



Fondazione
Sicurezza
in Sanità

AUDIZIONE SENATO DELLA REPUBBLICA
XII COMMISSIONE IGIENE E SANITÀ

5 APRILE 2016

Promossa da Fondazione Sicurezza in Sanità

Signor Presidente, Egregi Onorevoli Senatori,

Sono prima di tutto a ringraziare la Presidente Sen.- Maria Grazia De Biasi e tutti i senatori presenti per l'opportunità concessa alla Fondazione Sicurezza in Sanità di portare il proprio contributo alle audizioni per il DDL "**Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario**".

La Fondazione opera già da sei anni in particolare sulle problematiche della diffusione della cultura e della formazione per la sicurezza e della formazione per la sicurezza del paziente e della diffusione ed implementazione di buone pratiche.

Sulla base di questa esperienza consolidata e dando un giudizio nel complesso positivo del testo del DDL licenziato dalla Camera dei Deputati ed oggi alla vostra attenzione, mi sembra opportuno porre una riflessione su tre punti. Con una premessa: entrambi i punti affrontano problematiche di confine fra la potestà di legislazione nazionale e dei poteri in tema di sanità e competenze legislative e normative in capo alle regioni. Nel qual caso potrebbe essere utile magari invitare la Conferenza Stato Regioni ad emanare precisi indirizzi.

Primo punto

Nelle azioni di prevenzione del rischio nelle aziende sanitarie una difficoltà è quella di percorsi per la sicurezza autonomi e separati tra di loro. Es. percorso rischio clinico, rischio infezioni, rischio radiazioni, rischio cattivo uso dei farmaci ecc...

Occorrerebbe un coordinamento ed integrazione tra questi percorsi ed una governante unitaria che potrebbe essere coordinato e far capo ad un direttore della sicurezza a pieno titolo integrato nella direzione strategica di ogni azienda sanitaria.

Secondo punto

Nel DDL all'attenzione del Senato giustamente si cerca di definire cosa devono essere e chi validare le linee guida per i percorsi clinici. Ma degli errori che sono causa di danni ai pazienti sono, nella grande maggioranza dei casi, errori che si determinano nei percorsi organizzativi (non errori umani).

Occorrerebbe allora predisporre modalità e procedure per elaborare le linee guida per la sicurezza nei percorsi organizzativo- gestionali territorio – ospedale- territorio. Tanto più oggi quando all'ordine del giorno per la innovazione e la ottimizzazione della gestione delle malattie croniche (l'85%) della spesa sanitaria, sta proprio la costruzione di nuove reti cliniche integrate.

Terzo punto

Importante è avviare esperienze di certificazione di **processo** di **risultato** proprio dei percorsi di qualità e di sicurezza. Ci sono soggetti ed autorità di altri paesi che intervengono su questo tema anche in Italia (es: Joint Commission- USA).

Perché non presentare ad una Authority indipendente italiana proprio con il compito di certificare percorsi e risultati? Questo consentirebbe alle aziende sanitarie di crescere come cultura e pratica della sicurezza e di essere più forti nel rapporto con i soggetti assicurativi.

INTERVENTO PASQUALE GIUSEPPE MACRÌ

Docente Medicina Legale Università di Siena

Direttore U.O.C. Medicina Legale Az. Usi Sud Est - Toscana - Arezzo Consigliere Nazionale Sindacato

Italiano Medici Legali - SISMLA Responsabile Network Medico-giuridico FEDERSANITA'

Consulente Fondazione Sicurezza in Sanità

*Al Presidente la XII Commissione Igiene e Sanità del Senato Senatrice Emilia Grazia De Biasi
Al Relatore disegno di legge AS 2224 XII Commissione Igiene e Sanità Senatore Amedeo Bianco
Ai Senatori della Commissione Sanità del Senato*

DISEGNO DI LEGGE AS 2224

“Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario”

Illustrissimo Sig. Presidente, Illustri Senatori,

sottoponiamo alla vostra attenzione alcune osservazioni che potrebbero - a nostro parere - costituire la base di alcuni momenti di miglioramento dell'articolato in esame. Giova, comunque, premettere come il Disegno di Legge già nella forma licenziata dalla Camera dei Deputati, rappresenti un momento di sicuro progresso e di positiva innovazione della disciplina che regolava, sotto l'esclusiva egida del controllo giurisprudenziale, l'attività dei professionisti della sanità. **Vogliamo proprio partire dai momenti di sicuro pregio del Disegno di Legge.**

Art. 6.

(Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria)

I professionisti tutti non possono che salutare con grande soddisfazione l'intento del legislatore di tipizzare e punire specificamente - in ambito penale - la condotta colposa del sanitario che cagioni lesione o morte del paziente con un titolo specifico e diverso dall'**omicidio colposo**. L'articolo 6 del DL in esame introduce - come noto - l'articolo 590-ter che è così rubricato “**Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario**”. Tale definizione dell'illecito penale sanitario che cagioni lesioni o morte varrà a limitare l'oltraggio mediatico che quotidianamente viene perpetrato ai danni di tantissimi medici da giornalisti, dal basso profilo deontologico, che titolano, accanto al nome del professionista ed a caratteri cubitali, l'espressione “**omicidio**”.

Tale innovazione non appare nel disegno di legge come positiva intrusione ma rispetta lo spirito e la ratio della norma ovvero contribuisce a limitare quello stato di ansia e di risentimento che ingenera ed accresce l'ambito di applicazione della medicina difensiva.

Altro momento da preservare immodificato è costituito dalla previsione di cui all'articolo 5 “*buone pratiche cliniche-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*” segnatamente laddove si prevede che “*gli esercenti le professioni sanitarie*” debbano far riferimento - “*salve le specificità del caso concreto - alle buone pratiche cliniche assistenziali ed alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco*”. Si vuole qui consolidare l'orientamento normativo indicato dalla legge 189/2012 (Legge di conversione Decreto Balduzzi), definitivamente indicando la precisa scelta del legislatore di tutelare come bene giuridico l'esercizio della medicina secondo regole esperienziali, non solo correttamente sperimentate ma codificate e validate, lasciando - comunque - al professionista la libertà e l'onere di adattare le medesime al caso specifico o finanche di disattenderle in relazione alla “*specificità del caso concreto*”. Si tratta di una norma di bilanciamento tra il diritto (deontologicamente e costituzionalmente tutelato) del medico all'esercizio libero e incondizionato della professione e l'esigenza collettiva di prevenire situazioni di errori e di rischio sanitario e di contrastare sporadiche ma ricorrenti tendenze, anche speculative, di quei professionisti che impongono e propongono trattamenti e cure autoreferenziali, non validate ed a volte antiscientifiche (vogliamo qui ricordare i tanti casi di cronaca, cura Di Bella, il trattamento Stamina o le più recenti false attribuzioni di gravi effetti collaterali alla profilassi vaccinale). C'è di più: l'innovazione normativa consolidata dall'articolo 5 evita il proliferare della cosiddetta **medicina di fonte giurisprudenziale**. Troppo spesso, infatti, le scelte diagnostiche o terapeutiche dei medici vengono quantomeno condizionate da, spesso improbabili, affermazioni di apparente natura tecnico-scientifica, riportate ed esaltate nel corpo di alcune sentenze. Si viene così a creare un'indebita e dannosa interferenza tra produzione scientifica e prassi applicativa sanitaria. Orbene, il richiamato monito della norma ad attenersi alle buone prassi ed alle linee guida varrà anche a sanare tale momento di turbativa nel rapporto tra scienza e applicazione professionale.

Art. 7.

(Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria)

Riteniamo poi che il mantenimento dell'attuale formulazione dell'articolo 7 sia condizione necessaria affinché la norma che il Senato vorrà licenziare risulti conforme alla propria ratio e, soprattutto, presenti caratteristiche di efficacia durante il suo periodo di validità.

Art. 8.

(Tentativo obbligatorio di conciliazione)

Il maggior pregio dell'articolato pervenuto all'attenzione della XII Commissione del Senato risiede senz'altro nella previsione dell'articolo 8 (Tentativo obbligatorio di conciliazione). I risultati di un monitoraggio triennale compiuto sui ricorsi ex art. 696 bis c.p.c. proposti dinanzi al Tribunale di Arezzo consentono di affermare che - se ben utilizzato - l'istituto della Consulenza Tecnica Preventiva è idoneo a consentire, in oltre il 50% dei casi, la definizione bonaria delle controversie in cui la Consulenza Tecnica d'Ufficio risulti momento istruttorio esclusivo o predominante (e tale percentuale cresce addirittura al 70% proprio nelle controversie concernenti la responsabilità sanitaria). Vale altresì ricordare come anche in quei casi che, nel cennato monitoraggio, non sono pervenuti ad una composizione stragiudiziale, il successivo iter processuale sia stato significativamente più veloce rispetto ai tempi consueti del processo di cognizione, dato che, come previsto dall'art. 696 bis c.p.c., la Consulenza Tecnica d'Ufficio esperita in fase preventiva è stata acquisita al giudizio ordinario, in tal modo rendendo non necessario lo svolgimento di un'ulteriore consulenza e costituendo un efficace momento di accelerazione per la definizione del giudizio.

Riteniamo che la previsione della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. così come formulato dall'art. 8 DDL N. 2224, attualmente in valutazione presso la XII Commissione del Senato della Repubblica, sia idonea a perseguire la triplice finalità di:

- consentire al cittadino danneggiato un equo e tempestivo riscontro in sede consenziale, con garanzie tecniche e procedurali identiche a quelle della sede contenziosa ordinaria;
- ridurre il carico processuale degli Uffici Giudiziari, atteso che l'intervento del giudice si riduce, nella stragrande maggioranza dei casi, al conferimento di un incarico di consulenza (senza che la sua attività rischi di essere svolta inutilmente, dato che, in caso di mancata conciliazione, potrà essere comunque utilizzata nel giudizio ordinario);
- restituire velocemente serenità al professionista indebitamente accusato.

Confidiamo pertanto che la Commissione e l'aula approvino l'art. 8 del nominato D.L. senza alcuna significativa modifica.

Siamo consapevoli che alcuni portatori di interessi in relazione all'istituto della Mediazione chiederanno alla Commissione di prevedere tra le condizioni di procedibilità della domanda di risarcimento - oltre al ricorso ex art. 696 bis - anche la Mediazione civile e commerciale ex lgs. 28/2010. Siffatta richiesta trova - a mio parere - esclusiva motivazione corporativa. L'esigenza di sostituire la Consulenza tecnica preventiva alla Mediazione deriva invece proprio dall'acclarato fallimento di quest'ultima. E' noto, infatti, come la natura per certi versi atecnica e metagiuridica della procedura di mediazione sia inapplicabile alle controversie civili il cui *thema decidendum* verta sulla soluzione di problemi tecnici o specialistici di particolare complessità. E' invece proprio la natura tecnica dell'accertamento di cui all'art. 696 bis che costituisce momento di pregio della scelta dell'odierno legislatore. E' risaputo, e finanche ammesso anche da illustri Magistrati come le controversie di responsabilità sanitaria siano - nella quasi totalità dei casi - risolte dal consulente tecnico e come pertanto la Consulenza Tecnica costituisca il mezzo istruttorio principale (se non esclusivo) nelle controversie per l'accertamento o l'esclusione della responsabilità sanitaria e, contestualmente, per l'accertamento e la valutazione dei danni. La consulenza viene di norma esperita, in sede endoprocessuale, mediamente dopo quindici mesi dall'inizio della causa. Essa importa una sostanziale sospensione del processo per sei-dodici mesi secondo la complessità. E' di tutta evidenza che, laddove l'accertamento tecnico preceda - come previsto dall'articolo 8 del Disegno in esame - l'inizio della causa, questa sarà evitata (con la definizione bonaria) o, comunque, godrà di una relevantissima riduzione della durata.

Dopo aver dato atto della sostanziale positività dell'intero disegno di legge e della rilevante caratura del *novum* illustrato ai punti che precedono, passiamo ad esporre alcuni elementi critici dell'articolato, peritandoci contestualmente e sommessamente di proporre alcune modifiche.

Art. 9 (Azione di rivalsa)

L'articolo opera una profonda rivoluzione dell'istituto della rivalsa nei confronti dei professionisti sanitari che hanno cagionato danni risarciti ai pazienti. Tale azione era ed è finora prevalentemente esercitata dalla Procura della Corte dei Conti.

Tre sono i momenti innovativi:

- **l'esercizio innanzi al giudice ordinario dell'azione di rivalsa** (anche della struttura sanitaria, oltre che dell'impresa assicuratrice, ex art. 1916, comma 1, cc), ex comma 5;
- **la decadenza dell'azione di rivalsa** (un anno dal passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il risarcimento al paziente, ovvero dal pagamento, se connesso a titolo stragiudiziale), ex comma 2;
- **la "misura della rivalsa"**, che non può superare "una somma pari al triplo della retribuzione annua lorda", cui si aggiungono misure personali e temporanee di interdizione da alcuni incarichi professionali, ex comma 5.

Desideriamo segnalare alcune criticità:

l'articolo di interesse, al punto 5 prevede: *"l'azione di rivalsa nei confronti l'esercente la professione sanitaria ... deve essere esercitata dinnanzi al Giudice ordinario ed è esclusa la giurisdizione della Corte dei Conti"*. Tale previsione, ove non fosse, come invece ci auguriamo profondamente modificata, comporterebbe - in caso di accertamento di responsabilità per colpa grave - una **duplicazione della controversia civile**: si avrebbe, infatti, una prima causa intentata dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria ed una seconda, promossa da quest'ultima, da avviarsi obbligatoriamente entro un anno dal risarcimento, contro il professionista, dipendente o convenzionato.

Non è possibile non prevedere come l'intervento attivo della struttura, obbligata a chiamare in giudizio dinnanzi al Giudice ordinario i propri dipendenti, costituisca momento disgregativo del clima lavorativo interno all'azienda, mini il rapporto fiduciario tra prestatore d'opera e dirigenza e inibisca o comprometta quel sentimento di solidarietà e di affidamento che costituisce elemento identitario tra professionisti e struttura. Ripristinare la competenza della Corte dei Conti varrebbe fra l'altro, ad evitare che, in caso di contenzioso, l'azienda e il professionista, legati dapprima nella causa di accertamento e valutazione del danno da un comune approccio difensivo, si vedano poi contrapposti in un secondo giudizio da avviarsi nel tempo massimo di dodici mesi.

Verrebbe da pensare che gli stessi Uffici Affari Legali delle Aziende dovrebbero dapprima acquisire elementi difensivi da parte del medico, impostare con il di lui ausilio gli atti di discarico e quindi, in un successivo, conseguente ed obbligatorio giudizio, usare contro il professionista quanto da lui appreso in via confidenziale e riservata.

Altra - rilevantissima - criticità è evidenziabile al punto 7 del medesimo articolo: *"Nel giudizio di rivalsa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione"*. Riteniamo trattarsi di una svista senz'altro da sanare nel prosieguo dell'iter legislativo.

Il testo originario dell'articolo al punto 3 prevedeva: *"La struttura sanitaria ha l'obbligo di dare comunicazione all'esercente la professione sanitaria dell'instaurazione del giudizio risarcitorio mediante notifica dell'atto di citazione. Tale comunicazione deve contenere l'avviso che la sentenza di condanna che ne abbia definitivamente accertato la responsabilità per dolo o colpa grave farà stato nei confronti del professionista nel giudizio di rivalsa"*.

In più occasioni abbiamo avuto modo di far notare al relatore presso la Camera dei Deputati come siffatta previsione fosse inficiata da un palese vizio di incostituzionalità.

In buona sostanza, ritenere che nell'ambito del giudizio di rivalsa, laddove nel primo giudizio cognitivo il professionista non fosse stato citato e non avesse partecipato, si potessero assumere elementi di prova a carico del medico rappresentava una patente lesione del diritto di difesa. Il professionista infatti si sarebbe visto condannare nel giudizio di rivalsa in base a prove assunte in un precedente giudizio nel quale lo stesso non aveva potuto esercitare alcuna azione difensiva. Le argomentazioni sono state evidentemente convincenti al punto da trasformare la contestata previsione nel proprio contrario.

Ora, infatti, al punto 3 dell'articolo 9 si legge: *"la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio"*.

Risulta evidente come la *ratio* che sottende al disposto del punto 3 deve essere armonizzata con il contenuto del punto 7. Il Senato vorrà, confidiamo, rilevare e sanare l'evidente contrasto tra la generale disposizione del punto 3 e quella speciale di cui al punto 7. Non è possibile infatti non rilevare l'illogicità delle due disposizioni laddove, nella prima (punto 3) si pone espresso divieto al giudice di formare la propria decisione sulla base di quanto statuito con sentenza nel giudizio accertativo, mentre nella seconda (punto 7) si dà facoltà al medesimo giudice di acquisire la prova, principale od esclusiva, dalla quale è derivata la precedente decisione. Si confida pertanto che la Commissione prima e l'Aula di seguito voglia sanare il cennato contrasto introducendo l'affermazione negativa dell'attuale disposto del punto 7.

(Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio, dei consulenti tecnici di parte e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria)

Testo licenziato Camera	Proposte di modifica
1. Nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria implicanti la valutazione di problemi tecnici complessi , l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento ...	1. Nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento ...

Il punto 1 dell'articolo 15 riveste particolare importanza sostanziandosi in una norma di equilibrio tra l'interesse generale ad un corretto accertamento, qualitativo e quantitativo, dei danni da malprassi sanitaria e l'interesse specifico e convergente dei professionisti chiamati a rispondere del loro operato. Essa inoltre ha il merito di ricordare la prassi giudiziaria di nomina dei consulenti e dei periti con il disposto del Codice Deontologico di cui all'articolo 62 prevede: "In casi di particolare complessità clinica ed **in ambito di responsabilità professionale, è doveroso che il medico legale richieda l'associazione** con un collega di comprovata esperienza e competenza nella disciplina coinvolta".

Orbene la formulazione del Disegno di Legge come giunta al Senato presenta un inciso che ne vanifica l'efficacia. In sintesi, l'attuale formulazione del punto 1 lascia ampia (troppa!) discrezionalità al giudice circa l'applicazione o meno del proprio dispositivo. Inoltre pone il consulente medico legale, chiamato dal Giudice ad assumere un incarico di consulente o di perito in forma monocratica, nel dilemma tra rispettare la volontà del Magistrato o l'obbligo deontologico per l'inosservanza del quale potrebbe essere chiamato a rispondere dinnanzi alla specifica Commissione disciplinare dell'Ordine professionale. Tutte le società scientifiche hanno richiamato, sul punto, l'attenzione del Legislatore.

I casi di responsabilità sanitaria implicano sempre, ineludibilmente, la valutazione di problemi tecnici complessi. Confidiamo pertanto che la Commissione Voglia ripristinare il testo originario del punto 1 ovvero emendare l'attuale sottraendo l'espressione "**implicanti la valutazione di problemi tecnici complessi**".

Segnaliamo, infine, quello che riteniamo essere un refuso: attualmente l'articolo 15 è così rubricato "Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio, **dei consulenti tecnici di parte** e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria" mentre nel corpo dello stesso non viene operato alcun riferimento ai consulenti tecnici di parte (così come invece avveniva nell'originario disegno di legge). Si propone pertanto di eliminare dalla rubrica l'espressione "**dei consulenti tecnici di parte**".

Grato della Vostra attenzione esprimo soddisfazione e riconoscenza per un testo di legge che costituisce, come già detto, momento di progresso nella disciplina di trattazione.

Con osservanza

Prof. Pasquale Giuseppe Macri

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

Articolo 8 (Tentativo obbligatorio di conciliazione)

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

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

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

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

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

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

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

Articolo 9 (Azione di rivalsa)

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

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

c.d. *“responsabilità amministrativa per danno erariale”*.

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

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

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

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

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

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

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

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

Bisogna comunque impiantare un nuovo giudizio e, nel caso in cui il danneggiato non ha convenuto anche l'esercente la professione sanitaria, detto nuovo giudizio non potrà far leva sul giudicato oggetto del primo giudizio. Infatti, giustamente, a garanzia del diritto alla difesa, ai sensi dei commi 3 e 4 del ddl di legge approvato alla Camera, la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa comunque stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione non è stato parte del primo giudizio. In nessun caso, altresì, la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa.

E queste ipotesi (vale a dire la mancata chiamata processuale del professionista) saranno ovviamente la maggioranza, in virtù del doppio binario (responsabilità contrattuale verso la struttura, extracontrattuale verso il professionista) prescelto dal ddl Gelli, che sicuramente favorisce la chiamata della sola struttura sanitaria.

Sicché rimarrebbe a carico della struttura:

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

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

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

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

Articolo 10 (Obbligo di assicurazione)

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

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

L'autoritenzione - al di fuori di una consolidata cultura di gestione del rischio, di una forte competenza nella gestione delle riserve e del contenzioso, di una diffusa expertise medico legale, di una sostenibilità dei bilanci - rischia di annullare le tutele del danneggiato e di creare, nel tempo, "buchi" di bilancio per le generazioni future, nell'ambito di una variabilità di costi ipotetici futuri non sempre facilmente individuabili. Tanto più che il Ddl mantiene l'impianto della responsabilità contrattuale della struttura, con prescrizione decennale. Certo, l'autoritenzione se ben gestita è più economica del premio assicurativo che paga lo scotto di imposte elevate (22,25%), oltre al contributo da versare per alimentare il Fondo di garanzia previsto dal Ddl Gelli. Di fatto, oggi, nessuna Azienda ha un premio assicurativo a copertura completa, avendo sistemi di franchigia che vanno da circa 250mila ai 750mila euro, nonché massimali ad evento e massimali complessivi. Quindi, in realtà, i costi del premio si sommano ai fondi rischi appostati annualmente in bilancio, per somme talora superiori agli stessi premi.

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

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

E, a nostro avviso, è questo il momento in cui va fatta, con chiarezza e tempestività, una scelta di campo in ordine

ai soggetti sociali sui quali deve ricadere il peso economico collegato agli esiti della responsabilità professionale. Con tutto il rispetto per la magistratura, deputata alla tutela del singolo diritto, riteniamo che solo il Parlamento sia legittimato a trovare un contemperamento tra l'interesse del singolo danneggiato e l'interesse dei tanti che necessitano di cure. Non dimentichiamo mai che le risorse utilizzate, giustamente, per risarcire sono anche sottratte alle cure della collettività, perché unica è la fonte del finanziamento.

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

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

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

Proposta: immediata approvazione di tabelle del danno non patrimoniale e delle invalidità permanenti; obbligatorietà di costituzione presso gli Enti del SSN di un Comitato valutazione sinistri con professionalità adeguate alla gestione anche economica del rischio. Riteniamo, inoltre, necessario ed opportuno che almeno i principi del contenuto dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture e per gli esercenti le professioni sanitarie, nonché "le altre analoghe misure" siano contenuti nella legge, anziché essere demandati in toto a decreti interministeriali di probabile lunga definizione.