



Sentenza Tribunale di Milano in materia di malpractice sanitaria: prosegue il dibattito

L'impressione è quella di assistere ad un mero esercizio retorico

di Paolo Pecora
Avvocato, Foro di Napoli

Vengono oggi alla luce le prime sentenze civili di merito nelle quali si discute dell'impatto della cd. "Legge Balduzzi" sulle regole che attualmente disciplinano la responsabilità civile dei medici ed il quadro che ne emerge è francamente disarmante.

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

Orbene, mentre alcuni Tribunali ritengono che il legislatore, nel promulgare la norma penale, si sia "confuso" ed abbia operato un rinvio "atecnico" alla responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria, qualche isolata pronuncia intravede, invece, la chiara intenzione del legislatore di "riportare" la responsabilità del medico che venga in contatto con il paziente in assenza di un contratto nell'alveo della responsabilità da fatto illecito (comunemente detta "extracontrattuale").

Qualcun altro, ancora, come l'estensore della sentenza in commento, opta per una via di mezzo, ritenendo che il legislatore abbia voluto prevedere un alleggerimento della responsabilità (anche) civile del medico "ospedaliero", riconducendola in alcuni casi nell'alveo della responsabilità extracontrattuale senza che ciò, tuttavia, abbia alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata (sia essa parte del Ssn o una impresa privata non convenzionata) che resterebbe invece, di tipo "contrattuale" ex art. 1218 c.c.



Nel frattempo, anche la Cassazione ha detto la sua, intervenendo incidentalmente in un paio di occasioni per escludere che la legge Balduzzi abbia innovato in qualche modo il regime della responsabilità civile medica.

Anche secondo la Cassazione quindi, la legge Balduzzi conterrebbe un evidente errore ovvero, e comunque, dovrebbe escludersi che la legge 189/2012 abbia inteso esprimere un'opzione a favore della qualificazione della responsabilità medica "necessariamente" come responsabilità extracontrattuale (Cass. n. 8940 del 2014) poiché in presenza di un contratto fra paziente e professionista quella legge non spiega alcun effetto.

La questione giuridica ha indubbiamente alcuni risvolti pratici, sia perché la responsabilità extracontrattuale pone il danneggiato nella condizione di dover allegare e dimostrare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, laddove vige invece oggi la regola opposta dettata in tema di responsabilità contrattuale, e sia perché diversi sono i termini di prescrizione dell'azione. È tuttavia altrettanto indubbio che la questione non è affatto centrale rispetto alla sostanza dei problemi sottesi alla disputa, così che lo stesso incipit della sentenza in commento finisce per con l'essere fuorviante.

Il tribunale esordisce infatti col dire che: "All'esito di una non breve

Tanto rumore per nulla? Non proprio. Il fatto è che la sentenza apre a "una prospettiva assai parziale, dalla quale resta fuori tutto il restante panorama della colpa medica. A cominciare da tutti i liberi professionisti e dai medici delle strutture convenzionate per finire al personale sanitario delle strutture pubbliche al quale il paziente si rivolge in virtù della fiducia che ripone in esso". Ma, prescindendo dal merito di questa e altre sentenze in materia, il dibattito giurisprudenziale che ne scaturisce "rende la misura del complessivo fallimento del nostro sistema legislativo e giudiziario"

riflessione favorita dai vari contributi anche giurisprudenziali noti, ritiene il Tribunale adito che la citata legge del 2012 induca a rivedere il "diritto vivente" secondo cui sia la responsabilità civile della struttura sanitaria sia quella del medico andrebbero in ogni caso ricondotte nell'alveo della responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c." lasciando intravedere una svolta decisiva (con la conseguente larga eco sulla stampa specializzata e non) che invece non

c'è (e non poteva esserci) nella decisione che segue.

Sovvengono, infatti, due considerazioni: la prima attiene propriamente al merito di quanto si disputa oggi nei Tribunali e alla scarsa utilità del dibattito. Già in linea di principio quella trattata è una questione marginale, propriamente riferibile solo ai casi di colpa lieve imputati a quei medici che, operando in strutture pubbliche, siano venuti a contatto con il danneggiato senza che questi abbia operato alcuna scelta (come ad esempio in un pronto soccorso). In questi casi però, com'è noto, vige la solidarietà passiva e la struttura non ha rivalsa nei confronti del medico poiché questa trova luogo solo in caso di dolo o colpa grave. Ci troviamo, quindi, di fronte ad una prospettiva assai parziale, dalla quale resta fuori tutto il restante panorama della colpa medica, a comin-

"Trib. Milano, sez. I civ., sentenza 17 luglio 2014 (Est. Patrizio Gattari)

Medico dipendente e/o collaboratore della struttura sanitaria – autore della condotta attiva o omissiva produttiva del danno subito dal paziente col quale tuttavia non ha concluso un contratto diverso ed ulteriore rispetto a quello che obbliga la struttura nella quale il sanitario opera – responsabilità – natura giuridica – extracontrattuale – sussiste (art. 3, l. 189/2012; art. 1218, 2043 cod. civ.)"

ciare da tutti i liberi professionisti e dai medici delle strutture convenzionate per finire al personale sanitario delle strutture pubbliche al quale il paziente si rivolge in virtù della fiducia che ripone in esso e si ha, perciò, l'impressione di assistere ad un mero esercizio retorico.

Come se ciò non bastasse poi, la possibilità di ricondurre la natura della responsabilità del medico nell'alveo dell'art. 2043 del cod. civ. ha un rilievo essenziale in tema di onere della prova nel processo civile nel quale però, sempre per sfuggire al mero esercizio retorico, la responsabilità si stabilisce comunque attraverso una C.T.U. che diventa strumento di accertamento di fatti non altrimenti accertabili (cd. c.t.u. percipiente), assurgendo a vera e propria a fonte oggettiva di prova utilizzabile al pari di ogni altra prova ritualmente acquisita al processo. Ciò significa, per essere ancora più chiari, che questo dibattito sull'onere della prova (molto più significativamente disinnescato in tema di danno da nascita indesiderata da Cass. 16754/2012) è scarsamente concludente quando si tratta di accertare la colpa lieve del medico e di verificare se questi si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica poiché, in questi

casi, sono dirimenti le conclusioni del CTU.

La seconda riflessione, ancor più amara, è che questo dibattito giurisprudenziale rende la misura del complessivo fallimento del nostro sistema legislativo e giudiziario e di come sia assurdo tentare di porvi rimedio attraverso interventi legislativi disorganici.

È ovviamente disarmante, per l'esercente la professione medica che si sforzi di comprendere i sottili distinguo giuridici oggetto di discussione, dover prendere atto che ogni giudice la vede in un modo diverso e che, per ciò che più conta, l'intero dibattito sarà già del tutto superato da altre "norme tamponate" o comunque dalla disgregazione del "sistema sanità" quando, tra non meno di una decina d'anni, andranno all'esame dalla Corte di Cassazione le prime pronunce delle Corti di Appello rese nei giudizi di primo grado di cui stiamo oggi discutendo. Ancor più angosciante constatare che per opinione pressoché unanime del nostro potere giudiziario il legislatore è "atecnico" nel formulare le leggi, e che, pertanto, non si può tenere conto di ciò che dice.

Apprendere che chi scrive le leggi non è un "tecnico" della materia è già di per sé sconcertante, ma è ancor più paradossale che chi do-

vrebbe applicare quelle leggi dica (e scriva), candidamente, che esse si devono ignorare perché "frutto di errore". E un po' come se il potere esecutivo ci dicesse che i giudici non sanno cosa scrivono nelle sentenze e che pertanto, in quanto frutto di errore, esse non si possono mettere in esecuzione.

È anche vero che il giudice Patrizio Gattari, nella sentenza in commento, afferma molto più seriamente che, stando all'art. 12 delle preleggi, il compito dell'interprete non è quello di svuotare di significato la previsione normativa, bensì di attribuire alla norma il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all'intenzione del legislatore, ma è altrettanto vero che la Cassazione, che decide in ultima istanza, già la pensa diversamente.

Ed allora non si può non restare smarriti, specie se si considera che l'intenzione del legislatore del 2012 era dichiaratamente quella di porre un limite alla responsabilità dei medici e provare a scongiurare la deriva della medicina difensiva per rifondare, su nuovi presupposti, l'"alleanza terapeutica" tra medico e paziente.

A tal proposito, il 27 novembre 2011, in occasione dell'audizione dei rappresentanti dell'Aogoi dinanzi la Commissione Parlamentare di inchiesta sugli errori in cam-

po sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali il Presidente Aogoi Vito Trojano affermava testualmente che, a dispetto delle aspettative di tanti, quella legge (l'allora Decreto Balduzzi) "non era destinata ad incidere significativamente sulla attuale disfunzione del sistema sanità e sul contenimento della spesa sanitaria" e che essa "lasciava inoltre pericolosamente esposti alle dilaganti pretese risarcitorie degli assistiti soprattutto i ginecologi italiani". A distanza di tre anni bisogna prendere atto della bontà e della lungimiranza di quegli argomenti.

È ineludibile e urgente un intervento legislativo organico che valga a sistemare ed inquadrare la colpa medica definendo, in primis, i limiti di indennizzo (presupposto indefettibile per poter dare corso concretamente all'assicurazione obbligatoria in campo sanitario). Nessun limite di indennizzo equivarrà, di qui a breve, a nessun indennizzo, poiché non vi saranno più coperture assicurative, né vi saranno strutture o medici in grado di rispondere patrimonialmente dei danni arrecati. Andrà poi riscritto anche l'art. 2236 cod. civ. avendo riguardo proprio alle professioni sanitarie poiché, come dovrebbe ormai essere chiaro a tutti, la risoluzione di problemi tecnici di speciale dif-

ficoltà non si pone solo al chirurgo nell'atto dell'intervento e non è, quindi, solo una questione di "perizia" o "imperizia".

La speciale difficoltà si pone in ogni aspetto della scienza medica, a cominciare dalla diagnosi ed è proprio muovendo da questa considerazione che il legislatore del 2012 voleva mandare assolto l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica da ogni ipotesi di inadempimento (contrattuale) per colpa lieve, salvo il danno ingiusto di cui all'art. 2043, secondo ciò che in base al codice civile già oggi si addice ad ogni prestatore d'opera professionale che sia chiamato ad affrontare problemi tecnici di speciale difficoltà. Se, infatti, esistono linee guida e pratiche accreditate, ciò starà pure a significare che la materia non è semplice neppure per l'operatore professionale e che la diligenza specifica, che in base al secondo comma dell'art. 1176 cod. civ. rappresenta il parametro di riferimento per la valutazione dell'operato del medico, non può essere rimessa alla valutazione di ciascun CtU e di ogni singolo giudice, ma deve essere normativamente definita in termini puntuali. **Y**



Il Tribunale di Milano inverte la rotta: la responsabilità del medico è extracontrattuale

Daniela Palmieri
Avvocato, Foro di Milano

La sentenza dei giudici milanesi riguarda il caso di un paziente che ha intentato una causa al Policlinico di Milano e a un suo medico dipendente per una paralisi delle corde vocali subita a seguito di un intervento.

La peculiarità di tale pronuncia sta nell'interpretazione data dell'art. 3 della legge Balduzzi del 2012: sulla base di tale norma la sentenza ha qualificato la responsabilità del medico ospedaliero come "extracontrattuale da fatto illecito" e non più contrattuale come da oramai più di 15 anni era considerata. L'art. 3 della legge prevede al comma 1 che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. **In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile**".

Il dibattito, nell'ambito della responsabilità civile, si è incentrato principalmente sul secondo inciso della norma. Infatti il tenore letterale della norma conduce a ritenere che la responsabilità del



Il reale cambiamento riguarda il medico inserito in una struttura sanitaria che, in caso di colpa lieve, per la quale non risponde penalmente essendosi attenuto alle linee guida, risponde civilmente nei confronti del danneggiato ai sensi dell'art. 2043 c.c.

medico per condotte che non costituiscono adempimento di un contratto d'opera, stipulato direttamente dal medico e non dalla struttura, venga ricondotta alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che dunque possa insorgere solo in presenza di tutti i fattori che costituiscono l'illecito aquilano.

Di fatto tale cambiamento porta ad un alleggerimento della responsabilità civile del medico ospedaliero, che viene nettamente distinta da quella della struttura sanitaria, pubblica o privata, sulla quale la riforma Balduzzi non ha alcun effetto.

Di fatto dalla sentenza emerge

una suddivisione della responsabilità civile in ambito sanitario così suddivisa:

1. Responsabilità della struttura sanitaria

La responsabilità della struttura sanitaria, sia essa pubblica o privata per l'inadempimento o per l'inesatto adempimento viene regolata dall'art. 1218 c.c., cosiddetta responsabilità contrattuale, sia che si avvalga di propri dipendenti sia che si avvalga di collaboratori esterni. Le conseguenze sul piano pratico sono che a fronte del lamen-

tato inadempimento da parte dell'utente è onere del debitore convenuto (struttura sanitaria) provare l'esatto adempimento della prestazione.

2. La responsabilità del medico

Ferma la responsabilità distinta ed autonoma della struttura sanitaria qualora il danneggiato voglia chiamare in causa anche il medico si deve distinguere l'ipotesi in cui il paziente ha concluso un contratto con il professionista da quella in cui tale specifico ed ulteriore contratto non vi sia. Nel primo caso non v'è dubbio che il medico si a legato al paziente da rapporto contrattuale da ricondursi a responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c., mentre nel caso in cui il paziente/danneggiato agisce in giudizio nei confronti del medico con cui è venuto in "contatto" presso la struttura sanitaria, senza alcun contratto specifico, la responsabilità risarcitoria an-

drà affermata solo in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito ex art. 2043 c.c. che l'attore (danneggiato) ha l'onere di dimostrare.

Oltre che dal punto di vista dell'onere della prova, si deve ricordare che la differenza di inquadramento della responsabilità comporta anche un diverso termine di prescrizione: decennale quello per responsabilità contrattuale, quinquennale nel caso di responsabilità extracontrattuale.

In conclusione l'applicazione dell'art. 3 comma 1 della Legge Balduzzi non incide né sulla responsabilità civile della struttura sanitaria, né su quella del medico che ha concluso con il paziente un contratto di opera professionale: in tali casi infatti sia la responsabilità della struttura sia la responsabilità del medico continuano ad essere disciplinate dall'art. 1218 c.c. come è avvenuto fino ad oggi.

Il reale cambiamento riguarda il medico inserito in una struttura sanitaria che, in caso di colpa lieve, per la quale non risponde penalmente essendosi attenuto alle linee guida, risponde civilmente nei confronti del danneggiato ai sensi dell'art. 2043 c.c. **Y**