

# VI Convegno Nazionale ANMDO-CARD

«L'APPROPRIATEZZA NEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE:  
Condivisione di strategie tra ospedale e territorio»

Napoli, 25 - 26 settembre 2017 | Hotel Excelsior

## ASPETTI LEGALI DELLA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE



FABIO FOGLIA MANZILLO

# ASPETTI LEGALI DELLA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE



FABIO FOGLIA MANZILLO

# L'EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITA' DEL MEDICO

- Nel corso degli ultimi decenni e fino a questa riforma, la natura penale della responsabilità del medico ha visto tre distinte stagioni.
- La prima, collocabile sino agli anni ottanta del secolo scorso, aveva reso un orientamento del tutto benevolo nei confronti dei sanitari che cagionavano per colpa eventi criminosi: per ascrivere a tali soggetti una responsabilità penale, doveva rilevarsi soltanto l'errore grossolano e macroscopico, l'errore inescusabile.
- Questo ragionamento poggiava sull'applicazione dell'art. 2236 cod. civ., il quale stabilisce la responsabilità civile del prestatore d'opera solo per dolo o colpa grave, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

- Nei successivi decenni, il predetto orientamento cedette il passo ad una seconda ed opposta visione, che negò l'applicabilità della citata norma civile, se non nei casi di oggettiva speciale difficoltà, parametro da accertare in concreto caso per caso. Per il resto, ciò che si considerava rilevante per la determinazione della colpa penale era il solo articolo 43 cod. pen., con la conseguenza che anche la colpa lieve poteva senz'altro assumere rilevanza criminale.

Siffatta tendenza ebbe ben presto l'effetto di aumentare il contenzioso passivo nei confronti dei medici con un conseguente e sensibile accrescimento delle condanne penali. Si rese pertanto necessario l'intervento del Legislatore.

- Quest'ultimo avvenne nel 2012, con la nota legge Balduzzi (l. n. 189/2012) che segnò la terza stagione della responsabilità criminale dei sanitari.

Si prevedevano due requisiti per l'irrilevanza penale del fatto illecito colposo commesso dal medico.

- Da un lato, vi era il rispetto delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, dall'altro lato l'assenza di colpa grave
- La giurisprudenza del tutto prevalente riteneva poi che la legge Balduzzi prevedesse la scriminante della colpa lieve nei soli casi di imperizia, e non di negligenza o imprudenza.

# L'art. 3 decreto n.158/2012- Balduzzi-

- L'art. 3, comma 1, del decreto legge n. 158/2012, statuiva 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».



# L'ODIERNA RIFORMA

- L'odierna riforma costituisce il recepimento dell'orientamento giurisprudenziale prevalente formatosi sull'art. 3 della legge Balduzzi, al contempo provvedendo ad abrogare tale ultimo articolo.
- A fronte dell'abrogazione è inserito nel codice penale il nuovo articolo 590-sexies, rubricato "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario".



- Il testo è del seguente tenore:
- “(comma 1) Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.
- (comma 2) Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico – assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.



# Colpa per Imperizia

- è scomparso ogni riferimento al problematico concetto di colpa grave e la scriminante oggi opera solo in caso di colpa (grave o lieve) per imperizia.
- La speciale irrilevanza penale opera solo con riferimento ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose, mentre la legge Balduzzi sul punto non disponeva.

# Bipartizione della Responsabilità

- L'art. 7 infatti stabilisce una netta bipartizione delle responsabilità dell'ente ospedaliero e della persona fisica per i danni occorsi ai pazienti.
- La struttura sanitaria assume una responsabilità di natura contrattuale ex art. 1218 cod. civ., mentre il medico, salvo il caso di obbligazione contrattuale assunta con il paziente, risponde in via extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ.

# Il fronte probatorio

- Sul fronte probatorio anzitutto, poiché nel primo caso al paziente danneggiato basta provare il titolo (che dimostri il ricovero e dunque l'assunzione dell'obbligazione da parte dell'ospedale) ed allegare l'inadempimento, il resto spettando all'ente convenuto, mentre nel secondo caso l'onere dell'attore abbraccia tutti gli elementi della pretesa, e dunque tanto quello oggettivo, nella sua triade condotta – evento – nesso di causa.

# Rischio sul Soggetto maggiormente capiente

- La riforma intende dunque diversificare in modo netto le due posizioni, spostando il rischio sul soggetto maggiormente capiente. Ciò va a vantaggio tanto dell'esercente la professione sanitaria, il quale risponde solo dei danni integralmente provati dal paziente, tanto del paziente medesimo che viene invitato ad agire contro chi più facilmente può ristorare i danni.

# Conseguenze..

- Si ha dunque una riduzione del contenzioso per i procedimenti di risarcimento da responsabilità sanitaria.
- Conseguente introduzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione a carico di chi intenda esercitare in giudizio un'azione risarcitoria.
- Nello specifico, viene disposta l'applicazione dell'istituto del ricorso presso il giudice civile competente per l'espletamento di una consulenza tecnica preventiva ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c., ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito.

# L'azione di rivalsa

- La domanda giudiziale è procedibile, solo se la conciliazione non riesce o il relativo procedimento non si conclude entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso.
- Viene disciplinata l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa della struttura sanitaria nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, **in caso di dolo o colpa grave di quest'ultimo**, successivamente all'avvenuto risarcimento (sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale) ed entro un anno dall'avvenuto pagamento.



# Effetto di personalizzazione

- Si ha la “personalizzazione” (quasi una “cucitura su misura”) del rimprovero di colpa (attraverso la valorizzazione di tutti gli aspetti peculiari del fatto, di tipo oggettivo e soggettivo)

# Depenalizzazione

- Vi è una sorta di depenalizzazione della colpa medica per (la sola) imperizia , e dunque non estesa alle ipotesi della negligenza e della imprudenza, per nulla riguardate dal novum legislativo.

- Si ha uno spostamento del peso della responsabilità e delle relative conseguenze, al fine di consentire ad ogni esercente la professione sanitaria di svolgere la propria attività in modo meno preoccupato delle potenziali conseguenze negative, con un sempre maggiore avvicinamento di tale responsabilità ad una fattispecie di **responsabilità oggettiva**, al punto che, si afferma «l'idea di fondo è dunque quella di spostare l'attenzione dal soggetto che ha commesso il fatto a quello che ha il governo dei fattori che hanno agevolato o reso possibile l'incidente” ;

# L'intervento del legislatore

- Il legislatore interviene non solo in via preventiva, con lo spostamento del peso della responsabilità in modo prevalente sulle strutture e sugli esercenti, onde indurre detti soggetti se non alla totale sterilizzazione dei rischi legati all'attività dagli stessi svolta, quantomeno alla loro minimizzazione.

# Critiche sollevate

- Al riguardo si rileva, infatti, per un verso, che la modifica introdotta dall'art. 7 origina un rischio risarcitorio, per il soggetto coinvolto, suscettibile di cambiare a seconda della strategia scelta dal paziente, in quanto, nella medesima ipotesi di una colpa lieve, l'esercente la professione sanitaria o potrebbe andare del tutto esente da responsabilità, nel caso in cui il danneggiato abbia scelto di agire solo contro la struttura, oppure trovarsi condannato al totale ristoro in favore del danneggiato, nella diversa ipotesi in cui costui abbia scelto di agire solo nei confronti di quest'ultimo;

# Disparità di trattamento

- Si tratta di una situazione suscettibile di dare origine ad una ingiustificata ed illogica disparità di trattamento cui non appare rimedio adeguato la previsione, dell'obbligo di adottare idonee polizze e/o analoghe misure per tutelare i propri dipendenti strutturati nel caso in cui gli stessi siano destinatari di azioni risarcitorie proposte dai danneggiati esclusivamente nei loro confronti, come invece ritiene la richiamata opinione;
- Per altro verso, infine, in dottrina si rileva come non possa ritenersi sicuro che “una ricostruzione in chiave extracontrattuale della responsabilità del c.d. medico dipendente abbia gli effetti sperati sotto il profilo dell'overdeterrence, della sostenibilità del sistema dal punto di vista assicurativo e della riduzione del contenzioso in tema di medicalmalpractice”, traendosi la conclusione per cui anche tale ridefinizione non garantisce che, in caso di azione risarcitoria, l'onere probatorio della relativa responsabilità ceda sempre a carico del paziente.