

Prof.ssa Marisa Meli

Lezione Scuola Forense
Catania, 28 novembre 2017

La responsabilità medica: le novità introdotte dalla legge Gelli

La materia della responsabilità medica è forse quella che è stata in misura maggiore oggetto di attenzione da parte della dottrina ma, soprattutto, della giurisprudenza (negli ultimi 20 anni). Già questo basta a spiegare l'attenzione che riceve in tutti i corsi preparativi per esami di abilitazione e di concorsi.

Oggi c'è una ragione in più per affrontarla: la L.8 marzo 2017, n. 24 "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie" (Gelli-Bianco) ha introdotto significative modifiche al quadro normativo (ma sarebbe più corretto dire al quadro giurisprudenziale giurisprudenziale) preesistente.

Obiettivo: deflazionare il contenzioso giudiziario e il massiccio ricorso alla medicina difensiva, oltre che razionalizzare i costi della sanità. Perché? Proprio in ragione di ciò che è accaduto in questo ventennio.

Fino agli anni '80 è prevalsa l'idea di un paziente in totale balia delle scelte e dei modi di operare del professionista in campo sanitario (al paziente era richiesto di "affidarsi" al medico; a quest'ultimo di "prendere in cura", secondo un'accezione di carattere anche paternalistico). Tipico delle culture più arretrate: la persona bisognosa si affida alle cure di colui che "sa" e che solo per questo si colloca in una posizione che non è di parità. Tutto questo a poco a poco è cambiato. Ha iniziato a riconoscersi giustamente rilevanza alla figura del paziente, anche in linea con gli altri ordinamenti di stampo occidentale (ai quali siamo sempre stati soliti guardare come modelli più evoluti, primo fra tutti il sistema statunitense). A questo ha contribuito il cambiamento dei costumi sociali ma, anche lo sviluppo della scienza medica e l'ottenimento di risultati prima inimmaginabili, che ha allontanato l'idea stessa di fallimento terapeutico, a prescindere dalle difficoltà del caso concreto (lo vediamo dalle notizie sui giornali, prima impensabili: muore dopo intervento chirurgico...magari non si dice che si trattava di un soggetto a rischio; è l'evento in sé a fare notizia).

Il codice civile è figlio di quei tempi. Una previsione come quella dell'art. 2236 (prestazione d'opera intellettuale; se la prestazione implica soluzioni di problemi tecnici di speciale difficoltà

· Il presente lavoro non costituisce un saggio, ma è messo a disposizione dei corsisti come materiale didattico di riferimento

il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave) si spiega proprio con l'intento di proteggere la professione medica (così come altre professioni) dalla mortificazione e dai rischi di un insuccesso: obbligazione di mezzi, non di risultato (ci insegnò la dottrina dell'epoca).

Oggi tutto è cambiato. Esprime bene il cambiamento un passaggio di una pronuncia della Cassazione (21619/07) che parla di "*mutazione genetica della figura del professionista, un tempo genius loci ottocentesco, oggi ambita preda risarcitoria*".

E questo ci porta subito ad un'altra considerazione: viviamo in un momento storico in cui al centro della scena c'è sempre il mercato, la logica economica... i soldi. Il risultato è che anche nei rapporti personali si tende a monetizzare tutto (il che spiega l'impennata che a un certo punto ha avuto il risarcimento del danno non patrimoniale in tutte le sue sfaccettature, dal danno alla vita di relazione, al danno esistenziale...).

Non c'è più spazio per la fatalità (lo vediamo anche con i terremoti, le alluvioni... si va subito alla caccia di un responsabile e di un risarcimento del danno).

Vero è anche che spesso non si tratta di sola fatalità.

Lasciando da parte il terremoto, i danni da *malpractice* sono spesso dovuti anche ad un servizio sanitario in difficoltà (spesso danni dovuti ad infezioni nosocomiali, ritardo nelle cure, inadeguatezza delle strutture). Attenzione però anche qui a non demonizzare: una ricerca dell'Organizzazione Mondiale della sanità condotta qualche anno addietro (2010) ha valutato l'Italia a secondo posto, in termini di efficienza di spesa e accesso alle cure pubbliche Iper i cittadini, dopo la Francia.

Il punto però è che anche tale traguardo è destinato a perdersi per effetto dell'incremento della litigiosità, soprattutto in un momento di crisi economica e di tagli.

Cosa è successo:

tutte le considerazioni che abbiamo svolto hanno contribuito a riscrivere il rapporto medico/paziente. Pur partendosi da un'impostazione condivisibile si è finito con l'eccedere (per il paziente, non più affidarsi ma *pretendere*/per il medico, non più prendere in cura ma *proteggersi*).

Occorre premettere che il perno attorno al quale il sistema ha virato è quello del consenso informato (una delle prime fonti che lo ha espressamente menzionato è la Convenzione di Oviedo, 1997, art.5: *un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso*)

Paziente: protagonista ed artefice del proprio destino

Sanitario: obblighi informativi un tempo non necessari

Anche su questo piano ampliamento ipotesi danno risarcibile. L'importante è assicurare il risarcimento, qualunque sia la strada (ad esempio, nel campo della resp medica, la lesione del diritto all'autodeterminazione – ovvero anche se non c'è colpa grave del medico c'è la violazione dell'obbligo di informare adeguatamente – folle in questo senso Cass.12205/2015)

Come si è detto però il medico e il paziente non sono gli unici protagonisti di questa vicenda. C'è anche l'Ospedale (o la struttura sanitaria, più in generale) – E poi c'è un altro protagonista meno visibile ma non meno importante: le Assicurazioni

Cosa è accaduto ad ognuno di questi soggetti?

1. Per le vittime/pazienti possibilità di risarcimento prima impensabili.

Ma non si deve dimenticare, parlando di r.c., che essa assolve ad una funzione essenziale: traslare un costo da chi lo subisce a chi lo genera (non è attributiva di ricchezza, ma reintegrativa). Anche se è difficile parlare di traslazione di un costo con riferimento ai danni non patrimoniali. Non c'è dubbio tuttavia che si sia ecceduto.

Aumento contenzioso. Di contro, poche (al confronto) le denunce penali. Il che conferma che il principale obiettivo è il risarcimento.

2. Spese insormontabili per le aziende ospedaliere (servizio sanitario).

3. Incremento premi assicurativi – fino al punto da fare crollare l'offerta di polizze assicurative. Mercato coperto da improbabili assicurazioni rumene...

4. Procedimentalizzazione consenso informato. Non c'entra più con quell'idea di rapporto individualizzato medico paziente in cui il primo informa e il secondo decide... ingranaggio burocratico, senza il quale non si fa nulla.

Medicina difensiva (che vuol dire non assumersi responsabilità, ma anche moltiplicare il numero di esami diagnostici, di indagini.. aumento anche sotto questo profilo costi della sanità)

Qualche anno fa c'era già stata una riforma, con la l. Balduzzi (l.189/2012)

Si è cercato di ricondurre la responsabilità sanitaria nel novero della resp. aquiliana (in giur era prevalsa la tesi della resp da inadempimento, ex art. 1218, per la struttura sanitaria, ma anche per i medici, come responsabilità da contatto sociale. La prima pronuncia che lo afferma è Cass. 589/99).

Una legge che ha cercato di definirne natura e presupposti per ridurre i risarcimenti (preoccupazioni di sistema – la crisi economica – ma anche l'invasa prassi della medicina cd. difensiva): una strana invasione di campo del legislatore rispetto all'operato dei giudici, che mette tuttavia in luce la deriva del sistema.

Ma non ha sortito alcun effetto.

La giurisprudenza ha continuato ad operare secondo le sue categorie.

Difficilmente ciò potrà accadere con la nuova riforma, che è una riforma organica.

Sulla necessità di intervenire per porre un freno concordano tutti. Tuttavia ho letto molte critiche sulla nuova legge, considerata squilibrata, nel senso che protegge troppo i medici a danno delle vittime.

Io non sono per niente d'accordo. Non dico sia perfetta, lascia molti dubbi interpretativi (ma come forse è inevitabile, in qualunque testo normativo), però è fondamentalemente equilibrata. Tradisce l'intento (ma, ripeto, secondo me condivisibile) di lasciare il più possibile fuori il medico, consentendogli di recuperare la necessaria serenità d'azione e rinsaldando il necessario patto solidale tra medici e pazienti (non si può lavorare bene se nel paziente vedi il tuo antagonista, colui che ti citerà in giudizio appena dimesso); ma non abbandona alla loro sorte le vittime. Tutt'altro. La nuova disciplina tende ad indirizzare le pretese delle vittime di malpractice verso il soggetto che è meglio in grado di prevenire (la struttura – rischio d'impresa)

La prima parte della disciplina non riguarda i profili risarcitori, ma “la sicurezza delle cure, ... parte costitutiva del diritto alla salute, perseguita nell’interesse dell’individuo e della collettività”.

Insieme di attività per la prevenzione e la gestione del rischio:

(difensore civico, istituito in ogni regione, al quale può rivolgersi ogni cittadino che abbia rilevato disfunzioni nel sistema; istituzione di un Osservatorio presso l’Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali; obblighi di trasparenza...). Tutte cose che non sono personalmente in grado di valutare – se non per dire che in Italia si rischia sempre che rimangano lettera morta o che se anche istituite non funzionino nel modo sperato.

È però condivisibile l’idea del controllo pubblico... la correzione della *malpractice* non deve passare attraverso le azioni risarcitorie, che anzi affossano ancora di più il sistema.

Io mi sento più tutelata dal sistema se c’è un controllo pubblico e magari il medico che combina guai è messo da parte; anziché che paghi (o l’azienda ospedaliera paghi per lui) risarcimenti enormi al malcapitato di turno e però rimanga dov’è.

Le novità più significative riguardano però la responsabilità.

Penale (depotenziamento delle sanzioni penali applicabili – in caso di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida o siano state rispettate le buone pratiche..)

Civile.

Art. 7 - Rubricato *Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria* – già distingue le due diverse ipotesi

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.

Alla luce di quanto affermato in questi due primi comma la responsabilità della struttura sanitaria è di tipo contrattuale.

Pacifico in giurisprudenza. la struttura sanitaria risponde a titolo contrattuale – responsabilità da inadempimento (l’accettazione del paziente in ospedale (a maggior ragione in una struttura privata) comporta l’assunzione di un obbligo (di cura) nei suoi confronti.

Il rapporto struttura sanitaria/paziente inquadrato nell’ambito del contratto d’opera (con conseguente obbligo di svolgere attività diagnostica e terapeutica)

(si è anche parlato di contratto atipico di spedalità (altri come sempre evocano il contatto sociale – ma c’era bisogno? A mio avviso no, non ci dimentichiamo che le obbligazioni possono derivare da contratto, ma anche dalla legge – e non c’è dubbio che sulla struttura sanitaria gravi un obbligo di tal fatta, anche in seguito a legge su servizio sanitario nazionale).

1218/1228

La struttura risponde sia per fatti propri sia per quanto concerne il comportamento dei medici dipendenti- poiché si avvale per l'adempimento dell'opera dei terzi.

Similitudini con art. 2049 resp oggettiva del preponente.

Ma diverso sempre l'onere probatorio.

Nel 2043 chi agisce in giudizio deve dimostrare la resp del preposto. Nel 1228 può limitarsi a chiamare in causa la struttura per inadempimento.

La struttura non potrà opporre di essersi affidata al medico.

La l. Gelli equipara le strutture pubbliche e quelle private. Entrambe rispondono a titolo di resp contrattuale.

Diverso il discorso per la responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria.

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.

Mentre la resp del medico libero professionista è sempre stata ricondotta alla resp contrattuale (contratto di opera professionale), più complessa è stata la situazione rispetto al medico dipendente da struttura sanitaria pubblica o privata.

Fino a un certo punto la resp è stata ricondotta nell'alveo della resp aquiliana (anche da Cass.: al rapporto contrattuale con la struttura sanitaria pubblica o privata non partecipa il medico dipendente ... che potrà esser considerato resp verso il paziente nell'esercizio della sua attività diagnostica o terapeutica solo per il danno cagionato da un suo errore, a titolo di resp extracontrattuale – così si affermava negli anni '70 ed '80). Fino al 1999 in cui l'orientamento è cambiato e si è a poco a poco consolidato l'opposta interpretazione, resp contrattuale derivante da contatto sociale.

Dopo la riforma Balduzzi orientamenti contrastanti.

Quello dominante è che non vi fossero differenze col passato (dunque se nel penale era stata circoscritta la resp del professionista, senza che rilevasse la colpa lieve) nessuna conseguenza sul piano della resp civile che continuava ad essere ascritta alla resp da contatto sociale.

Altro orientamento minoritario iniziava a riprendere lettura interpretativa anni '70.

In seguito alla riforma Gelli questa è l'unica interpretazione possibile. L'impostazione del contatto sociale perde terreno. Dico io meno male. Non c'è ragione di prendere a prestito categorie che nascono in altri sistemi giuridici (la Germania) e che spiegano alla luce del diverso sistema di responsabilità civile lì operante (la tipicità). Era una teoria abbastanza eversiva rispetto all'impostazione del codice civile (come noto elaborata da Castronovo) e che ha condotto a certi abusi.

La resp del medico sussiste quando vi è un fatto illecito, caratterizzato da elemento soggettivo dolo o colpa.

Colpa (ad esempio negligenza, quando il medico col suo comportamento mostra trascuratezza, disinteresse e superficialità; imprudenza, quando non mostra di tenere conto dei rischi cui

espone il proprio assistito; imperizia, ignoranza delle buone pratiche o linee guida).
La colpa può essere anche lieve; la limitazione introdotta riguarda solo il penale.

Cosa è cambiato in concreto?

In tanto, per ciò che concerne la misura della responsabilità.

Quando la giur riconduceva la resp del medico alla resp contrattuale acquistava rilevanza il 2236. Come si è detto però riceveva a sua volta un'interpretazione restrittiva. Non tutte le prestazioni mediche obbligazioni di mezzi. Si finiva col distinguere a seconda del tipo di intervento (di routine o di speciale difficoltà) – La norma è stata a poco a poco applicata in senso riduttivo: solo, appunto, entro i confini della rilevante difficoltà, valutata facendo riferimento non all'abilità del singolo medico ma alla pratica professionale (anche l'intervento al cuore, a meno che non ricorrano situazioni particolari, è intervento di routine per il cardiocirurgo, sicché potrà rispondere anche per colpa lieve).

Il professionista intellettuale deve possedere il bagaglio di cognizioni tecnico scientifiche necessarie allo scopo di fronteggiare la situazione.

A poco a poco sfuma la distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato.

Come si è detto inoltre non si distingueva tra resp del medico e della struttura. Venivano chiamati entrambi; il paziente si limitava a rilevare l'inadempimento. La struttura era chiamata a dimostrare che inadempimento non vi fosse stato (o fosse riconducibile a causa non imputabile). Ma a tal fine non bastava dire mi sono affidata a un medico. Come si è detto 1228.

Tutto questo non cambia per la struttura, mentre per il medico occorre provare gli elementi dell'illecito aquiliano

Linee guida.

Formalizzata la loro produzione.

Servono per valutare la colpa – ma attenzione – finora anche giur che dice il contrario: è in colpa il medico che si è attenuto pedissequamente alle linee guida senza capire la peculiarità del caso concreto.

Sicuramente con la l. Gelli maggiore autorevolezza

Onere della prova.

Ma è proprio vero che cambierà qualcosa? Probabilmente no, perché:

- a) Intanto la legge non obbliga ad un certo percorso (azione contro medico/contro struttura). Significa concretamente che la vittima (ragionevolmente) chiamerà in causa tutti. Ed allora vale la regola della solidarietà – l'evento è unico – sicché è sufficiente invocare l'inadempimento della struttura (1218) – se c'è resp medico poi rileverà sul piano dei rapporti interni (questo passaggio dimostra intenzione legislatore – che è quella di tenere fuori i medici)
- b) Quando pure si trattasse di azione contro il medico (che si può fare, anche per ragioni assolutamente personali: sono insoddisfatta di come mi abbia trattato e lo voglio rovinare..) vale la regola ormai invalsa nella prassi per cui l'imperizia si dimostra con la consulenza tecnica – come prima – unica differenza concreta il termine di prescrizione.

Peraltro, quest'ultimo passaggio è ancor più vero se si considera che, a norma dell'art. 8 l.Gelli, la Consulenza tecnica preventiva, ex art. 696 c.p.c., è condizione di procedibilità dell'azione, tanto se si agisce contro la struttura quanto se si agisce contro il medico.

La ratio della norma è quella di deflazionare il contenzioso.

Problema.

Potrebbe la struttura chiamata a rispondere eccepire il fatto che siano trascorsi 5 anni e dunque si sia prescritta l'azione di responsabilità verso il medico?

Dipende quale inadempimento si lamenti in giudizio. Se riguarda la struttura ovviamente no (es. macchinari difettosi; virus contratto; sangue infetto).

Se riguarda il sanitario in teoria si potrebbe anche rispondere di sì.

Valgono le regole generali su ausiliari – anche 2049. Il padrone risponde ma solo se c'è la responsabilità del preposto – se si è prescritta non risponde più.

Probabilmente però la giurisprudenza opererà diversamente, ritenendo che l'azione verso la struttura sia autonoma rispetto a quella contro il sanitario e si prescriva secondo le regole ordinarie.

Quantificazione danno.

Strana norma art.7c.3 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.

La condotta dovrebbe rilevare per la valutazione della colpa, non per l'ammontare del risarcimento.

Ma qui evidentemente si riferisce in generale alla quantificazione del danno, anche dovuto dalla struttura... dunque una sorta di valvola che premia i comportamenti corretti dei medici e sanziona quelli più scorretti.

È un uso per noi non consueto del risarcimento danno. Modulato per finalità di interesse generale. Un po' come avviene nel *private enforcement* nel diritto antitrust ma anche nei danni punitivi.

Una simile previsione era contenuta anche nella Balduzzi ma non ha mai avuto concreta applicazione – vedremo adesso

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.

Liquidazione del danno tabelle codice assicurazioni.

Danno risarcito in base alle tabelle di cui agli artt. 138 e 130 cod.ass.

Questa limitazione vale in ogni caso, sia che l'azione sia esercitata contro la struttura sia contro il medico.

Come nella r.c. auto – assicurare che il risarcimento ai danneggiati non pregiudichi la tenuta del sistema né conduca i premi ad alzarsi a livelli tali da impedire di accedere alla copertura. Sistema completato da obbligo assicurativo.

Rivalsa verso il medico

Art. 9 intervento significativo a favore del medico

Azione promossa in campo amministrativo dal pm corte conti.

La limitazione dell'ammontare della responsabilità del medico utile anche per prevedere danno e rendere possibile assicurazione.

Assicurazione

Le scelte del legislatore:

- a) Estensione dell'obbligo di assicurazione, già gravante per le strutture sanitarie pubbliche o private, anche agli esercenti la professione sanitaria. Per le strutture resta ferma la possibilità di adozione di "altre analoghe misure" (sarebbero necessari approfondimenti, la l. sembra riferirsi alla cd. autoassicurazione, ovvero accantonamenti gestiti dalla stessa struttura)
- b) Definizione della tipologia di polizze – ammissibilità delle clausole *claims made* (la polizza di assicurazione considera evento idoneo a determinare l'insorgenza dell'obbligazione indennitaria dell'assicuratore solo la manifestata intenzione del danneggiato di ottenere un risarcimento (attraverso un'azione, un claim), in relazione ad un illecito accaduto anche anteriormente alla vigenza temporale della polizza)
- c) Ancora, similmente a quanto accade nella rc auto – azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore e istituzione di un fondo di garanzia per i danni derivanti da resp sanitaria