Quest'intervento nasce al fine di presentare il neo settore civile dell'ufficio legale dell'Associazione AOGOI che si affiancherà a quello penale per la difesa degli interessi dei medici iscritti.

L'ufficio legale si avvarrà della collaborazione dei seguenti avvocati: l'avv. Sabino Laudadio e l'avv.Lucia Dutto – studio legale Scopsi e Laudadio su Milano con la collaborazione degli avv.ti Lucia Dutto, Caterina Pietris e Carlo D'Anna; gli avv.ti Danise e Tubelli – studio legale Laudadio su Roma; l'avv. Maria Laura Laudadio con la collaborazione dell'avv.to Paola Ammendola - studio legale Laudadio su Napoli.

L'esperienza maturate nell'ambito medico-sanitario va ricondotta ad attività di consulenza e di contenzioso svolto in favore di alcune Aziende Sanitarie della Regione Campania ed, in particolare, presso l'AORN Cardarelli di Napoli.

Preliminarmente, occorre precisare che il processo civile si differenzia notevolmente dal processo penale in quanto è soggetto a termini perentori entro i quali depositare gli scritti difensivi a tutela della posizione del medico coinvolto.

Tale considerazione impone, quindi, fin dall'istituzione del settore civile dell'ufficio legale dell'Associazione AOGOI, di rendere edotti gli iscritti sul comportamento da tenere per cosentire agli avvocati preposti alll'ufficio legale la predisposizione di difese adeguate a fronte di una giurisprudenza ormai attestatasi sulla responsabilità contrattuale del medico.

La natura contrattuale della responsabilità medica comporta l'assunzione dell'onere a carico tanto della struttura quanto dell'operatore.

La difesa in giudizio può avvenire tanto in una fase cautelare di acquisizione della prova (c.d. ATP) quanto nella fase ordinaria.

In particolare, nel giudizio civile ordinario, la tempestiva costituzione in giudizio, per svolgere compiutamente ogni difesa ed eccezione deve avvenire entro venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice per la prima comparizione delle parti. Entro tale termine

dovrà perentoriamente avvenire anche la chiamata in causa dell'assicurazione.

Pertanto, tanto nel caso di ATP quanto di giudizio ordinario, ai fini della predisposizione della difesa degli associati vi è necessità per i componenti dell'ufficio legale di essere già in possesso di tutti gli atti relativi al caso clinico trattato, ovvero, in particolare, la cartella clinica, tutti i referti medici relativi al caso ed una relazione dell'operatore circa il trattamento effettuato, le soluzioni prescelte e le motivazioni ad esse sottese.

Si consiglia, inoltre, già all'atto della notifica di atto stragiudiziale e/o in caso di attivazione della procedura di mediazione, di reperire tutta la documentazione inerente alla caso clinico in oggetto e consultare immediatamente l'ufficio legale al fine di ottenere consulenza ed assistenza per scongiurare eventualmente un'eventuale fase giudiziaria della vicenda ovvero poterne gestire al meglio l'evoluzione.

La predetta documentazione dovrà essere nella disponibilità del servizio legale in uno all'atto di citazione notificato/ricorso di ATP. E' utile precisare al riguardo che l'atto di avvio della causa deve essere notificato presso la residenza o il domicilio dell'operatore, potendo presentare alcuni profili di irritualità la notifica presso l'Azienda di appartenenza.

Pertanto, è necessario comunicare alle Aziende di appartenenza che dovrà essere rifiutata la notifica presso la sede lavorativa di atti giudiziari destinati agli operatori sanitari.

Nel processo avente ad oggetto la responsabilità medica, la difesa dell'operatore è mirata a dimostrare l'inesistenza del nesso di causalità tra l'atto medico e l'eventuale sinistro. Pertanto, il fulcro della difesa è costituito dalla consulenza tecnica di parte che deve dimostrare l'inesistenza del nesso e scalfire quanto attestato dai periti della cd. parte lesa.

E' di immediata percezione che un'adeguata e completa documentazione consente ai consulenti dell'AOGOI ritenuti più idonei per la valutazione del caso concreto, di predisporrre un'adeguata e completa consulenza tecnica di parte a tutela dell'operatore confutando quei fatti a fondamento della contestata negligenza/imperizia e imprudenza.

Dunque, la solerzia e la diligenza del medico coinvolto in un processo di responsabilità medica è condizione essenziale per una adeguata sua tutela in ambito processuale.

Tanto premesso sul comportamento da adottare da parte degli iscritti all'Associazione AOGOI, si evidenzia che il tema del rischio sanitario ha assunto negli anni un peso crescente.

Questo è avvenuto sicuramente nella percezione del cittadino, che cresce in informazione sulla appropriatezza delle attività mediche, ma anche nella consapevolezza di poter scegliere la sede terapeutica dove praticare l'accertamento diagnostico o il trattamento terapeutico di elezione, con riduzione dell'asimmetria tra medico e paziente che caratterizzava tale rapporto.

In tale contesto, assume particolare rilevanza la tematica del "**consenso informato**" e, più in generale, quella del diritto all'informazione da parte del paziente. Il "consenso informato" – il cui fondamento risiede negli articoli 2, 13 e 32, secondo comma, della Costituzione ed è altresì oggetto di disciplina da parte della Costituzione Europea - rappresenta la sintesi del rapporto fiduciario tra medico e paziente, ed è alla base del diritto all'autodeterminazione del paziente stesso. In Italia, esso costituisce attualmente la base, anche giuridica, dei rapporti tra il medico e il cittadino fruitore di prestazione sanitaria.

Il tema del rischio sanitario cresce anche nel vissuto professionale dell'operatore sanitario, che ha visto spostarsi l'onere della prova nel caso di contenzioso sulla bontà della prestazione professionale e vede significativamente aumentare la possibilità di essere chiamato in causa per errore sanitario.

A tal proposito, è necessario anche dare conto del progressivo superamento della distinzione tra "obbligazione di mezzi" ed "obbligazione di risultato" che la pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte, sentenza 11 gennaio 2008, n. 577 definisce "*(...) dogmaticamente superata, dal momento che in ogni obbligazione si richiede la compresenza*

sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile". Da questa evoluzione delle sensibilità deriva una sostanziale modifica delle garanzie del sistema, un tempo tutte tese a tutelare l'indipendenza e l'insindacabilità dell'atto medico, oggi assai più rivolte a garantire i diritti del paziente. Senza arrivare ancora a situazioni estreme di conflittualità di tipo "americano", è tuttavia indubbio che, negli ultimi decenni, il sistema sanitario italiano ha registrato una forte crescita del contenzioso tra medico e paziente, con conseguenti problemi complessivi di tenuta e sostenibilità che hanno costretto a coniare il termine di "**medicina difensiva**", che ricomprende l'insieme degli atti sanitari, taluni non sempre utili per la salute del paziente, che il medico (o altro operatore) richiede e pone in essere, consapevolmente o inconsapevolmente, al solo scopo di tutelarsi in un eventuale procedimento legale per colpa professionale (c.d. "medicina difensiva attiva"). Nell'ambito della medicina difensiva, va inoltre ricompreso anche l'atteggiamento del sanitario volto a talune eccessive cautele con alcuni pazienti o con procedure diagnostiche o terapeutiche utili al malato, ma considerate ad alto rischio (c.d. "medicina difensiva passiva"). È del tutto intuitivo come, in tali condizioni, la "medicina difensiva" rischi di diventare una fonte di spesa inappropriata per il Servizio sanitario nazionale, in grado di assorbire una immensa quantità di risorse economiche che, di fatto, vengono sottratte alla "buona medicina". Inoltre, nella cultura comune, la *malpractice* sanitaria è spesso sinonimo di malasanità. Va così a sovrapporsi il profilo della colpa professionale sanitaria con quello, spesso coesistente, ma assolutamente autonomo, del cattivo funzionamento delle strutture sanitarie, oggi reso ancora più attuale da un'organizzazione complessiva del sistema che non riesce a soddisfare le esigenze di innovazione e modernizzazione. La contrazione sempre più marcata delle risorse economiche di sistema che consentano di far fronte alle complessive necessità di innovazione tecnologica, unita alla carente cultura di *Health Technologic Assessment* propria del nostro Paese, comporta che spesso il paziente non sia valutato nelle strutture più adeguate alla

patologia di cui è portatore e che la giurisprudenza, negli anni, abbia creato uno specifico profilo di responsabilità correlato all'inadeguatezza dell'offerta sanitaria, che può incombere anche sul professionista sanitario, sul quale ricade l'obbligo di controllo dell'adeguatezza delle dotazioni e della struttura sanitaria. L'esito finale di questa nuova condizione di sistema è il progressivo aumento del contenzioso tra personale sanitario e paziente, accompagnata da lunghi ed estenuanti procedimenti, che vengono sempre vissuti in modo drammatico sia dal professionista coinvolto, che dal paziente e dai suoi familiari. L'esponenziale incremento del contenzioso, unitamente alla difficoltà di reperire dati attendibili in merito ai sinistri, ha avuto come effetto conseguente prima l'aumento dei premi assicurativi da parte delle compagnie di assicurazione che si sono cimentate nel settore e, successivamente, il sostanziale abbandono del campo da parte delle più importanti Compagnie italiane, che hanno ritenuto difficilmente stimabile ovvero troppo alto il rischio assicurativo.

*** **** ***

Alla luce di tali considerazioni, **è utile, quindi, definire una nuova linea difensiva per il medico che miri a tutelarlo non solo nella FASE PATOLOGICA del contenzioso, ma anche in una FASE FISIOLOGIA del rapporto medico - paziente.**

La scelta di consulenza preventiva, ove il sanitario riconosca pericoli di ricadute giudiziarie, può costituire un valido strumento per una gestione ancora più efficace del contenzioso.

1. In relazione alla **tutela del medico all'interno di una vicenda giudiziaria**, la giurisprudenza prevalente, si attestata su un *trend* interpretativo che fornisce una rinnovata tutela del diritto alla salute (inteso quale "*diritto che resiste a tutta oltranza, un diritto che si compone di un nucleo incomprimibile*" cfr. Cassazione, SS.UU., 2009), accogliendo la natura contrattuale della responsabilità medica attraverso la figura di creazione giurisprudenziale del contratto di spedalità pubblica.

Per agevolare il lavoro di difesa della posizione del medico è necessario, dunque, tener presente le ricadute pratiche in ordine a diversi aspetti: il termine di prescrizione, l'onere probatorio, l'elemento soggettivo e il nesso di causalità.

✓ La giurisprudenza maggioritaria al momento riconosce che, essendo la responsabilità del medico di tipo contrattuale, il **termine di prescrizione** per l'azione risarcitoria è di 10 anni. La stessa durata ha la prescrizione se il diritto al risarcimento si trasferisce, a causa del decesso della vittima, ai suoi congiunti ed eredi.

✓ In ordine all'**onere probatorio** ovvero alla ripartizione dell'allegazione delle prove nel giudizio risarcitorio, preme precisare che: il paziente, quale creditore della prestazione sanitaria, è tenuto a dimostrare l'esistenza del rapporto contrattuale (o del contatto sociale qualificato) e può limitarsi a dedurre l'inadempimento del debitore, mentre sarà la struttura sanitaria e i medici, quali debitori della prestazione, a dover provare, per andare esenti da responsabilità, che l'inadempimento non v'è stato o che è dipeso da fatto non imputabile ovvero che, pur esistendo, non è stato causa del danno (Cass., SS.UU., 11.1.2008, n. 577). In particolare, si evidenzia che la complessità della prestazione natura facile o difficile della prestazione non incide sulla ripartizione dell'onere probatorio, ma rileva solo sul grado di colpa del professionista: infatti, solo per gli interventi più complessi, il professionista può essere esente da responsabilità ove sia incorso in colpa lieve (Cass. n. 22222/2014). Le regole di distribuzione degli oneri probatori fanno si che, a tutela del paziente che si affida ad una struttura sanitaria per sottoporsi ad un intervento chirurgico, l'onere probatorio del medico, di fornire la prova liberatoria della sua responsabilità è correttamente adempiuto laddove questi non si limiti a provare la correttezza della propria prestazione, ma sia in grado di dimostrare anche, in positivo, che l'esito infausto è dovuto ad un altro evento individuato (sia esso preesistente o sopravvenuto), indipendente dall'ambito delle scelte e della sfera di controllo del sanitario.

✓ In relazione al **nesso di causalità ovvero il collegamento tra condotta ed evento lesivo,** il medico per dimostrare di non dover risarcire il danno nei confronti del paziente dovrà provare l'esistenza di un fattore diverso dalla sua condotta che abbia causato il danno (cd. fattori eziologici alternativi, Cass. pen., SS.UU., n. 30328/2002). Il medico in giudizio, per provare l'assenza della responsabilità, non addurre astrattamente quelle che in lessico clinico sono definite "*complicanze*". Si tratta di un concetto irrilevante nel campo giuridico. Si deve provare che, nel corso dell'esecuzione di un intervento o dopo la conclusione di esso, si è verificato un peggioramento delle condizioni del paziente e che tale peggioramento non era prevedibile o evitabile da parte del medico, così dimostrandosi l'esistenza della causa non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c..

Occorre provare, quindi, diligenza, prudenza e perizia delle condotte del medico.

In particolare, in merito alla diligenza, occorre precisare che al professionista è richiesta una diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego di strumenti adeguati al tipo di attività da espletare e allo standard professionale della sua categoria. Pertanto, in caso di insuccesso incombe sul medico e/o sulla struttura sanitaria provare che il risultato anomalo o anormale rispetto a quello convenuto/sperato - e, quindi, dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza - dipende da fatto autonomo non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta tenuta in conformità alla diligenza dovuta, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, bensì ad evento imprevedibile, non superabile con l'adeguata diligenza.

Per completezza argomentativa, si evidenzia che qualora l'organo giudicante dovesse aderire alla tesi minoritaria che riconosce natura extracontrattuale alla responsabilità medica, occorre precisare quanto segue: in merito ai termini prescrizionali, questi da 10 anni si riducono a 5 anni; per quanto attiene all'onere probatorio incombe unicamente sul paziente la prova della condotta colposa del medico causativa dell'evento lesivo, venendo così meno la

presunzione di colpevolezza dell'operatore sanitario.

Da tali considerazioni, è chiaro che in sede processuale l'apporto partecipativo del medico coinvolto risulta fondamentale.

2. E' necessario prestare una maggiore attenzione a determinati comportamenti quotidiani che porrebbero a riparo da possibili azioni di risarcimento e/o a fornire un impianto probatorio solido nel caso in cui questa venga, comunque, proposta.

✓ In particolare, il medico deve prestare particolare attenzione al **consenso informato**, costituente legittimazione e fondamento del trattamento sanitario.

Infatti, al di fuori dei casi di trattamento sanitario obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, l'assenza del consenso informato del paziente l'intervento del medico è fatto sicuramente comprovante negligenza e illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente, non assumendo alcun rilievo la corretta esecuzione del trattamento e, addirittura, il miglioramento delle condizioni dell'assistito.

Ciò che rileva, infatti, è che il paziente, a causa del *deficit* di informazione, non sia stato messo nella condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue reali, possibili implicazioni e dei rischi derivanti dallo stesso.

Per la validità del consenso è necessario che il sanitario fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente utili, riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire.

L'obbligo di informazione non comprende i rischi imprevedibili, ovvero gli esiti anormali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo *l'id quod plerumque accidit*, in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento chirurgico e l'evento lesivo.

Nei casi di violazione dello specifico obbligo di informazione, la giurisprudenza si è attestata sulla risarcibilità autonoma dei danni non patrimoniali, derivanti da una lesione di

apprezzabile gravità. Risarcibilità che trova la sua fonte nella lesione del diritto di autodeterminarsi del paziente e/o nella lesione del diritto all'integrità psico-fisica dello stesso, garantito dall'art. 32 della Costituzione.

✓ Il medico nello svolgimento delle sue attività lavorative quotidiane deve porre particolare attenzione alla redazione della **cartella clinica**. Quest'ultima è l'unico mezzo di cui dispone il medico per indicare e motivare le scelte terapeutiche operate.

Infatti, nei confronti della struttura sanitaria a cui il paziente si è affidato, la cartella clinica costituisce parte integrante degli obblighi contrattualmente previsti in capo al medico. L'inottemperanza all'obbligo di conservare cartelle cliniche complete e debitamente dettagliate configura negligenza nell'adempimento della prestazione lavorativa rispetto alla previsione generale contenuta nell'art. 1176, secondo comma, c.c., da qualificarsi oggettivamente come di particolare gravità.

Peraltro, in un eventuale contenzioso, la cartella clinica dettagliata e completa costituisce un valido e solido strumento di prova della diligenza prestata dal medico nell'adempimento del suo operato. Invero, la cartella clinica entrerà sicuramente a far parte del materiale probatorio sottoposto al vaglio del giudice adito, risultando quindi intuitiva la determinante valenza probatoria della stessa.

Il medico ha, quindi, l'obbligo di controllare la completezza e l'esattezza delle cartelle cliniche e dei relativi referti allegati, in quanto l'imperfetta compilazione della cartella clinica, seppur non può tradursi in un danno nei confronti di colui il quale abbia diritto alla prestazione sanitaria, fa perdere al medico un prezioso strumento di tutela della sua posizione nei confronti del paziente.

*** **** ***

Nell'ambito della tutela del sanitario riveste fondamentale importanza la **copertura assicurativa del medico da responsabilità professionale**.

Si osservi che le recenti riforme (tra cui anche il disegno di legge n. 50, riforma Renzi) si attestano su di un generalizzato obbligo di assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio della professione medica. Oltre a costituire un obbligo normativamente previsto, l'assicurazione professionale in un periodo storico di esasperato ricorso alle azioni risarcitorie, risulta di fatto l'unico mezzo per tutelare, in ultima analisi, il medico, *rectius* la sua sfera patrimoniale.

Sul punto è opportuno attirare l'attenzione del sanitario in merito agli obblighi di tempestiva notizia all'assicurazione circa il verificarsi del sinistro.

In caso di richiesta scritta del danneggiato, l'assicurato è onerato per legge a dare tempestiva (tre giorni ai sensi dell'art. 1913 c.c.) informazione all'assicurazione affinchè questa possa predisporre ogni più utile iniziativa anche a sua tutela.

In caso di omissione dolosa, l'assicurato perde ogni diritto all'indennizzo.

Per l'ipotesi di omissione colposa dell'avviso, ai sensi del codice civile, l'assicurato ha dirito ad un'indennità minore "*in ragione del pregiudizio sofferto*" (art.1915 c.c.). La prova del pregiudizio eventualmente sofferto per ritardo nella notizia nel sinistro grava interamente sull'assicuratore.

Diverso il discorso in tema di prescrizione in materia di assicurazione disciplinata dal'art.2952 c.c. che fissa il dies a quo del termine biennale della decorrenza della prescrizione del diritto dell'assicurato, individuandolo nella data in cui per la prima volta, in forma giudiziale o stragiudiziale, il danneggiato propone la sua richiesta. Ne discende che, ove la richiesta del danneggiato sia formulata in via stragiudiziale, il termine decorre dalla data della stessa, da portare a conoscenza dall'assicuratore senza che a tal fine sia necessaria l'ulteriore promozione del giudizio da parte del danneggiato.

Al fine di evitare eccezioni da parte dell'assicurazione per sottrarsi agli oneri di indnnizzo su di essa gravanti, è fondamentale notiziare del sinistro la società immediatamente

dopo da qualsiasi iniziativa del danneggiato a carico del sanitario.

*** **** ***

La tutela della posizione giuridica dell'operatore sanitario, spesso condannato a risarcire danni nei confronti dei pazienti a causa del suo operato, non sembra essere stata soddisfatta nemmeno dall'introduzione del **decreto legge 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. Decreto Balduzzi),** convertito con modificazioni dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189.

In particolare, per quanto qui rileva, l'art. 3 della legge 189/2012 recita: "*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo*".

L'obiettivo perseguito consisteva nella definizione di un nuovo impianto normativo utile a migliorare la posizione giuridica del medico e idoneo a porlo al riparo dalle frequentissime pretese risarcitorie.

Tuttavia, le aspettative riposte nella cd. "mini riforma sanitaria" sono state deluse.

Invero, la norma è stata interpretata prevalentemente sotto il profilo penalistico, pretermettendo la rilevanza della stessa per l'accertamento della responsabilità del medico e del conseguente risarcimento del danno in sede civile.

Ruolo centrale in tale ambito riveste è l'art. 3 del DECRETO BALDUZZI il cui *quid novi* è costituito dal rilievo dato **alle linee guida e alle pratiche mediche avvalorate dalla comunità scientifica** ed i suoi riflessi sulla colpa professionale.

Le linee guida, per definizione, non sono vincolanti e non devono condurre ad un comportamento clinico obbligatorio, ma sono improntate, attraverso lo studio sistematico

della produzione scientifica esistente, a fornire un supporto decisionale per scelte che comunque tengano conto delle condizioni e necessità del paziente e del contesto nel quale si opera e delle risorse disponibili.

❖ Le linee guida e le pratiche mediche avvalorate dalla comunità scientifica hanno il compito di orientare il comportamento del medico, il quale non deve limitarsi ad una pedissequa applicazione delle stesse, bensì deve valutare le conseguenze derivanti dalla loro applicazione (o disapplicazione) al caso concreto. Infatti, posto che l'esercizio della professione sanitaria implica la responsabilità di una valutazione in termini di appropriatezza alla fattispecie concreta delle linee guida osservabili in astratto, è possibile che la specificità della situazione suggerisca, se non addirittura imponga, un comportamento diverso da quello prescritto dalle linee guida. Il perché è intuibile: il medico non è tenuto solo a far acriticamente corrispondere il proprio comportamento a quello che terrebbe un professionista astratto nella stragrande maggioranza dei casi. Le linee guida sono, infatti, dei meri *standard*, basati su prove scientifiche che, a loro volta, traggono fondamento da statistiche. Non si può, invero, ridurre l'operato altamente qualificato del medico alla mera ripetizione di meccaniche operazioni materiali, in assenza di alcuna valutazione critica circa il caso concreto. In tale ottica, il medico quindi sarà tenuto ad una valutazione in termini di criticità logica della propria condotta eziologicamente rilevante, correlata alle specifiche condizioni del paziente nella loro irripetibile singolarità. Pertanto, l'operatore medico non sarà automaticamente esente da responsabilità né nel caso in cui si attenga alle indicazioni contenute nelle linee guida né nel caso in cui se ne discosti, ma il suo comportamento dovrà essere sempre parametrato al caso specifico dell'assistito, costituendo le linee guida delle indicazioni di massima e non degli obblighi ai quali uniformarsi.

Al più, dovrà essere tenuto in debita considerazione il ruolo svolto dalle linee guida in seguito alla valorizzazione data loro dall'introduzione dell'art. 3 del Decreto Balduzzi. Invero,

in seguito a tale riforma, le linee guida hanno assunto un diverso e più ampio significato, discostandosi dall'originario ruolo di mero orientamento e acquisendo rango di regole di condotta a cui si pretende che il medico debba attenersi. Infatti, in sede processuale sempre più spesso i medici sono chiamati a giustificare il proprio operato in ragione di tali modelli di comportamento, il cui significato viene confuso con quello proprio di norme vincolanti.

❖ Il ruolo conferito alle linee guida è criticabile anche sotto un diverso profilo. Invero, le linee guida nascono al fine di indirizzare ed uniformare i comportamenti e le procedure mediche sul territorio nazionale e, pur essendo condivisibile tale intento, queste risultano inadeguate ad una applicazione generalizzata che non tiene conto delle diverse realtà delle strutture sanitarie coinvolte.

Infatti, le strutture pubbliche non versano tutte nelle medesime condizioni né sono provviste delle medesime strumentazioni e delle medesime risorse umane sufficienti, dal punto di vista quantitativo e qualitativo, a far fronte al fabbisogno dell'utenza.

Si rileva, infatti, che tali regole di condotta sembrano improntate e predisposte per trovare applicazione all'interno di strutture provviste di dotazioni strumentali all'avanguardia, idonee a garantire un servizio sanitario improntato all'eccellenza.

E', pertanto, necessario - se non addirittura indispensabile - un processo di adeguamento delle linee guida ai diversi contesti ove il medico è chiamato ad operare, al fine di renderle attuali e, in concreto, applicabili.

L'assenza di adeguamento di tali regole comportamentali ai contesti concreti della sanità pubblica negli effettivi assetti organizzativi va contro gli interessi del medico stesso e della struttura sanitaria, i quali in sede giurisdizionale sono chiamati a giustificare lo scostamento delle loro condotte da siffatte regole comportamentali.

In presenza di *standard* comportamentali non adeguati alle diverse realtà nazionali, invero, risulta agevole la contestazione dell'operato del medico e, conseguentemente,

l'addebito di responsabilità in capo a quest'ultimo e alla struttura in cui opera.

In tale ottica, **è auspicabile la predisposizione di protocolli e/o regolamenti aziendali** parametrati all'effettivo contesto e alle effettive risorse disponibili nella struttura sanitaria di riferimento al fine di rendere possibile, in concreto, l'indirizzo dell'operato del medico a cui altrimenti è richiesto il confronto con modelli di condotta non concretamente attuabili. E' opportuno, quindi, in seguito al rilievo di tali criticità, evidenziare tali *deficit* – tramite comunicazioni scritte - per tentare di porvi rimedio, ove possibile. Tale metodo comportamentale, in ipotesi di sinistro, va a ridurre il *range* di responsabilità del medico che diligentemente si è attivato per porre rimedio a tali carenze, addossando tale profilo di responsabilità in capo alla struttura di appartenenza.

*** **** ***

Da ultimo, si registra nelle aule parlamentari un ulteriore tentativo di ridefinire la materia della responsabilità professionale del personale sanitario con la presentazione di un **disegno di legge - n. 50 presentato alla Camera il 15 marzo 2013**.

In particolare, si rileva che nel corso della seduta del 5 agosto 2015, la XII Commissione ha approvato una proposta di testo unificato, elaborato dal Comitato ristretto, adottato come testo base, rubricato "*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*", auspicando, al fine della redazione del testo di legge, una collaborazione continuativa e proficua con il Governo, anche alla luce del fatto che presso il Ministero della salute è stato istituito un Gruppo di lavoro sul tema della responsabilità professionale del personale sanitario.

I punti della riforma in cantiere che incidono positivamente sulla posizione dell'esercente la professione sanitaria attengono al riconoscimento di una responsabilità extracontrattuale in capo ai medici liberi professionisti, mentre è la struttura ad essere responsabile contrattualmente per i danni derivanti da colpa diretta del sanitario dipendente,

salvo azione di rivalsa della struttura nei confronti del dipendente seppur nei limiti del quinto della retribuzione ed esercitabile per un periodo di tempo non superiore a cinque anni. In particolare, si evidenzia quanto segue.

- In considerazione del diverso rapporto, è previsto che la responsabilità civile sia di tipo contrattuale per il libero professionista ed extracontrattuale per il dipendente o convenzionato, ovvero in quest'ultimo caso sarà la struttura sanitaria ad essere responsabile. Il legislatore è intenzionato a far ricadere tutte le responsabilità per danni alla persona occorsi nelle strutture sanitarie ospedaliere sugli enti stessi, secondo il principio già accettato dalla più recente giurisprudenza che l'attività del sanitario (medico, infermiere, ostetrica) è solo un momento, una parte di una più complessa prestazione alla cui realizzazione concorre integralmente un assetto organizzativo che ha come compito istituzionale l'erogazione di servizi sanitari in regime contrattuale.
- La riduzione dei termini di prescrizione da dieci a cinque anni.
- L'inversione dell'onere della prova.
- Un'assicurazione obbligatoria con massimali e premi fissati a livello centrale per tutte le strutture sanitarie ospedaliere sia pubbliche sia private. L'inclusione di queste ultime abbatterebbero una disparità di trattamento tra operatori sanitari che prestano servizio in strutture pubbliche, private o private convenzionate (accreditate secondo la moderna dizione) e porrebbe fine a grottesche situazioni in cui, in alcune strutture private con parziale convenzionamento dei letti, i medici sono tutelati dall'ente allorché operano nella parte convenzionata e non lo sono allorché assistono pazienti solventi. L'istituzione del regime di obbligatorietà dell'assicurazione per le strutture ospedaliere può offrire alle parti che si trovano in rapporto potenzialmente conflittuale un livello più accettabile di tutela; tale regime offre, infatti, alla vittima dell'evento dannoso certezza e rapidità del risarcimento, attraverso le caratteristiche tipiche dell'assicurazione obbligatoria, rappresentate non solo dall'ovvia

esclusione dell'eventualità dell'impossidenza del danneggiante, ma, soprattutto, dall'azione diretta nei confronti dell'assicuratore e dall'incompatibilità con essa di irragionevoli restrizioni della copertura assicurativa sotto il profilo del rischio assicurato.

- La previsione di una "conciliazione prima del contenzioso": il ricorso all'arbitrato e all'eventuale pronuncia secondo equità delle vertenze di responsabilità medica;. Il paziente che intenda promuovere un'azione risarcitoria deve in ogni caso rivolgersi in via preventiva al giudice perché provveda alla nomina di un consulente tecnico ex art. 696 bis c.p.c. Il procedimento di conciliazione davanti al consulente è infatti obbligatorio per tutte le parti, comprese le compagnie assicuratrici della struttura e del singolo medico.

Vi è l'obiettivo di prevedere, ove possibile, norme che snelliscano le procedure per il risarcimento del danno e termini perentori per la conclusione delle vertenze (offerta o diniego da parte dell'assicuratore entro novanta giorni dalla richiesta; conclusione dell'eventuale giudizio arbitrale entro novanta giorni dalla designazione del collegio, salvo casi di particolare difficoltà tecnica).

- Costituzione di un albo nazionale degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio cui ricorrere obbligatoriamente in caso di simili contenziosi; tale albo dovrebbe prevedere l'annotazione delle singole specialità in modo che il giudice sia in grado, qualora venga inoltrata specifica istanza dalle parti, di nominare un consulente tecnico d'ufficio o un arbitro con piena cognizione sui temi oggetto della vertenza.

*** **** ***

Si affronta la questione della responsabilità amministrativa del sanitario dipendente da Azienda Ospedaliera pubblica.

La stessa viene in essere a fronte sia di danni subiti **direttamente** dalla amministrazione (sottrazione di somma, danneggiamento di strutture da parte del dipendente), sia di danno subito **indirettamente** dalla P.A., accertato innanzi al Giudice Ordinario con sentenza di

condanna a risarcire ai sensi dell'art. 28 della Costituzione il terzo danneggiato dal proprio dipendente durante l'attività di servizio. (es. danni risarciti ad un alunno feritosi a causa della negligenza di un insegnante; danni risarciti dall'amministrazione agli eredi di un cittadino ucciso da un militare per il negligente uso di un'arma; **danni risarciti dalla azienda ospedaliera pubblica a un paziente o ai suoi eredi** per il decesso o per conseguenze invalidanti, conseguenti a un imperito intervento chirurgico ovvero a errore diagnostico o terapeutico.

L'intervento della Corte dei Conti, sui danni **indiretti**, accertati a carico della Pubblica Amministrazione in sede civile, comporta comunque una rivalutazione giudiziale delle risultanze dei precedenti giudizi, in ordine alla individuazione della persona fisica responsabile del danno e dei presupposti della responsabilità.

Nel giudizio di responsabilità amministrativa si rivaluta l'elemento psicologico "*colpa grave*" che è tipologia di colpa diversa dalla colpa tout court.

La "colpa grave" è infatti individuata dalla costante giurisprudenza della Corte dei Conti in condotte dettata da scriteriatezza, dissennato esercizio degli obblighi di servizio.

Può avvenire che l'accertamento del Giudice Ordinario di responsabilità, basato sulla colpa non possa dare ingresso all'accertamento di responsabilità amministrativa, che postula l'esistenza di colpa grave.

La giurisprudenza della Corte dei Conti ha individuato gli elementi che rivelano la colpa grave.

" *La colpa rave consiste nella macroscopica e inescusabile negligenza ed imprudenza nell'espletamento delle mansioni e/o nell'adempimento dei propri doveri istituzionali, cioè in un atteggiamento di estrema superficialità, trascuratezza o scriteriato nella cura dei beni e interessi pubblici, ovvero in un comportamento caratterizzato da un grado di diligenza, prudenza, perizia, razionalità e correttezza decisamente inferiore allo standard minimo*

professionale e tale da rendere prevedibile o probabile il concreto verificarsi di un evento dannoso". C. conti SS.RR. 22 settembre 1997 n. 66/A est. Mazziotti, in *Riv. C. conti,* n. 6/1997, 127, secondo cui *"la limitazione delle responsabilità amministrative alle ipotesi di dolo o colpa grave non significa che l'ordinamento consenta un comportamento lassista dei pubblici dipendenti ed assoggetti pertanto alla sanzione risarcitoria solo quei comportamenti che costituiscono macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio, in quanto la limitazione della responsabilità si fonda sulla considerazione che, essendo molto elevato lo sforzo di diligenza richiesto al pubblico dipendente e note le disfunzioni dell'apparato amministrativo, sono addebitabili solo le mancanze più gravi, risultando quindi manifestamente infondato ogni dubbio circa la legittimità costituzionale di tale limitazione".* (C. Conti, Sez. III Centr., 10 settembre 2010 n. 523).

La Corte dei Conti, III Sezione Centrale con sentenza n. 630 del 23.9.2011 ha stabilito "*la colpa grave postula un quid pluris rispetto alla definizione di colpa di cui all'art. 43 c.p., dovendo consostere in una "inammissibile trascuratezza e negligenza dei propri doveri, coniugata alla prevedibilità delle conseguenze dannose del comportamento in relazione alle modalità del fatto, all'atteggiamento soggettivo dell'autore nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l'evento dannoso".*

Il giudizio di responsabilità amministrativa determina la rinnovazione delle valutazioni già effettuate dal Giudice Ordinario e l'impossibilità conseguente di automatiche riproduzioni degli accertamenti compiuti in altro giudizio.

La scelta legislativa sancisce poi la cd. solidarietà passiva tra i due soggetti – P.A. e dipendente – legati dal rapporto di servizio (art. 55 del d.lvo del 30 marzo 2001 b, 165).

La dottrina ritiene la natura extracontrattuale delle responsabilità del dipendente e della P.A.

Di norma, il danneggiato ricorre al Giudice Ordinario e chiama in giudizio la Pubblica Amministrazione e il dipendente.

La P.A. è l'abituale convenuto (condannato) in sede risarcitoria, perché è soggetto più solvibile del dipendente.

A seguito del passaggio in giudicato della sentenza che accerta la responsabilità e condanna l'azienda ospedaliera al risarcimento dei danni, quest'ultima è **tenuta a recuperare** le somme erogate.

Il Giudice deputato a giudicare sulla azione di rivalsa è la Corte dei Conti.

Il giudizio di responsabilità inizia con la denuncia alla Procura Regionale della Corte delle vicende processuali e delle condotte del dipendente.

La giurisprudenza contabile ha più volte chiarito che il Giudice contabile è chiamato ad accertare e quantificare il pregiudizio patrimoniale certo e attuale con riferimento al momento del giudizio, stante l'irrilevanza dei possibili recuperi dei quali si dovrà eventualmente tener conto in sede di esecuzione della decisione. (ex pulurimis, C. Conti, Sez. Campania, 29 febbraio 2012 n. 249).

Va ribadito che le decisioni della magistratura contabile originate da giudizio di rivalsa per danni patrimoniali indiretti patiti dalla p.a. sono destinate ad un progressivo ampliamento, a seguito dell'elevato numero di azioni risarcitorie attivate in sede civile per la condanna dei dipendenti e delle pubbliche amministrazioni per il risarcimento dei danni subiti.

Il recente Disegno di legge n. 50 del 2015 e le innovazioni in corso di approvazione.

Il recente Disegno di legge n. 50 del 2015 e le innovazioni in corso di approvazione parrebbero aver individuato degli spazi specifici in relazione all'intervento della Corte dei Conti. Si basi che:

- la possibilità per la struttura di rivalersi per l'intero nei confronti del singolo medico (dipendente o meno) se il fatto è stato commesso con dolo, mentre in caso di condotta colposa accertata con sentenza passata in giudicato l'azione di rivalsa è limitata alla misura massima di un quinto della retribuzione e per un periodo di tempo non superiore ai 5 anni;

- il sanitario deve essere tempestivamente informato nel caso in cui venga promossa un'azione risarcitoria. Tale comunicazione deve contenere l'avviso che, nel caso di mancato intervento ai sensi dell'articolo 105 c.p.c., la sentenza di condanna che ne abbia accertato la responsabilità per dolo o colpa grave farà stato nei confronti del professionista nel giudizio di rivalsa. L'omissione o l'incompletezza della comunicazione preclude l'ammissibilità del giudizio di rivalsa. In tal caso, la struttura sarà direttamente responsabile nel giudizio di responsabilità amministrativa instaurato dalla Corte dei Conti;
- se il professionista è stato riconosciuto responsabile del fatto illecito, con sentenza passata in giudicato, senza che il giudice abbia accertato il grado della colpa, il giudizio di rivalsa dovrà comunque avere ad oggetto l'autonomo esame del grado della colpa stessa, mentre il giudicato formatosi sull'accertamento della colpa grave o del dolo del professionista farà stato nel giudizio di rivalsa.
- la struttura sanitaria esercita azione di rivalsa nei confronti del professionista nella misura massima di un quinto della retribuzione e fino al recupero dell'intera somma e, nel periodo in cui il professionista è assoggettato al recupero della predetta somma, allo stesso non possono essere assegnati incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti, né può partecipare a pubblici concorsi per incarichi superiori.

Il Disegno di Legge stabilisce infine che l'esercizio dell'azione erariale da parte della procura presso la Corte dei Conti preclude ovvero, se iniziato, rende improseguibile, il giudizio di rivalsa in sede civile introdotto dalla struttura sanitaria.

Va comunque rilevato che nel DDL Lorenzin, con le incertezze che connotano ogni disegno di legge, emergono talune scelte, delineandosi in modo chiaro la qualificazione della responsabilità extracontrattuale del medico dipendente da Struttura Pubblica, fatto questo logicamente compatibile con un successivo accertamento di responsabilità erariale.