

## Medical malpractice tra tutele, responsabilità e risarcimenti

*Le novità inserite nell'art. 3 della legge 189/12, pur finalizzate alla riduzione dei ricorsi contro la "mala-sanità" non chiariscono i punti critici relativi alla responsabilità penale e ai risarcimenti per gli operatori sanitari: nulla cambia per i liberi professionisti, più tutelati dipendenti e collaboratori di strutture sanitarie*

di MARCO RODOLFI  
studio legale Mrv-Martini, Rodolfi, Vivori



**L'**incremento dei procedimenti civili in materia di medical malpractice e la situazione di "sfavore" sotto il profilo dell'onere probatorio, in cui si sono trovati gli operatori sanitari a partire dall'inizio degli anni 2000, e le relative conseguenti difficoltà a trovare coperture assicurative, hanno portato le associazioni di categoria a chiedere al legislatore di intervenire. In Parlamento è stata presentata una serie di disegni di legge volti a regolamentare il settore della responsabilità del personale sanitario medico e non medico, che non hanno avuto, sino ad oggi, alcun esito.

In questo contesto è stato emanato l'art. 3 (Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie) della legge 08.11.2012 n. 189, che ha convertito con modifiche il c.d. decreto Balduzzi (13.09.2012 n. 158).

In questa sede ci limiteremo a commentare le disposizioni di cui ai soli primo e terzo comma, che riguardano la responsabilità civile medica e la liquidazione del danno derivante da medical malpractice, tralasciando, anche per motivi di spazio, gli altri commi dell'art. 3 che sono dedicati a questioni di natura assicurativa (secondo e quarto comma), nonché all'aggiornamento degli albi dei consulenti tecnici d'ufficio (quinto comma).

Le ombre sulla depenalizzazione per colpa lieve

*Nella versione adottata in sede di conversione, e quindi divenuta legge, al primo comma viene dunque statuito che: "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle 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". In pratica, il legislatore (contrariamente a quanto prevedeva la versione originaria del decreto legge) è intervenuto nell'ambito del diritto penale, statuendo la depenalizzazione "per colpa lieve" a favore degli operatori sanitari, che nello svolgimento della loro attività si atterranno alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.*

*Premesso che solo la giurisprudenza penale potrà chiarire che cosa si debba intendere per "colpa lieve", e quali siano le "linee guida" e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" che potranno far scattare l'esimente in parola, per quanto concerne il processo civile, ci si deve chiedere cosa abbia voluto dire il legislatore laddove ha aggiunto che: "In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile" e che: "Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".*

*Il legislatore ha forse voluto stravolgere il sistema della responsabilità civile medica, negando ai pazienti danneggiati il diritto di agire, ex artt. 1218 e seguenti del c.c., per la responsabilità contrattuale di tutti gli esercenti la professione sanitaria (e dunque tra l'altro anche delle strutture sanitarie), riportando di conseguenza la responsabilità civile medica al solo ambito della responsabilità extracontrattuale?*

*Oppure, più semplicemente, il redattore di questo testo di legge si è letteralmente dimenticato di quale sia l'orientamento unanime della giurisprudenza di merito e di legittimità e che nel nostro sistema giuridico accanto alla responsabilità extracontrattuale del sanitario esiste e concorre la sua responsabilità contrattuale?*

Responsabilità di natura contrattuale ed extracontrattuale

*È difficile dare una risposta, anche perché se è vero che l'intento del legislatore era quello di contenere la spesa sanitaria evitando il ricorso alla "medicina difensiva" da parte dei sanitari, è altrettanto vero che non sono reperibili lavori parlamentari che possano chiarire la questione.*

*Anzi, l'unico documento disponibile (la Relazione al testo della legge di conversione redatta dal Servizio Studi del Senato consultabile anche sul sito internet del Senato) non è per nulla dirimente, facendo richiami impropri allo stato attuale della giurisprudenza.*

*Dovendo comunque l'operatore del diritto necessariamente confrontarsi con questa disposizione che è divenuta legge, a nostro sommo avviso, si possono fare le seguenti considerazioni.*

*È certo che per le strutture sanitarie pubbliche e private (convenzionate e non) nulla cambia, nel senso che non vengono toccate dalla norma (rivolta solo agli esercenti la professione sanitaria) e che la loro responsabilità nei confronti del paziente, oltre a poter essere di natura extracontrattuale, era e rimane di na-*

*tura contrattuale, ex art. 1218 e seguenti c.c.*

*È altrettanto certo che nulla cambia per il medico libero professionista che abbia un rapporto contrattuale diretto con il paziente (si pensi al chirurgo plastico, all'odontoiatra, ecc.). A fianco della responsabilità di natura extracontrattuale concorre la responsabilità di natura contrattuale del professionista.*

*Dubbi invece rimangono per gli esercenti la professione sanitaria che svolgano la loro attività quali lavoratori dipendenti o collaboratori di una struttura sanitaria.*

*Sembra infatti che il legislatore abbia voluto salvaguardare proprio questi operatori sanitari, i quali, peraltro nelle sole ipotesi in cui forniscano la prova della sussistenza dell'esimente penale, e cioè di essersi attenuti alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, potranno essere considerati civilmente responsabili esclusivamente ai sensi dell'art. 2043 c.c.*

*L'impatto pratico di tale riforma in ambito civilistico, pertanto, appare di non rilevante entità.*

Dalla buona condotta al risarcimento del danno

*Norma di dubbia efficacia e di scarsa applicazione pratica, peraltro, pare essere anche l'ultimo periodo del comma terzo.*

*In primo luogo perché, anche in questo caso, sarà necessario che venga dimostrata la sussistenza dell'esimente penale.*

*In secondo luogo, perché estremamente generica e foderia di dubbi interpretativi e di controversie.*

*In che modo nella pratica il giudice dovrebbe "tener debitamente conto della condotta" conforme alle linee guida e alla buona prassi, "anche nella determinazione del risarcimento del danno"?*

*Diminuendo, ad esempio, il valore tabellare del risarcimento del danno previsto dal terzo comma?*

*E, se sì, come? In che misura?*

*Il terzo comma dell'art. 3, invece, non sembrerebbe a prima vista porre problemi di natura interpretativa, in quanto chiaramente prevede che: "il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del CdA, eventualmente integrate con la procedura di cui al primo comma del predetto articolo 138, e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo". In pratica, il danno biologico da medical malpractice dovrà essere liquidato come il danno biologico in sede di responsabilità civile automobilistica, secondo quanto prescrive il Codice delle Assicurazioni.*

*La ratio e lo scopo di questa disposizione normativa sono evidenti, e sono quelli di far diminuire i costi dei risarcimenti anche nel settore della medical malpractice. Tuttavia, come gli operatori del diritto sanno, alcuni problemi rimangono sul tappeto.*

*In primo luogo, si fa riferimento a tabelle, tra l'altro da "eventualmente integrare", che, ad oggi, non esistono ancora.*

*È noto infatti che né le tabelle di valutazione medico-legale, né le tabelle di liquidazione del danno biologico previste dall'art. 138 del CdA sono state ancora emanate.*

*In secondo luogo, la Suprema Corte aveva da poco affermato che le tabelle di cui all'art. 139 (e lo stesso discorso varrà evidentemente per quelle di cui all'art. 138) non erano suscettibili di applicazione in settori diversi dalla Rc auto, in quanto: "la collocazione normativa e la ratio legis dell'art. 139, (...) è volta a dare una risposta settoriale al problema della liquidazione del danno biologico al fine del contenimento dei premi assicurativi, specie se si considera che, nel campo della Rc auto, i costi complessivamente affrontati dalle società di assicurazioni per l'indennizzo delle micropermanenti sono di gran lunga superiori a quelli sopportati per i risarcimenti da lesioni comportanti*

*postumi più gravi" (Cass. 07.06.2011 n. 12408).*

*È possibile dire altrettanto per il settore della medical malpractice?*

*Come si concilia quanto detto dalla Suprema Corte con questa norma?*

*In terzo luogo, e sempre in tema di "abbattimento" dei risarcimenti, è noto che in dottrina e in giurisprudenza (sia di merito che di legittimità) è assolutamente aperto il dibattito sul tema se quanto previsto dall'art. 139 del CdA contenga tutto il danno non patrimoniale risarcibile oppure no, e quindi se si possa eventualmente andare oltre al tetto di "personalizzazione" previsto da tale norma (in tema di art. 138 il dibattito non è ancora neppure iniziato, stante la mancanza delle tabelle).*

*Si aggiunga che il disposto di cui al terzo comma parla esclusivamente di danni conseguenti all'attività degli esercenti della professione sanitaria.*

*Si pone pertanto più che legittima la domanda se tali criteri varranno anche per le strutture sanitarie.*

❶