

*Avv. Paolo Pecora  
- Patrocinante in Cassazione -*

*Napoli 31 Ottobre 2014*

## Brevi note a

“Trib. Milano, sez. I civ., sentenza 17 luglio 2014 (Est. Patrizio Gattari)

MEDICO DIPENDENTE E/O COLLABORATORE DELLA STRUTTURA SANITARIA - AUTORE DELLA CONDOTTA ATTIVA O OMISSIVA PRODUTTIVA DEL DANNO SUBITO DAL PAZIENTE COL QUALE TUTTAVIA NON HA CONCLUSO UN CONTRATTO DIVERSO ED ULTERIORE RISPETTO A QUELLO CHE OBBLIGA LA STRUTTURA NELLA QUALE IL SNITARIO OPERA – RESPONSABILITÀ – NATURA GIURIDICA – EXTRACONTRATTUALE - SUSSISTE (ART. 3, L. 189/2012; ART. 1218, 2043 COD. CIV.)”

Vengono oggi alla luce le prime sentenze civili di merito nelle quali si discute dell’impatto della cd. “Legge Balduzzi” sulle regole che attualmente disciplinano la responsabilità civile dei medici ed il quadro che ne emerge è francamente disarmante.

La norma in questione stabilisce che *“L’ esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.”*

Orbene, mentre alcuni Tribunali ritengono che il legislatore, nel promulgare la norma penale, si sia “confuso” ed abbia operato un rinvio “atecnico” alla responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria, qualche isolata pronuncia intravede, invece, la chiara intenzione del legislatore di “riportare” la responsabilità del medico che venga in contatto con il paziente in assenza di un contratto nell’alveo della responsabilità da fatto illecito (comunemente

*Avv. Paolo Pecora  
- Patrocinante in Cassazione -*

*Napoli 31 Ottobre 2014*

detta «extracontrattuale»). Qualcun altro, ancora, come l'estensore della sentenza in commento, opta per una via di mezzo, ritenendo che il legislatore abbia voluto prevedere un alleggerimento della responsabilità (anche) civile del medico "ospedaliero", riconducendola in alcuni casi nell'alveo della responsabilità extracontrattuale senza che ciò, tuttavia, abbia alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata (sia essa parte del S.S.N. o una impresa privata non convenzionata) che resterebbe invece, di tipo "contrattuale" ex art. 1218 c.c. .

Nel frattempo, anche la Cassazione ha detto la sua, intervenendo incidentalmente in un paio di occasioni per escludere che la legge Balduzzi abbia innovato in qualche modo il regime della responsabilità civile medica. Anche secondo la Cassazione quindi, la legge Balduzzi conterrebbe un evidente errore ovvero, e comunque, dovrebbe escludersi che la legge 189/2012 abbia inteso esprimere un'opzione a favore della qualificazione della responsabilità medica "necessariamente" come responsabilità extracontrattuale (Cass. n. 8940 del 2014) poiché in presenza di un contratto fra paziente e professionista quella legge non spiega alcun effetto.

La questione giuridica ha indubbiamente alcuni risvolti pratici, sia perché la responsabilità extracontrattuale pone il danneggiato nella condizione di dover allegare e dimostrare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, laddove vige invece oggi la regola opposta dettata in tema di responsabilità contrattuale, e sia perché diversi sono i termini di prescrizione dell'azione. E' tuttavia altrettanto indubbio che la questione non è affatto centrale rispetto alla sostanza dei problemi sottesi alla disputa, così che lo stesso incipit della sentenza in commento finisce per con l'essere fuorviante. Il tribunale esordisce infatti col dire che :*"All'esito di una non breve riflessione favorita dai vari contributi anche giurisprudenziali noti, ritiene il Tribunale adito che la citata legge del 2012 induca a rivedere il "diritto*

*Avv. Paolo Pecora  
- Patrocinante in Cassazione -*

*Napoli 31 Ottobre 2014*

*vivente” secondo cui sia la responsabilità civile della struttura sanitaria sia quella medico andrebbero in ogni caso ricondotte nell’alveo della responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c.” lasciando intravedere una svolta decisiva (con la conseguente larga eco sulla stampa specializzata e non) che invece non c’è (e non poteva esserci) nella decisione che segue.*

Sovvengono, infatti, due considerazioni: la prima, attiene propriamente al merito di quanto si disputa oggi nei Tribunali ed alla scarsa utilità del dibattito. Già in linea di principio, quella trattata è una questione marginale, propriamente riferibile solo ai casi di colpa lieve imputati a quei medici che, operando in strutture pubbliche, siano venuti a contatto con il danneggiato senza che questi abbia operato alcuna scelta (come ad esempio in un pronto soccorso). In questi casi però, com’è noto, vige la solidarietà passiva e la struttura non ha rivalsa nei confronti del medico poiché questa trova luogo solo in caso di dolo o colpa grave. Ci troviamo, quindi, di fronte ad una prospettiva assai parziale, dalla quale resta fuori tutto il restante panorama della colpa medica, a cominciare da tutti i liberi professionisti e dai medici delle strutture convenzionate per finire al personale sanitario delle strutture pubbliche al quale il paziente si rivolge in virtù della fiducia che ripone in esso e si ha, perciò, l’impressione assistere ad un mero esercizio retorico.

Come se ciò non bastasse poi, la possibilità di ricondurre la natura della responsabilità del medico nell’alveo dell’art. 2043 del cod. civ. ha un rilievo essenziale in tema di onere della prova nel processo civile nel quale però, sempre per sfuggire al mero esercizio retorico, la responsabilità si stabilisce comunque attraverso una C.T.U. che diventa strumento di accertamento di fatti non altrimenti acclarabili (cd. c.t.u. percipiente), assurgendo a vera e propria a fonte oggettiva di prova utilizzabile al pari di ogni altra prova ritualmente acquisita al processo. Ciò significa, per essere ancora più chiari, che questo dibattito sull’onere della prova (molto più significativamente

*Avv. Paolo Pecora  
- Patrocinante in Cassazione -*

*Napoli 31 Ottobre 2014*

disinnescato in tema di danno da nascita indesiderata da Cass. 16754/2012) è scarsamente concludente quando si tratta di accertare la colpa lieve del medico e di verificare se questi si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica poiché, in questi casi, sono dirimenti le conclusioni del CTU.

La seconda riflessione, ancor più amara, è che questo dibattito giurisprudenziale rende la misura del complessivo fallimento del nostro sistema legislativo e giudiziario e di come sia assurdo tentare di porvi rimedio attraverso interventi legislativi disorganici.

E' ovviamente disarmante, per l'esercente la professione medica che si sforzi di comprendere i sottili distinguo giuridici oggetto di discussione, dover prendere atto che ogni giudice la vede in un modo diverso e che, per ciò che più conta, l'intero dibattito sarà già del tutto superato da altre "norme tampone" o comunque dalla disgregazione del "sistema sanità" quando, tra non meno di una decina d'anni, andranno all'esame dalla Corte di Cassazione le prime pronunce delle Corti di Appello rese nei giudizi di primo grado di cui stiamo oggi discutendo.

Semmai non bastasse, è ancor più angosciante constatare che per opinione pressoché unanime del nostro potere giudiziario il legislatore è "atecnico" nel formulare le leggi, e che, pertanto, non si può tenere conto di ciò che dice. Apprendere che chi scrive le leggi non è un "tecnico" della materia è già di per sé sconcertante, ma è ancor più paradossale che chi dovrebbe applicare quelle leggi dica (e scriva), candidamente, che esse si devono ignorare perché "frutto di errore". E un po' come se il potere esecutivo ci dicesse che i giudici non sanno cosa scrivono nelle sentenze e che pertanto, in quanto frutto di errore, esse non si possono mettere in esecuzione.

E' anche vero che il Dr. Patrizio Gattari, nella sentenza in commento, afferma molto più seriamente che, stando all'art. 12 delle preleggi, il

*Avv. Paolo Pecora  
- Patrocinante in Cassazione -*

*Napoli 31 Ottobre 2014*

compito dell'interprete non è quello di svuotare di significato la previsione normativa, bensì di attribuire alla norma il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all'intenzione del legislatore, ma è altrettanto vero che la Cassazione, che decide in ultima istanza, già la pensa diversamente.

Ed allora non si può non restare smarriti, specie se si considera che l'intenzione del legislatore del 2012 era dichiaratamente quella di porre un limite alla responsabilità dei medici e provare a scongiurare la deriva della medicina difensiva per rifondare, su nuovi presupposti, l'"alleanza terapeutica" tra medico e paziente.

A tal proposito, il 27 novembre 2011, in occasione dell'audizione dei rappresentanti dell'Associazione degli Ostetrici Ginecologi Ospedalieri Italiani (AOGOI) dinanzi la Commissione Parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali il Presidente della AOGOI affermava testualmente che, a dispetto delle aspettative di tanti, quella legge (l'allora Decreto Balduzzi) *"non era destinata ad incidere significativamente sulla attuale disfunzione del sistema sanità e sul contenimento della spesa sanitaria"* e che essa *"lasciava inoltre pericolosamente esposti alle dilaganti pretese risarcitorie degli assistiti soprattutto i ginecologi italiani"*. A distanza di tre anni bisogna prendere atto della bontà e della lungimiranza di quegli argomenti.

E' ineludibile e urgente un intervento legislativo organico che valga a sistemare ed inquadrare la colpa medica definendo, in primis, i limiti di indennizzo (presupposto indefettibile per poter dare corso concretamente all'assicurazione obbligatoria in campo sanitario). Nessun limite di indennizzo equivarrà, di qui a breve, a nessun indennizzo, poiché non vi saranno più coperture assicurative, né vi saranno strutture o medici in grado di rispondere patrimonialmente dei danni arrecati. Andrà poi riscritto anche l'art. 2236 cod. civ. avendo riguardo proprio alle professioni sanitarie

*Avv. Paolo Pecora  
- Patrocinante in Cassazione -*

*Napoli 31 Ottobre 2014*

poiché, come dovrebbe ormai essere chiaro a tutti, la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non si pone solo al chirurgo nell'atto dell'intervento e non è, quindi, solo una questione di "perizia" o "imperizia". La speciale difficoltà si pone in ogni aspetto della scienza medica, a cominciare dalla diagnosi ed è proprio muovendo da questa considerazione che il legislatore del 2012 voleva mandare assolto l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica da ogni ipotesi di inadempimento (contrattuale) per colpa lieve, salvo il danno ingiusto di cui all'art. 2043, secondo ciò che in base al codice civile già oggi si addice ad ogni prestatore d'opera professionale che sia chiamato ad affrontare problemi tecnici di speciale difficoltà. Se, infatti, esistono linee guida e pratiche accreditate, ciò starà pure a significare che la materia non è semplice neppure per l'operatore professionale e che la diligenza specifica, che in base al secondo comma dell'art. 1176 cod. civ. rappresenta il parametro di riferimento per la valutazione dell'operato del medico, non può essere rimessa alla valutazione di ciascun CTU e di ogni singolo giudice, ma deve essere normativamente definita in termini puntuali.

Napoli il 31 ottobre 2014

*Avv. Paolo Pecora*