

Nell'ambito dell'audizione con la "Fondazione Sicurezza in Sanità" presso la XII Commissione del Senato "Igiene e Sanità", tenutasi, in data 5 aprile 2016, in merito all'esame del disegno di legge "Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario", la Dott.ssa Frittelli, su delega del Presidente di Federsanità, Dott. Angelo Lino Del Favero, è intervenuta, in qualità di Vice Presidente di Federsanità, con la seguente relazione .

Sig. Presidente, Onorevoli Senatori, desideriamo ringraziarVi per aver voluto ascoltarci nell'ambito dei lavori sull'esame del disegno di legge recante Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario.

Articolo 8 (*Tentativo obbligatorio di conciliazione*)

Il d.d.l. prevede che chi intenda esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso, ai sensi del citato articolo 696-bis del c.p.c., attraverso una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. La presentazione di tale ricorso - ed è questa la più rilevante novità - costituisce quindi *condizione di procedibilità della domanda di risarcimento*.

Il giudice, dove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-bis del c.p.c. non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva o di completamento del procedimento. La partecipazione al procedimento di accertamento tecnico preventivo è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione, per tutta la durata del procedimento.

Il d.d.l. prospetta pertanto il rovesciamento del citato, attuale assetto normativo in cui il ricorso ex articolo 696-bis del c.p.c. si presenta come facoltativo rispetto all'azione in giudizio, mentre l'esperimento del procedimento di mediazione inerente la controversia sul risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria è previsto come adempimento preliminare obbligatorio all'esercizio di detta azione: il comma 2 dell'articolo 8, nel configurare il ricorso ex articolo 696-bis del c.p.c. quale condizione di procedibilità della domanda di risarcimento, prevede infatti, contestualmente, in tali casi, la non applicazione del menzionato articolo 5, comma 1-bis del D.lgs n. 28/2010 in tema di mediazione obbligatoria (nonché dell'articolo 3 del Decreto legge n. 132/2014 convertito dalla L. 162/2014 in tema di obbligatorio esperimento del procedimento di negoziazione assistita).

In tal senso, apprezzabilmente, il d.d.l. - nell'istituzionalizzare, quale condizione di procedibilità alla azione in giudizio, il ricorso alla consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite di cui all'articolo 696-bis del c.p.c. connotata dalla qualificata presenza di consulente nominato dal giudice - ha preso atto del fatto che l'istituto della mediazione nel settore della responsabilità medica ha nel tempo mostrato evidenti limiti istruttori data la complessità di tale genere di controversie, sia dal punto di vista fattuale che da quello giuridico.

Al fine di scoraggiare la mancata partecipazione delle parti a tale fase propedeutica, caratterizzata dalla qualificata presenza istituzionale di un consulente e volta alla deflazione dei contenziosi, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, "indipendentemente dall'esito del giudizio", oltre che ad una pena pecuniaria determinata "equitativamente", in favore della parte che è comparsa alla conciliazione.

In tale apprezzabile prospettiva - quella, cioè, di incoraggiare le parti alla partecipazione a tale fase propedeutica volta alla deflazione dei contenziosi giurisdizionali - si evidenzia, tuttavia, che la previsione di dette "sanzioni" in caso di "mancata partecipazione" all'accertamento tecnico preventivo appare ancora, comunque, troppo blanda per costituire un reale deterrente alla diserzione dalla partecipazione al preliminare procedimento di accertamento preventivo con fini conciliativi.

PROPOSTA: modifica/integrazione dell'articolo 8 nel senso di un più efficace e strutturato sistema di incentivazione alla partecipazione delle parti all'accertamento tecnico preventivo.

Articolo 9 (Azione di rivalsa)

Problematiche giuridiche e gestionali correlate alla esclusione totale della giurisdizione della Corte dei Conti nel caso di responsabilità del dipendente della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica

Il testo approvato alla Camera sulla responsabilità professionale ha confermato, per i casi di responsabilità del dipendente della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, l'ingresso della c.d. "azione di rivalsa", direttamente attivabile dalla struttura sanitaria danneggiata di fronte al giudice ordinario nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, in caso di dolo o colpa grave, escludendo radicalmente la giurisdizione della Corte dei Conti, di norma competente in tema di recupero dei danni verso la Pubblica Amministrazione nel quadro dell'istituto della c.d. "responsabilità amministrativa per danno erariale".

L'istituto della "responsabilità amministrativa" risulta configurato, nel nostro ordinamento, quale corpo normativo - distinto ed autonomo rispetto all'ordinario sistema della responsabilità civile - definito sulla base di peculiari caratteristiche di profilo sostanziale: intrasmissibilità agli eredi (*esclusa nel caso di rivalsa azionata davanti al giudice civile*), limitazione al dolo e alla colpa grave (*confermata dal ddl Gelli quale presupposto sostanziale anche dell'azione di rivalsa davanti al G.O.*), determinazione del quantum risarcitorio correlato al "grado" di responsabilità del dipendente pubblico tramite l'uso del potere riduttivo da parte del giudice contabile, valutate le singole responsabilità (*escluso nel caso di rivalsa azionata davanti al giudice civile in applicazione del diritto comune in tema di responsabilità "civile", profilata esclusivamente alla reintegrazione patrimoniale del danno subito dalla P.A. indipendentemente dal "grado" di responsabilità del dipendente pubblico, ancorché detta rivalsa sia stata, ex lege, "calmierata" dallo stesso ddl Gelli entro un limite massimo pari al triplo della retribuzione annua lorda*).

Dal punto di vista "procedurale" (potere di azione e giudice competente), l'istituto della responsabilità amministrativa per danno erariale è caratterizzato, da un lato, dall'affidamento esclusivo della materia a un giudice, la Corte dei Conti, diverso da quello ordinario, e, dall'altro, soprattutto, dall'esclusività del potere di "azione" affidato, non al "rappresentante legale" dell'Amministrazione danneggiata, bensì, per ovvie ragioni di sistema (imparzialità e garanzia oggettiva di attivazione), ad un organo terzo costituito dalla Procura presso la stessa Corte dei Conti.

La esclusione della giurisdizione della Corte dei Conti, stabilita dal ddl, nei casi risulta radicale a fronte della precedente versione in discussione presso la Commissione Affari Sociali della Camera, che prospettava la possibilità dell'intervento della Procura della Corte dei Conti, con l'effetto di rendere improcedibile l'eventuale azione di rivalsa intentata dalla struttura pubblica nei confronti del proprio dipendente.

A fronte di tale opzione radicale sono prospettabili, a questo punto, almeno due profili di possibile rilievo costituzionale. La scelta del legislatore di affidare al giudice ordinario azionato dalla struttura pubblica (nel nostro caso dal direttore generale dell'azienda sanitaria) la materia comunque riconducibile alla reintegra del danno erariale cagionato da dipendente pubblico appare, *prima facie*, in contrasto con il secondo comma dell'articolo 103 della Costituzione ("*La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*"), attesa la riconducibilità della "*responsabilità amministrativa*" nell'alveo delle "*materie di contabilità pubblica*", oggetto della "*giurisdizione della Corte dei Conti*", ai sensi della prima parte di detto comma 2.

Inoltre, in via subordinata, è legittimo chiedersi se - una volta che si è prospettata la via della *rivalsa* azionata davanti al giudice civile, profilata, come detto, esclusivamente alla reintegrazione patrimoniale del danno subito dalla P.A. - è poi costituzionalmente ammissibile limitare *ex lege* l'entità risarcitoria della restituzione patrimoniale verso la Pubblica Amministrazione ad una "*somma pari al triplo della retribuzione lorda annua*" del dipendente.

Detta limitazione potrebbe infatti apparire in contrasto con lo stesso articolo 24 della Costituzione secondo cui "tutti" (ivi compresa, ovviamente, la Pubblica Amministrazione danneggiata) "possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", dovendosi intendere tale garanzia in termini di pienezza della tutela, senza eccezionali limitazioni.

A tale riguardo si assisterebbe, tra l'altro, al seguente paradosso: ciò che, con riguardo alla possibile riduzione della condanna a carico del dipendente, è costituzionalmente praticabile nell'ambito della speciale giurisdizione contabile di cui all'articolo 103 della Costituzione, appare invece non percorribile (ai sensi dell'articolo 24 della Costituzione) nell'ambito della giurisdizione ordinaria prescelta dalla stesso ddl, come approvato alla Camera. Si evidenzia infatti, come già accennato, che in tema di responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei Conti è possibile dare conto di una eventuale limitazione della responsabilità nel caso concreto anche in termini di riduzione della misura della responsabilità del dipendente tramite il c.d. potere riduttivo, tipico di questo settore. Tipico della responsabilità amministrativa e della relativa giurisdizione presso Corte dei Conti (contrariamente ai principi del codice civile volti all'integrale recupero del danno patrimoniale, indipendentemente dal grado della "colpevolezza") è infatti l'attribuzione a carico dei responsabili "di tutto o di parte del" danno accertato o del valore perduto, "valutate le singole responsabilità".

Ma vi è di più. Analizziamo i profili gestionali dell'azione di *rivalsa* esercitata dall'azienda, che va attivata entro un anno dal passaggio in giudicato del titolo sulla base del quale è avvenuto il pagamento, ovvero dal pagamento in caso di risarcimento avvenuto sulla base di un titolo stragiudiziale, a pena, si sottolinea, di responsabilità erariale del Direttore generale.

Bisogna comunque impiantare un nuovo giudizio e, nel caso in cui il danneggiato non ha convenuto anche l'esercente la professione sanitaria, detto nuovo giudizio non potrà far leva sul giudicato oggetto del primo giudizio. Infatti, giustamente, a garanzia del diritto alla difesa, ai sensi dei commi 3 e 4 del ddl di legge approvato alla Camera, la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa comunque stato nel giudizio di *rivalsa* se l'esercente la professione non è stato parte del primo giudizio. In nessun caso, altresì, la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di *rivalsa*. E queste ipotesi (vale a dire la mancata chiamata processuale del professionista) saranno ovviamente la maggioranza, in virtù del doppio binario (responsabilità contrattuale verso la struttura, extracontrattuale verso il professionista) prescelto dal ddl Gelli, che sicuramente favorisce la chiamata della sola struttura sanitaria.

Sicché rimarrebbe a carico della struttura:

- 1) la responsabilità contrattuale della struttura verso il danneggiato (con prescrizione decennale ed onere della prova a carico della stessa), con correlati oneri e costi di difesa;
- 2) l'onere di attivazione di un processo autonomo di rivalsa, tra l'altro comunque limitata ad un massimo di tre annualità lorde, con correlati costi e risorse impiegate e, nel caso di mancata partecipazione del professionista al primo processo intentato dal danneggiato, assunzione di nuovi carichi probatori;
- 3) ma, soprattutto, il peso "*gestionale*" di detta azione di rivalsa intentata da parte della struttura verso un *proprio* professionista (onere sanzionato a carico del responsabile della struttura con danno erariale): tale azione non può che prefigurare infatti una grave frattura tra *management aziendale* e professionista, frattura di difficilissima composizione e comprensione per chi, come giustamente viene ripetuto da più parti, si reca la mattina al lavoro per salvare vite e non certo per fare del male.

In tutto questo, tra l'altro, gli esercenti la professione sanitaria non potrebbero giovare di due istituti giuridici importanti, attivabili esclusivamente presso la giurisdizione contabile:

- 1) potere riduttivo qualora la causa sia comunque già attestata sotto la soglia delle tre annualità di stipendio (limite massimo del giudizio ordinario di rivalsa);
- 2) intrasmissibilità della richiesta risarcitoria agli eredi.

PROPOSTA: modifica dell'articolo 9 e della relativa rubrica, ripristinando/confermando - per i casi di giurisdizione relativa alla reintegra del danno erariale verso struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica - la titolarità esclusiva dell'azione da parte della Procura della Corte dei Conti e della giurisdizione della Corte dei Conti con applicazione degli istituti giuridici tipici della *responsabilità amministrativa per danno erariale*

Articolo 10 (*Obbligo di assicurazione*)

Il Ddl sulla responsabilità professionale pone, per la prima volta, l'obbligo di assicurazione per le Aziende e per i professionisti dipendenti per garantire efficacia all'azione di rivalsa nei loro confronti.

Se da una parte la ratio dell'obbligo è evidente e meritoria - perché vuole garantire effettività economica alla tutela del paziente danneggiato e alla struttura, costretta a pagare per colpa dell'esercente la professione sanitaria - dall'altra profila varie criticità. In primis, a questi obblighi per l'Azienda e per il professionista, non corrisponde alcun obbligo di stipulare per le compagnie assicurative, tant'è che il legislatore, consapevole di questa criticità ha equiparato all'obbligo di copertura assicurativa a carico delle aziende, "altre analoghe misure". Ma queste "altre analoghe misure" non sono altro che l'autoritenzione del rischio, praticato integralmente da alcune Regioni (Emilia Romagna, Toscana) e, di fatto, da molte aziende che non riescono a contrattare premi assicurativi sostenibili.

L'autoritenzione - al di fuori di una consolidata cultura di gestione del rischio, di una forte competenza nella gestione delle riserve e del contenzioso, di una diffusa expertise medico legale, di una sostenibilità dei bilanci - rischia di annullare le tutele del danneggiato e di creare, nel tempo, "buchi" di bilancio per le generazioni future, nell'ambito di una variabilità di costi ipotetici futuri non sempre facilmente individuabili. Tanto più che il Ddl mantiene l'impianto della responsabilità contrattuale della struttura, con prescrizione decennale. Certo, l'autoritenzione se ben gestita è più economica del premio assicurativo che paga lo scotto di imposte elevate (22,25%), oltre al contributo da versare per alimentare il Fondo di garanzia previsto dal Ddl Gelli. Di fatto, oggi, nessuna Azienda ha un premio assicurativo a copertura completa, avendo sistemi di franchigia che

vanno da circa 250mila ai 750mila euro, nonché massimali ad evento e massimali complessivi. Quindi, in realtà, i costi del premio si sommano ai fondi rischi appostati annualmente in bilancio, per somme talora superiori agli stessi premi.

I valori in gioco sono talmente elevati che non possono che essere considerati congiuntamente: la tutela del paziente, la serenità degli operatori, la difesa dei bilanci pubblici da destinare alle cure. Nel tempo, la giurisprudenza ha costruito la teoria contrattuale del "contatto sociale" per rendere effettiva la tutela del diritto alla salute, anche attraverso la previsione di criteri di liquidazione che hanno cercato di compensare il ritardo del legislatore.

Ma certo non possiamo lasciare alla sola giurisprudenza la definizione degli strumenti per attuare quella che, in realtà, è una vera e propria distribuzione e mediazione dei costi sociali riconducibili alle pronunce in tema di responsabilità medica. Quindi, vanno immediatamente previsti criteri certi di liquidazione del danno da parte del legislatore, unico soggetto istituzionale che può farsi carico del temperamento e della mediazione dei delicati interessi in gioco.

E, a nostro avviso, è questo il momento in cui va fatta, con chiarezza e tempestività, una scelta di campo in ordine ai soggetti sociali sui quali deve ricadere il peso economico collegato agli esiti della responsabilità professionale. Con tutto il rispetto per la magistratura, deputata alla tutela del singolo diritto, riteniamo che solo il Parlamento sia legittimato a trovare un temperamento tra l'interesse del singolo danneggiato e l'interesse dei tanti che necessitano di cure. Non dimentichiamo mai che le risorse utilizzate, giustamente, per risarcire sono anche sottratte alle cure della collettività, perché unica è la fonte del finanziamento.

Per la risoluzione di un problema così complicato la risposta non può che essere complessa: tentativo di conciliazione obbligatorio, così come previsto dal disegno di legge, con azione tecnico-preventiva (Atp) per stabilire fin dall'inizio l'entità del danno; tabelle risarcitorie e delimitazione del danno non patrimoniale. Non possiamo permetterci ulteriori ritardi: i tasselli più qualificanti del sistema sono tuttora mancanti, primo fra tutti, la regolamentazione della liquidazione delle invalidità permanenti.

Il completamento di questo complessivo disegno potrebbe far decollare forme di definizione delle controversie alternative alla giurisdizione o comunque di prevenzione del contenzioso civile. La definizione delle controversie in tema di responsabilità medica al di fuori o preliminarmente dell'intervento giurisdizionale - comunque in deflazione dell'ordinario intervento giurisdizionale - presuppone infatti una strutturata e condivisa predefinizione di tali indici e tabelle quale condizione ineludibile per favorire "decisioni" certe e prevedibili sotto il profilo del quantum debeat.

Infine, il premio assicurativo. Le compagnie assicurative devono poter contare su un sistema "certificato" di gestione del rischio clinico, da rendere obbligatorio per tutte le strutture sanitarie, secondo linee condivise da un Osservatorio nazionale, che consenta l'abbattimento del rischio organizzativo e, correlatamente, una mitigazione dell'entità del premio. La strutturazione di un forte sistema di "gestione" del rischio clinico, tuttavia, nonostante costituisca il "core" del problema, da sola non basta. Occorre un comitato valutazione sinistri interno ad ogni azienda, di profilo multidisciplinare, costituito da professionalità legali e medico legali e di direzione sanitaria, coadiuvati da periti tecnici, per non lasciare il monopolio della gestione dell'evento avverso nelle mani della compagnia assicurativa o peggio nell'improvvisazione, soprattutto in presenza di autorizzazione del rischio.

Proposta: immediata approvazione di tabelle del danno non patrimoniale e delle invalidità permanenti; obbligatorietà di costituzione presso gli Enti del SSN di un Comitato valutazione sinistri con professionalità adeguate alla gestione anche

economica del rischio. Riteniamo, inoltre, necessario ed opportuno che almeno i principi del contenuto dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture e per gli esercenti le professioni sanitarie, nonché “le altre analoghe misure” siano contenuti nella legge, anziché essere demandati in toto a decreti interministeriali di probabile lunga definizione.