

RESPONSABILITÀ DELL'ESERCENTE
LE PROFESSIONI SANITARIE



CAO

Commissione Forense e Contenzioso in Odontostomatologia

Dott. Antonio Manieri (Delegato del Presidente), Avv. Giovanna Fontanelli,

Dott. Stefano Dall'Asta, Dott. Gianluca Picozzi, Dott. Andrea Spota

A cura di:

Avv. Isidoro Sperti

Hanno inoltre collaborato :

Dr. Roberto Morello

Dott. Alessandro Sperti

Dott. Giovanni Paolo Sperti

Dr. Claudio Salomone

Dr. Luca Ciuchini

Dr. Sergio Masci

Avv. Nicola Marchitto

Avv. Federico Scognamiglio

2016 – Proprietà riservata

**Tutti i diritti del testo riservati alla Commissione Forense e
Contenzioso**

INTRODUZIONE

Lo scopo di questo studio è quello di fornire un quadro riassuntivo della responsabilità professionale medica (*recte*, degli esercenti le professioni sanitarie), alla luce del D.L. n. 158/2012, c.d. “decreto Balduzzi”, convertito con modificazioni nella Legge n. 189/2012, al contempo, offrendo una concisa ma completa esposizione generale della materia.

In passato, si può senz'altro affermare, il medico era sostanzialmente esentato da ogni forma di controllo da parte della giurisdizione e in particolare di quella penale. Situazione che è mutata profondamente con la **sentenza n. 166/1973 della Corte Costituzionale, per cui “la limitazione di responsabilità prevista dall’art. 2236 cod.civ. è applicabile solo nei casi di prestazione particolarmente difficile e solo con riferimento alla colpa per imperizia, escludendo che una qualsiasi limitazione sia riferibile alle ipotesi di colpa per negligenza e per imprudenza”**.

Ne è conseguito, in contrario alla precedente lettura normativa, che il medico risponderà sempre e comunque, anche per colpa lieve.

INDICE

NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITA' MEDICA

Professione del sanitario – 8 –

LA RESPONSABILITA' CIVILE

Concetto della responsabilità civile – 10 –

Caso specifico, installazione protesi dentaria – 11 –

Colpa lieve e colpa grave – 12 –

Colpa generica e colpa specifica – 15 –

Perizia – Prudenza – Diligenza – 15 –

Nesso di causalità – 16 –

Ricapitolando, in giurisprudenza – 21 –

Ricapitolando, in dottrina – 23 –

PROBLEMI INTERPRETATIVI SORTI DALLA LEGGE BALDUZZI.

In diritto penale

In particolare, cc. dd. “linee guida” – 25 –

In diritto civile

In particolare, responsabilità contrattuale ed extracontrattuale – 28 –

IL (NUOVO) DANNO BIOLOGICO SANITARIO

Terzo comma del decreto Balduzzi – 30 –

Danno biologico per lesioni di non lieve entità (art. 138 – d.lgs. 2009/2005) – 31 –

Danno biologico per lesioni di lieve entità (art. 139 – d.lgs. 2009/2005) – 33 –

IL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO – ALBO

Legge Balduzzi (art. 3/ co. 5) – 36 –

Albo dei Consulenti – 37 –

Domanda al Tribunale di Roma

La moralità – La scelta del consulente

Casi particolari. Deroga.

Disciplina.

Sanzioni. Deliberazioni del Comitato – 39 –

Revisione dell'Albo – 39 –

LA CONSULENZA TIPO

Suddivisione (tipo): – premessa, – parte analitica, – considerazioni medico-legali: a) ricostruzione della storia clinica della malattia e descrizione dell'esito finale del processo morboso; b) rapporto di causalità materiale; – conclusioni – 40 –

LA C.T.U. MEDICO–LEGALE NEL GIUDIZIO CIVILE

La nomina e il giuramento

La ricusazione

I quesiti (art. 191 cpc)

I termini endoprocedimentali (art. 195 cpc) – 41 –

NULLITA' DELLA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO.

Pregiudizio al principio del contraddittorio o diritto di difesa – 44 –

LA RESPONSABILITA' DEL CONSULENTE.

Responsabilità penale

Responsabilità civile

Responsabilità deontologica – 45 –

PREVENZIONE

INDICAZIONI GENERALI

Il referto

La cartella clinica

Le radiografie

Il segreto professionale

I documenti

Il preventivo

Il consenso informato

I dati sensibili – 48 –

LA COPERTURA ASSICURATIVA

Polizza singola

Garanzie particolari: made, retroattività, postuma – 51 –

Polizze Collettive – Fondo – 53 –

APPENDICE

IL DISEGNO DI LEGGE n.2224/2016 – 56 –

NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITA' MEDICA

La professione intellettuale del sanitario, tipica obbligazione di mezzi, rientra nelle c.d. "professioni protette", per il cui esercizio è necessaria una specifica abilitazione e l'iscrizione ad un apposito albo.

Tradizionalmente il medico rispondeva a titolo di *responsabilità extracontrattuale*, in quanto tra lui e il paziente non veniva concluso alcun contratto, a differenza di quanto avveniva con la struttura sanitaria con cui era concluso un contratto atipico di spedalità o di assistenza sanitaria, ovvero, se si preferisce, in quanto tenuta *ex lege* ad adempiere determinate prestazioni perché inserita nel Servizio Sanitario Nazionale.

Con la sentenza della Corte di Cassazione n. 589/1999, a cui va certamente riconosciuto il pregio di aver rafforzato la tutela del paziente, anche il medico inizia a rispondere contrattualmente ex art. 1218 cod.civ., per effetto – è asserto – del c.d. "*contatto sociale qualificato*" che si instaura tra lui ed il paziente: quando il paziente entra in contatto con il medico, anche se non è stato stipulato alcun contratto, quest'ultimo deve agire come se invece tra i due sia stato concluso. In altri termini, il paziente non ha il diritto che il medico intervenga, ma se il medico decide di intervenire, dovrà adoperare la diligenza che utilizzerebbe nell'adempimento di un'obbligazione che trae origine da un contratto. Il tutto, in base all'art. 1173 cod.civ. secondo cui *le obbligazioni conseguono da contratto, fatto illecito ed ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico*. Conseguentemente, al paziente basterà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica, restando a carico del sanitario la prova che la prestazione professionale sia stata diligentemente eseguita e che l'aggravamento sia dipeso da eventi imprevedibili.

Tesi, fino a qualche anno fa ritenuta definitiva ma, come vedremo, rimessa fortemente in discussione dalla c.d. “riforma Balduzzi” che, facendo riferimento nel suo testo normativo all'art. 2043 cod. civ., deve ritenersi, abbia voluto incardinare nuovamente tale forma di responsabilità sotto l'alveo della responsabilità aquiliana.

LA RESPONSABILITA' CIVILE

Il concetto di responsabilità civile attiene all'integrità fisica e al patrimonio di ogni singola persona: il responsabile deve risarcire il danno prodotto.

La responsabilità professionale consegue all'inadempimento delle obbligazioni inerenti lo svolgimento di un'attività professionale.

La diligenza con cui va espletata tale obbligazione è quella di cui all'art. 1176/ co. 2 cod. civ., definita anche diligenza qualificata: il debitore non è soggetto alla diligenza del buon padre di famiglia ma ad una diligenza adempitiva superiore da valutarsi alla stregua della natura dell'attività esercitata.

L'obbligazione del medico è una tipica *obbligazione di mezzi o di diligenza*, in quanto egli non è tenuto a conseguire il risultato ma ad eseguire la prestazione con la necessaria diligenza. Alla sua attività si ricollega inoltre l'art. 2236 cod. civ. per cui, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave.

Tra medico e paziente sussiste un contratto avente forza di legge tra le parti e può essere sciolto solo per mutuo consenso o altre cause ammesse dalla legge (art. 1372 cod. civ.).

Il sanitario ha il dovere di curare correttamente, pena la risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.); il paziente di collaborare, pena la diminuzione parziale o totale del risarcimento (art. 1227 cod.civ.).

Il sanitario risponde anche, per responsabilità extracontrattuale o aquiliana, per qualsiasi fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un ingiusto danno (art. 2043 cod.civ.). Dal canto suo, **la struttura sanitaria** risponde (da sempre) a titolo contrattuale in forza di un contratto atipico di spedalità, ovvero contratto a prestazioni corrispettive.

Si riporta l'art. 1218 c.c (norma fondamentale) – Responsabilità del debitore: *il debitore che non esegue correttamente la prestazione dovuta (v. 1176 c.c., diligenza) è tenuto al risarcimento del danno (v. 1223 c.c., d. emergente e lucro cessante), se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.*

Caso specifico – Installazione di protesi dentaria.

La Suprema Corte in una recente pronuncia ha escluso l'applicabilità al medico dentista dell'art. 2226 cod. civ., regolante i diritti del committente per il caso di difformità e vizi dell'opera.

Secondo il giudice di legittimità, l'opera professionale, pur quando si estrinsechi nell'installazione di una protesi dentaria, ha per oggetto la prestazione di un bene immateriale in relazione al quale non sono percepibili, come per i beni materiali, le difformità o i vizi eventualmente presenti, assumendo rilievo assorbente l'attività riservata al medico dentista di diagnosi della situazione del paziente, di scelta della terapia, di successiva applicazione della protesi e del controllo della stessa. Pertanto, non potendosi individuare un'entità materiale nell'opera del dentista, la protesi può considerarsi un'opera materiale ed autonoma solo in quanto oggetto della prestazione dell'odontotecnico (Cass., Sez. III, 22.06.2015, n. 12871).

Colpa lieve e colpa grave.

L'interpretazione della diligenza è strettamente connessa con il significato che si vuole attribuire all'art. 1218 c.c. quale norma regolatrice della responsabilità del debitore in generale.

Secondo l'interpretazione che appare preferibile la misura della diligenza deve intendersi come *obbligazione dei mezzi* e degli accorgimenti che il debitore (medico) deve porre in essere per conseguire il risultato o attuare il tipo di attività in cui è ravvisabile la soddisfazione del predetto interesse creditorio, consentendo così, almeno con riguardo a certi tipi di obbligazione, di distinguere tra inadempimento non dovuto a colpa e inadempimento dovuto a colpa.

E' bene inoltre precisare che l'obbligo di diligenza si distingue dal **dovere di correttezza** (art 1175 c.c. – *le parti devono comportarsi secondo le regole della correttezza*) in quanto non svolge, come quest'ultimo, la funzione di strumento integrativo del contenuto del rapporto obbligatorio, bensì costituisce il punto di riferimento per determinare l'impegno richiesto al debitore nell'adempimento, alla luce del contenuto e del tipo di obbligazione individuata, eventualmente, tramite il richiamo al dovere di correttezza.

Il riferimento alla diligenza del buon padre di famiglia è da intendere come criterio generale, il cui contenuto deve essere concretizzato di volta in volta con richiamo alle peculiarità dell'obbligazione e alle circostanze in cui il debitore si trova ad adempiere.

La diligenza richiesta, dunque, non è quella "del buon padre di famiglia", bensì quella "del buon professionista", *diligenza qualificata*: la sua inosservanza costituisce la c.d. colpa lieve.

In linea generale possiamo affermare che il professionista, nell'adempimento della sua obbligazione, è tenuto ad osservare l'obbligo di diligenza che, in applicazione del principio contenuto nell'art. 1176/2 c.c., deve adeguarsi alla natura dell'attività esercitata. Viceversa, *se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o di colpa grave* (art. 2236 c.c.). In questi casi si ha attenuazione della normale responsabilità. Attenuazione peraltro attinente la sola competenza tecnica, quindi applicabile ai casi di imperizia e non quando la colpa consiste in un difetto di prudenza o diligenza. Il concetto di problemi tecnici di speciale difficoltà, poi, non è definibile in termini generali per tutte le professioni: trattasi infatti di valutazione affidata al giudice caso per caso e da farsi anche in relazione alla qualificazione soggettiva del professionista. Ricorre, comunque, l'ipotesi in esame quando l'impegno richiesto al professionista sia superiore a quello professionale medio e presupponga una preparazione e un dispendio di attività anch'essi superiori alla media. Questa limitazione di responsabilità non si applica al professionista generico che consapevolmente non ha consultato lo specialista, ma solo ai casi in cui o la difficoltà non è riconoscibile dal professionista medio o non è possibile ricorrere ad uno specialista o la difficoltà sussiste anche per i professionisti del più alto livello.

Circa **l'onere della prova** è da precisare che il paziente-danneggiato deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del professionista l'onere di dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che pure esistendo esso è stato eziologicamente irrilevante.

Conformemente, sul punto, l'impostazione giurisprudenziale: *il paziente-creditore ha il mero onere di allegare il contratto ed il relativo inadempimento o inesatto adempimento, non essendo tenuto a provare la colpa del medico e/o della struttura sanitaria e la relativa gravità (Cass. S.U., sent. n. 577/2008, Cass. n. 17143/2012).*

Da notare che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non può valere come criterio di distribuzione dell'onere della prova, bensì solamente ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario. All'articolo 2236 c.c. non va, dunque, assegnata alcuna rilevanza della ripartizione dell'onere probatorio, giacché incombe in ogni caso al medico dare la prova della difficoltà della prestazione, in quanto la norma in esame implica solamente una valutazione della colpa del professionista in relazione alle circostanze del caso concreto (Cass. n. 10297/2004).

Per quanto attiene alla c.d. **“causalità presunta”** e **“causalità ignota”**, possiamo ricordare che la giurisprudenza dominante pone il rischio in capo al creditore (medico / struttura sanitaria), argomentando che, data la natura contrattuale, l'onere probatorio gravante sul medico (presunto) responsabile non è dato semplicemente dalla prova della mancanza di colpa (diligenza) ma, ai sensi dell'art. 1218 c.c., il medico o l'ente dovrà provare l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile, c.d. caso fortuito in senso lato.

Infine, nelle ipotesi in cui non è possibile individuare con certezza la causa, equivalendo la causa dubbia alla causa ignota, la responsabilità deve farsi ricadere sul medico che non ha adempiuto ai propri oneri probatori in ordine alla sua adeguata diligenza.

Colpa generica e colpa specifica.

Si ha **colpa generica** ove il professionista agisca con imprudenza o senza la necessaria diligenza ovvero imperitamente.

Si ha **colpa specifica** in caso di violazione di norme di legge o regolamenti e ordini disciplinari (cfr. art. 43 c.p.). L'inosservanza di leggi è la trasgressione di norme e indicazioni appositamente formulate per regolamentare le specifiche attività.

Nel momento in cui il comportamento del professionista sia caratterizzato dalla violazione di legge, si può affermare che effettivamente ci si trova di fronte ad un comportamento colposo. Diverso, invece, è il comportamento (colposo) laddove la tipologia della valutazione deve essere verificata caso per caso.

Perizia – Prudenza – Diligenza.

L'imperizia è l'insufficiente preparazione tecnica, l'inettitudine nell'esercizio, la mancata consapevolezza della propria scarsa preparazione.

L'imprudenza è rappresentata dall'avventatezza del professionista che non si fa carico di un possibile pericolo verificabile o che compie un atto privo di nozioni tecniche. Considerazione, quest'ultima, da cui deriva l'obbligo di astensione o di affidamento / affiancamento di uno specialista.

La negligenza consiste nella superficialità, deficienza o omissione di attenzione, ovvero violazione dell'obbligo di vigilanza.

Nesso di causalità

Il creditore che subisce un danno in conseguenza dell'inadempimento del debitore ha diritto al risarcimento del danno sofferto (art. 1223 c.c.).

Il danneggiato, analogamente, deve ottenere dal danneggiante il risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2043 c.c., secondo cui: *qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (responsabilità extracontrattuale).*

Da detta norma, letta congiuntamente all'art. 2046 c.c. (*imputabilità del fatto dannoso*), si deduce che il danneggiante è obbligato a risarcire il pregiudizio causato quando concorrono i seguenti presupposti: *a) il fatto; b) l'illiceità di detto fatto; c) l'imputabilità del fatto al danneggiante; d) il dolo o (almeno) la colpa grave del danneggiante; e) il nesso causale fra il fatto e l'evento dannoso; f) il danno (c.d. danno conseguenza).*

Dunque perché si abbia responsabilità (extracontrattuale) è necessario che proprio la condotta del danneggiante sia la causa di quell'evento.

Causalità materiale o di fatto. Dal punto di vista naturalistico possono ritenersi causa di un determinato evento tutte quelle condotte che costituiscono *conditio sine qua non* del verificarsi dell'evento (art. 41 c.p.). Per stabilire se sussiste il nesso di causalità, è necessario verificare nel caso concreto se l'evento dannoso si sarebbe verificato ugualmente in assenza di una determinata condotta (se ad es. la morte del paziente si sarebbe verificata ugualmente, nonostante l'errore del chirurgo). In altri termini, all'interno delle condotte che sono collegate ad un determinato evento dannoso da un nesso di causalità materiale, occorre selezionare quelle che ne sono la causa giuridicamente rilevante.

Al riguardo, basti riflettere che di norma ogni evento lesivo è il risultato di una pluralità di concause (per richiamare un esempio scolastico: – se Tizio

che è solito recarsi al lavoro in treno, nell'occasione usa la sua auto privata stante lo sciopero dei ferrovieri; – se non fa la strada abituale per poter dare un passaggio ad un collega, ed è coinvolto in un tamponamento riportando un colpo di frusta; – se l'autoambulanza che lo trasporta in ospedale è coinvolta in un grave incidente ove Tizio muore. E' evidente che l'evento morte è la risultante del concorso di tutte le circostanze richiamate, se anche una sola fosse mancata Tizio non sarebbe morto).

Causalità adeguata (o regolarità causale). La giurisprudenza, ai fini della richiamata selezione, fa ricorso al criterio della regolarità causale: – una data condotta si considera causa di un determinato evento in senso giuridico se sulla base di un giudizio *ex ante* detto evento ne risultava la conseguenza prevedibile ed evitabile. In altri termini, se quella data condotta sulla base delle comuni regole di esperienza è normalmente adeguata a cagionare quel determinato evento. Al riguardo, si suol dire, che il nesso di causalità, pur costituendo *conditio sine qua non* dell'evento, si interrompe se il danno verificatosi ne costituisce una conseguenza del tutto atipica ed inverosimile. Infine, la prevedibilità non ha natura soggettiva ma deve essere “obiettiva”, deve cioè basarsi sulle conoscenze statistiche e/o scientifiche.

In sede penale, l'orientamento prevalente del nesso di causalità è individuato *nell'elevato grado di credibilità razionale dell'accertamento giudiziale. Così, tracciando definitivamente il confine tra probabilità statistica e probabilità logica, non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza probatoria disponibile (Cass., sez. unite, n. 30328/2002).*

In diritto civile, detta Corte suggerisce che le esigenze decostruttive e ricostruttive del nesso causale sottese al sistema penalistico non sono

riproducibili nella diversa dimensione dell'illecito civile, sia per il profilo morfologico che sotto l'aspetto funzionale. Sotto il profilo morfologico va considerato, da un lato, come il baricentro della disciplina penale con riferimento al profilo causale del fatto sia sempre e comunque rivolto verso l'autore del reato, orbitando viceversa l'illecito civile sulla figura del danneggiato; dall'altro lato, alla tipicità del fatto reato, corrisponde (specularmente) l'atipicità dell'illecito civile. Sotto il profilo funzionale, va rilevato come, in particolare per la condotta omessa, la valutazione del nesso causale in sede civile sia più elastica, vertendo sul concetto di "danno ingiusto"; al contempo, interagendo con discipline economiche e sociali, quindi non necessariamente solo scientifiche (funzionali queste, in sede penale, a svolgere il compito di legge di copertura).

Da tempo in dottrina e in giurisprudenza è evidenziato come, in sede civile, l'elaborazione di criteri di individuazione e valutazione della relazione causale tra il fatto e l'evento ha condotto ad approdi interpretativi tra loro molto diversi. Basti pensare: – a) al concetto di causalità materiale e causalità giuridica; – b) al criterio di collegamento da adottare tra la condotta e l'evento di danno (attinente la c.d. "perdita di chance"); – c) alla commistione tra gli elementi strutturali dell'illecito (colpa, nesso causale).

In generale, avendo riguardo alle fonti legislative non pare emergere nulla di definitivo. In penale, l'art. 40 c.p., rubricato rapporto di causalità, stabilisce che *nessuno può essere punito ...se l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza della sua azione o omissione*, fissando il solo principio di equivalenza tra il non fare ed il cagionare e discorrendo genericamente di conseguenza nell'individuare caratteri e peculiarità del nesso tra condotta ed evento. L'art. 41 c.p. si occupa poi del concorso di cause, per stabilire il principio relativo all'interruzione del nesso causale conseguente a quella causa sufficiente da sola a determinare l'evento. Dal combinato dei due articoli, secondo l'orientamento

prevalente, scaturisce un procedimento bifasico funzionale all'accertamento del nesso causale: – dapprima, mediante la teoria della *conditio sine qua non* si procede alla individuazione di tutte le cause di un determinato evento; – successivamente, analizzando l'ipotetica strada dell'interruzione del nesso causale, si provvede a circoscrivere la possibile eziogenesi dello stesso.

In civile, gli articoli 1227 e 2043 cod. civ. strutturano, rispettivamente, il rapporto tra fatto (doloso / colposo) ed evento dannoso, in termini di “cagionare”, senza ulteriori specificazioni.

Dal canto suo, l'art. 1223 cod. civ. fa riferimento al nesso che lega non la condotta all'evento, ma l'evento (inadempimento) ai danni–conseguenza, che ai fini risarcitori devono essere diretti ed immediati.

Nel sistema della responsabilità civile la causalità assolve alla duplice finalità di fungere da criterio di imputazione del fatto illecito, nonché di regola operativa per il successivo accertamento dell'entità delle conseguenze pregiudizievoli del fatto che si traducono in danno risarcibile. Essa va pertanto scomposta al giudizio sull'illecito (nesso condotta/evento), e al danno risarcibile (nesso evento/danno).

L'unico profilo sul nesso eziologico è quello espresso nell'art. 2043 cod. civ. dove *l'imputazione del fatto doloso o colposo è addebitata a chi cagiona ad altri un danno ingiusto*. Mentre un'analoga disposizione, sul danno ingiusto e non sul danno da risarcire, non è richiesta in tema di responsabilità contrattuale o da inadempimento.

Ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., si vuole rilevare, il risarcimento è limitato alla perdita subita e al mancato guadagno *in quanto conseguenze immediate e dirette* dell'inadempimento o di altro fatto dannoso.

Ai sensi dell'art. 1227/co. 1, cod. civ. se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. In tal

caso il fatto del creditore (non collaborante) interviene a spezzare il legame tra comportamento del soggetto agente ed evento, escludendo così la totale imputabilità del fatto all'agente e limitando di conseguenza la responsabilità di quest'ultimo.

Il comma successivo, dello stesso articolo, viceversa, chiarisce in che modo il fatto del creditore possa influire sul rapporto evento-danno, stabilendo che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, rendendo in tal modo non più risarcibili talune delle conseguenze immediate e dirette dell'evento.

Risolto il problema della imputazione del fatto, e quindi del soggetto responsabile, le norme in tema di responsabilità delimitano l'ambito della risarcibilità delle singole conseguenze dannose attraverso una disciplina parzialmente difforme sulle due diverse ipotesi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, per la limitazione di cui all'art. 2056 cod. civ. in base alla quale viene esclusa l'applicabilità dell'art. 1225 cod. civ. (prevedibilità del danno) nei casi di obbligazioni risarcitorie derivanti da fatto illecito. Al riguardo, per la responsabilità contrattuale va, altresì, rilevata la differenza tra il disposto dell'art. 1223 cod. civ. (conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento) e quello di cui all'art. 1225 cod. civ. che, in caso di inadempimento colposo, limita il risarcimento ai soli danni prevedibili. Concetto di prevedibilità, comunque, da ritenere estraneo alla struttura oggettiva dell'illecito, ove il nesso di causalità è elemento strutturale: nell'individuazione della relazione tra condotta ed evento si prescinde in prima istanza da ogni valutazione di prevedibilità, tanto soggettiva quanto oggettiva, da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto di prevedibilità insito nella fattispecie della colpa. Solo il positivo accertamento del nesso di causalità materiale consente la traslazione verso la dimensione dell'illecito costituito dal suo elemento soggettivo, cioè verso l'analisi della sussistenza o meno della colpa

dell'agente (o del dolo), coelemento di fattispecie la cui imprevedibilità nella singola vicenda, pur in presenza di un nesso causale accertato, ben potrebbe escludere l'esistenza dell'illecito secondo criteri della prevedibilità ed evitabilità del fatto. In altri termini, in tema di responsabilità medica, se il comportamento del sanitario è astrattamente configurabile in termini di gravissima negligenza, ma il paziente muore (prima che la negligenza possa spiegare i suoi effetti causali sull'evoluzione del male) per altra patologia, del tutto indipendente dal comportamento del sanitario stesso, l'indagine sulla colpevolezza di questi è preclusa dalla interruzione del nesso causale tra il suo comportamento (omissivo o erroneamente commissivo) e l'evento.

In questo modo il nesso causale diviene la misura della relazione probabilistica concreta (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento e fatto dannoso, da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata; mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale andrà più propriamente ad iscriversi entro l'orbita soggettiva dell'illecito (la colpevolezza).

*** *** ***

Ricapitolando in giurisprudenza (rif. Cass. 18.4.2005, sent. n. 7997):

–il nesso di causalità è elemento strutturale dell'illecito, che corre (su di un piano strettamente oggettivo e secondo una ricostruzione di tipo sillogistico) tra un comportamento dell'autore del fatto astrattamente considerato (e non ancora qualificabile come *dammum iniura datum*) e l'evento dannoso;

–nell'individuazione di tale relazione primaria tra condotta ed evento si prescinde in prima istanza da ogni valutazione di prevedibilità, tanto soggettiva quanto “oggettivata”, da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto di previsione insito nella fattispecie della colpa (elemento

qualificativo del momento soggettivo dell'illecito, motivo di analisi collocato in un momento successivo della ricostruzione della fattispecie);

–il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento è quello per cui ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato o anche soltanto contribuito a generare tale obbiettiva relazione col fatto deve considerarsi “causa” dell'evento stesso;

–il nesso di causalità giuridica è quello per cui i fatti sopravvenuti, idonei di per sé soli a determinare l'evento, interrompono il nesso col fatto di tutti gli antecedenti causali precedenti;

–la valutazione del nesso di causalità giuridica, tanto sotto il profilo della dipendenza dell'evento dai suoi antecedenti fattuali, quanto sotto quello della individuazione del “*novus factus interveniens*”, si compie secondo criteri: a) di probabilità scientifica, se esaustivi; b) di logica aristotelica, se appare impraticabile o insufficiente il ricorso a leggi scientifiche di copertura, con l'ulteriore precisazione che, nell'illecito omissivo, si deve accertare il collegamento evento (comportamento omissivo in termini di probabilità inversa), per desumere che l'incidenza del comportamento omesso è in relazione non probabilistica con l'evento stesso;

–il positivo accertamento del nesso di causalità, che deve fornire oggetto di prova da parte del danneggiato, consente il passaggio, logicamente e cronologicamente conseguente, alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, e cioè della sussistenza o meno della colpa dell'agente che, pur in presenza di un nesso causale accertato, ben potrebbe essere esclusa secondo i criteri di prevedibilità ed evitabilità del danno.

In conclusione: la quasi certezza, la probabilità relativa, la possibilità, sono dunque le tre categorie concettuali che oggi presiedono all'indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento.

In linea generale (ricapitolando), in dottrina, la responsabilità professionale e il diritto al risarcimento si fondano su quattro pilastri:

- a) la capacità di agire o imputabilità;
- b) la realizzazione di un danno ingiusto per la salute e/o il patrimonio di terzi;
- c) il nesso di causalità materiale (art. 40, 41 c.p.);
- d) il nesso di causalità psichico /art. 42, 43 c.p.).

A) - La norma parla di imputabilità ma è più consueta l'espressione **colpevolezza** o colpa in senso ampio a sua volta distinta in dolo e colpa in senso stretto. Sia il dolo che la colpa presuppongono la capacità di intendere e di volere.

Si ha **dolo** nel caso in cui il soggetto, pur prevedendo come certo il mancato soddisfacimento dell'interesse creditorio, ciò nonostante scelga di tenere il comportamento che sfocia nell'accadimento in questione: può bastare anche la previsione in termini di estrema probabilità se accompagnata da indifferenza verso l'accadimento predetto (dolo eventuale).

Si ha **colpa allorché** viene tenuto un comportamento negligente, trascurato o da imperito, cioè venga omesso lo sforzo da diligenza di cui all'art. 1176 c.c. Si parla di colpa cosciente **allorché** il professionista preveda come possibile il mancato soddisfacimento dell'interesse creditorio, e tuttavia decide di agire in quel modo confidando che comunque l'evento non abbia a verificarsi.

A seconda della misura in cui viene leso l'obbligo di diligenza si distingue tra colpa lieve e colpa grave.

In una prospettiva della responsabilità compiutamente fondata sul principio della colpevolezza, **il caso fortuito e la forza maggiore** vanno intesi come endiadi designante complessivamente, in modo negativo, la fattispecie di assenza di colpa.

B) - Relativamente al danno ingiusto, per la persona o il patrimonio di terzi, in sede civile e diversamente dal penale, *in cui vige il principio al di là di ogni ragionevole dubbio*, la certezza cede il passo al *concetto della ragionevole probabilità (del più probabile che non)*, stante la natura prevalentemente induttiva dell'accertamento giudiziale. Se si dovesse pretendere una rigorosa spiegazione causale di tipo deterministico, secondo criteri di certezza assoluta, si finirebbe col frustrare gli scopi della tutela legale.

C) - Per il nesso di causalità materiale, la prevalente giurisprudenza aderisce alla teoria della causalità adeguata, ammettendo l'esistenza di un rapporto causale ragionevolmente credibile quando senza l'azione dell'antecedente l'evento non si sarebbe prodotto, in base a criteri di regolarità statistica o di probabilità scientifica.

D) - Infine, il nesso di causalità psichico è rappresentato dalla involontaria violazione di regole di condotta (generali o specifiche), per colpa generica (imperizia, imprudenza, negligenza) o specifica (inosservanza di leggi).

PROBLEMI INTERPRETATIVI SORTI DALLA LEGGE BALDUZZI.

Il richiamo all'art. 2043 cod.civ. ha generato molte incertezze sia in dottrina che in giurisprudenza. In particolare, allo stato, specie nella giurisprudenza del merito, si sono riproposti due diversi orientamenti:

- secondo alcuni (Trib. Milano, sent. n. 13552/2015) il Legislatore della riforma ha voluto riportare la responsabilità del medico (dipendente/ collaboratore) a quella nascente da fatto illecito;
- per altri, viceversa, l'intenzione è stata quella di alleggerire il trattamento del sanitario solo sul piano penale, che risponderà per colpa grave laddove si sia attenuto alle linee guida, ferma la responsabilità contrattuale in sede civile

L'art. 3/ co. 1 del decreto legge n. 158/2012, convertito con modificazioni nella legge n. 189/2012, prevede 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'art. 2043 cod. civ.

In diritto penale, la giurisprudenza successiva alla novella legislativa, che ha parzialmente depenalizzato le fattispecie penali di cui agli artt. 589 e 590 c.p. per i casi di omicidio e lesioni personali commessi con colpa lieve, che si collochino all'interno dell'area segnata dalle linee guida o da virtuose pratiche mediche accreditate dalla comunità scientifica, ha precisato il contenuto della disposizione normativa con alcune fondamentali specificazioni.

Per linee guida debbono, quindi, intendersi le buone pratiche terapeutiche accreditate dalla comunità scientifica, e consistono in protocolli, raccomandazioni, opinioni scientifiche e più in generale nella letteratura medica. Tali linee guida rientrano tra i criteri che il giudice deve utilizzare per sindacare l'attività professionale svolta dal medico. In giurisprudenza, dette linee guida sono state innanzitutto definite come raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione per coadiuvare medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche (Cass., sez. IV, 5.11.2013, n. 18430). Per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico, esse devono indicare “*standard*” diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica della salute del paziente (Cass., sez. IV, 15.10.2013, n. 46753; Cass., sez. IV, 18.6.2013, n. 39165).

Si discute inoltre se detta limitazione sia applicabile ai soli casi di colpa lieve per imperizia ovvero anche a quelle contrassegnate da imprudenza o negligenza, con scelta giurisprudenziale prevalente per l'applicazione limitata alla competenza professionale. Nel caso in cui la condotta del medico si sia discostata in modo non rilevante dallo standard di condotta dell'agente modello verrà esclusa la sua punibilità; viceversa, ove il rimprovero mossogli riguardi l'inosservanza di regole di comune diligenza o prudenza (negligenza), la colpa lieve non esclude la responsabilità penale ma potrà assumere rilevanza unicamente ai fini della determinazione della pena (Cass., sez. IV, 27.4.2015, n. 26996; Cass., sez. IV, 20.3.2015, n. 16944. In senso contrario, per l'applicabilità della limitazione in ogni caso, Cass., sez. IV, 9.10.2014, n. 47289).

Sul punto, la legge non fornisce alcun dettame, tuttavia va osservato che le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia, per cui la limitazione di responsabilità prevista dalla norma deve

rilevare solo in rapporto all'addebito di imperizia (cfr., Corte Cost. 6.12.2013, n. 295).

In ogni caso, si vuole chiarire, il rispetto delle linee guida non è condizione sufficiente per l'esclusione della responsabilità penale, in quanto il giudice deve sempre accertare se la specificità del quadro clinico del paziente era tale da imporre una condotta del medico differente da quanto indicato in termini generali dai protocolli ufficiali. Infatti, il presupposto per il contenimento della risposta sanzionatoria, sul piano penale, si giustifica non già per effetto dell'astratta conformità del comportamento medico a una regola positivizzata, bensì in ragione dell'adeguamento della condotta del medico ai parametri di più elevata qualificazione sul piano scientifico. Dove il senso dell'espressione che richiama alla categoria della scientificità chiede di essere inteso alla luce dell'indole eminentemente pratico-clinica che caratterizza la scienza medica, e che si vale dell'attitudine dell'operatore concreto alla costante sottoposizione delle ipotesi astratte di partenza (pur scientificamente fondate), alle prove di resistenza avanzate dall'esperienza concreta in relazione al caso clinico, con l'eventuale scostamento del contegno terapeutico dai canoni del sapere cristallizzato ove imposto alla luce concreta delle evidenze del caso (Cass., sez. IV, 22.4.2015, n. 24455).

In detta sentenza, la Suprema Corte ha poi precisato che il medico, che assuma di aver conformato la propria condotta ai protocolli medici ufficiali, non può limitarsi alla mera enunciazione di un assunto ma deve allegare le linee guida alle quali egli afferma di essersi conformato, dovendo il giudice valutare la loro conformità alle regole della miglior scienza medica e successivamente utilizzare le medesime come parametro per la valutazione della colpa del medico.

In diritto civile, sempre detto richiamo all'art. 2043 cod.civ., ha generato molte incertezze sia in dottrina che in giurisprudenza. In particolare ci si chiede se tale riferimento debba intendersi nel senso che la responsabilità medica sia stata ricondotta sotto la disciplina della responsabilità aquiliana.

Se così fosse, tale svolta costituirebbe un superamento dell'ormai maggioritario indirizzo della responsabilità contrattuale, del medico dipendente / collaboratore per effetto del c.d. "*contatto sociale qualificato*". Per un diverso orientamento invece l'intento del Legislatore non era quello di riportare tale responsabilità nell'alveo di quella extracontrattuale ma andrebbe inteso soltanto come un generico richiamo ad un obbligo di risarcimento del danno cagionato.

A meno di un definitivo chiarimento di natura legislativa, pur apprezzando la volontà avversa, di voler offrire una maggiore tutela al paziente, allo stato deve propendersi per la responsabilità extracontrattuale. Conseguentemente, se il paziente danneggiato agisce in giudizio nei confronti del solo medico con il quale è venuto "in contatto" presso una struttura sanitaria, senza allegare la conclusione di un contratto con il convenuto, la responsabilità risarcitoria del medico va affermata solo in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito ex art. 2043 cod.civ. che l'attore ha l'onere di provare.

Al riguardo, si vuole ricordare che per l'orientamento che riconduce la responsabilità nello schema contrattuale il paziente appare molto agevolato, al danneggiato basterà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica, restando a carico del sanitario la prova che la prestazione professionale sia stata diligentemente eseguita e che l'aggravamento sia dipeso da eventi imprevedibili. In altri termini, spetterà al professionista dimostrare la correttezza del proprio operato (artt. 1176 e 1218 c.c.).

Viceversa, in tema di responsabilità extracontrattuale, il danneggiato che intende agire per il soddisfacimento del proprio interesse, ha l'onere di provare di aver subito un danno ingiusto, che tale danno è stato causato dal fatto di un altro soggetto, e che il soggetto individuato ha agito con dolo o colpa. Il paziente non deve solo provare di aver subito un pregiudizio, ma anche la riconducibilità di esso al debitore, c.d. nesso eziologico.

La prescrizione è fissata in cinque anni a differenza dei dieci anni previsti dalla responsabilità contrattuale.

IL (NUOVO) DANNO BIOLOGICO SANITARIO

Il terzo comma dell'articolo in esame dispone: *il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209, eventualmente integrate 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 l'attività di cui al presente articolo.*

La legge richiamata attiene al **risarcimento del danno biologico per lesioni di non lieve entità (art. 138) e di lieve entità (art. 139)**, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti.

Ebbene, relativamente al *danno grave* – invalidità permanente da 10 al 100% – la prevista *tabella unica* non è stata ancora emanata, per cui la liquidazione segue le cc.dd. tabelle in uso presso il Tribunale di competenza. Notevoli le disparità tra i diversi Tribunali, in particolare di Milano e di Roma, non superata nonostante che la Corte di Cassazione (Sez. III, sent. n. 12408/2011), facendo leva sull'esigenza di affermare la necessità di far uso di criteri unitari per la valutazione equitativa del danno, abbia indicato il sistema di quantificazione espresso dal Tribunale di Milano quale criterio generale.

Mentre per il *danno lieve* la tabella ministeriale è generalmente inferiore a quelle in uso nei Tribunali, sia in riferimento all'indicazione del valore punto del danno biologico sia dell'inabilità temporanea.

Per completezza espositiva, si riportano i due articoli di legge richiamati del codice delle assicurazioni private.

Art. 138. *Danno biologico per lesioni di non lieve entità*

1. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro delle attività produttive, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica: a) delle menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra dieci e cento punti; b) del valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto di invalidità comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso.

2. La tabella unica nazionale è redatta secondo i seguenti principi e criteri:

a) agli effetti della tabella per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito; b) la tabella dei valori economici si fonda sul sistema a punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità; c) il valore economico del punto è funzione crescente della percentuale di invalidità e l'incidenza della menomazione sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato cresce in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi; d) il valore economico del punto è in funzione decrescente dell'età del soggetto, sulla base delle tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, al tasso di rivalutazione pari all'interesse legale; e) il danno biologico temporaneo inferiore al cento per cento è determinato in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno.

3. Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali, l'ammontare del danno determinato ai sensi della tabella unica nazionale può essere aumentato dal giudice sino al trenta per cento, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

4. Gli importi stabiliti nella tabella unica nazionale sono aggiornati annualmente, con decreto del Ministro delle attività produttive, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati accertata dall'ISTAT.

Art. 139. *Danno biologico per lesioni di lieve entità*

1. Il risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, è effettuato secondo i criteri e le misure seguenti: a) a titolo di danno biologico permanente, è liquidato per i postumi da lesioni pari o inferiori al nove per cento un importo crescente in misura più che proporzionale in relazione ad ogni punto percentuale di invalidità. Tale importo è calcolato in base all'applicazione a ciascun punto percentuale di invalidità del relativo coefficiente secondo la correlazione esposta nel comma 6. L'importo così determinato si riduce con il crescere dell'età del soggetto in ragione dello zero virgola cinque per cento per ogni anno di età a partire dall'undicesimo anno di età. Il valore del primo punto è pari ad euro seicentoseventantaquattro virgola settantotto; b) a titolo di danno biologico temporaneo, è liquidato un importo di euro trentanove virgola trentasette ⁽¹⁾ per ogni giorno di inabilità assoluta; in caso di inabilità temporanea inferiore al cento per cento, la liquidazione avviene in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno.

2. Agli effetti di cui al comma 1 per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito. In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente.

3. L'ammontare del danno biologico liquidato ai sensi del comma 1 può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.
4. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle attività produttive, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella delle menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra uno e nove punti di invalidità.
5. Gli importi indicati nel comma 1 sono aggiornati annualmente con decreto del Ministro delle attività produttive, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati accertata dall'ISTAT.
6. Ai fini del calcolo dell'importo di cui al comma 1, lettera a), per un punto percentuale di invalidità pari a 1 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,0, per un punto percentuale di invalidità pari a 2 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,1, per un punto percentuale di invalidità pari a 3 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,2, per un punto percentuale di invalidità pari a 4 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,3, per un punto percentuale di invalidità pari a 5 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,5, per un punto percentuale di invalidità pari a 6 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,7, per un punto percentuale di invalidità pari a 7 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,9, per un punto percentuale di invalidità pari a 8 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 2,1, per un punto percentuale di invalidità pari a 9 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 2,3.

(1) A norma dell'art. 1 del D.M. 6 giugno 2013 (G.U. n. 138 del 14 giugno 2013), a decorrere dal mese di aprile 2013, gli importi indicati rispettivamente alle lettere a) e b) di questo comma, sono aggiornati, da ultimo, nelle seguenti misure: – settecentonovantuno euro e novantacinque centesimi per quanto riguarda l'importo relativo al valore del primo punto di invalidità, di cui alla lettera a); – quarantasei euro e venti centesimi per quanto riguarda l'importo relativo ad ogni giorno di inabilità assoluta, di cui alla lettera b).

(2) Il comma che recitava: "*2. Agli effetti di cui al comma 1 per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito.*" è stato così modificato dall'art. 32, co. 3-ter, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni, nella L. 24 marzo 2012, n. 27.

CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO – ALBO

La legge Balduzzi (art. 3, co. 5), per quanto qui in esame, conclude con una nota sugli albi dei consulenti tecnici d'ufficio, disponendo:

“Gli albi dei consulenti tecnici d'ufficio di cui all'articolo 13 del regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, recante disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico legale, una idonea e qualificata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche dell'area sanitaria anche con il coinvolgimento delle società scientifiche, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento”.

Per individuare compiutamente la valutazione dell'operato dei consulenti, si ritiene necessaria una pur breve descrizione dell'opera di questi professionisti: dall'accesso all'Albo, alla stesura dell'elaborato, ai controlli. Il CTU del Tribunale è il *Consulente Tecnico d'Ufficio* (in sede civile), ovvero *Perito* (in sede penale), nominato dal Giudice su questioni di ordine tecnico.

L'iscrizione è possibile solo presso una sede di Tribunale, Civile e/o Penale, con domanda e relativi documenti, in particolare *curriculum* professionale documentato, presentata nell'Ufficio apposito.

Presso ogni Tribunale è istituito un Albo dei Consulenti Tecnici. Detto Albo è tenuto dal Presidente del Tribunale e tutte le decisioni relative all'ammissione all'albo sono deliberate da un Comitato da lui presieduto e composto dal Procuratore della Repubblica, da un Rappresentante dell'Ordine (o Collegio professionale designato dal Consiglio dell'Ordine o dal Collegio della Categoria) a cui appartiene l'aspirante CTU.

La normativa di riferimento è rappresentata dagli artt. 13 / 24 disposizione di attuazione c.p.c., e artt. 61 / 64, 191/201 c.p.c.

L'Ufficio dei consulenti è preposto: – alla tenuta e formazione dell'Albo dei consulenti tecnici d'ufficio; – alla contestazione di addebiti disciplinari e conseguente irrogazione delle sanzioni; – alla revisione periodica dell'albo stesso, al fini di verificare il perdurare dei requisiti (speciale competenza, specchiata moralità, residenza anagrafica, iscrizione presso il proprio ordine, eccetera).

A Roma: – la domanda presso il Tribunale Civile va presentata all'Ufficio CTU sito in Viale G. Cesare 54/B palazzo vecchio, piano 2°, stanza 110; – quella presso il Tribunale Penale è da presentare all'Ufficio Periti P.zzale Clodio, Edificio A), p. 4°, stanza 352.

Alla domanda vanno allegati i documenti di cui all'art. 16 disp. attuazione c.p.c., ad eccezione del certificato generale del casellario giudiziale che è richiesto d'ufficio.

Per la speciale competenza (art. 15), di norma è richiesta l'iscrizione al proprio albo da almeno cinque anni, con dimostrazione di aver eseguito prestazioni professionali di particolare complessità.

Nel valutare il possesso della competenza il Comitato seguirà un criterio quanto più oggettivo possibile, tenuto conto delle esperienze professionali, pubblicazione di monografie e di articoli inerenti le materie per le quali si chiede l'iscrizione. Viceversa, nel caso in cui non sia esibita la descritta documentazione, il Comitato rigetta la domanda; se la documentazione è insufficiente il Comitato invita l'istante alla relativa integrazione.

La specchiata moralità (art. 15) si presume, fino a prova contraria da fornirsi a cura dell'istante in chi abbia riportato condanne anche non definitive.

La scelta del consulente da parte del giudice deve avvenire in modo da garantire: trasparenza, adeguata rotazione degli incarichi, adeguate risposte al giudice.

Casi particolari. Ai criteri sopra riportati è possibile derogare soltanto nell'ipotesi di controversie che richiedono specialissime competenze, ove la nomina attiene alle competenze specialistiche e capacità professionali del consulente.

Disciplina. Il controllo disciplinare sugli iscritti all'albo è effettuato dal Presidente del Tribunale o dal Magistrato da questi delegato. Presa notizia, anche d'ufficio, della condotta del consulente, contesta ove necessario gli addebiti e ricevute le risposte degli interessati decide se archiviare la contestazione o trasmetterla all'esame del Comitato.

Le sanzioni sono irrogate da detto Comitato (art. 21), il quale dovrà vagliare: la gravità della mancanza ascritta al consulente, gli effetti prodotti sul giudizio, la sussistenza di precedenti infrazioni disciplinari. Dette sanzioni vanno dall'avvertimento, alla sospensione per uno o più mesi dagli incarichi, alla cancellazione dall'albo nei casi più gravi.

Le infrazioni (contestazioni) attengono:

- a) all'ingiustificata assenza all'udienza fissata per il conferimento dell'incarico;
 - b) al mancato deposito della relazione nei termini;
 - c) alla valutazione dell'elaborato negativa:
- per qualità insufficiente, lacunosa o erronea, con integrazione operata dallo stesso consulente anche su ordine del giudice (pena, avvertimento), ovvero vizi tali da rendere necessaria la nomina di altro CTU (pena, sospensione e/o cancellazione dall'albo);

- violazione del principio del contraddittorio, esempio nel caso si contatti con una sola delle parti o di ricezione di documenti non sottoposti all'altra parte;
- nullità della relazione, anche se non tempestivamente eccepita nel giudizio;
- smarrimento degli atti di parte;
- richiesta di compensi manifestamente eccessivi rispetto ai valori di cui al d.p.r. n. 115/2002 e al D.M. 30.5.2002.

Deliberazioni. Sulla proposta di sanzione disciplinare formulata dal Presidente o f.f., il Comitato delibera a maggioranza. I provvedimenti del Comitato, sia di irrogazione della sanzione che di archiviazione, sono comunicati all'interessato a cura dell'Ufficio. I provvedimenti irrogativi di sanzioni sono inoltre comunicati al Presidente della Corte d'Appello, ai Presidenti delle Sezioni del Tribunale, al Coordinatore dell'Ufficio dei Giudici di Pace.

Revisione dell'Albo. La revisione dell'albo (art. 18) avviene secondo due modalità, sistemica o a campione.

La revisione sistemica è quella compiuta ogni quattro anni (la legge Balduzzi ha stabilito almeno ogni cinque anni). In occasione di detta revisione ciascuno degli iscritti è invitato a dichiarare la permanente sussistenza dei requisiti di cui all'art. 15, l'insussistenza di sopravvenuti impedimenti ad esercitare l'ufficio. In caso di mancata risposta il Comitato procede alla sua cancellazione.

La revisione a campione è fatta dal Comitato e dal Presidente sui singoli iscritti al fine di verificare il perdurante possesso dei requisiti di cui all'art. 15.

LA CONSULENZA TIPO

La consulenza di norma è suddivisa in quattro paragrafi:

- la premessa, ove sono indicati i dati relativi alla sede giudiziaria, alle parti in causa, al giudice. Vanno inoltre riportati i quesiti, anche per rifocalizzarne la portata;
- la parte analitica, attinente alla trascrizione delle circostanze di fatto, dei dati relativi alla documentazione medica e medico-legali con eventuali esami strumentali, specialistici e di laboratorio;
- le considerazioni medico-legali, di norma suddivise: a) in una prima parte medica con ricostruzione della storia clinica della malattia che ha richiesto la prestazione medica ed identificazione delle eventuali complicanze – da ben evidenziare rispetto all'errore medico – e descrizione dell'esito finale dell'intero processo morboso; b) una seconda parte ove è accertato il rapporto di causalità materiale tra le singole prestazioni medico chirurgiche e gli eventi medici sfavorevoli iniziali, intermedi e finali. Esaminando la condotta professionale dei sanitari secondo i criteri dettati dalle regole professionali e tenendo conto della natura delle singole prestazioni, dei ruoli e del livello di competenza professionale degli operatori sanitari nonché delle difficoltà tecniche delle prestazioni richieste;
- le conclusioni, ove viene sintetizzata la risposta ai quesiti, con indicazione dell'iter logico scientifico seguito.

LA C.T.U. MEDICO LEGALE NEL GIUDIZIO CIVILE

La consulenza tecnica è utilizzabile nel processo civile quando il giudice si trova a dover esaminare questioni la cui risoluzione comporti la conoscenza di specifiche cognizioni di natura tecnica.

La sua acquisizione è rimessa al potere discrezionale del giudice, in quanto non è compresa tra i mezzi di prova. Non può essere disposta al fine di esonerare la parte dall'onere probatorio, né può essere utilizzata allo scopo di compiere un'indagine esplorativa su fatti o circostanze che non siano già state provate dalle parti.

La consulenza può costituire fonte oggettiva di prova solo quando si risolva in valutazioni tecniche o in accertamenti di situazioni di fatto tali da essere rilevabili unicamente ricorrendo a determinate cognizioni scientifiche, senza che il consulente possa essere chiamato ad accertare circostanze che possono essere oggetto di prova testimoniale.

Il consulente svolge il ruolo di ausiliario del giudice, il quale può farsi assistere per il compimento di singoli atti o per tutto il processo.

Il consulente compie le indagini che gli vengono richieste dal giudice e fornisce risposta ai chiarimenti eventualmente necessari, richiesti dal giudice o dalle parti.

Il giudice – *peritus peritorum* – può anche disattendere le conclusioni a cui giunge il C.T.U. purché fornisca adeguata motivazione del proprio dissenso. A tal fine è sufficiente il rilievo della evidente discordanza, sul piano strettamente logico, fra gli accertamenti eseguiti e le conseguenze che il consulente trae nelle sue conclusioni.

Il difetto di motivazione di una sentenza che abbia prestato adesione alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio è ravvisabile solo nel caso di evidente devianza dalle nozioni correnti della scienza medica o nella omissione degli accertamenti strumentali dai quali non si può prescindere per la formulazione di una corretta diagnosi.

Nel caso di responsabilità medica, poiché si tratta di valutazioni di natura prettamente tecnico-scientifica, il giudice può fondare le sue osservazioni facendo riferimento alle consulenze di parte, valutate in maniera comparativa con quella di ufficio, per rilevare possibili incongruenze o illogicità di quest'ultima.

Il consulente iscritto nell'Albo del Tribunale ha l'obbligo di prestare il suo ufficio, mentre quello che non è inserito ha la facoltà di rinunciare anche senza motivare la rinuncia. Nella prassi anche il consulente iscritto all'albo può chiedere di essere esonerato dall'incarico con istanza motivata al giudice.

La nomina avviene con ordinanza e il consulente prima di ricevere l'incarico deve prestare il giuramento di rito: *giuro di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidatemi al solo scopo di fare conoscere al giudice la verità (art. 61/2 c.p.c., art. 193 c.p.c.)*.

Il consulente può essere ricusato dalle parti per i motivi espressamente indicati nell'articolo 51 c.p.c., cioè in tutte quelle circostanze in cui è previsto l'obbligo di astenersi per il giudice. In detti casi il consulente è obbligato ad astenersi dall'assumere l'incarico poiché consapevole di essere in una situazione che può far sorgere forti dubbi sulla sua imparzialità e sulla capacità di valutare liberamente le posizioni della parti processuali.

Ai sensi dell'art. 191 c.p.c. (come riformato dalla legge n. 69/2009), il giudice con l'ordinanza con cui dispone la nomina stabilisce i quesiti da sottoporre al CTU. Ne consegue la possibilità per le parti di sottoporli a verifica e chiederne la modifica o l'integrazione.

Ai sensi dell'art. 195 c.p.c. (*termini endoprocedimentali – post riforma 2009*), il giudice: – fissa un termine per trasmettere la relazione tecnica alle parti, – individua un ulteriore termine entro il quale le parti devono trasmettere al CTU le proprie osservazioni sulla relazione, – indica altro termine al CTU entro il quale deve depositare la relazione in Cancelleria comprensiva delle osservazioni delle parti ed una sintetica valutazione sulle stesse.

Il consulente effettua una o più sessioni di consulenza e redige relativo verbale che deve essere allegato alla relazione finale. L'inizio delle operazioni peritali, di norma, è indicato a verbale del processo al momento del conferimento dell'incarico, se omesso va comunicato alle parti. Il consulente assiste alle udienze alle quali è invitato dal giudice. Compie, anche fuori della circoscrizione giudiziaria, le indagini richieste dal giudice, da solo o insieme al giudice. Può acquisire presso strutture pubbliche i documenti utili ad una più completa conoscenza dei fatti da valutare.

Può essere autorizzato a domandare chiarimenti alle parti e a terzi per l'accertamento dei fatti collegati con l'oggetto dell'incarico. In tale veste assume la qualifica di pubblico ufficiale, per cui il documento da lui redatto costituisce un atto pubblico che fa fede fino a querela di falso (art. 2700 c.c.). Si badi, stiamo parlando delle dichiarazioni riportate dalle parti / terzo non della CTU, i cui rimedi di legge sono già stati oggetto di esame specifico.

NULLITA' DELLA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO

Si ha nullità della consulenza tecnica quando si verificano omissioni che pregiudicano il principio del contraddittorio o il diritto di difesa.

La CTU dichiarata nulla non ha alcun valore probatorio, esempio mancata comunicazione della data e del luogo delle operazioni peritali, pur sanabile ove risulti che le parti siano state comunque poste in grado di assistere all'indagine e svolgere la difesa tecnica. Ne consegue che la presenza della parte senza il suo avvocato non è sufficiente a sanare detta nullità.

Il medico che svolge le funzioni di CTU in modo non corretto può incorrere in forme di responsabilità di natura penale, civile e disciplinare, a secondo della norma violata.

Come sopra detto, anche il semplice ritardo nel deposito della perizia può essere sanzionato dal giudice con la riduzione del compenso o con la sostituzione del CTU, per cui, in caso di necessità per complessità di indagine o di altre cause, è sempre bene fare preventiva istanza al giudice dando motivata informativa.

LA RESPONSABILITA' DEL CONSULENTE.

Concludiamo l'argomento esponendo le varie ipotesi di responsabilità in cui può incorrere il consulente tecnico se non assolve bene e fedelmente il compito che gli viene assegnato.

Responsabilità penale (si risponde sempre a titolo di dolo, non di colpa):

- si ha **reato di esercizio abusivo della professione**, punito ex art. 348 c.p., quando colui che accetta l'incarico di consulente tecnico non è iscritto al relativo albo professionale;
- si ha il **reato di rifiuto di uffici legalmente dovuti**, punito ex art. 366/co. 2 e 4 c.p., in caso di illegittimo rifiuto dell'incarico del giudice;
- si ha il **reato di rifiuto di atti d'ufficio**, punito ex art. 328 c.p., se dopo aver accettato l'incarico il consulente rifiuta in tutto o in parte di svolgerlo (es. omette di depositare la relazione o i fascicoli d'ufficio in suo possesso);
- si ha **reato di falsa perizia**, punito ex art. 373 c.p., anche con interdizione dalla professione medica e dai pubblici uffici, quando il consulente rende un parere o fornisce interpretazioni mendaci o afferma fatti non conformi al vero;
- infine, ai sensi dell'art. 64/co. 2 c.p.c., e in difformità a quanto detto relativamente alla necessità del dolo del professionista, il codice di procedura civile prevede un'ipotesi di reato colposo a carico del CTU disponendo che sia punito penalmente quando incorra in colpa grave nell'esecuzione di atti che gli sono richiesti.

Responsabilità civile.

Se il CTU commette un reato nell'esercizio della sua funzione, sul piano civilistico è tenuto a risarcire i danni. Indipendentemente dalla sussistenza di una fattispecie criminosa, dovrà ugualmente risponderne quando sia accertata una sua condotta dolosa o colposa.

Il principio generale di riferimento è rinvenibile nelle norme civilistiche in tema di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale o in tema di fatto illecito (art. 2043 c.c.). Ciò comporta che, in caso di errore nell'espletamento della consulenza, egli sarà responsabile per imprudenza, negligenza e imperizia (colpa generica) o per aver omesso di considerare obblighi derivanti da leggi, regolamenti, ordini e discipline (colpa specifica).

In linea generale, nel caso in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, che trascendono la preparazione media o non ancora sufficiente studiata dalla scienza medica, quanto alla imperizia è prevista una limitazione di responsabilità alle sole ipotesi di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.).

Responsabilità deontologica.

Il medico / odontoiatra che svolge la funzione di consulente tecnico può incorrere in responsabilità disciplinare di due tipi:

- se iscritto all'albo dei consulenti tecnici, il potere disciplinare appartiene al Presidente del Tribunale. Sul punto richiamiamo quanto sopra esposto;
- in ogni caso, è sottoposto al potere disciplinare dell'ordine per tutti quei comportamenti che abbiano un rilievo sul piano deontologico.

Il codice di Deontologia Medica si occupa espressamente (art. 62) di quella che viene definita “l’attività medico–legale”, indicando quali linee guida: la correttezza morale, la consapevolezza delle responsabilità etico–giuridiche e deontologiche, la necessità di autonomia e di indipendenza del giudizio.

PREVENZIONE

Passando alla seconda parte del nostro studio, relativamente al capitolo “prevenzione” non possiamo che dare alcune indicazioni generali, fornendo, in conclusione, una pur sommaria informazione di copertura assicurativa.

INDICAZIONI GENERALI

Il referto può essere definito come l’atto scritto con il quale l’esercente una professione sanitaria segnala all’Autorità Giudiziaria – entro 48 ore – fatti che possono presentare i caratteri di delitto perseguibile d’ufficio e di cui sia venuto a conoscenza prestando la propria assistenza od opera (art. 365 c.p.).

I principi di riservatezza e di segretezza possono entrare in conflitto con il dovere della comunicazione, pertanto assume un ruolo importante sia la conoscenza di semplici nozioni penali che l’esperienza personale.

L’obbligo del referto, oltre che per le lesioni dolose, sussiste nelle lesioni colpose limitatamente ai fatti commessi in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Mentre è opportuno procedere al referto quando il sanitario si trovi a constatare un suicidio, consumato o tentato, o una morte improvvisa.

La cartella clinica oltre che essenziale documento sanitario per la pratica clinica, riveste un estremo interesse medico–legale. I quesiti attengono all’obbligatorietà di compilazione, di conservazione, di consegna al cliente, di produzione in giudizio.

Le cartelle cliniche degli ospedali pubblici (D.P.R. n. 128/1969, D.M. Sanità 5.8.1977 e 27.06.1986) sono soggetti a precisi obblighi di compilazione secondo requisiti formali (veridicità, contestualità,

completezza, immodificabilità); conservazione per un periodo di tempo indefinito per le cartelle cliniche e per 20 anni per le radiografie (e le altre documentazioni diagnostiche). Va però, poi, ricordato che tali obblighi riguardano i reparti di ricovero e non i servizi ambulatoriali. Quanto alla validità giuridica attinente l'inquadramento di detti documenti, si riconosce alla cartella clinica ospedaliera il possesso dei requisiti propri dell'atto pubblico (art. 2699/2700 c.c.), di fede privilegiata sino a querela di falso. Altresì, detta interpretazione, implica un vincolo di verità su ciò che il pubblico ufficiale vi ha attestato e la punibilità per i reati di falsità in atti (art. 476, 479, 481 c.p.), omissione, rifiuto (art. 328 c.p.), rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.).

Le radiografie sono soggette a conservazione per 10 anni e/o restituite al cliente su sua richiesta. Analogamente, per gli esami eseguiti fuori e affidati al professionista, vi è l'obbligo di custodia e restituzione su richiesta.

Segreto professionale. Si può incorrere nella violazione del segreto professionale in caso di consegna di documenti a persone diverse di quelle avente titolo (art. 622 c.p.).

Documenti. Per quanto attiene alla circolazione, i documenti possono essere consegnati al cliente stesso, alle persone fornite di delega e all'autorità giudiziaria. In caso di rifiuto di consegna esiste la possibilità di sequestro giudiziario su richiesta di parte (artt. 670 – 687 cpc), nonché violazione del reato di appropriazione indebita di documenti (646 c.p.).

Preventivi. Attenzione al rilascio dei preventivi, in particolare con riferimento all'uso dei materiali che devono corrispondere a quelli pattuiti e fatturati. In caso di discordanza può configurarsi il reato di truffa (art. 640 c.p.).

Per il consenso informato, è opportuno predisporre una documentazione che possa facilitare l'onere probatorio in caso di eventuali contestazioni

(ricostruire la cronologia dei fatti discordanti), anche ove non sussiste l'obbligo giuridico alla forma scritta (forma consigliata, comunque e in ogni caso).

La Suprema Corte con interessante sentenza n. 19212 del 29.09.2015 è tornata ad affrontare il tema del consenso informato affermando che *“ai fini della legittimazione del trattamento medico-chirurgico, non può considerarsi come consenso presunto quello asseritamente acquisito verbalmente dal paziente, in stato di narcosi, che non conosce nemmeno l'italiano”*.

In generale, ricapitoliamo, l'obbligo del consenso informato, costituzionalmente garantito (ex art. 32 e 13 Cost.), rappresenta il fondamento del trattamento sanitario, senza il quale l'intervento medico è sicuramente illecito, fatta eccezione per i casi derivanti da stato di necessità e/o obbligatori per legge. In altre parole, il consenso informato, autonomo diritto della persona, è espressione dell'autodeterminazione del paziente e rappresenta la libera e consapevole adesione dello stesso all'intervento sanitario (Cass., sent. n. 12830/2014). Quanto all'onere della prova, se il paziente allega l'inadempimento del medico rispetto all'obbligo del consenso informato, è onere del medico dimostrare l'adempimento dell'obbligazione e di avergli fornito un'informazione completa ed effettiva sul trattamento sanitario e sulle sue conseguenze (Cass., sent. n. 2847/2010).

Altresì, l'informazione deve sostanziarsi in *“spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado delle conoscenze di cui dispone (Cass., sent. n. 19920/2013)*.

Quanto alla forma, la Suprema Corte con la decisione sopra richiamata (n. 19212/2015) ha ribadito la necessità che l'informazione al paziente sia specifica ed effettiva, negando sostanzialmente la possibilità di un

consenso presunto: integra quindi una violazione dell'obbligo del consenso informato anche il caso in cui lo stesso sia stato acquisito con modalità improprie da parte del medico.

Dati sensibili (privacy – legge 196/2003). E' necessario archiviare i documenti e gli esami in zone non accessibili, proteggendo i dati informatizzati con *userid e password* riservate (da cambiare periodicamente). Il trattamento dei dati viene definito come attività pericolosa (art. 2050 c.c.) obbligando il responsabile al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno ingiusto.

LA COPERTURA ASSICURATIVA

L'altro elemento di prevenzione è rappresentato dalla copertura assicurativa, singola o collettiva.

Polizza singola. La polizza consiste in un contratto stipulato con una Compagnia assicurativa e disciplinato per i caratteri generali dal codice civile, il cui oggetto è costituito dal rischio di un dato evento dannoso (sinistro).

Il contratto obbliga l'assicuratore a tenere indenne l'assicurato dalle richieste di risarcimento di danni connessi all'attività professionale cagionati dall'assicurato stesso o da dipendenti e collaboratori (art. 1917 c.c.).

E' sempre necessaria la lettura (conoscenza) della polizza e relative condizioni contrattuali, eventualmente con l'ausilio di un consulente. In ogni caso è necessario: – prevedere la copertura di tutte le attività professionali previste per legge e non riportare, ove possibile, un elenco di attività/opere in garanzia; – avere un massimale adeguato al tipo di attività svolta e al danno che può derivare; – prevedere l'integrazione automatica del capitale dopo ogni sinistro; – evitare ove possibili i sottolimiti per tipologia di danno (es., danni materiali, danni diretti, danni indiretti, perdite patrimoniali) o per singola attività esercitata; – per l'eventuale franchigia, prediligere un importo fisso ed evitare gli scoperti in percentuale sul danno così come la clausola di non imponibilità della franchigia a terzi.

Garanzie importanti per valutare una polizza sono:

– **claims made (“a richiesta fatta”)**, che permette di coprire le richieste di risarcimento pervenute per la prima volta dopo la stipula della polizza r.c. Professionale originate da errori professionali non noti al professionista fino a quel momento. Secondo la Corte di Cassazione (sent. n.2872/2015) detta clausola è valida (ex art.1322 /2 c.c., autonomia delle

parti / contratti atipici) per i fatti che l'assicurato abbia commesso in passato ignorandone di fatto l'illiceità ovvero l'idoneità a produrre danno;

– **retroattività**, che rende operante la copertura assicurativa anche per fatti avvenuti prima della stipula della stessa. E' importante avere una retroattività di almeno 5 anni, anche se l'ottimale è una retroattività illimitata;

– **postuma**, che assicura che le richieste di risarcimento per fatti accaduti durante il periodo di validità della polizza siano comprese dopo la cessazione dell'assicurazione per gli anni indicati in polizza.

Ricordo che la polizza professionale per gli esercenti le professioni sanitarie del settore privato è obbligatoria dal 14 agosto 2014. I medici delle strutture pubbliche, invece, devono stipulare una polizza che li protegga nei soli casi in cui si verifichi la colpa grave (possono incorrere in un'azione di rivalsa della Corte dei Conti per il recupero dell'ammontare delle somme pagate dall'Azienda). Inoltre le Aziende Ospedaliere, le ASL e le Regioni possono anche aggirare questo obbligo adottando l'autoassicurazione, cioè non pagare una polizza assicurativa ma formare un FONDO per eventuali risarcimenti.

Questo se la responsabilità è della struttura pubblica, mentre non è chiaro se la responsabilità è del medico chi paga quando la colpa non è grave.

La polizza, come detto, tutela i clienti dai danni colposamente provocati nell'esercizio dell'attività professionale, non però le sanzioni eventualmente comminate al professionista. Obbligatorio, inoltre, informare i propri clienti sugli estremi della polizza e relativi massimali.

Polizze Collettive – Fondo. Importante novità introdotta dal decreto Balduzzi è relativa alla individuazione dei criteri delle polizze, in base alle esigenze della categoria da individuarsi in collaborazione con la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi.

Dispone l'art. 3/ co. 2: *“Con decreto del Presidente della Repubblica, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanare entro il 30 giugno 2013, su proposta del Ministro della salute, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, sentite l'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, anche in attuazione dell'articolo 3, comma 5, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, sono disciplinati le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti, in conformità ai seguenti criteri:*

a) determinare i casi nei quali, sulla base di definite categorie di rischio professionale, prevedere l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie.

Il fondo viene finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta, in misura definita in sede di contrattazione collettiva, e da un ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico-professionale, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio, comunque non superiore al 4 per cento del premio stesso, con provvedimento adottato dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie;

b) determinare il soggetto gestore del Fondo di cui alla lettera a) e le sue competenze senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica;

c) prevedere che i contratti di assicurazione debbano essere stipulati anche in base a condizioni che dispongano alla scadenza la variazione in aumento o in diminuzione del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri e subordinare comunque la disdetta della polizza alla reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario accertata con sentenza definitiva”.

APPENDICE

DISEGNO DI LEGGE N° 2224/2016

SENATO DELLA REPUBBLICA – XVII Legislatura

[approvato dalla Camera dei Deputati il 28.01.2016]

Nel disegno di legge le modifiche sono veramente molto notevoli, apportando un profondo mutamento alla “responsabilità professionale del personale sanitario”. In questa sede si ritiene, quindi, opportuno accennarne, pur per grandi linee, attesa la necessità, in caso di approvazione definitiva della legge, di apposito approfondimento.

Delineati i principi informatori della materia (art. 1– 4), tra l'altro, con l'istituzione del Difensore Civico in funzione di garante del diritto alla salute, in riferimento alla vigente normativa (legge Balduzzi), vengono meglio delineati le “buone pratiche clinico assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida (art. 5)”.

In ambito penale, è inserito il nuovo art. 590/ ter c.p. prevedente la responsabilità colposa *per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, a causa di imperizia, solo per colpa grave – art. 6.

In sede civile, per la struttura sanitaria, è confermata la responsabilità contrattuale: inadempimento (art. 1218) e per fatto degli ausiliari (art. 1228). Mentre per il medico, anche in regime *intramuraria*, si richiama la responsabilità extracontrattuale (2043) – art. 7.

È altresì previsto il tentativo obbligatorio di conciliazione, tramite apposita consulenza tecnica (696 bis), quale condizione di procedibilità della domanda (si noti, da avanzare, poi, col rito sommario ex art. 702 bis cpc) – art. 8.

Ove il paziente – danneggiato abbia agito solo nei confronti della struttura sanitaria, l'eventuale azione di rivalsa (di quest'ultima contro il medico) è esperibile solo: – in caso di dolo o colpa grave; – successivamente al risarcimento, sia giudiziale che stragiudiziale; – entro un anno dalla sentenza o dal pagamento (termine di decadenza); – con rivalsa in caso di colpa grave che non può superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua. Sentenza, comunque, che non fa stato nei riguardi del medico che non è stato parte nel giudizio. – art. 9

È inoltre previsto l'obbligo della copertura assicurativa, per le Aziende Sanitarie, Strutture, Enti Privati ed il Medico (art. 10). Le polizze devono poi rispondere a requisiti minimi approvati dall'IVASS, con estensione della c.d. “garanzia postuma” a 5 anni successivi alla scadenza del contratto assicurativo, e 10 anni in caso di cessazione della professione (art. 11).

Notevole novità riveste la previsione dell'azione diretta del danneggiato nei confronti della Compagnia Assicuratrice del responsabile, con termine di prescrizione pari a quello dell'azione principale. Litisconsorte necessario, rispettivamente, la struttura e/o il medico assicurato. – Art. 12

Obbligo di comunicazione entro 10 giorni da parte delle Strutture e Compagnie Assicuratrici al medico interessato del giudizio promosso nei loro confronti. – art. 13

È inoltre istituito un Fondo di Garanzia: – qualora il danno sia di importo eccedente rispetto al massimale di polizza (della struttura / medico); – ovvero la Compagnia sia in stato di insolvenza – art. 14

Infine, sia per il settore civile che penale (consulenza / perizia) è prevista (solo quale affiancamento al medico legale?) la nomina di uno specialista della disciplina – Art. 15