporto reciproco fra i vari professionisti diventa monca perché io devo valutare il comportamento di un professionista e non posso far finta che lavori da solo, perché oggi come oggi la responsabilità è sempre o quasi sempre d'equipe, quindi non ha fatto una cosa ma perché doveva farla qualcun altro? Era compito suo? Era compito collettivo oppure no? La difficoltà del caso concreto, abbiamo sentito questa mattina il dr. Iadecola quando ci ha parlato del caso atipico, del caso oscuro, quindi di casi che a posteriori sembrano di ovvia risoluzione ma inizialmente potrebbero assolutamente non esserlo. E tante altre situazioni. Quindi il singolo caso non è mai uno dei tanti casi, non è mai riconducibile alla media dei casi, è soltanto un caso specifico e come tale va trattato e il medico legale deve fare come il clinico, quindi deve valutare non la malattia ma il malato, nella sua assoluta particolarità e il caso clinico nella sua assoluta particolarità quasi mai sarà riconducibile alle previsioni di una linea guida. Perché ci possono essere condizioni di urgenza o di emergenza che impediscono di seguire i normali percorsi operativi, perché i protocolli esistenti possono essere contraddittori o in contrasto con la comunità scientifica, perché le linee guida on possono essere applicabili a quello specifico contesto, perché appunto il quadro patologico può essere oscuro o complesso, perché ci possono essere delle condizioni soggettive del professionista, la stanchezza, il malessere, stress emotivi, il fatto di essere sveglio da ventiquattr'ore, che non possiamo fare finta che non esistano e quindi quali sono gli strumenti operativi che il perito medico legale e specialista dovrebbero adottare per rispondere alle necessità di comprensione del singolo caso? Un aspetto assolutamente irrinunciabile è ovviamente l'analisi della documentazione sanitaria e poi ci potrà essere, ma l'ho messo un pochino più in piccolo, l'anamnesi raccolta dal paziente che spesso e volentieri ricorda ben poco di quanto è successo perché quel poco che ricorda non è coerente spesso e volentieri, perché il paziente lo vede ex post e non ex ante e lo stesso le testimonianze dei sanitari perché anche le testimonianze dei sanitari non ci aiutano spesso e volentieri. Allora l'analisi della documentazione sanitaria è l'aspetto fondamentale, con la cartella clinica, le certificazioni, il consenso informato, questo non è più compito del perito, questo è compito dei medici. Devono essere i medici ad aiutarsi da soli, ad aiutare il perito ad aiutarli, perché se i medici non compilano la cartella clinica, compilano dei consensi informati che non informano di nulla, se le certificazioni sono fuorvianti il perito non avrà nulla su cui compiere una valutazione ex ante legata al caso concreto e a questo punto la perizia non verrà fatta bene. Grazie

Le linee guida: croce o delizia nel giudizio di colpa

Giuseppe Lavra - Presidente Omceo Roma



*Relazione come da trascrizione audio

* Buonasera, grazie per il gradito invito e puntualizzo anche che se non me lo avesse chiesto l'amico fraterno Piero Muzzetto oggi non sarei qui perché sto qui nonostante abbia grossi problemi da risolvere a Roma, lo sapevo anche quando Piero prima dell'estate mi chiese di partecipare a questo convegno, quindi avete capito perché c'è questo legame tra me e Piero Muzzetto, anche perché ci legano delle battaglie con le quali abbiamo dato un contributo non indifferente in alcuni passaggi importanti nel 2014. Detto questo io mi occuperò di questi aspetti, sul perito poi se mi viene in mente magari nel discorso ne parlerò. Partiamo dal Codice. Il Codice ancorché non sia stato brillantemente copiato perché in fondo il Codice avendo questa storia tutto sommato è la storia del Codice millenaria avrebbe potuto, come dire, suggerire una modalità di approccio all'incipit dell'art. 5 come abbiamo visto anche chi mi ha preceduto lo ha rappresentato in maniera molto puntuale, avrebbe potuto chi avesse voluto, come dire, attingere alla fonte di chi ha ritenuto di scrivere le cose più ortodosse su ciò che attiene al riferimento che deve fare il medico nell'esercitare la propria professione, avrebbe potuto leggere all'art. 6 che deve adeguare o fondare l'esercizio della propria professione alle competenze su principi di efficacia e di appropriatezza aggiornandoli appunto alle conoscenze scientifiche disponibili, come dice l'art. 6 mediante una costante verifica e revisione dei propri atti. Questo è un punto d'arrivo del nostro scibile che abbiamo scritto dopo, come dire, avere scritto in maniera dal ROT in poi almeno dieci Codici deontologici, l'ultimo lo abbiamo scritto nel 2014 ma ne avevamo scritti anche altri nel secolo precedente, penso ai Galatei, al Codice di Trento e penso agli altri codici, quindi non abbiamo improvvisato queste affermazioni. Quindi quando parliamo di conoscenze scientifiche disponibili che sono gli elementi sui quali si deve fondare la professione medica ovvero l'esercizio della professione medica stiamo parlando di quella che è la sostanza delle cose, la sostanza della nostra professione e abbiamo anche la consapevolezza che non tutto, e mi pare che lo abbia detto molto bene Maurizio Benato prima, non tutto è disponibile alle conoscenze scientifiche tant'è che anche il tormentone di dire, ma la scienza medica è una scienza è un'arte, si potrebbe concludere dicendo è una scienza umanistica ma con elementi di scientificità ma anche e soprattutto con elementi di cui c'è la consapevolezza che noi stiamo parlando, non stiamo parlando di una scienza esatta, le scienze esatte sono ben altre, quindi penso alla matematica, alla fisica e quant'altro, però rimane una scienza di carattere umanistico quindi sottolineare come abbiamo fatto all'art. 6 , ma poi lo vedremo anche all'art. 14, che stiamo parlando delle conoscenze scientifiche disponibili che sono quelle che ci debbono ispirare nell'esercizio della nostra professione secondo me è un punto di arrivo e sostanziale molto importante, quindi non averne tenuto conto avendone la disponibilità di questo elemento oggettivo è un qualcosa che a chi ha, come dire, ve lo diceva il Presidente Muzzetto questa mattina, che abbiamo riscosso una sorta di ordine del giorno di cui ancora non sappiamo che farci perché la legge ormai è entrata in vigore da circa 200 giorni e ancora purtroppo stiamo a questo punto. Insomma gli elementi sono questi, lo scibile della medicina fondato su base scientifiche certe, la letteratura medica più accreditata e l'esperienza e anche il buon senso perché anche questa parola un po' sembra quasi abbandonata il concetto del buon senso, che debbono ispirare la nostra professione e non certo concentrarla come abbiamo visto nelle modalità che non medici hanno in maniera molto brillante esaminato e oggettivamente criticato con l'eleganza sublime dell'amico ladecola ma anche con qualche passaggio abbastanza severo di altri amici che mi hanno preceduto. E qui all'art. 13 salta agli occhi e ve l'ho messo in rosso, il *tiene conto*, ma già chi mi ha preceduto, cioè nel Codice c'era scritto che delle linee guida, perché il Codice non è che si è scordato, le linee guida sono una realtà, non è che il Codice se le sia scordate, però ha scritto, *ne tiene conto*, è uno strumento di riferimento nell'ambito di un percorso piuttosto complesso che riguarda il nostro agire, la nostra, diciamo, esigenza di esprimere, di muoverci nell'atto medico, quindi c'è anche la consapevolezza che stiamo parlando di raccomandazioni che hanno delle caratteristiche ben chiare, non stiamo parlando delle tavole di Mosè, stiamo parlando di elementi che sono arrivati e che probabilmente hanno una derivazione anche dal mondo della sicurezza del lavoro come si accennava prima, le linee guida da un punto di vista di fonte normativa trovano una particolare attenzione nel Decreto legislativo 81 laddove si ha una esigenza forte, quindi pensate anche ai grandi processi dei grandi incidenti sul lavoro che si sono verificati in Piemonte e anche altrove, là bisognava definire preventivamente un percorso di rischio, ma parliamo di sicurezza del lavoro, non stiamo parlando della complessità di quello che il nostro lavoro clinico, ma come ha sottolineato chi mi ha preceduto, anche il lavoro non clinico quale quello che fa, delicatissimo peraltro, il medico legale e poi lì è tutto lineare, delle linee guida se ne tiene conto e si ricorda anche che bisogna attingere dalle linee guida che siano indipendenti e che siano anche fonte, fonte autorevole che ce le indica e comunque ricorda che stiamo parlando di raccomandazioni. Alle linee guida mediamente e anche in maniera un po' esagerata seguono protocolli diagnostico-terapeutici, percorsi clinico assistenziali che impegnano sempre secondo il Codice la diretta responsabilità del medico. Cosa significa? significa che il medico, secondo il Codice non è che debba agire, possa agire in maniera acritica, no il Codice impegna il medico ad agire in maniera razionale, si deve sentire responsabile quindi il Codice dice in qualche modo – sì, tu tieni conto di tutto ma sei responsabile di un atteggiamento critico nelle scelte che tu farai – questo è quello che gli dice il Codice ed è molto aderente a quelli che sono gli elementi base del nostro scibile professionale. Non c'è scelta, un sistema complesso, un'attività complessa quale quella nostra non può essere. Qui sottolineo l'aspetto che ho accennato prima, non è una definizione di regole come dire improvvisate o buttate lì, hanno un percorso che partono da 2500 anni e hanno avuto quelle evoluzioni ma possiamo anche dire che nel gruppo in cui abbiamo lavorato

nell'ultima occasione che si è conclusa il 18 maggio del 2014 c'erano figure professionali che sia Vito, Maurizio, Piero ricorderete, qualcuno purtroppo lo abbiamo perso anche recentemente, avevamo delle menti brillantissime, avevamo delle persone con le quali abbiamo ponderato bene prima di scrivere queste cose per noi importanti ma credo che siano importanti per tutti perché come ci ha sempre insegnato ladecola queste non sono regolette per una bocciofila, queste sono le norme comportamentali che hanno un valore giuridico per la categoria medica, quindi noi eravamo consapevoli che scrivevamo queste cose, credo che ne fosse consapevole anche il coautore di questa legge che effettivamente ha dei pregi rispetto a quello che è l'elemento, come dire, di una legge organica come è stato detto stamattina, ha dei pregi perché inquadra la materia nella sua completezza, nella sua totalità di problematiche che tocca, però, però, come dire, gli elementi in cui ci si affaccia imprudentemente e io credo che sia proprio abbastanza appropriato dirlo, imprudentemente a toccare con il 590 sexies il Codice penale avendo avuto presente quello che abbiamo recuperato con la sentenza Franzese nel 2002 che bene o male aveva recuperato un'altra situazione errata, sbagliata da parte dell'orientamento della giurisprudenza, che ci imponeva fino ad allora a dover rispondere del risultato piuttosto che dei mezzi ed è quello secondo me che ha terrorizzato la nostra professione tale da arrivare poi ai tempi nostri in cui siamo terrorizzati e parliamo tutti, e mi è piaciuto che qualcuno l'ha detto in maniera molto sottolineata, alla cosiddetta medicina difensiva. Il Codice a mio avviso deve recuperare anche e probabilmente, anzi, senza probabilmente, il Codice lo fa, però io voglio sottolineare in maniera molto più forte un elemento base di cui si parla sempre di meno. Oggi a mio avviso ci si riferisce in maniera un po' troppo frettolosa a definire medicina di qua, medicina di là, medicina riflessiva, medicina di altro genere, ci sono amici che mi hanno portato avanti discorsi della medicina ambientale applicata, medicina dei segnali, tutte robe molto avanti anche culturalmente, però io sono convinto che la medicina sia una e che i padri della medicina ci hanno insegnato che la medicina è quella, e che il metodo clinico è alla base dell'unica medicina. E il metodo clinico mi sono permesso, quindi lo faccio un po' da internista questo, mi sono permesso di sottolinearlo quali sono i passaggi, mi permetto anche di leggerli: la storia, l'anamnesi completa del caso clinico, quello è l'incipit della valutazione clinica, parte da lì, l'ha detto bene Maurizio Benato stamattina, gli americani hanno fatto un lavoro 4 o 5 anni fa in cui hanno detto che l'85% o il 74%, non mi ricordo che percentuale, la diagnosi si fa con l'anamnesi, non è che si fa con la Tac o con la Risonanza. Esame obiettivo, sì, bisogna visitare, purtroppo accade che sempre meno si visitano i malati ed è una prassi quotidiana, io non so se a questa latitudine accada ma io che ancora sto in corsia, vi dico che non è più usuale, certo che ci sia sempre l'esame clinico fisico del paziente. L'indagine di laboratorio, gli esami strumentali orientati, anche questo è un passaggio del metodo clinico e poi dopodiché si fa una sintesi dei dati finalizzati a un orientamento diagnostico. Il Codice dice – fai la diagnosi oppure consegui un orientamento diagnostico - non è che ti può obbligare a fare la diagnosi perché spesso è difficile. È vero che oggi ci muoviamo più sulla medicina dei sintomi piuttosto che sulla medicina della diagnosi, purtroppo accade perché tutti tendiamo alla semplificazione del nostro esistere anche professionale, però non è quello il metodo che ci hanno insegnato quei maestri che io vi ho citati lì, tra l'altro Frugoni è stato l'estensore del Codice del 1954, e poi, ove necessari, ci sono degli approfondimenti e poi c'è la diagnosi differenziale. Non si sente più parlare di questo aspetto ma, la diagnosi è sempre frutto di un qualcosa che noi osserviamo dal nostro scibile e che diventa diagnosi differenziale che poi diventa diagnosi. E poi ci sono le indicazioni di ordine prognostico, diagnostico e soprattutto le indicazioni che dice, ma il prognostico è importante anche nella dualità dei nostri rapporti, perché? Per il semplice fatto che i nostri pazienti che molte volte più che conoscere la diagnosi vogliono sapere come se la caveranno, quindi alla diagnosi ci deve essere sempre collegato un elemento, ma questo è importante anche per la terapia, perché determinate terapie se stiamo facendo delle valutazioni prognostiche di un certo tipo noi non le portiamo avanti, non sono opportune, non sono proporzionate,

quindi le valutazioni sono così complesse, così importanti che ridurle a ciò che è stato ridotto nell'incipit dell'art. 5 sull'esercente la professione sanitaria, se non fosse un po' drammatico mi verrebbe anche da ridere. E qui andiamo a vedere quello che è oggi, come dire, ciò che in qualche modo, mi sono permesso di ricordare il metodo clinico dei nostri padri della medicina moderna, ma voglio dire, il contesto entro il quale ci muoviamo è un contesto che noi agiamo nell'ambito delle linee guida, dei protocolli diagnostico-terapeutici, dei PDTA, piano diagnostico terapeutico assistenziale, sul quale voi vedrete, però se mancano le basi di quello che è il percorso clinico e soprattutto se non ci rendiamo conto, è chiaro che io sto parlano da internista, ma ci sono altre specialità indispensabili tutte peraltro, anche la medicina interna ormai si è capito dopo gli anni '80 che è indispensabile anche la medicina interna, ma ripeto, anche le altre specialità che spesso non si muovono nel ventaglio completo perché la diagnosi spesso viene fornita in maniera, come dire, preparata, però tutti devono avere presente che un paziente alla conclusione del suo iter ha sempre dovuto seguire quell'iter perché se si salta qualche cosa manca sempre qualcosa. Voi avete sentito la polemica dei giorni scorsi di un ministro che ha detto –non si può morire per trapianto cardiaco - ha fa una affermazione scientifica, ma voglio dire, di una bestialità colossale, perché come si fa a dire questo quando poi si scopre che quella mortalità è gravata per il 10% dei casi. Ma cosa voglio dire su questo? Voglio dire che se noi ragioniamo da un punto di vista serio allora il prognostico o il rischio, ecc. non si può agire così mediaticamente e così disinvoltamente, qui stiamo parlando di fatti seri, non si può ragionare su questi aspetti senza tenere presente le basi del nostro scibile e soprattutto il metodo che noi dobbiamo avere ben chiaro e non dobbiamo saltarlo perché altrimenti succedono dei cataclismi. Quando io vi facevo riferimento a quel caso, non vorrei sforare il tempo… voglio dire, io ho parlato con il collega che era messo in mezzo da questa questione e gli ho suggerito, guarda che tu, era obeso il paziente? Al di là del fatto che la bestialità era stata già messa a posto, io feci anche un comunicato stampa poi un po' l'hanno censurato, ma questo fa parte del clima, io ho detto al collega, attento però, era obeso, era sovrappeso il paziente? Ma io che ne so, questo è un ottimo grande chirurgo, io apro il torace sistemo tutto. Allora, mettiti un internista dentro il reparto perché bene o male magari ti saprà raccontare tutto del paziente perché ci sono le pluripatologie e tu ti muovi in maniera più certa e più sicura.

Questo mi sono permesso di accennarlo perché l'ho fatto. Qui è chiaro sulle linee guida hanno detto tutto gli amici qua, non dovrei dilungarmi. Sappiamo tutti come si costituiscono le linee guida, ne abbiamo anche rispetto, ne abbiamo anche, come dire, rispetto assoluto anche dei limiti delle linee guida, sappiamo anche, questo è il riferimento che vi dicevo prima del decreto legislativo, qualcuno ha richiamato posizioni più chiare e anche più lucide della Cassazione su questo e quindi mi avvio alla conclusione così Piero non sforo nei tempi, e poi sappiamo bene che le linee guida sono delle messe a punto, degli studi di cui disponiamo e che il livello di efficacia e soprattutto della prova di efficacia è legata alla capacità di minimizzare le possibili distorsioni, quindi le migliori linee guida sono quelle che in qualche modo sono formulate attingendo ai migliori studi, alle migliori metanalisi e soprattutto avendo anche la capacità in ragione dei vari bias che possono avere i risultati che conseguono queste linee guida, graduarle in una scala gerarchica attraverso delle, con la classificazione e qui ci sono già società che in qualche modo hanno messo a punto questi elementi e consentono anche di attribuire livelli minimi di attendibilità a quelli che sono i case report o i casi così di serie che non hanno nessun significato, quindi, è la sostanza da dove le hai attinte quelle regole che tu scrivi nelle linee guida e poi fai le classificazioni con le lettere, ecc. e se è in grado di valutare il reale valore di efficacia e il livello di prova di efficacia e anche della possibilità di dare un determinato peso. Immaginate voi di dover attingere o cercare linee guida in un contesto della polipatologia, io personalmente lavoro tutti i giorni fuori dalle linee guida, ma non perché me ne chiamo fuori, ma perché come potrei applicare le linee guida nel mio lavoro quotidiano in corsia con pazienti che hanno minimo sette, otto patologie importanti. Quindi il mondo reale io credo che debba entrare anche nelle norme, nelle leggi, altrimenti il rischio è grosso. Che cosa rappresentino, che cosa possano rappresentare le linee guida io credo che sia ormai, dai lavori intensi e veramente di grande livello che io ho potuto seguire in questo convegno oggi, debbo dire che tutto sia emerso e il mio compito ormai è diventato anche troppo facile. Quando andiamo all'art. 5 mi pare che il collega che mi ha preceduto è stato sublime nel richiamare questi aspetti, però qui purtroppo quando parla – gli esercenti la professione sanitaria- già a noi in qualche modo ci aveva fatto venire un po' di bolle mi pare Piero, insomma, anche dire *si attengono*, è un problema pesante, perché lo abbiamo detto, non lo ripeto, le raccomandazioni probabilmente sono da considerare anche in un fattore tempo, cioè gli aggiornamenti che noi abbiamo, l'evoluzione turbinosa delle nostre evoluzioni delle conoscenze è talmente così vorticoso, che è impossibile che le linee guida possano rappresentare quel punto di riferimento così assoluto, cioè anche per un fattore tempo, non mi dilungo sugli aspetti di come vengono svolti rispetto al mondo reale gli studi e soprattutto i grandi trial perché lo sappiamo tutti, quindi come si fa a prendere uno strumento del genere per quanto prezioso possa essere, per quanto ben confezionato a considerarlo come elemento unico di riferimento addirittura da porgerlo al magistrato come certezza, guarda tu giudica con le linee guida, perché questo è quello che scrive praticamente il 590 sexies e qui non vedo la conclusione, come mai, forse ho sbagliato, vado alle conclusioni perché sennò Piero mi caccia.

Si potrebbe dire che il Codice deontologico è decisamente il più puntuale, è più puntuale della legge e che questa croce e delizia, è quello che tu mi hai dato come tema, ce lo potevamo risparmiare. L'ho detto un po' alla romana, utilizzando invece in modo più proficuo il grande contributo di queste preziose sintesi che le fatiche degli studiosi ci offrono che sono un grande contributo anche prezioso io lo considero, però non considerarlo in maniera assolutistica, questo è quasi un crimine a mio avviso da un punto di vista, parlo culturale. E poi direi che la soluzione, e concludo davvero, è nell'incontro e nella contaminazione dei due saperi, scienza medica e scienza giuridica. Se noi riusciamo a contaminarci per davvero io credo che noi arriviamo e dobbiamo fruire molto della sentenza Franzese che ci ha liberati dall'obbligo di dover dimostrare che i risultati eventualmente ci possono condannare.

Quando la gente muore non muore perché è colpa nostra, la gente muore perché si nasce per morire. Grazie e arrivederci.

TAVOLA ROTONDA
La responsabilità nel contenzioso. Dagli aspetti civili e assicurativi a quelli deontologici

Moderatori: N. Sinisi - G.F. Iadecola

INTERVENTI

Roberto Ferrari - Consulente assicurativo

*Relazione come da trascrizione audio

*Intanto buonasera a tutti, un ringraziamento particolare va all'amico Piero Muzzetto, presidente che mi dà questa opportunità di parlare di assicurazioni. Generalmente gli assicuratori sono considerati un'appendice nella nostra vita ma non è proprio questo il nostro ruolo. Il nostro ruolo è quello di far capire quanto sia importante l'assicurazione in ogni senso, nella famiglia, nell'attività, nell'attività professionale come in questo caso oggi ne parliamo di responsabilità civile professionale medica. Vorrei partire dalla legge Gelli, la legge Gelli sicuramente non spingerà le compagnie ad affrontare un mercato in questo momento ovviamente per le luci e ombre che la legge ha posto all'attenzione nostra, sicuramente non porterà uno sviluppo del settore assicurativo in materia di responsabilità civile, anzi direi che in questo momento le Compagnie sono estremamente attente e sono in attesa dei decreti che dovranno venire. Questo perché? Perché la RC professionale è sempre stata in questi anni oggetto di un grande focus da parte di tutte le Compagnie in generale, perché ha portato a un livello di contenzioso estremamente elevato. Pensiamo solo che in Italia le denunce portate alle Compagnie di assicurazioni sono state, questi sono dati Ania che io sono andato a reperire, ha portato ad un livello di 32.150 denunce fino al 2015 praticamente, 19.200 sono quelle relative alle Asl, alle aziende, e il rimanente è quello dei medici, le denunce che i medici hanno dovuto fare per cautelarsi nei confronti di chi chiede l'eventuale danno patito. Tutto questo se aggiunto poi a una situazione di rapporto sinistri e premi che vuol dire quanto incasso e quanto pago, nel caso specifico le compagnie in Italia hanno superato il rapporto sinistri premi per un 150% nei premi, per quanto riguarda solo l'aspetto dei medici e il 172% per quanto riguarda le aziende sanitarie. Questi sono dati macroscopici che indubbiamente devono farci riflettere per il futuro di quello che sarà la copertura assicurativa per le attività mediche. Se a questo poi aggiungiamo i costi che sono aumentati, che sono lievitati in maniera sproporzionata, del risarcimento devo dire che io vedo un futuro, nella mia modestissima posizione, vedo un futuro molto nero per le coperture assicurative professionali medici ma non solo. Oggi parliamo dei medici mi riferisco solo ai medici. Il tempo ovviamente ci darà purtroppo dei dispiaceri in questo senso perché io vedo già come si stanno muovendo talune compagnie, molte compagnie hanno modificato delle clausole che sono fondamentali per le coperture assicurative dei medici, siamo passati dalla loss occurrence alla claims made che apparentemente detto così sembrerebbe niente ma è fondamentale per il medico, è fondamentale perché i sinistri dei medici, ammesso che vi sia colpa, emergono a distanza, non vengono fuori oggi per domani, emergono negli anni, possono venir fuori negli anni, qualche cosa che è capitato quattro anni fa può emergere oggi e la claims made ovviamente è un capestro estremamente pericoloso proprio per la tranquillità del medico. Tant'è che io dico sempre con i medici con i quali ormai da quarant'anni dialogo, stiamo attenti in questo momento a tenere le polizze che uno ha ben strette, perché se uno ha intenzione di cambiare compagnia, se uno ha intenzione di andarsene deve avere dall'altra parte un consulente serio che gli dice, che gli dà il consiglio giusto, che gli dice di non muoversi perché se la polizza è claims made il medico perde il diritto a tutti i risarcimenti, a tutti i danni avvenuti precedentemente la cessazione del contratto. Questa è una cosa gravissima che molti non conoscono, io mi sono ritrovato con persone che sono state sprovvedute perché non tutti sanno queste cose ovviamente, il consulente non ha parlato chiaro al momento della stipula del contratto, si sono ritrovati a dover mettere mano al proprio portafoglio e fino a che il danno è piccolo, va beh, uno dice faccio un sacrificio, do fondo ai risparmi visto che i medici guadagnano tantissimo, uno è tranquillo, ma quando i danni sono di elevata natura il problema veramente è molto grave. Quindi massima attenzione quando uno volesse cambiare compagnia a questo aspetto, massima attenzione quando si stipulano i contratti perché nei contratti si nascondono, anche se sono regolati dal Codice civile, si nascondono comunque delle clausole che le compagnie inseriscono subdolamente, uso questo termine, ma per tutelarsi il più possibile in caso di sinistro. Purtroppo questo è un malcostume generale, a volte anche magari anche interpretativo di un articolo del Codice non sempre vi è, direi così, l'arte del camuffare le condizioni di polizza, quindi massima attenzione perché veramente questo può portare disastri immani in una famiglia di professionisti. L'aspetto poi fondamentale nella stipula dei contratti è andare a leggere talune clausole che sono quelle relative al recesso del contratto per sinistrosità. Questo è un altro aspetto grave che tra l'altro trovate anche nell'ultimo capitolo del depliant del programma di oggi perché le compagnie al primo sinistro spesso, torto o ragione che uno possa avere poi nel giudizio della legge, del magistrato, la compagnia manda in primis la disdetta e questo è il dramma ulteriore per il medico perché poi trovare compagnie che sono determinate a riprendere il rischio è quasi impossibile, oppure è possibile a condizioni capestro, non voglio pensare a professionisti che esercitano l'attività di ginecologo, di ortopedico, attività chirurgiche, che quelli proprio diventano inassicurabili, ma direi in generale a tutti. Quindi questo è un altro aspetto fondamentale che questa legge Gelli dovrebbe anche prevedere in funzione di una tranquillità del professionista. Io in questa legge Gelli non trovo un riferimento a questa cosa, qui gli esimi avvocati che mi hanno preceduto mi sembra che non abbiano fatto cenno a questa cosa, ma direi questo articolo che va inserito nella legge Gelli è determinante, perché il pericolo di essere chiamati in causa anche quando non vi è responsabilità, è alle porte tutti i giorni e quindi uno si trova senza copertura assicurativa. Io ho una situazione di alcuni vostri colleghi che sono scoperti di assicurazioni che continuano a operare, ma a operare in cliniche private con rischi inimmaginabili. Questa è una situazione direi da esaminare e il Presidente Muzzetto che ha tanto fatto gli studi

sulla legge dovrebbe anche spingere questo discorso dell'inserimento di un qualcosa che blocchi o quanto meno che vada a mitigare, cioè io disdico il contratto quando pago, al limite, ma non quando faccio la denuncia, non è ammissibile, non è socialmente un aspetto serio, non è serio da parte delle compagnie, però lo fanno tutti, io vi dico che lo fanno tutti. Non c'è compagnia che non applichi subito l'articolo della disdetta in caso di sinistro entro i sessanta giorni dalla denuncia o dal pagamento del sinistro. Questo è un altro aspetto grave ma che purtroppo noi ci dobbiamo intanto subire perché la dobbiamo subire questa situazione. L'altro aspetto sono i premi e io credo dal mio punto di vista che in futuro saranno sicuramente in forte aumento proprio per questa litigiosità che si sta sempre instaurando tra paziente e professionista, anche se la legge Gelli devo dire ha ribaltato un pochino le cose sotto l'aspetto della richiesta danni che non è più di dieci anni, ma è di cinque anni anche se ha modificato l'onere della prova, cioè la prova non spetta più a me medico o struttura sanitaria ma spetta a te paziente che dichiari di aver subito il danno. Queste due cose comunque non porteranno che poca roba, forse niente anche sotto l'aspetto della normativa e dei premi perché sostanzialmente il contenzioso continuerà a andare avanti. Io ti dimostro che tu mi hai procurato o mi hai fatto un danno, però poi io mi devo difendere io medico, quindi avremo un contenzioso che non diminuirà ma che sarà sempre al livello di oggi. Quello, il livello di cui io già temo sarà ancora più acerrimo perché effettivamente la situazione sanitaria nonostante sia attenta al paziente crea delle aspettative, prima ho sentito un relatore che ha detto si deve morire, non si muore solo perché il medico sbaglia, si deve morire perché questa è la nostra natura, si nasce e si muore. Però purtroppo io parlo da paziente, cerco di attaccarmi poi a tutto, se posso, ma se mi avesse fatto, se mi avesse forse potevo salvarmi, non è così, questo è il vero contenzioso e un altro aspetto fondamentale è il rapporto, io ho sentito citare da più di un relatore, il rapporto tra paziente e professionista, se si instaura un rapporto umano, un rapporto deontologico, un rapporto chiaro quasi di amicizia con il paziente noi abbiamo visto che i sinistri diminuiscono, anche questo contribuisce acché le nostre tariffe acché i premi siano contenuti. Io non voglio togliere altro tempo perché il Presidente è uno che guarda molto spesso l'orologio, scandisce come un londinese l'orario io però penso di essere stato nei termini giusti e corretti. Io vi dico solo di prestare molta attenzione quando stipulate dei contratti di assicurazioni, fidatevi dei vostri consulenti, fidatevi anche a volte degli avvocati che devono anche loro partecipare a volte alla stesura dei contratti anche se questi sono ormai stampati, però la lettura dei contratti va fatta con attenzione e con molta molta calma e riflettete per cortesia, io ve lo do anche come provocazione, riflettete sulla claims made perché spesso, credetemi, qualche vostro collega ha sottoscritto contratti dimenticandosi di fare, di inserire in polizza la retroattività che vale più della post attività. La retroattività è fondamentale, la retroattività oggi può essere di cinque anni, di dieci anni o illimitata, questo offre il mercato, ovviamente variano poi i premi. Grazie, buon lavoro

---

Giovanni Pinardi - Avvocato Civilista Foro di Parma e Consulente Omceo Parma

Con la recente approvazione della Legge Gelli (a seguire anche solo *"L.G."*) si è cercato di raggiungere un equilibrio tra tutela del paziente e limite al contenzioso, introducendo diversi elementi innovativi: significativamente, all'avvio di tutto il complesso normativo, agli artt.1-2 delle norme della L.24/017, è stata messa la *sicurezza nelle cure*, quale *parte costitutiva del diritto alla salute* del paziente, prevedendosi la funzione di un *garante* e l'istituzione dei *Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente*.

Quanto agli aspetti che interessano i medici nel quotidiano esercizio della loro attività (e gli avvocati, ove si sostenga che in tale esercizio siano stati commessi degli errori), i Relatori che si sono avvicendati sui singoli temi prima di me, hanno trattato i singoli aspetti toccati dalla Legge, che sinteticamente (lasciando agli altri Relatori il maggior dettaglio, anche sugli aspetti strettamente procedurali regolati dalla L.G.) si riassumono come segue:

- l'art. 3 e l'art. 5 hanno definitivamente codificato, con l'istituzione del c.d. *Osservatorio*, il ricorso alle *buone pratiche mediche* nel trattamento delle malattie dei pazienti, mentre l'art. 4 regola la *trasparenza* del trattamento dei dati sanitari e le modalità di accesso;
- gli artt. 6-7 regolano invece le modalità dell'accertamento delle *responsabilità penali e civili,* prevedendosi poi agli artt. 8 e 9 dettagliate modalità per il *tentativo di conciliazione obbligatorio* e per *l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*.

A mio avviso, queste sono le norme, con gli artt. 10-12, che toccano più da vicino la concreta attività di medici, avvocati e assicurazioni, nel contesto di una legge che limita l'azione di *rivalsa* ai casi di *dolo o colpa grave*, con l'art.9;

- all'art. 10 è previsto l'*obbligo di assicurazione* regolato anche dagli artt. 11, 12 e 13; obbligo che, è bene ribadirlo, almeno in linea di principio e salve le *condizioni minime* che il Legislatore ha delegato ad una *Conferenza permanente*, prevede il mantenimento del *diritto di rivalsa* sia della Struttura, sia dell'Assicurazione, nei confronti del medico assicurato, una volta risarcito il paziente danneggiato, solo nei casi di dolo o colpa grave;
- all'art. 15 sono previste norme specifiche in tema di nomina dei C.T.U. nelle cause di responsabilità sanitaria, all'art. 16 un'integrazione alle disposizioni introdotte con la legge di stabilità per il 2016 per il *monitoraggio del rischio clinico,* oltre alle norme "di chiusura" contenute nell'art. 17 (applicabilità alle regioni e province autonome) e nell'art. 18 (per la c.d. *invarianza finanziaria*, ovvero la conferma che la Legge Gelli non porta maggiori oneri a carico dello Stato).

Quale impressione ritrarre dal nuovo assetto normativo?

Da una parte il Legislatore non se l'è sentita di escludere espressamente la responsabilità in caso di colpa lieve del medico, ridando vigore al testo dell'art. 2236 c.c., che - in caso di interventi *di speciale difficoltà* - escluderebbe la responsabilità per il prestatore di opera intellettuale in caso di colpa lieve, affermandola solo per i casi di dolo e colpa grave; in altre parole, riportando indietro l'applicazione dei principi della re-

sponsabilità medica a prima degli interventi di decenni di giurisprudenza di legittimità, le cui sentenze (taluni sostengono) hanno svuotato il dato letterale della norma.
Dall'altra, però, ha rimarcato con l'art. 7 (che rappresenta forse la norma su cui porre subito attenzione, con l'art. 9, della L.G.) la distinzione tra responsabilità della struttura sanitaria e quella del medico (considerando "struttura" anche l'U.S.L., allorché il medico operi in regime di convenzione S.S.N.: cfr. l'art. 7.2).
Merita di essere osservato che, salvo mie sviste - se si legge l'art. 7.2 - le estensioni ivi indicate ai casi regolati dall'art.7.1 (che riguardano gli interventi sanitari praticati all'interno delle "Strutture"), non si riferiscono alla c.d. *libera professione pura* del singolo medico (quella di chi non è dipendente o convenzionato, né svolge le altre attività ex art. 7.2).
Infatti (v. l'art. 7.2) la *libera professione intramuraria* rimane pacificamente limitata a quella svolta dai dipendenti pubblici all'interno delle strutture pubbliche e le *attività di sperimentazione*, *ricerca clinica* e *telemedicina* dovrebbero essere un numero residuale rispetto a tutte le attività sanitarie. Vero è che in tale contesto sono ricomprese le attività *in convenzione con il S.S.N.*, per cui i "medici di famiglia" e gli "specialisti convenzionati", a differenza di quelli "non convenzionati", dovrebbero poter contare su un regime di maggior favore nelle cause di responsabilità medica.
Non ho rinvenuto una norma *ad hoc* che regola, come fa l'art. 7.2 per quelli "strutturati", l'attività del medico libero professionista, il quale operi nel proprio ambulatorio privato, senza alcun rapporto di dipendenza con alcuna "Struttura", o di convenzione con il S.S.N.
Di conseguenza - mentre, di norma, salvo che risulti un "contratto" tra medico "strutturato" e paziente, il primo sarà chiamato a rispondere ex art. 7 a titolo di responsabilità extracontrattuale (cfr. l'art. 2043 c.c.), allorché operi come dipendente presso un ospedale pubblico o una casa di cura privata, o in regime di convenzione S.S.N., oppure anche occasionalmente presso una di quelle "Strutture", che si avvalgano della sua attività (art. 7.1) - il medico non convenzionato, ("specialista" o "generico") ben potrebbe rispondere a titolo di responsabilità contrattuale (cfr. l'art. 1218 c.c. e principi conseguenti), se riceve e cura il paziente nel proprio ambulatorio "privato", come di prassi avviene sempre.
La struttura sanitaria, viceversa, risponderà sempre a titolo di responsabilità contrattuale (cfr. l'art. 1218 c.c. con l'art. 7.1).
Ciò con i differenti oneri di prova nella causa contro il medico, a carico del paziente in un caso o nell'altro, ben noti agli avvocati, oltre che per il regime della prescrizione del diritto dello stesso paziente (cinque anni, verso il medico "strutturato – convenzionato"; dieci, verso la struttura e i liberi professionisti "puri").
Inoltre, va osservato che con l'art. 9 l'azione di *rivalsa* (dell'Assicurazione o della Struttura) è stata limitata ai casi di dolo o colpa grave, ovviamente intendendosi per *azione di rivalsa* la "causa" che chi ha pagato il danno esercita verso il responsabile effettivo del danno stesso, per essere da questi tenuto indenne dall'esborso effettuato, nel nostro caso seppur con le limitazioni indicate dallo stesso art. 9.
Se quindi si può parlare di *limitazione ai casi di dolo o colpa grave* per la *rivalsa della struttura/assicurazione* verso tutti i medici - siano essi gli "strutturati" e assimilati, o i liberi professionisti "puri" - non mi sembra che vi siano disposizioni che vietino al paziente di agire direttamente, a norma dell'art. 2043 c.c. (o in via contrattuale, a norma dell'art. 1218 c.c., per intendermi con gli avvocati, ove il "contratto" sia provato), nei confronti del medico che abbia "operato" all'interno di una struttura sanitaria, o in regime di convenzione S.S.N., o nel proprio ambulatorio privato, per qualsiasi ipotizzata "responsabilità", sia essa più o meno "grave".
A mio avviso, l'azione diretta del paziente verso il medico, sia esso "strutturato" o meno, non è vietata, e anzi sarà probabilmente la prassi più utilizzata anche verso i medici dipendenti e convenzionati S.S.N., sia essa proposta direttamente dal paziente verso il medico, sia che arrivi su "chiamata" della Struttura o dell'Assicurazione: anche ai non giuristi basta leggere l'art. 9.3 per convincersi di quale sarà la prassi più utilizzata.
In tali ipotesi, infatti, la *rivalsa* verso il medico può essere esercitata direttamente dalla Struttura o dall'Assicurazione, ma solo se il medico sia già parte della causa promossa anche nei loro confronti, per cui sembra ovvio che, per evitare la decadenza ivi prevista, ove non vi provvedesse direttamente l'attore, saranno le Strutture e le Assicurazioni a "chiamare in causa" il medico ritenuto responsabile dall'attore.
Per quanto attiene poi, ai rapporti tra paziente e singolo medico – penso in particolare al libero professionista "puro" rispetto ai dipendenti ospedalieri - l'art. 7.3 pone una presunzione "di legge", che però ammette la prova contraria.
Mentre non vedo come possa essere negata la formazione di un "contratto" tra uno *specialista non convenzionato* e un paziente che si reca nel suo ambulatorio, per esser curato (si pensi agli odontoiatri, cardiologi, dermatologi ecc. e alle *manovre* e *diagnosi* di tipo *clinico* che essi fanno nell'ambito della cura), penso che altrettanto possa dirsi per il paziente che sceglie una ben determinata Struttura per un intervento chirurgico, dopo essersi accordato con chi eseguirà l'operazione, se del caso al di fuori di qualsiasi convenzione S.S.N..
Proprio da "paziente", che è libero di scegliere il proprio medico "di base", di fiducia, seppur nell'elenco dei convenzionati S.S.N., ritengo che assimilare, come fa il comma 2 dell'art. 7, i medici di famiglia e tutti i *medici convenzionati* ai dipendenti ospedalieri, sia una forzatura [perché il medico convenzionato S.S.N. dipendente pubblico non è; e perché non vedo alcuna giustificazione nel creare una serie di differenze nel regime di responsabilità civilistica tra la posizione del "medico di famiglia", rispetto a quella dei colleghi *non convenzionati* (siano essi *specialisti* o *generici*); ed infine perché non è detto che la scelta del paziente all'interno di un elenco di "medici di base" *convenzionati S.S.N.*, non costituisca un'ipotesi di contratto, se si vuole *atipico*, a formazione progressiva].
Anzi, mi chiedo (sempre che la lettura che ho fatto della L.G. sia quella corretta) perché fare le distinzioni introdotte dai commi 1 e 2 dell'art. 7, rispetto alle attività di tutti i medici.
Ciò sempre avendo a mente il differente regime di responsabilità da applicare - sempre salvo mie sviste - ai rapporti medico-paziente, creato dalla presunzione introdotta dall'art. 7.3:

- nel caso di medici strutturati, convenzionati S.S.N. e "assimilati": *responsabilità extracontrattuale, art. 2043 e ss c.c., onere di prova "massimo", a carico del paziente, di: fatto con evento dannoso, dolo/colpa, nesso di causalità; prescrizione quinquennale*;
- nei rapporti di cura in regime libero-professionale "puro" o qualora si superi detta presunzione: *responsabilità contrattuale, art. 1218 e ss c.c., minori necessità di prova a carico del paziente: prova del fatto-contratto e affermazione dell'inadempimento stante l'evento dannoso, con onere del medico di provare di aver adempiuto; prescrizione decennale*.

Tra l'altro, l'intreccio dei due regimi di respon-

sabilità (artt. 2043-1218 c.c.) e la limitazione della *rivalsa* prevista dall'art.9, nei rapporti processuali del paziente-attore verso il medico e verso la Struttura/Assicurazione, dovranno trovare una composizione a cura del giudice, laddove entrambi i soggetti siano convenuti dall'attore-paziente, o dove uno dei due convenuti citi quello pretermesso dall'attore e venga accertata una *colpa*, magari *lieve*, del medico operante nella Struttura, o del libero professionista coperto da Assicurazione: in quest'ultimo caso la *rivalsa* non sarà consentita dall'art.9, anche se l'azione diretta del paziente non potrà esser dichiarata inammissibile.

Resta da fare solo un breve accenno alla particolare categoria dei convenzionati S.S.N. che operano all'interno di una *Casa della Salute* o per il tramite di una *S.T.P. – Società tra professionisti*: i discorsi e le norme applicabili ai *convenzionati S.S.N.* di cui all'art. 7.1-2-3, varranno anche per quelli che svolgono le proprie funzioni all'interno di queste strutture, più complesse dell'ambulatorio del singolo medico.

In questi casi i medici si trovano a gestire un rapporto interprofessionale regolato – a quanto mi risulta – o come una qualsiasi associazione tra professionisti (per la sola suddivisione delle spese, per cui la responsabilità medica è sempre individuale e certo non della *Casa*, né essa può esser suddivisa tra i Colleghi associati), o tramite la *S.T.P.* di cui all'art. 10 della legge 183/011 (l'impianto normativo è "nuovo", mancano decisioni in tema di responsabilità, per i casi in cui la *struttura societaria* e la *personalità giuridica* possano prevalere sulla *sostanza professionale*; ma dove, a mio avviso, la responsabilità del singolo resterebbe pur sempre assimilabile a quella del medico operante in una "Struttura").

Ovviamente, qualora un disguido sia da attribuire al personale di servizio della *Casa*, allora saranno tutti i medici in solido tra loro a doverne rispondere in caso di associazione senza personalità giuridica, o con le regole del modello societario scelto per la *S.T.P.*; ma, in ragione della natura del disguido, si tratterà di verificare, caso per caso, le singole responsabilità interne e se queste attengano alle "cure", di cui si occupa la L.24/017 (quindi ex art. 7.1, anche per la *S.T.P.*, essendo questa strutturata come una società, di capitali o di persone), ricadendovi, ai fini che qui interessano, anche i singoli medici, giusto art. 7.1-2-3 della L.G..

Gli artt. 2043 e ss c.c. varrebbero anche, a mio avviso, per il caso-limite del doveroso intervento del medico su un paziente non cosciente, a seguito di un infortunio occasionale, per esempio a seguito di un incidente stradale o sul lavoro, un malore improvviso, ecc..

Resta quindi sempre possibile il riparto interno di responsabilità tra Struttura/Assicurazione e medico, con esclusione della possibilità di *rivalsa* della Struttura/Assicurazione in casi di colpa lieve, venendo la *rivalsa* limitata ai casi di colpa grave o di dolo dall'art. 9, pur essendo, com'è ovvio, sempre consentito al paziente promuovere la singola "azione" (CIOÈ LA "CAUSA") verso il medico, per qualsiasi ipotesi di responsabilità.

Sarà poi da conciliare la lettura dell'art. 12.3, nel caso di causa promossa direttamente nei confronti dell'Assicurazione (*l'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nel rispetto dei requisiti minimi…*), con l'art. 9, sembrandomi pacifico che l'art. 9 si rivolge a qualsiasi *rivalsa* (non solo della Struttura, ma anche a quella dell'Assicurazione), che quindi ben potrà venire esclusa per qualsiasi ipotesi di c.d. *colpa lieve* (con la necessità di stabilire quali siano i criteri di distinzione con i casi di *colpa grave*).

Nel rapporto tra *rivalsa* e *azioni dirette* (queste, verso il solo medico o la sola Assicurazione, che comporteranno le pressoché costanti *chiamate in causa*, di chi non sia stato convenuto in giudizio da parte dell'attore), sembra evidente che grande importanza avranno, da un lato, i c.d. *requisiti minimi* dell'art. 10.6 e, dall'altro, le singole clausole pattuite dal medico con l'Assicurazione da egli prescelta, in cui, a fronte di premi commisurati al rischio, ben potrebbe esser previsto che essa rinunzi alla *rivalsa* in caso di qualsiasi *colpa*, anche *grave*.

Ciò in quanto, a mio avviso, non dovrebbe intervenire la disposizione dell'art. 1229 c.c. sul divieto di esonero da responsabilità, operando questa norma per il rapporto tra medico potenzialmente responsabile e danneggiato, non sulla "sostituzione" del responsabile nel risarcimento del danno a favore del danneggiato.

Resterebbe comunque, in ogni ipotesi di *colpa*, anche *lieve*, la citazione diretta del medico, con la disciplina dell'art. 2236 c.c. e la giurisprudenza di cui sopra (che ha escluso l'applicabilità di quest'ultimo articolo del Codice Civile in caso di *interventi routinari*, ai casi di *negligenza* ed *imprudenza*, riducendo, a detta di molti commentatori, il criterio dei casi di *speciale difficoltà*, per limitarne ulteriormente l'applicazione), dovendosi detta giurisprudenza ora confrontare con il testo dell'art. 7 L.G.

Quest'ultima disposizione regola ai primi due commi la responsabilità dei medici e delle "strutture", estendendo l'applicazione del comma 1 ai casi indicati al comma 2, mentre al comma 3 rinvia, per i casi indicati dai primi due commi (dipendenti "strutture", "intramurari", "convenzionati S.S.N.", "sperimentatori" e "ricercatori", attività di "telemedicina"), alla disciplina della responsabilità penale, che esclude la punibilità (penale) ove siano state rispettate le *linee guida*, nei casi di *imperizia*.

Lo stesso art. 7.3, riguardo alla responsabilità civile, dice che *"il giudice tiene conto della condotta"* del medico, sulla base dell'art. 5 e dell'art.590 *sexies* c.p.: ciò potrebbe equivalere a sostenere, ma forse semplifico troppo, ai fini della valutazione della responsabilità civile del medico, che la *colpa* (in ipotesi allora sarebbe quella *lieve*, mutuata dall'art. 2236 c.c.) potrebbe essere esclusa dal rispetto delle *linee guida*, cosa che però non è detta espressamente dalla L.G..

Tra l'altro – per esser "giusti" - ciò dovrebbe valere per tutti i medici e non solo per quelli che operano in una struttura (e assimilati), anche se, a stretto rigore, il secondo periodo dell'art. 7.3 è, per dir così, "agganciato" al primo periodo, che si rivolge solo ai medici "strutturati".

Ancora una volta, quindi, si rinviene un argomento per rilevare che il Legislatore si sarebbe dimenticato del libero professionista "puro", cioè del medico "non strutturato": non solo per l'indicazione di quali criteri seguire per l'accertamento dei fatti costitutivi (l'*an*, per gli avvocati) l'ipotesi di responsabilità sostenuta dal paziente, ma anche per fornire i criteri per la determinazione del danno provocato (il *quantum*, sempre per gli avvocati), ove tale responsabilità sia accertata.

Sotto quest'ultimo profilo, i Colleghi avvocati pensino anche alla limitazione alla *prevedibilità del danno* in caso di *assenza di dolo* del debitore-medico, ipotesi contemplata dall'art. 1225 c.c. per la *responsabilità contrattuale*, ma non dall'art. 2056 c.c. per quella *extracontrattuale*, che non fa distinzioni di sorta.

Su questi aspetti, a mio avviso tra i più delicati della L.G. (e sempre salvo mie sviste), sarà interessante sentire il parere dei Magistrati e degli Avvocati che si occupano quotidianamente della R.C., oltre che di quei medici che hanno concretamente seguito l'*iter* di formazione della Legge Gelli.

In definitiva, quindi, la L.G. parrebbe rivolgersi, per gli aspetti concretamente operativi inerenti l'accertamento della responsabilità

medica e la liquidazione del danno, regolati dagli artt. da 6 a 13 - nonostante l'intitolazione, che si riferisce a tutti gli *esercenti le professioni sanitarie* – per buona parte alle attività mediche svolte nel contesto di strutture sanitarie e di rapporti convenzionati S.S.N..
Se la mia impressione è corretta, essa regolerebbe, massivamente, la R.C.P. a carico dei medici, in caso di interventi effettuati presso tali strutture, mentre la responsabilità medica del singolo libero professionista non convenzionato, che opera nel proprio studio, rimarrebbe affidata ai principi generali.
Sembrerebbe allora che la L.G. sia stata pensata soprattutto per creare un meccanismo che possa abbattere i costi dovuti alle cause di responsabilità medica per il S.S.N. e quindi anche, indirettamente, il ricorso dei singoli medici strutturati e convenzionati alla c.d. *medicina difensiva*, a carico delle strutture sanitarie.
In altre parole, sempre a mio avviso, ci si è preoccupati solo di legiferare in merito a tali rapporti (tra strutture, medici coinvolti, assicurazioni e danneggiati), senza affrontare con una norma *ad hoc* gli aspetti regolati dall'art. 2236 c.c., semmai modificando coraggiosamente questa disposizione, dopo che la giurisprudenza intervenuta in proposito ha, di fatto, riscritto tale norma.
In effetti, dopo i vari "arresti" giurisprudenziali, le esimenti in caso di responsabilità *lieve* sanitaria si sono ridotte, al punto che gli operatori del diritto, negli anni passati, si sono posti la domanda se l'obbligazione del medico fosse ancora un'obbligazione *di mezzi* (cioè prestare con la massima diligenza la propria opera), o invece *di risultato* (dover assicurare l'esito della cura, in ogni caso).
Nell'attività professionale del medico sono così entrate, inevitabilmente, due distinte esigenze normative: da un lato, evitare che i medici fossero soggetti a un trattamento "privilegiato"; dall'altro, impedire che un eccessivo rigorismo potesse determinare un atteggiamento "difensivo" dei medici, più preoccupati di non assumere rischi professionali, che di adottare le cure maggiormente efficaci per il paziente, laddove tali comportamenti assumono il valore di parecchi costi per le strutture sanitarie coinvolte.
L'impianto della L.G. (e tutto quanto s'è detto sembrerebbe confermarlo), parrebbe quasi – e qui mi rivolgo ai giuristi, *in primis* ponendo questa ipotesi come mio quesito ai Relatori - essere un primo tentativo di risposta alla giurisprudenza che ha coinvolto, con i medici, anche le strutture sanitarie a quasi vent'anni da Cass. 589/1999 e a quasi dieci da Cass. 577/2008, adottando, per i rapporti sanitari sorti all'interno di strutture ospedaliere, il concetto di *contratto sociale* con conseguente applicazione dell'art. 1218 c.c. in capo non solo alla struttura, ma anche al singolo medico.
L'art. 7 parrebbe allora una risposta del Legislatore a quella giurisprudenza, qualificando la responsabilità civile della struttura a livello contrattuale e quello del medico a livello extracontrattuale, con conseguenti maggiori difficoltà di prova a carico del paziente che voglia agire contro il medico strutturato, dovuta agli oneri che l'art. 2043 c.c. impone in capo a chi agisce in giudizio (mentre, come detto, le strutture restano responsabili a norma dell'art. 1218 c.c., con possibilità di rivalersi sul medico solo in caso di dolo o colpa grave).
Resterebbe aperta la strada della causa di responsabilità del paziente verso i medici, nei casi di *colpa lieve*; ma, con la codificazione del rispetto delle *linee guida*, potrebbe risultare difficile motivare una *lieve responsabilità*, ove il medico le abbia rispettate e i vari processi di cura all'interno delle strutture sanitarie siano documentati (come mi risulta devono esserlo).
Un discorso diverso potrebbe esser fatto per il caso della *responsabilità*, anche *lieve*, del medico libero professionista non "strutturato", per cui ben potrebbe essere che le *linee guida* siano meno presenti (per gli odontoiatri, se ricordo bene, esistono per il trattamento degli interventi chirurgici ambulatoriali) o non vi siano per niente (penso all'attività dei "medici di famiglia", ma chiedo a loro conferme o smentite).
In queste ipotesi (salve le differenze delineate rispetto ai medici *strutturati/convenzionati*, ai fini dell'applicazione dei criteri d'indagine sulla responsabilità e quantificazione del danno, c.s.), varrebbero i principi generali e la giurisprudenza assestata sulla interpretazione restrittiva dell'art. 2236 c.c..
In definitiva, visto il tutto dal punto di vista dei singoli medici, mi sembra che un risultato utile sia stato comunque raggiunto, soprattutto a vantaggio dei medici "strutturati" indicati dall'art. 7.1-2-3, considerato il percorso (con i relativi *paletti*) da seguire per promuovere le cause nei confronti del medico che sia accusato di fatti di responsabilità sanitaria.
Mi sembra così evidente l'intenzione di arginare il proliferare di queste cause, a volte pretestuose e costruite appositamente al solo scopo di giungere a una transazione, o sfruttare la giurisprudenza favorevole, basata sul concetto di *contratto sociale* sopra delineato, con la quasi automatica attribuzione della responsabilità in capo al medico "strutturato", che ora è più difficile da accertare (e difatti, non so se sia per effetto della L.G., si veda la recente Cass. 27.07.017 n. 18392, che ha escluso la responsabilità civile del medico a causa della mancata prova del nesso di causalità tra evento dannoso e intervento sanitario; mentre per la giurisprudenza penale v. Cass. 39497 del 29.08.017 che, in un caso di omissione di assistenza infermieristica in ospedale, ha ritenuto necessario indagare se la Struttura, ove allertata, fosse stata in grado di garantire gli esami necessari e l'intervento di un medico, che l'omissione di assistenza avrebbe, in tesi dell'accusa, impedito).

Quanto agli aspetti deontologici - non v'è nessun accenno nella L.G. a detti aspetti, segno evidente che il Legislatore, ritenendo di non occuparsene, ha giudicato sufficiente il diritto di autodeterminazione della classe medica e così l'applicazione ai casi di specie delle regole e dei principi deontologici già vigenti.
Sotto questo profilo, sarà importante indagare – nel convegno lodevolmente promosso dai Presidenti del COA e dell'OMCeO di Parma - quali siano non soltanto i principi deontologici che vanno verificati di fronte all'atto medico, che sia in ipotesi foriero, se non già palesemente portatore, di danni alla salute del paziente; ma anche quali limiti deontologici possano essere assegnati nei confronti dell'attività dell'avvocato, che accetti di procedere in giudizio nei confronti del medico, accusato dal paziente-cliente di avergli arrecato un danno.
È evidente infatti (tralasciando le ipotesi di palese incompetenza, negligenza, o imprudenza di un medico, su cui vi sarebbe ben poco da aggiungere ai fatti di per sé già significativi), che se, da un lato, non si può costringere il medico al supino recepimento delle *linee guida* (la cui acritica e automatica applicazione, non decisa "in scienza e coscienza", ben potrebbe esser, a volte, controproducente per la stessa salute del paziente, in casi particolari), egli deve poter contare su un sistema che imponga all'avvocato il controllo dell'azione legale, desiderata dal paziente-cliente che si rivolge a lui per promuovere la causa contro il medico.
È pure evidente che i principi deontologici

della professione forense impongono all'avvocato una sorta di *scrematura* dei *desiderata* dei clienti, affinché l'attività forense non si riduca a una supina attività esecutiva delle errate convinzioni dello stesso paziente, vuoi connessa a esigenze personali del paziente di auto-soddisfazione, vuoi a suoi tentativi di speculazione nei confronti del medico.

Ne consegue che va valorizzato, anche per le ipotesi di controversie da promuovere per un'eventuale responsabilità medica (come del resto dovrebbe avvenire per qualsiasi causa che un avvocato decide di promuovere), il dovere, quantomeno a livello deontologico, del futuro difensore in giudizio, di non introdurre nel processo elementi che egli sappia siano discostanti dalla verità sostanziale.

Allo stesso modo, occorrerebbe sempre il previo giudizio di verosimiglianza del legale nella ricostruzione dei fatti offerta dal paziente-cliente, con il controllo (plausibilmente e ove ciò sia possibile) di quelli che non siano stati da lui verificati, pur nella tutela dell'esercizio del diritto di difesa del paziente (*art. 23.4-5-6, art.50 C.D. avvocati*).

Per il vero, è molto labile il confine tra esercizio legittimo del *diritto di difesa* (*art. 1 e 46 C.D. avvocati*) del paziente e *dovere di verità* dell'avvocato (tutte le cause sono, di per sé, incerte; e non sempre i fatti sono del tutto evidenti), per cui è lasciato alla sensibilità dell'avvocato discernere i casi in cui le lamentele del paziente siano frutto di un giusto dovere di critica nei confronti dell'attività (o inattività) del sanitario, da quelli dove si tratti di rivendicazioni suggerite da suggestioni personali del paziente, se non da meri tentativi speculativi.

Per far questo l'avvocato deve rispettare i *doveri di indipendenza, probità, decoro e dignità* nell'esercizio della professione forense (*art. 9 C.D. avvocati*), allo stesso modo di come la condotta del medico deve essere sempre il frutto delle proprie scelte tecniche, prese in scienza e coscienza, e non deve essere esclusivamente condizionata, per es., solo dall'acritico (nel senso deteriore di "nemmeno valutato") recepimento delle *linee guida*, con la suggestione di mitigare, se non di annullare, possibili ipotesi di responsabilità professionale (*art. 4 C.D. medici*).

Vero è anche che lo sviluppo della "cultura" del *rischio professionale* dovrebbe contribuire a ridurre le ipotesi di responsabilità sanitaria, offrendo a tutti gli operatori la possibilità di *prevenire gli errori*: se è impossibile che nell'attività medica, come del resto in quella dell'avvocato, non si presentino mai elementi di rischio, l'importante è saperli affrontare con efficacia, segnalandoli alla propria *equipe* e comunque ai collaboratori, se vi sono; non è disdicevole segnalare gli errori fatti ed i rischi corsi nell'espletamento della professione; anzi, ciò serve proprio ad evitare ulteriori errori irreparabili, con l'instaurazione delle giuste prassi per evitare di commetterne di nuovi.

Da ciò consegue l'importanza che va data, ma sempre a ragion veduta, alle *linee guida* formate sulla *best pratice* di ogni intervento, che deve aiutare i medici nelle loro scelte consapevoli di tutti i giorni, senza sostituirsi completamente alle loro valutazioni.

Deve, infatti, restare patrimonio imprescindibile del singolo medico, come del singolo avvocato, la volontà di non farsi influenzare da suggestioni di qualsiasi natura (che, visto l'argomento di queste note, per i medici potrebbe esser quella di suggerire, troppo prudentemente, le c.d. *pratiche di medicina difensiva*; mentre per gli avvocati potrebbe esser quella di seguire altrettanto acriticamente i *desiderata* del cliente, al solo scopo di compiacerlo e incassare robusti acconti), per *mantenere quell'autonomia consapevole, al di fuori da ogni condizionamento, di sapere quel che si sta facendo e si sta suggerendo, come dicono i medici, "in scienza e coscienza", al proprio paziente o cliente*.

Questa è l'essenza delle due professioni, che deve esser salvaguardata il più possibile.

Vito Gaudiano - Componente Fnomceo CCEPS e Componente Centro Studi FNOMCeO

Ringrazio il Presidente dell'Ordine dei Medici di Parma, l'amico Pierantonio Muzzetto, e il Presidente dell'Ordine Forense, dr Salvini, non solo per l'invito e per la squisita ospitalità ma anche perché mi hanno dato la possibilità di ritornare, ancora una volta, nella città dei miei studi universitari. Non ho una suocera parmense come Nicolussi però ho vissuto a Parma dodici anni e questa foto che ho scelto per la prima slide, il Parco Ducale, è legata a un ricordo affettivo e cioè al parco che era di fronte al mitico Collegio San Pier Damiani in v.le Kennedy dove ho iniziato con altri giovani studenti, e ce ne è uno in sala che è Franco Aielli, gli studi universitari, e proprio parlando con Franco, nell'intervallo, ho capito che la CCEPS, cioè la Commissione Centrale Esercenti Professioni Sanitarie, è un soggetto assolutamente sconosciuto e noto solo ai colleghi che hanno subito un provvedimento disciplinare e ai loro avvocati difensori, perché sono loro che insieme ai sanitari vengono in CCEPS per il secondo livello di giudizio.

È importante però prima di parlare della CCEPS fare un riferimento alla natura giuridica degli Ordini, che sono enti pubblici non economici di tipo associativo, disciplinati da disposizioni speciali di diritto pubblico ed istituiti per garantire l'esercizio professionale del sanitario nel rispetto sia di norme giuridiche che deontologiche.

La stessa Cassazione ha confermato la natura di enti pubblici non economici degli Ordini al fine di riconoscere la validità e il carattere amministrativo degli atti che gli stessi ordini emanano normalmente.

Medesima posizione è stata condivisa dal Consiglio di Stato che ha incluso gli ordini professionali nel comparto della contrattazione collettiva del personale degli enti pubblici non economici. Viene quindi riconosciuta la finalità dell'interesse pubblico degli ordini nel tutelare la classe professionale, garantendo l'interesse dei cittadini, in quanto vigilano sulla correttezza dell'esercizio professionale sanitario. Da tale natura discende la loro autonomia concernente la capacità di regolarsi con un proprio ordinamento e agendo quali organi ausiliari dello Stato al fine di tutelare gli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione.

Esiste oggi il divieto di nuove giurisdizioni speciali. La Costituzione all'art. 102 ha posto il divieto dell'istituzione di giudici straordinari o giudici speciali e all'art. 103 ha specificato che sono fatti salvi oltre al Giudice ordinario, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e i Tribunali militari. La stessa Costituzione nella 4° disposizione transitoria ha poi fissato un termine, che non è perentorio, per procedere proprio alla revisione di preesistenti organi speciali di giurisdizione, al fine o di sopprimerli o di confermarli, e la revisione ha portato alla soppressione di

vari organismi, quali i Consigli di Prefettura, Consigli Comunali e Provinciali in materia di contenzioso elettorale, le Giunte Provinciali in sede giurisdizionale, poiché detti organi non offrivano garanzie di imparzialità perché dipendenti dal potere esecutivo e quindi in contrasto con l'art.108, comma 2 della Costituzione che impone, anche per i giudici speciali, il requisito dell'indipendenza.
La CCEPS è stata mantenuta, quale organo di giurisdizione speciale, in quanto non contrastava con i canoni di imparzialità dell'organo e aveva una sua autonoma potestà decisionale. La stessa Corte di Cassazione ha affermato la piena vigenza e attualità della competenza giurisdizionale speciale della CCEPS perché istituita prima della Costituzione e quindi sottratta allo specifico divieto.
Il Consiglio di Stato (sez.I 11 gemmato 95 n.3939) ha precisato la natura di organo giurisdizionale speciale della CCEPS con competenza a decidere su determinati temi, cioè –provvedimenti relativi all'iscrizione e cancellazione dall'Albo,- provvedimenti disciplinari dei Consiglio direttivi degli ordini e in materia di operazioni elettorali.
La Corte di Cassazione nel 2001 ha più volte affermato che i provvedimenti ordinistici sono impugnabili presso la CCEPS.
Si parla molto, ne hanno parlato anche stamattina, della riforma degli ordini ferma in Parlamento da anni a fronte di una normativa, cui noi facciamo riferimento, che risale al 1946 (D.Lg. 13 settembre 1946 n.233 e D.P.R. 5 Aprile 1950 n.221) che stabilisce che la Ceps decide nei confronti dei provvedimenti dei Consigli direttivi, nei confronti dei provvedimenti del Comitato Centrale e nei confronti dei componenti dei Consigli direttivi degli ordini e sui ricorsi da essi proposti.
La CCEPS è quindi un Organo di giurisdizione speciale e la Cassazione nel 2011 ha disposto che rientra nelle attribuzioni della CCEPS, in quanto organo giurisdizionale speciale, il sindacato su valutazioni di carattere tecnico specialistiche formulate dall'Ordine, cioè dall'organismo disciplinare di prima istanza.
La CCEPS è composta da un Consigliere di Stato nella veste di Presidente, non retribuito. Attualmente il nostro Presidente è il Presidente del Tar di Lecce, il dr. Pasca, e il fatto che un Consigliere di Stato accetti un incarico non retribuito credo dimostri il valore di questa commissione. Vi è poi un membro designato dal Consiglio superiore di Sanità, e 10 membri, cinque effettivi e cinque supplenti, designati dal Comitato Centrale della Federazione degli Ordini. I supplenti erano tre e sono passati da tre a cinque a fronte di una sentenza della Corte costituzionale n. 193 del 2014 che afferma che il numero dei supplenti deve essere pari a quello dei titolari.
La Corte Costituzionale con sentenza costituzionale n. 215 del 2016 ha rilevato la mancata indipendenza e terzietà dei componenti nominati dal Ministero della Salute ritenendo la Commissione incostituzionale. In attesa della sentenza, la Commissione non ha lavorato per ben due anni determinando la sospensione di provvedimenti importanti dal punto di vista deontologico quali per esempio le radiazioni.
La CCEPS è composta anche da un ufficio di segreteria, dura in carica quattro anni e viene nominata con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro della Salute e del Ministro della Giustizia sentite le Federazioni degli Ordini.
Per la Validità delle sedute occorre la presenza di non meno di cinque membri compreso il Presidente e almeno tre membri devono appartenere alla categoria del sanitario di cui è in esame la controversia. Oltre alla Commissione per i medici, ce ne è una per tutti gli altri profili la CCEPS ha competenza sul ricorsi presentati dai sanitari contro i provvedimenti degli Ordini in materia di tenuta degli Albi professionali, regolarità delle operazioni elettorali (con composizione congiunta Medici-Odontoiatri perché ci sono medici iscritti ad entrambi gli Albi professionali), ha poi un potere disciplinare sia nei confronti dei propri componenti sia nei confronti dei Comitati Centrali. Il Presidente può anche indire una seduta plenaria di tutte le professioni sanitarie.
Chi è legittimato a proporre il ricorso? Intanto l'interessato, cioè il sanitario e può essere un ricorso oppositivo, cioè annullamento della sanzione disciplinare, o pretensivo cioè iscrizione all'Albo o mutamento dei risultati elettorali.
È legittimato ai ricorsi anche il Ministro della Salute perché vigila al rispetto delle disposizioni sull'esercizio della professione sanitaria e ha anche ereditato competenze che erano prima del Prefetto. Ancora il Procuratore della Repubblica territorialmente competente sul territorio che valuta se vi sia stata violazione di norme da considerare in altre sedi giudiziarie e non in quello etico professionale, gli iscritti all'Albo e all'Ordine dei collegi.
Per il ricorso l'atto introduttivo va redatto in forma scriva e deve contenere gli elementi stabiliti dall'art. 55 del regolamento: nome, cognome, esposizione dei fatti; va notificato entro 30 giorni dalla compilazione del provvedimento e se il ricorrente è il sanitario la deve mandare all'Ordine, al Procuratore della Repubblica, al Ministro della Salute e in materia elettorale anche ai membri eletti nel Consiglio. C'è poi un deposito che va fatto via pec nei 15 giorni.
Effetto sospensivo: se un collega ha una sanzione disciplinare dall'Ordine, (avvertimento, censura, sospensione, radiazione dall'Albo), può fare ricorso alla CCEPS. Se fa ricorso il provvedimento disciplinare viene sospeso e il sanitario può continuare ad esercitare la professione in attesa che la CCEPS si riunisca, valuti il caso ed esprima il suo parere.
Le eccezioni però a questo effetto sospensivo, e quindi la sentenza rimane valida, sono i provvedimenti sanzionatori per radiazione e sospensione e per specifici reati per esempio previsti dall'art 416 e 545 del codice di procedura penale (spaccio di droga e violenza sessuale) e il provvedimento di iscrizione all'albo se il ricorso è proposto dal Ministero della Salute e la materia elettorale.
La stessa Ceps in presenza di comprovato difetto di uno o più requisiti o titoli per l'iscrizione all'albo può disporre in via eccezionale che il ricorso non abbia effetto sospensivo.
L'udienza è pubblica ed è ammessa, qualora richiesta con apposita istanza, la presenza del sanitario, del suo avvocato e dell'avvocato dell'ordine. Pertanto due articoli del Regolamento, (D.P.R n 221) che andavano in contrasto con l'art. 24 della Costituzione, in quanto non prevedevano la seduta pubblica e la presenza del difensore, sono oggi aboliti.
La Commissione è' convocata dal Presidente, le parti possono scegliere gli atti e noi possiamo esercitare una potestà istruttoria preliminare.
Tengo a precisare che la Commissione valuta solo documenti e non ascolta testimonianze
Terminata infatti la discussione in CCEPS si va in Camera di Consiglio nel momento in cui c'è il passaggio in decisione è preclusiva la possibilità di portare qualunque altra prova o allegato. Di ogni adunanza il segretario redige il processo verbale. La decisione della Ceps è adottata in maggioranza, in caso di parità prevale il voto del Presidente, è adottata in nome del popolo italiano e deve poi contenere tutti questi criteri. La decisione è poi notificata al Ministro della Salute, al Procuratore della Repubblica, all'Ordine e alla FNOMCeO.
Avverso le decisioni della CCEPS. La Com-

missione può confermare la sanzione, ridurla o annullarla ma non la può aumentare. Se la sanzione viene confermata dalla Commissione ma il collega ritiene che sia stato ingiustamente sottoposto a sanzione disciplinare ricorre alla Cassazione che si riunisce a sezioni unite per difetto di giurisdizione o a sezioni semplici. Questo ricorso però, a differenza del ricorso alla CCEPS, non sospende il provvedimento, quindi se uno è stato radiato dall'Ordine e la radiazione viene confermata dalla CCEPS, il sanitario che ricorre in Cassazione comunque non può esercitare la professione.

L'impugnabilità delle decisioni della CCEPS avviene per: - **ricorso per revocazione** diretta alla CCEPS o - **opposizione di terzo** da parte di uno danneggiato dalla sentenza passata in giudicato.

La Cassazione può annullare il nostro provvedimento e a seguito dell'annullamento del nostro provvedimento la decisione viene rimandata alla CCEPS, si chiama **ricorso in riassunzione** che vuol dire annullamento da parte della Cassazione della decisione della CCEPS con rinvio della pronuncia resa dalla CCEPS per una ulteriore decisione in diversa composizione.

La Cassazione ultimamente ha bocciato alcune sentenze di radiazione prodotte dagli ordini e confermate in CCEPS.

A seguito di sentenza cassata dalla Corte di Cassazione, la CCEPS quale **Giudice di Rinvio** è investita del potere di decidere rispetto alla sentenza cassata, ha il potere di interpretare la sentenza della Corte di Cassazione e questo non comporta necessariamente che la nuova sentenza sia difforme dalla prima, potendo, pur attenendosi al principio di diritto della Cassazione, giungere alla stessa conclusione della sentenza cassata.

Va detto che la Cassazione non entra nel merito della sentenza ma giudica la forma e il rispetto dei termini previsti dalla legge, ciò nonostante si fa fatica ad accettare alcuni provvedimenti quale, per fare un esempio, quello inerente la sospensione per 6 mesi di un sanitario che continua ad applicare la terapia Di Bella.

Credo sia condiviso da tutti voi che fenomeni quali Stamina, Di Bella e campagna antivaccinazioni costituiscano la più grande sconfitta del mondo sanitario, sono la negazione della scienza, penso che nel nostro paese, perché questo accade soprattutto nel nostro paese, non ci sia da parte dei cittadini fiducia nella scienza e da parte degli scienziati la capacità di trasferire la scienza ai cittadini.

Quindi la Commissione Centrale, quale giudice di rinvio, uniformandosi ai principi affermati dalla Cassazione, deve provvedere in diversa composizione, come affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza 9 luglio 2014 n,193.

Il Consiglio dell'Ordine può anche esercitare, in base all'art.3 lett. G del D.Lg: 233/1946, un potere di interposizione, **ove richiesto**, nelle controversie tra sanitario e sanitario e tra sanitario e persone o enti, a favore dei quali il sanitario abbia prestato o presti la propria opera professionale, per ragioni di spese, onorari e per altre questioni inerenti l'esercizio professionale procurando la conciliazione della vertenza e, in caso di non riuscito accordo, dando il scomparire sulle controversie stesse.

Questo è un articolo che, da quello che mi risulta, nessun Ordine applica perché, ne parlavo con Muzzetto, potrebbe nascere un conflitto con eventuali violazioni del Codice Deontologico da parte dei colleghi. Pongo alla vostra attenzione due casi.

Il primo caso inizia con un provvedimento di sospensione dell'Ordine dei Medici di Ferrara e si conclude con la conferma del provvedimento in Commissione Centrale, cioè sospensione dall'esercizio professionale per sei mesi, inflitto a un suo iscritto dall'Ordine di Ferrara. Il medico fermato dalla Polizia stradale alla guida di un mezzo dell'ASL in evidente stato di ubriachezza nel momento in cui avrebbe dovuto essere in servizio presso la guardia medica. Motivazione della sanzione: violazione degli articoli 1, 14, 21, 68, 70, del Codice deontologico. Ricorso da parte del sanitario alla CCEPS che conferma la sanzione. Il medico non ha fatto ricorso alla Cassazione e quindi il processo si è concluso.

Il secondo caso riguarda la sanzione disciplinare della radiazione inflitta dall'Ordine di Agrigento ad un suo iscritto per concorso esterno in associazione mafiosa. Da sempre esiste una difficoltà, che sottopongo all'attenzione dei magistrati e avvocati qui presenti, circa la mancata o ritardata comunicazione da parte della Magistratura sui provvedimenti giudiziari inflitti ai nostri iscritti. Questo comporta enormi ritardi sulle procedure e infatti questo caso, iniziato nel 2003, si è concluso a settembre di quest'anno 20017, con l'aggravante che abbiamo permesso ad un Medico, radiato per gravi motivi, di poter continuare ad esercitare la professione per anni.

Con ordinanza di custodia cautelare emessa dal GIP di Palermo per il reato di cui all'art.110-416 bis, il Medico veniva arrestato. A seguito di tale provvedimento l'Ordine sospendeva il medico dall'esercizio della professione ai sensi dell'art.43 DPR 221 in data 24.09.2003

Il Tribunale per il riesame disponeva la revoca della custodia in carcere e ne ordinava la scarcerazione in data 21.01.2005

A seguito di tale provvedimento l'Ordine disponeva la revoca della sospensione in data 31.01.2005

Il 16 gennaio 2009 la Procura di Palermo-Sezione antimafia a Corte di Appello condannava il Medico ad anni 6 e mesi 6 di reclusione per i reati di cui art. 110- 416 bis e ne dava comunicazione all'Ordine in seguito alla quale l'Ordine in data 22.02.2009 deliberava di mantenere aperto e sospeso il procedimento disciplinare fino a sentenza definitiva.

Il 14-04-2011 la Procura di Palermo inviava all'Ordine la sentenza di condanna emessa dalla Corte di Cassazione

Con nota del 19.12.2012 inviata all'Ordine, il medico dichiarava di voler rinunciare alla iscrizione all'albo chiedendo la cancellazione, chiaro tentativo per sottrarsi al provvedimento disciplinare.

L'Ordine vista la condanna del medico riapriva il procedimento convocandolo per il 6.03.2013.

Con nota del 6.03.2013 l'Ordine comunicava al medico che la cancellazione volontaria dall'Albo non poteva essere accolta in base all'art.11 del DPR 221 che recita "non si può pronunciare la cancellazione quando sia in corso un procedimento penale o disciplinare". In tale data quindi la Commissione deliberava la radiazione del medico.

La CCEPS valutata tutta la documentazione ha confermato la radiazione.

IL medico ha fatto ricorso contro la sentenza della CCEPS alla Cassazione che ha accolto il ricorso del sanitario e annullata la decisione della CCEPS con rinvio della pronuncia alla CCEPS per riassunzione della causa in diversa composizione.

La CCEPS, quale **Giudice di rinvio**, pur attenendosi al principio di diritto della Cassazione, è giunta, a settembre di quest'anno (2017), alla stessa conclusione della sentenza cassata confermando la radiazione.

Vi ringrazio

Nicola Cucurachi - Medico - Legale, Ricercatore Universitario, Università di Parma

*Relazione come da trascrizione audio

* Mi sembra che la legge sia uscita malconcia dalla discussione nel senso che tante critiche sono state mosse, ci sono anche taluni aspetti, probabilmente tanti aspetti positivi, uno a cui soltanto trasversalmente è stato accennato sempre in un'ottica deflattiva specialmente relativamente alla responsabilità penale è quella che riguarda la possibilità per i famigliari di una vittima di non dover necessariamente presentare una denuncia in Procura per attivare una procedura necroscopica. Oggi come oggi se dei famigliari di una persona deceduta ipotizzano, subodorano, temono che siano stati commessi degli errori e questi possono eventualmente essere accertati attraverso una procedura autoptica non possono fare altro che, non potevano prima della legge, che presentare un esposto denuncia in Procura in modo tale che il Procuratore di fronte alla notizia di reato procedesse con la nomina di un consulente del pubblico ministero eventualmente anche di iscrizione nel registro degli indagati di un numero x di medici, tante volte abbiamo letto sui giornali – morto il paziente tal dei tali 10 medici indagati, 15 medici indagati – e questo ovviamente ha dei costi economici perché tutti questi medici si devono difendere, dei costi anche psicologici perché tutti questi medici sono giustamente preoccupati, molto spesso fortunatamente per i medici questi procedimenti poi sfociano nel nulla però intanto questi medici sono stati sulla graticola per mesi o per anni. Questa legge introduce una norma che va a modificare il Regolamento di Polizia Mortuaria per cui i famigliari e gli altri aventi diritto, del deceduto, possono concordare con il Direttore sanitario o sociosanitario l'esecuzione del riscontro diagnostico sia nel caso di decesso ospedaliero che in altro luogo e possono disporre la presenza di un medico di loro fiducia, in pratica il riscontro diagnostico che fino a questa legge poteva essere esclusivamente disposto dal medico curante, dal direttore sanitario quindi per accertare o la causa della morte oppure chiarire quesiti tecnico scientifici relativi alla morte, ma su questo i familiari non avevano alcun potere se non di moral suasion di eventualmente contrarietà o sostegno ma senza alcun diritto, invece possono in questo caso indurre e richiedere effettivamente l'esecuzione del riscontro diagnostico e addirittura questo consente la partecipazione ufficiale di un loro consulente del riscontro diagnostico. A questo punto si pone però un altro problema perché questa possibilità che è data ai famigliari non è invece data al medico di cui eventualmente si ipotizzi la responsabilità, quindi immaginate il chirurgo che abbia eseguito un intervento chirurgico a seguito del quale è morto il paziente. I famigliari possono consentire la presenza di un loro consulente al riscontro diagnostico ma non è prevista la identica possibilità per il chirurgo, addirittura non è neanche detto se l'anatomopatologo, perché a questo punto l'autopsia non verrebbe eseguita da un medico legale ma sarebbe eseguita dal servizio di anatomia patologica della

struttura ospedaliera, se l'anatomopatologo possa oppure no avvertire il chirurgo – guarda che stiamo eseguendo il riscontro diagnostico sul paziente che ti è morto sotto i ferri –, se la comunicazione al chirurgo coinvolto sia lecita oppure no, se costituisca violazione del segreto oppure no. Oggi come oggi è certamente lecito per il medico curante che non abbia compreso la causa del decesso essere presente al riscontro diagnostico, anzi è motivo di elevata diligenza, di dedizione al caso nonostante l'insuccesso cercare di rendersi conto del perché le cose non sono andate a buon fine e quindi il medico curante che partecipa al riscontro diagnostico perché anche se inutilmente ai fini della salute ma non inutilmente ai fini della sua cultura voglia partecipare a un riscontro diagnostico può certamente farlo, nel momento in cui è egli stesso che chiede il riscontro diagnostico. Però la nuova norma dice che sono i parenti che chiedono il riscontro diagnostico, possono far partecipare un loro consulente ma nulla si dice circa la possibilità che a questo punto si garantisca il contradditorio e quindi poi all'esito di questo riscontro diagnostico che è eseguito in una struttura pubblica, diventa atto pubblico che quindi fa fede fino a querela di falso, il medico si trova con un riscontro diagnostico che magari lo incastra e nulla può fare contro, per cui anche questo aspetto andrebbe in qualche modo regolato perché può essere effettivamente un'arma a doppio taglio, dall'alto evita procedimenti penali che non sarebbero sfociati in nulla e quindi evitare di trovarsi sui giornali come indagati e dall'altro poi diventa una botola dentro cui si cade e non si sapeva che questa botola ci fosse sulla nostra strada. Secondo aspetto, brevissimo, ne ha già parlato l'avv. Moretti il fatto che oggi il collegio peritale debba necessariamente essere associato allo specialista, trovare oggi degli specialisti però non è semplice e quindi sarebbe il caso che le società scientifiche delle varie specialità si dessero da fare o anche in ambito cittadino le varie associazioni di specialisti si dessero da fare per creare degli elenchi di specialisti disponibili ad affrontare questa che è una sfida, sia quando si viene nominati dal Tribunale che quando si opera di parte. Perché non si fa del male a nessuno a cercare di capire se esistono delle responsabilità, però cercare degli specialisti disponibili a dare una mano in senso accusatorio e in senso discolpante o come consulente del Tribunale non è semplice, perché non è facile trovare degli specialisti che vogliono perdere del tempo, non è una attività che fa guadagnare, fa perdere soltanto tanto tempo. Però siamo medici dobbiamo aiutarci anche da questo punto di vista.