

**Audizione informale da parte della Commissione Igiene e Sanità del Senato sul Disegno di Legge n. 2224**

**“Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario”**

Testo dell'intervento del dott. Patrizio Gattari (giudice del Tribunale di Milano)

Il Disegno di Legge approvato dalla Camera dei Deputati il 28 gennaio 2016 (relatore On. Gelli) ed ora all'esame del Senato con il n. 2224 (relatore Sen. Bianco) è espressione dell'avvertita necessità del Legislatore di intervenire nuovamente nel delicato e complesso sistema della responsabilità derivante dall'esercizio di attività sanitaria.

Come noto, il sistema della responsabilità civile in ambito sanitario ha subito una profonda evoluzione nel corso degli anni, soprattutto per il mutato orientamento della giurisprudenza della Cassazione che si è registrato a partire dal 1999.

Fino al 1999 la responsabilità civile per i danni subiti a causa di errate prestazioni sanitarie veniva sempre imputata a titolo di responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.), sia alle strutture sanitarie sia ai medici. A partire dalla sentenza n. 589 del 1999 la Cassazione ha ritenuto applicabile in tale settore la cd teoria del “contatto sociale” ed ha iniziato a ricondurre la responsabilità risarcitoria (sia delle strutture che dei medici) nell'alveo della responsabilità da inadempimento (contrattuale) ex art. 1218 c.c., la quale come noto presenta un regime agevolato per il creditore/danneggiato, non solo sul terreno dell'onere della prova per la presunzione della colpa del debitore ma anche per il più lungo termine di prescrizione (10 anni) del diritto al risarcimento del danno.

In seguito, con riferimento alla struttura sanitaria (sia pubblica che privata) la Cassazione ha ritenuto ravvisabile un contratto atipico con il paziente - concluso eventualmente anche per fatti concludenti a seguito della mera accettazione presso la struttura – confermando in più occasioni anche a Sezioni Unite (sent. n. 9556 del 2002 e sent. n. 577 del 2008) che la responsabilità risarcitoria della struttura e del medico “ospedaliero” era governata dalla disciplina della responsabilità contrattuale, sia pure arrivando a distinguere sul piano concettuale la responsabilità dell'ente, fondata su un contratto vero e proprio (cd contratto di ospedalità o di assistenza sanitaria), da quella del medico, fondata invece sul cd contatto sociale e, dunque, parimenti soggetta alla disciplina dell'art. 1218 c.c. anche in mancanza di un contratto concluso dal medico con il paziente.

Tale orientamento si è consolidato e ha ricevuto applicazione pressoché unanime da parte della giurisprudenza anche di merito, almeno fino a pochi anni fa.

Se da un lato la cd contrattualizzazione della responsabilità sanitaria (frutto di un'elaborazione giurisprudenziale all'interno di un quadro normativo invariato) ha avuto il merito di superare il precedente indirizzo, che imponeva sempre al paziente di provare in giudizio il fatto illecito del responsabile per poter ottenere il risarcimento del danno subito da errate prestazioni sanitarie, ed ha quindi ampliato le possibilità per il danneggiato di ottenere tutela nei casi di lesione del diritto alla salute, dall'altro ha comportato un

notevole aumento delle fattispecie in cui è stata ritenuta ravvisabile la responsabilità risarcitoria del medico e della struttura sanitaria, con conseguente aumento esponenziale dei premi assicurativi sia per le strutture sia per gli specialisti più esposti a pretese risarcitorie. La contestuale evoluzione che si è avuta in tema di risarcimento del danno alla persona, con l'elaborazione di tabelle giurisprudenziali di liquidazione del danno non patrimoniale (soprattutto quelle del Tribunale di Milano ritenute applicabili dalla Cassazione nel 2011 a tutto il territorio nazionale), unita alla suddetta contrattualizzazione della responsabilità sanitaria, ha visto sempre più aumentare le cause per "medical malpractice" e il corrispondente rischio per il medico di vedersi condannare a risarcire danni sempre più ingenti, qualora non fosse stato in grado di provare di aver eseguito correttamente la sua prestazione o che il danno lamentato dal paziente fosse derivato da una causa non imputabile al professionista. La reazione della categoria ha comportato la esplosione della cd medicina difensiva, che secondo studi attendibili comporta un costo annuo per il servizio sanitario di circa dieci miliardi di euro gravante sulle finanze pubbliche e che, per la crisi finanziaria e gli obblighi di bilancio assunti dal nostro Paese, contribuisce a porre in pericolo la stessa tenuta del S.S.N.

In siffatta situazione, il Legislatore è intervenuto nel 2012 con il cd "decreto Balduzzi", convertito nella Legge n. 189 del 2012 con rilevanti modificazioni proprio per quanto riguarda la responsabilità del medico. L'art. 3 della legge 189/2012 nell'introdurre una limitazione della responsabilità penale del medico in colpa lieve - quando si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica - fa salvo, anche nei casi in cui il medico è esente dalla responsabilità penale, l'obbligo di risarcire il danno e contiene un esplicito richiamo all'art. 2043 c.c. (art. 3 comma 1 L. 189/2012).

L'intervento legislativo del 2012, espressamente finalizzato a contenere la spesa sanitaria e a limitare la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie per porre rimedio alla medicina difensiva, ha riguardato indubbiamente la responsabilità civile, di cui si occupa non solo nel citato comma 1 dell'art. 3 ma anche nel successivo terzo comma, laddove prevede che per la liquidazione del danno biologico conseguente all'attività sanitaria devono trovare applicazione le tabelle previste nel codice delle assicurazioni (artt. 138 e 139), in precedenza applicabili solo per i danni derivanti dalla circolazione stradale. Come noto, a seguito dell'entrata in vigore della Legge Balduzzi non si sono registrati particolari contrasti giurisprudenziali in merito alla limitazione della responsabilità penale del medico, mentre l'impatto della legge sulla responsabilità civile ha destato maggiori dubbi interpretativi.

La giurisprudenza maggioritaria ritiene che la Balduzzi non ha nessuna apprezzabile ricaduta sulla qualificazione contrattuale della responsabilità del medico, per lo più liquidando il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 della legge come un generico e atecnico richiamo alla responsabilità risarcitoria e, quindi, senza far derivare dalla Legge 189/2012 nessun impatto rilevante sul cd diritto vivente rappresentato dal consolidato orientamento della Cassazione successivo al 1999 e sopra richiamato.

Secondo un indirizzo minoritario della giurisprudenza di merito espresso principalmente dalla sezione prima civile del Tribunale di Milano, invece, le finalità perseguite dal legislatore del 2012 e il tenore

letterale dell'art. 3 devono indurre a rivedere il criterio di imputazione della responsabilità civile al medico ospedaliero, nel senso che - ferma restando la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria (di cui la Legge Balduzzi non si occupa) - nei casi in cui il professionista non ha concluso con il paziente nessun contratto la responsabilità risarcitoria deve essere affermata solo a titolo extracontrattuale (con ciò che ne consegue in termini di onere della prova da parte del danneggiato e del ridotto termine di prescrizione).

Il Disegno di Legge approvato dalla Camera a fine Gennaio e all'esame del Senato con il n. 2224 si inserisce in tale quadro normativo e giurisprudenziale e sembra ispirarsi a scelte di fondo nel complesso condivisibili. Oltre a ribadire e puntualizzare l'esclusione della responsabilità penale del medico per imperizia quando si è attenuto alle buone pratiche e alle linee guida (art. 6), per quanto riguarda la responsabilità civile il Disegno di legge prevede espressamente la responsabilità contrattuale (1218-1228 c.c.) delle strutture sanitarie (pubbliche o private), anche per le prestazioni rese dai professionisti sanitari di cui le strutture si avvalgono per adempiere le proprie obbligazioni, compresi i professionisti scelti dai pazienti, quelli che operano all'interno delle strutture come liberi professionisti o in regime di convenzione con il S.S.N. (art. 7 commi 1 e 2).

Inoltre, viene previsto altresì chiaramente che i professionisti operanti all'interno delle strutture sanitarie pubbliche o private e quelli che svolgono la loro attività in regime di convenzione con il S.S.N. rispondono del loro operato ai sensi dell'art. 2043 c.c. (art. 7 comma 3). La formulazione letterale del comma 3 dell'art. 7 - mediante il richiamo agli esercenti di cui ai commi 1 e 2 - potrebbe ingenerare a prima vista l'equivoco che i medici sarebbero responsabili solo per fatto illecito ex art. 2043 c.c. dei danni arrecati ai pazienti, ma tale superficiale lettura (di dubbia costituzionalità) a ben vedere non sarebbe giustificata né corretta. È evidente infatti che la previsione normativa sottintende la responsabilità extracontrattuale del medico (o meglio di tutti gli esercenti professioni sanitarie) nei casi in cui il professionista ha eseguito la prestazione risultata dannosa perché tenuto ad adempiere solo in base al rapporto che lo lega alla struttura sanitaria o al servizio sanitario nazionale. Diversamente, quando invece il medico ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale - diverso e distinto da quello che lega le parti alla struttura sanitaria - non pare dubbio che sarà tenuto a rispondere del suo operato verso il paziente a titolo di responsabilità contrattuale, a prescindere dal fatto che la prestazione sanitaria sia stata concretamente resa all'interno di una struttura o al di fuori di essa.

Il Disegno di Legge nella sostanza ricalca l'orientamento del Tribunale di Milano successivo all'entrata in vigore della legge Balduzzi ed ha il pregio di sganciare in modo esplicito la responsabilità civile delle strutture sanitarie (che resta sempre contrattuale) da quella dei professionisti, i quali sono tenuti a rispondere del proprio operato verso i pazienti solo a titolo di responsabilità extracontrattuale (sempre che, come detto, non abbiano concluso un autonomo contratto con il paziente).

Se da un lato quindi il legislatore mostra di voler definitivamente superare l'orientamento giurisprudenziale fondato sulla teoria del contatto sociale applicata ai medici (rendendo così meno esposta tale categoria professionale a pretese risarcitorie), dall'altro tale scelta è accompagnata dalla inequivoca affermazione della persistente responsabilità contrattuale delle strutture (a tutela dei pazienti danneggiati) per i danni derivanti dallo svolgimento dell'attività sanitaria. L'opzione di distinguere i titoli di responsabilità dei soggetti potenzialmente corresponsabili del danno derivante dall'esercizio dell'attività sanitaria, ben si giustifica non solo per l'esigenza di porre un argine al fenomeno della medicina difensiva e per favorire un positivo rapporto di alleanza terapeutica fra medico e paziente, ma risulta del tutto ragionevole nei casi in cui il paziente ha un rapporto negoziale solo con la struttura sanitaria (obbligata direttamente a garantire le cure necessarie) sulla quale deve pertanto in primo luogo ricadere il rischio clinico, che la struttura è principalmente tenuta a prevenire e di conseguenza ad assorbirne i relativi costi.

Inoltre, va vista con assoluto favore la previsione sia dell'obbligo assicurativo per le strutture sanitarie e per i medici liberi professionisti – a garanzia dei danni arrecati nell'esercizio dell'attività sanitaria – sia la riconosciuta possibilità per il paziente/danneggiato di agire direttamente in giudizio con la cd azione diretta anche contro l'assicuratore del responsabile del danno, sia infine la previsione di un Fondo di garanzia tenuto a risarcire i danni ultramassimale e quelli assicurati da imprese assicuratrici che risultino insolventi.

Sembra quindi potersi affermare che la parziale riduzione di tutela per il paziente che potrebbe ravvisarsi (più in astratto che in concreto) dalla scelta legislativa di far rispondere il medico ospedaliero solo a titolo di responsabilità extracontrattuale risulta ben compensata dalla responsabilità contrattuale della struttura che si avvale dell'operato del professionista, dagli obblighi assicurativi, dalla azione diretta concessa contro l'impresa assicuratrice del responsabile e dalla creazione di un Fondo di garanzia.

Il nuovo sistema, che uscirebbe dal Disegno di legge in esame, vedrebbe infatti nel complesso indubbiamente ampliate le possibilità di tutela del paziente/danneggiato.

Infine, la previsione dell'obbligatorio tentativo di conciliazione (art. 8) - da esperire, a pena di improcedibilità della domanda risarcitoria, nelle forme del procedimento della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. - sembra prendere atto del solco già tracciato in questo settore dalla prassi e, perseguendo in modo lodevole un effetto deflattivo del contenzioso attraverso il suddetto procedimento giurisdizionale, rende superfluo l'esperimento della mediazione obbligatoria la quale, dopo l'infruttuoso esito del tentativo operato nel corso della consulenza ex art. 696 bis, si risolve nella quasi totalità dei casi in un inutile aggravio di costi e in un ingiustificato ritardo nell'introduzione della causa di merito.

Per concludere, pur non mancando taluni punti critici – principalmente in merito all'obbligo assicurativo (art. 10) delle strutture sanitarie (laddove viene fatta comunque salva la possibilità di ricorrere alla cd autoassicurazione, vanificando in tali casi sia la possibilità per il danneggiato di agire con la cd azione diretta contro l'assicuratore, sia la possibilità di poter ottenere il risarcimento dal Fondo di garanzia) e in tema di rivalsa (art. 9) della struttura contro l'esercente (laddove non viene esplicitato se il previsto limite massimo

della rivalsa in caso di colpa grave deve ritenersi inderogabile e se va calcolato con riferimento alla retribuzione percepita nell'anno in cui è stata tenuta la condotta illecita o a quella percepita nell'anno in cui viene azionata la rivalsa, ed inoltre il richiamo al criterio della retribuzione lorda annua appare oscuro con riferimento al personale non dipendente) – meglio specificati nell'allegato al presente intervento, al quale si rinvia, il Disegno di Legge in esame risulta equilibrato e, nel suo complesso, ha il pregio di contenere scelte chiare in un settore delicato e articolato come quello della responsabilità sanitaria, ponendo attenzione alle esigenze della finanza pubblica e della sostenibilità del S.S.N. senza ridurre in modo apprezzabile le possibilità di tutela (che anzi per vari aspetti sono ampliate) riconosciute al danneggiato in conseguenza della lesione del diritto alla salute costituzionalmente garantito.

Roma, 1 marzo 2016.

Patrizio Gattari

Si allega:

Rilievi critici su alcune norme del Disegno di legge n. 2224 e possibili modifiche al testo approvato dalla Camera dei Deputati il 28 gennaio 2016.