



I.S.F.O.A. HOCHSCHULE FÜR SOZIALWISSENSCHAFTEN
UND MANAGEMENT

**“IL DIRITTO GIURIDICO NELL’INEFFICIENZA SANITARIA:LE
RESPONSABILITA’ DEL MEDICO DI STRUTTURA PUBBLICA E LA
COMPETENZA GIURISDIZIONALE”**

TESI IN DIRITTO GIURIDICO

**Presentata da
Elena Zenna**

**CH. MO PROF
Mario Puca**

INDICE

Capitolo 1. Le responsabilità del medico di struttura ospedaliera pubblica:

1. La qualificazione giuridica del medico e i delitti legati alla professione

2. Il contratto di assistenza sanitaria tra l’Azienda e l’utente del servizio

3. La prestazione medica nel Servizio Sanitario Nazionale italiano

Capitolo 2. La competenza giurisdizionale per il danno da malasanità:

1. Il danno da malasanità come danno erariale

2. La diatriba giurisprudenziale tra Corte dei Conti e Suprema Corte di Cassazione

3. L’azione di rivalsa: istituto e sua applicazione nel servizio sanitario pubblico

Conclusioni

Bibliografia

Ringraziamenti

Introduzione

La Repubblica Italiana tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. La tutela della salute in Italia ha acquisito, progressivamente nel corso dei settant'anni dal termine della Seconda guerra mondiale, dignità pari alla tutela della libertà per l'affermazione di condizioni irrinunciabili di benessere fisico e psichico dell'individuo e della collettività. Le profonde trasformazioni dello stato di diritto hanno portato l'interprete ad affiancare i diritti sociali ai diritti di libertà come nuovi oggetti di protezione dell'ordinamento¹; tra questi si eleva il diritto alla tutela della salute qualificato dalla Costituzione del 1948 come diritto primario e fondamentale che merita <<piena ed esaustiva tutela>> e si contraddistingue con i caratteri di generalità e unitarietà². L'art. 32 della Costituzione della Repubblica Italiana recita, infatti, che <<La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.>> L'articolo 32 Cost. è ispirato a due concetti fondamentali: il primo che pervade l'intera Costituzione per cui è funzione dello Stato promuovere lo sviluppo della persona umana come elemento

¹ A. BALDASSARRE, Diritti sociali, Enciclopedia giuridica, XI, Roma, 1989

² M. LUCIANI, Salute, Diritto alla salute - Diritto costituzionale, Enciclopedia giuridica, Roma, 1991

fondamentale del bene comune, il secondo che definisce la salute non più come mero bene individuale bensì come un bene nel quale coincidono fini individuali e fini sociali. Particolare merito della Costituzione è infatti quello di aver conferito rilievo costituzionale agli interessi collegati con la salute dei cittadini ponendo le premesse di una compiuta tutela³. La Corte costituzionale si è espressa più volte per un ampliamento di portata della pienezza ed esaustività di tale tutela non soltanto nell'ambito privatistico bensì anche in ambito pubblicistico⁴. Secondo il Giudice delle Leggi, la tutela della salute riguarda la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale, implicando il dovere di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui. Alla giurisprudenza costituzionale, secondo tale orientamento, competerà garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe una elusione dei precetti costituzionali oltre alla violazione degli stessi diritti individuali. Con la promulgazione della Legge n. 833/1978 si istituì il Servizio Sanitario Nazionale⁵, costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione

³ C. MORTATI, La tutela della salute nella Costituzione italiana, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961, p. 53

⁴ cfr. Corte cost., 20 dicembre 1996, n. 399; 26 febbraio 1998, n. 27; 26 maggio 1998, n. 185

⁵ Legge 23 dicembre 1978, n. 833, "Istituzione del servizio sanitario nazionale"

senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del Servizio Sanitario Nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini. Inoltre, il Servizio Sanitario Nazionale assicura il collegamento e il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli organi, centri, istituzioni e servizi che svolgono, nel settore sociale, attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività. La Legge n. 833/1978 rappresentò una norma innovativa nel contesto assistenziale sociosanitario italiano precedentemente costituito da casse previdenziali e mutue assistenze collegate all'ambiente lavorativo o comunque di matrice privata. Essa formalizzò il nuovo concetto di «sanità pubblica» indicandone finalità e obiettivi: l'educazione sanitaria del cittadino, la prevenzione di malattie e infortuni, la diagnosi e cura di eventi morbosi, la riabilitazione delle invalidità, la salvaguardia della salubrità sui posti di lavoro, l'igiene degli alimenti e delle bevande, l'informazione scientifica sulla efficacia terapeutica dei farmaci, la tutela della procreazione e maternità ovvero dell'infanzia, la tutela sanitaria delle attività sportive, la tutela della salute degli anziani, il superamento degli squilibri territoriali nelle condizioni socio-sanitarie della nazione⁶. In Italia, il cittadino ha facoltà di scelta nella cura tra sanità pubblica e sanità privata accreditata. Attraverso la sanità pubblica, lo Stato si prende interamente carico dell'assistenza, finanziata con il

⁶ C. BOTTARI, Profili innovativi del sistema sanitario, Giappichelli, Torino, 2018

prelievo fiscale. Il sistema sanitario nazionale italiano è improntato a tre principi fondamentali: equità, uguaglianza, universalità. Questi tre principi costituiscono il nucleo essenziale del diritto alla salute inteso come elemento essenziale della personalità umana, ovvero come condizione di completo benessere fisico, mentale e sociale⁷. Prova di questo orientamento fu la razionalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale avvenuta alla fine del secolo scorso⁸, che pose comunque come limiti inderogabili <<i principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze nonché della economicità nell'impiego delle risorse>>. Inoltre, si evidenzia come - per la giurisprudenza costituzionale⁹ - le esigenze della finanza pubblica non possano assumere, nel bilanciamento del Legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana. Il contributo reso dal Servizio Sanitario Nazionale è apprezzato dalla cittadinanza attraverso l'attività, le prestazioni e la performance del suo personale dipendente, che si suddivide in quattro ruoli: amministrativo, professionale, sanitario, tecnico. L'attenzione di questo elaborato si focalizzerà sul personale di ruolo sanitario del SSN e in particolare la figura del medico di

⁷ Definizione fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) a partire dagli anni Sessanta del '900

⁸ Si veda il D.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 "Norme per la razionalizzazione del S.S.N., a norma dell'art. 1 della Legge 30 novembre 1998, n. 419"

⁹ cfr. Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309

struttura ospedaliera pubblica. Nel primo capitolo dell'elaborato si analizzeranno le responsabilità del medico di struttura ospedaliera pubblica, la sua qualificazione giuridica e i principali delitti legati all'esercizio della professione. Inoltre, si approfondirà il tema del contratto di assistenza sanitaria tra le Aziende sanitario-ospedaliere e l'utente del servizio, nonché la prestazione medica nel Servizio Sanitario Nazionale italiano. La competenza giurisdizionale del danno per malasanità sarà trattata nel secondo capitolo dell'elaborato. Si definirà l'istituto dell'azione di rivalsa e la sua applicazione nel sistema sanitario pubblico, si affronterà l'argomento della malasanità e la sua integrazione nel danno erariale per i casi avvenuti all'interno delle strutture sanitarie pubbliche. Particolare interesse sarà rimarcato per la diatriba tra la Corte dei Conti e la Suprema Corte di Cassazione in merito alla competenza giurisdizionale per la definizione e liquidazione del danno derivante dalla malasanità nonché il riconoscimento di responsabilità per la condotta del professionista sanitario pubblico. Ultimamente, i comportamenti del professionista sanitario sono sempre più censurabili dal punto di vista legale e questa situazione sembrerebbe protrarsi anche nel prossimo futuro. Per contro, si assiste a un costante e veloce progredire della medicina difensiva positiva e negativa, ovvero tutte quelle attività messe in atto od omesse dal medico con lo scopo di difendere e tutelare sé stesso da eventuali danni lesivi al paziente che potrebbero derivare da negligenze mediche, con un indubbio aumento di

spesa per la gestione sanitaria pubblica e una probabilmente incerta efficacia curativa per l'individuo assistito¹⁰.

Capitolo 1. Le responsabilità del medico di struttura ospedaliera pubblica

1. La qualificazione giuridica del medico e i delitti legati alla professione

Come tutte le professioni, la professione del medico è soggetta alla vigilanza dello Stato ed è quindi destinataria di norme specifiche che la disciplinano, per garantire il miglior esercizio professionale al servizio dei cittadini e a tutela della sanità collettiva¹¹. La professione del medico è da annoverare tra le professioni intellettuali, ai sensi dell'articolo 2229 del codice civile. La qualificazione giuridica del professionista sanitario è variabile in base al tipo di attività svolta e a seconda delle funzioni assunte¹². Il codice penale individua tre categorie professionali:

- Pubblico ufficiale
- Persona incaricata di un pubblico servizio

¹⁰ N. AICARDI, «La sanità», in Trattato di diritto amministrativo, a cura di S. CASSESE, «Diritto amministrativo speciale», Giuffrè, Milano, 2000, tomo I, pagg. 377-452

¹¹ Chiaro elemento di queste condizioni è la necessità dell'abilitazione professionale mediante esame di Stato, come prescritto dall'articolo 33 della Costituzione e come modificato nel marzo 2020 durante la pandemia da COVID-19

¹² V. MANZINI, Trattato di diritto penale, Giuffrè, Torino, 2013

- Persone esercenti un servizio di pubblica necessità

L'articolo 357 del codice penale italiano disciplina la nozione di pubblico ufficiale. Secondo la norma, pubblici ufficiali sono coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. I pubblici ufficiali sono in grado di manifestare la volontà della pubblica amministrazione cui essi appartengono per mezzo di poteri autoritativi o certificativi. L'articolo 358 del codice penale definisce persone incaricate di un pubblico servizio tutti coloro che prestino un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, con l'esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale. L'articolo 359 c.p. elenca le categorie specifiche di persone esercenti un servizio di pubblica necessità. Esse sono: I privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi; I privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione. Rispetto alla legge penale, i medici liberi professionisti sono considerati quali esercenti un servizio di pubblica necessità. I medici legati al Servizio Sanitario Nazionale da un rapporto di lavoro subordinato sono considerati pubblici ufficiali qualora il loro profilo professionale preveda

l'affidamento di mansioni con poteri autoritativi e certificativi. In assenza di tali poteri, i medici del SSN sarebbero individuabili come incaricati di pubblico servizio in quanto incaricati dalla Pubblica Amministrazione di garantire, attraverso le proprie funzioni, la tutela della salute pubblica.

2.1. Il falso nella redazione dei certificati e della cartella clinica

Il certificato medico è uno strumento di informazione con il quale l'interessato dà notizia, a terze persone oppure a Enti pubblici o privati, circa fatti personali¹³. Il contenuto del certificato è strettamente sanitario e la sua compilazione spetta esclusivamente al professionista medico. Dal punto di vista giuridico, la certificazione medica è una dichiarazione di scienza relativa a fatti riscontrati nel mondo fisico. Affinché un certificato medico possa essere una fonte di informazione e documentazione, esso deve soddisfare le caratteristiche di chiarezza e veridicità. Il suo contenuto deve essere leggibile e comprensibile, in modo da esprimere chiaramente l'informazione e non creare equivoci interpretativi. Inoltre, la veridicità di quanto certificato è essenziale affinché il documento possa essere usato per i fini consentiti dalla Legge. Quando il certificato non soddisfa questi requisiti, potrebbe ricorrere uno dei casi di falsità riconosciuti dall'ordinamento giuridico. La falsità si distingue in:

¹³ A. CICOGNANI, M. FALLANI, S. PELOTTI, *MEDICINA LEGALE*, Esculapio, Bologna, 2016

- Ideologica, quando l'attestazione è falsa esclusivamente nella parte che concerne i

fatti dichiarati mentre è autentica la condizione giuridica del professionista estensore;

- Materiale, nel caso di mancata corrispondenza tra autore effettivo e autore apparente.

Questa falsità può inoltre riguardare i casi di alterazione successiva alla sua formazione, come le cancellature o le aggiunte, oppure anche la data e il luogo di formazione del documento. L'ordinamento giuridico penale sanziona i casi di falsità nella certificazione, distinguendo i reati in base ai soggetti agenti e al contesto:

- Pubblico ufficiale in atti pubblici

- Pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative

- Persone esercenti un servizio di pubblica necessità

L'articolo 476 del codice penale italiano sanziona, con la pena della reclusione da uno a sei anni, il pubblico ufficiale responsabile di falsità materiale in atti pubblici. Qualora gli atti falsificati facciano fede fino a querela di falso, la reclusione è inasprita dal minimo di tre anni fino al massimo di dieci anni.

L'articolo 477 del codice penale disciplina la falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative. La pena stabilita è la reclusione da un minimo di sei mesi a un massimo di tre anni. L'articolo 479 c.p. si occupa

della falsità commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici: falsa attestazione di un fatto come da lui non compiuto o non in sua presenza, falsa attestazione di dichiarazioni ricevute ma a lui non rese oppure alterazione od omissione di dichiarazioni da lui ricevute, generale falsa attestazione in atti che dovrebbero provare la verità. L'articolo 480 c.p. sanziona, con la pena della reclusione da tre mesi a due anni, il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, attesti falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, in certificati o autorizzazioni amministrative. L'articolo 481 c.p. punisce la falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità con la reclusione fino a un anno oppure con la multa. La cartella clinica è <<lo strumento informativo individuale finalizzato a rilevare tutte le informazioni anagrafiche e cliniche significative relative ad un paziente e ad un singolo episodio di ricovero>>¹⁴, ossia il documento che raccoglie le informazioni, di tipo medico e infermieristico, necessarie a rilevare il percorso diagnostico e terapeutico del paziente, inclusi gli esami oggettivi e l'anamnesi, dal momento del suo ingresso in ospedale fino alle sue dimissioni dalla struttura sanitaria. Secondo una recentissima sentenza della Cassazione¹⁵, la cartella clinica redatta da un medico inserito in un ospedale pubblico costituisce la forma di atto pubblico, pertanto ogni modifica o alterazione, nonché aggiunta di annotazioni, integrerà il reato di falsità materiale in atto pubblico. Il medico responsabile di tale reato,

¹⁴ Definizione tratta dalle Linee Guida 17 giugno 1992 ex D.M. Ministero della Sanità del 28 dicembre 1991

¹⁵ Cass. Penale, 22 ottobre 2018, n. 55385

in qualità di pubblico ufficiale estensore del documento, risponderà ai sensi dell'articolo 476 c.p. precedentemente analizzato.

2.2. L'omissione delle denunce obbligatorie

Le denunce obbligatorie sono strumenti di informazione ricollegabili a interessi generali e sociali; pertanto, esse presentano il carattere dell'obbligatorietà. Infatti, le denunce obbligatorie non dipendono dagli interessi dei singoli assistiti, bensì costituiscono mezzo tramite il quale i medici rilevano fatti e circostanze di carattere sanitario che si ritiene debbano essere resi noti nell'interesse comune.¹⁶ L'obbligo di denunce deriva da disposizioni legislative specifiche che possono essere contenute nel codice penale, nel Testo Unico delle Leggi Sanitarie, nel Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza oppure prescritte dall'ordinamento sullo stato civile. L'obbligo di denuncia spetta al medico, il quale curerà anche il relativo inoltro alle Autorità competenti. Caratteristiche generali delle denunce, oltre all'obbligatorietà, sono la destinazione, le circostanze per le quali l'obbligo si realizza, i termini temporali per l'inoltro e la previsione di sanzioni o penalizzazioni per la mancata presentazione. I destinatari delle denunce sono solitamente le Autorità sanitarie, l'Autorità giudiziaria oppure gli Enti di previdenza sociale. L'esercizio della professione medica costituisce la circostanza dalla quale deriva l'obbligo di denuncia: l'aver prestato opera o assistenza, l'aver accertato determinati

¹⁶ F. DE FERRARI, L. PALMIERI, MANUALE DI MEDICINA LEGALE, Giuffrè, Torino, 2013

fatti o condizioni, l'essere venuto a conoscenza di fatti evidenti. La denuncia - rapporto, secondo la tradizione - è l'atto col quale il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio denuncia all'Autorità giudiziaria un reato procedibile d'ufficio, di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni o del suo servizio, anche quando non sia ancora stata individuata la persona alla quale il reato è stato attribuito.¹⁷ Il rapporto è trasmesso senza ritardo al Pubblico Ministero o a un ufficiale di polizia giudiziaria. Quando più persone sono obbligate al rapporto per il medesimo fatto, esse possono redigere e sottoscrivere un unico atto. L'omissione della denuncia obbligatoria è un illecito che comporta sanzioni, che potranno variare a seconda della norma violata. Anche il semplice ritardo nella presentazione della denuncia costituisce illecito che può essere oggetto di sanzione. Tra le principali denunce obbligatorie previste dal T.U.L.S. si ricordano:

- Denuncia delle cause di morte
- Denuncia delle malattie infettive
- Denuncia delle intossicazioni da antiparassitari
- Denuncia delle situazioni di abbandono di minori di età

2.4. L'omissione del referto medico

Il referto medico è annoverato nel gruppo delle denunce obbligatorie. Esso è lo strumento con cui gli esercenti le professioni sanitarie in regime di libera professione riferiscono

¹⁷ C. PUCCINI, Istituzioni di Medicina Legale, Ambrosiana, Milano, 2003

alle Autorità preposte circa casi che possono presentare i caratteri di un delitto procedibile d'ufficio. Il referto deve essere trasmesso entro 48 ore, salvo la presentazione immediata in caso di pericolo nel ritardo. L'articolo 365 del codice penale italiano prevede che siano tenuti al referto tutti i professionisti sanitari che <<abbiano prestato la propria assistenza od opera>>. Questa imposizione legale deriva quindi da un intervento attivo del sanitario sulla persona, indipendentemente dal suo scopo terapeutico. Infatti, con il termine opera vengono incluse anche tutte quelle attività che non abbiano una diretta finalità diagnostico-terapeutica ma che costituiscano comunque una attività di accertamento. L'obbligo di referto medico sussiste soltanto nei casi in cui i delitti siano procedibili d'ufficio. Generalmente, i delitti sono perseguibili d'ufficio quando abbiano gravità tale da rappresentare un danno per la collettività e per i suoi beni. Su questo tema è abbastanza nutrita la giurisprudenza della Cassazione. In una sentenza del 2013 si legge <<La lettera della legge ("possono presentare...") indica che l'obbligo si configura per la semplice possibilità che il caso presenti i caratteri di un delitto perseguibile d'ufficio. È stato precisato in dottrina che per far sorgere l'obbligo di referto basta che il caso venuto a conoscenza del sanitario abbia nella sua obiettività tali caratteri da rendere meramente possibile una fisionomia delittuosa.>>¹⁸ Secondo la giurisprudenza di legittimità, <<l'obbligo del referto sorge nel momento stesso in cui il sanitario, prestando la propria opera, si viene a trovare di

¹⁸ Cass. Penale, 29 ottobre 2013, n. 51780

fronte a un caso che può presentare i connotati di un delitto perseguibile d'ufficio. Per stabilire se ricorra una tale ipotesi, è necessario fare leva su criteri di valutazione che, sia pure con giudizio ex ante (riferito cioè al momento della prestazione sanitaria), tengano conto della peculiarità del caso concreto, nel senso che deve verificarsi se il sanitario abbia avuto conoscenza di elementi di fatto dai quali desumere, in termini di teorica possibilità, la configurabilità di un delitto perseguibile d'ufficio.>>¹⁹A puro titolo informativo, i delitti sono perseguibili a querela quando il danno sia strettamente individuale e competa al lesso l'iniziativa di promuovere l'azione giudiziaria; avendo avuto riguardo all'opportunità di lasciare alla vittima la possibilità di tutelare i propri interessi evitando la pubblicizzazione del fatto, la procedibilità a querela è stata estesa anche per alcuni delitti di particolare gravità, quali a esempio la violenza sessuale senza aggravanti. L'ultimo comma dell'articolo 365 c.p. rimarca la supremazia della tutela della salute personale e collettiva, disponendo che l'obbligo di referto medico <<non si applica quando il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale>>. Con questa disposizione, l'ordinamento giuridico infatti vuole evitare che gli individui non ricorrano alle cure a causa del semplice timore di esporsi a procedimenti penali, in ragione di fatti commessi oppure per le situazioni nelle quali si sono imbattuti.

2.5. La rivelazione del segreto professionale

¹⁹ Si veda in Cass. Penale, 9 luglio 1998, n. 9721

<<Il medico deve mantenere il segreto su tutto ciò di cui è a conoscenza in ragione della propria attività professionale; la morte della persona assistita non esime dall'obbligo. Il medico informa i collaboratori e discenti dell'obbligo del segreto professionale sollecitandone il rispetto. La violazione del segreto professionale assume maggiore gravità quando ne possa derivare profitto proprio o altrui, ovvero nocimento per la persona assistita o per altri. La rivelazione è ammessa esclusivamente se motivata da una giusta causa prevista dall'ordinamento o dall'adempimento di un obbligo di legge. Il medico non deve rendere all'Autorità competente in materia di giustizia e di sicurezza testimonianze su fatti e circostanze inerenti al segreto professionale. La sospensione o l'interdizione dall'esercizio professionale e la cancellazione dagli Albi non dispensano dall'osservanza del segreto professionale.>>²⁰Sono le disposizioni riportate nell'articolo 10 dell'ultima versione del Codice Deontologico per i professionisti medici. In caso di violazione, il medico incorre in provvedimenti disciplinari promossi dal proprio Ordine di appartenenza. Il segreto professionale ha come obiettivo principale la massima tutela della riservatezza del paziente e del cittadino in merito a dati che potrebbero ricondurre al suo stato e alle sue condizioni psicofisiche. Esso rientra tra i vincoli di solidarietà che debbono sussistere nel rapporto medico-paziente perché in nessun modo deve costituire una limitazione al diritto alla salute la preoccupazione di rendere palesi, a terzi, notizie riservate e la

²⁰ Tratto da ENPAM

cui diffusione potrebbe risultare dannosa. Questa tutela è garantita anche dalla legge penale. L'articolo 622 del codice penale disciplina, infatti, che «Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocimento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da trenta euro a cinquecentosedici euro.» Dunque, l'articolo 622 c.p. indirizza tale obbligo non soltanto ai soggetti esercenti una professione, bensì anche ad altre categorie di persone, ossia tutti coloro che abbiano notizia di un segreto «in ragione del proprio stato o ufficio», a prescindere dall'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato oppure da qualsiasi altra relazione lavorativa. In ambito sanitario, con tale disposizione, si possono includere tra i destinatari della norma: gli studenti universitari dei corsi di Medicina e Chirurgia o delle altre professioni sanitarie che svolgano tirocini presso strutture ospedaliere, gli assistenti volontari, i medici in formazione specialistica, i componenti delle loro famiglie e generalmente tutti coloro che siano venuti a conoscenza di informazioni soggette a segreto. L'illiceità del fatto è esclusa qualora il segreto sia stato rivelato per giusta causa. Le giuste cause possono essere:

- Legali, come gli obblighi di denuncia derivanti da disposizioni di legge oppure gli

obblighi di denuncia dei delitti perseguibili d'ufficio per i quali sia previsto l'obbligo di

referto;

- Sociali, quando sono costituite da ragioni di interesse collettivo che prevalgono sull'interesse individuale al segreto e che riguardano la segnalazione alle Autorità competenti di fatti sanitari individuali che possono costituire causa di pericolo per la collettività. Affinché sussista la punibilità del fatto di cui all'articolo 622 c.p. non deve necessariamente derivare un danno all'assistito, essendo sufficiente il pericolo di danno. Tuttavia, esistono alcune cause di non punibilità della rivelazione del segreto professionale: il caso fortuito, la forza maggiore o la violenza, lo stato di necessità e la difesa della propria onorabilità. La sussistenza del reato è inoltre esclusa in due circostanze:

- Consenso dell'assistito, ovvero l'assistito può scegliere le persone alle quali saranno rivelate le informazioni e i tempi entro i quali possa avvenire tale rivelazione;

- Trasmissione del segreto, rappresentata dalla rivelazione del segreto a persone altrettanto tenute al segreto, resa necessaria da finalità sociali oppure da circostanze inerenti allo stesso titolare del segreto. Le informazioni di carattere sanitario che costituiscano segreto non potranno essere oggetto di testimonianza in sede giudiziaria, fatti salvi gli obblighi di denuncia all'Autorità, come disciplinato dall'art. 200 del codice di procedura penale italiano, che alla lettera c) inserisce la

categoria dei <<medici e chirurghi, farmacisti, ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria>> tra coloro che non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ufficio o della propria professione. I medici che agiscono in veste di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio potrebbero inoltre incorrere nel reato di <<Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio>> regolato dall'articolo 326 del codice penale e che prevede sanzioni più severe rispetto alla tradizionale rivelazione del segreto professionale .L'importanza del rispetto del segreto professionale da parte del medico è stata oggetto anche di una importante sentenza della Cassazione civile, che afferma <<il segreto professionale costituisce uno dei più importanti obblighi del medico, e che sulla fedeltà a tale dovere si basa il rapporto fiduciario tra medico e paziente.>>²¹

2.6. La lesione personale colposa del sanitario

L'ordinamento giuridico sanziona tutti coloro che cagionano ad altri una lesione personale per propria colpa. La norma penale, all'ultimo comma dell'articolo 590 c.p., prevede specificamente i fatti colposi commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale sia richiesta una speciale abilitazione dello Stato oppure nella pratica di un'arte sanitaria. La responsabilità penale del professionista sanitario è ben disciplinata dall'articolo 590 sexies del codice penale, il quale riprende quanto già espresso negli articoli 589 c.p. e 590 c.p., applicandolo alla materia

²¹ Cass. Civile, 19 ottobre 2006, n. 22398

sanitaria .L'articolo 590 sexies c.p., che titola <<Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario>>, afferma che <<Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.>> Si distinguono tre gradi lesione personale colposa: semplice, grave, gravissima. Nella storia della medicina si potrebbero elencare innumerevoli casi di lesioni colpose con responsabili professionisti medici ai danni di pazienti in cura .Uno degli errori medici più significativi per la giustizia penale fu però quello deciso dalla sentenza della Cassazione 12701/2016, emessa il 24 febbraio 2016. Nel caso de quo, il medico, primario del reparto di onco-ematologia in un ospedale siciliano, veniva condannato per avere prescritto, a una paziente, una terapia chemioterapica, omettendo tuttavia di controllarne la somministrazione, affidata a un infermiere sotto la vigilanza di uno dei medici presenti in reparto. Risultato di questa negligenza fu un gravissimo sversamento di liquido chemioterapico nella pleura della paziente, che sparse querela per malasanità. La Cassazione riconobbe il nesso di causalità tra la condotta del medico e il danno occorso alla paziente. In particolare, sancì la fattispecie di

cui all'articolo 590 c.p. come reato istantaneo, che si consuma al momento dell'insorgenza della malattia con l'irrilevanza, ai fini dell'individuazione del momento consumativo, della durata e della non guaribilità della stessa. Nel merito, molto significativo il passaggio: <<qualora la condotta colposa causatrice della malattia stessa non cessi con l'insorgenza di questa, ma, persistendo dopo tale momento, ne cagioni un successivo aggravamento, il reato di lesioni colpose si consuma nel momento in cui si verifica l'ulteriore debilitazione (ex multis sez. 4, n. 8904 del 08/11/2011)>>²².

3. Il contratto di assistenza sanitaria tra l'Azienda e l'utente del servizio

Il D. Lgs. 502/1992 ha riordinato la disciplina in materia sanitaria, in forza della Legge delega promulgata nel medesimo anno. La tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività è garantita, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio Sanitario Nazionale, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale. Il Servizio Sanitario Nazionale assicura, attraverso le risorse finanziarie pubbliche e in coerenza con i principi e gli obiettivi indicati dagli articoli 1 e 2 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833, i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della

²² Cass. Penale, 24 febbraio 2016, n. 12701

persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse. L'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal Servizio sanitario nazionale, per il periodo di validità del Piano sanitario nazionale, è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico-finanziaria. Le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza sono garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente. I livelli essenziali di assistenza comprendono le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni relativi alle aree di offerta individuate dal Piano sanitario nazionale. In particolare, si distinguono tre tipologie di assistenza: - Assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro - Assistenza distrettuale - Assistenza ospedaliera La normativa vigente non fornisce una esplicita definizione di contratto di assistenza sanitaria, più comunemente conosciuto come contratto di ospedalità. Tuttavia, tale forma di obbligazione atipica è stata introdotta nei primi anni di questo millennio tramite la giurisprudenza della Corte di Cassazione²³. Il contratto di ospedalità comprende non solo prestazioni primarie di carattere medicosanitario ma anche

²³ Si veda anche Cass. Civile, 20 marzo 2015, n. 5590

prestazioni accessorie quali vitto, alloggio, assistenza farmaceutica. In base a questo contratto, la struttura sanitaria presso la quale il paziente domanda assistenza è tenuta a garantire a quest'ultimo una serie di prestazioni inerenti a: cure mediche, messa a disposizione del personale sanitario (medico e infermieristico), somministrazione di farmaci e utilizzo di altro materiale ospedaliero, fornitura dei pasti e bevande, pulizia delle camere e di altri luoghi frequentati, assistenza agli infermi. Le responsabilità della struttura sanitaria, come più volte sancito dalla giurisprudenza della Cassazione ²⁴, non può essere parificata a quella di una struttura meramente alberghiera ove il suo gestore risponde solamente della pulizia e dell'ordine dei servizi offerti senza preoccuparsi - pur nel rispetto delle leggi e dei regolamenti - di quanto avviene all'interno delle camere. A essa, infatti, sarà richiesta una prestazione complessa, anche in vista di eventuali insorgenze di complicazioni nel paziente o altre emergenze a carattere sanitario durante il periodo di permanenza nella struttura. La complessità della prestazione è tesi rafforzata anche da una recente pronuncia degli Ermellini²⁵. Questo contratto atipico a prestazioni corrispettive sorge ogni qualvolta un paziente sia accettato da una struttura sanitaria, pubblica o privata, per un periodo di medio-lunga degenza oppure per prestazioni ambulatoriali in giornata (il cosiddetto Day Hospital). Da evidenziare poi la corrispettività delle prestazioni: la struttura ospedaliera si obbliga a eseguire

²⁴ Si vedano in particolare Cass. Civile, 13 aprile 2007, n. 8826 e Cass. Civile, 19 ottobre 2015, n. 21090

²⁵ Cass. Civile, 31 ottobre 2017, n. 25844

determinate attività a fronte del pagamento di un corrispettivo, pagamento che può essere effettuato dal Servizio Sanitario Nazionale, da un fondo sanitario integrativo, da una compagnia di assicurazioni oppure dal paziente stesso. La prestazione medica nel Servizio Sanitario Nazionale La prestazione medica è sempre qualificata come una obbligazione di diligenza, perizia, prudenza da parte del medico. Alla luce delle innovazioni scientifiche e del progresso della ricerca medica, il paziente pretende una prestazione sanitaria fondata su adeguati livelli di garanzia, dal momento che al medico e agli altri professionisti sanitari vengono affidati beni di primaria importanza, prima di tutti la vita. Il risultato delle cure mediche deve pertanto essere raggiunto con diligenza, perizia e prudenza. Il mancato raggiungimento del risultato grava sulla responsabilità del professionista, più in particolare sulla figura professionale del medico. L'obbligazione che viene assunta dal medico è ricondotta all'antica locatio operis. Il medico non deve un'opera o un servizio ma si impegna all'uso di mezzi idonei in previsione di un determinato risultato che non è certo. Secondo la risalente dottrina²⁶, il riferimento al contratto deve essere considerato con estrema cautela perché esso non è sufficiente a identificare la natura della responsabilità medica e in quanto non ci sono schemi idonei alla tutela degli interessi non patrimoniali in gioco. È molto difficile individuare l'esatto contenuto dell'obbligo se si prescinde dal generico dovere di cura; per questo motivo il contratto si risolve in una fictio, una finzione, in relazione agli

²⁶ G. CATTANEO, La responsabilità del professionista, Giuffrè, Milano, 1958

strumenti terapeutici da adottare e in merito ai limiti ai quali va incontro il creditore, il paziente, nella scelta del medico. Il ricorso al contratto è un modo per nascondere una situazione statica del rapporto tra medico e paziente che tende a individuare nella conseguibilità o meno di un bene l'oggetto della prestazione²⁷. L'utilizzo dell'inadempimento in questa situazione è ritenuto poco idoneo dal momento che esso è raffigurabile più che altro in frangenti nei quali l'oggetto dell'obbligazione sia il dare; nel caso del rapporto medico-paziente, si tenderebbe dunque a una commercializzazione delle esigenze del rapporto stesso. Nell'obbligazione in esame, la colpa può essere un presupposto soggettivo imprescindibile della responsabilità, a meno che sopravvenga una impossibilità soggettiva della prestazione che, senza colpa del debitore, avrebbe comportato comunque l'estinzione. Alquanto difficile da individuare è poi la distinzione tra inadempimento di obbligazione obiettivamente possibile e inadempimento di obbligazione obiettivamente impossibile, ovvero la distinzione fra la responsabilità per l'inadempimento e la responsabilità per la sopravvenuta impossibilità obiettiva della prestazione²⁸. La dottrina precisa, inoltre, la differenza fra l'impossibilità soggettiva e l'impossibilità oggettiva che si ha nei confronti del debitore²⁹. L'impossibilità di adempiere del debitore deve essere oggettivamente corretta e specifica, ossia un'impossibilità alla quale non si sarebbe potuto ovviare e alla

²⁷ S. RODOTA', Il problema della responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 1964

²⁸ G. OSTI, Deviazioni dottrinali nella disciplina della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, II, 1954

²⁹ E. BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, Giuffrè, Milano, 1953

quale ogni professionista, che fosse venuto a trovarsi nella medesima posizione, avrebbe agito in uguale modo. Compito del medico è la difesa e il rispetto della vita, della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo della sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza discriminazioni di età, di sesso, di razza, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace come in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera. La salute è intesa nell'accezione biologica più ampia del termine come condizione di benessere fisico e psichico della persona ovvero assenza di malattia. L'esercizio della medicina è fondato sulla libertà e sull'indipendenza professionale, che costituiscono irrinunciabile diritto del medico nel rispetto dei diritti dell'individuo. Nell'esercizio della professione il medico deve ispirarsi alle conoscenze scientifiche e ai valori etici fondamentali, assumendo come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona; non deve soggiacere a interessi, imposizioni e suggestioni di qualsiasi natura. Il medico deve denunciare all'Ordine ogni iniziativa tendente a imporgli comportamenti non conformi alla deontologia professionale da qualunque parte essa provenga. In nessun caso il medico deve abusare della sua condizione professionale. Il medico che riveste cariche pubbliche non può avvalersene a scopo di vantaggio professionale e personale. Il medico non può rifiutarsi di intervenire e deve, indipendentemente dalla sua abituale attività specialistica, in qualunque luogo o circostanza, prestare soccorso e cure

d'urgenza a chi ne abbisogni e comunque tempestivamente attivarsi per ogni più specifica e adeguata assistenza. Il medico, in caso di catastrofe, di calamità pubblica o di epidemia, deve mettersi comunque a disposizione dell'autorità competente. Il medico deve tutelare e garantire la riservatezza della documentazione in suo possesso riguardante i pazienti anche se affidata a codici o sistemi informatici. Il medico deve informare i suoi collaboratori dell'obbligo del segreto professionale e deve vigilare affinché si conformino. Nelle pubblicazioni scientifiche di dati clinici o di osservazioni relative a singoli pazienti il medico deve assicurare la non identificabilità degli stessi. Analogamente il medico non deve diffondere, attraverso la stampa o altri mezzi di informazione, notizie che possano consentire la identificazione del soggetto cui si riferiscono. Nei casi particolari, in cui è richiesta la redazione di bollettini medici, il medico deve comportarsi con prudenza e discrezione. Nella compilazione o trasmissione di qualsivoglia atto o documento relativo a singoli pazienti, anche se destinati a enti o autorità che svolgono attività sanitarie, il medico deve attuare ogni precauzione atta a garantire la tutela del segreto professionale, pur nel rispetto dei disposti di legge che regolamentano la materia. Il medico non può collaborare alla costituzione di banche elettroniche di dati sanitari, ove non esistano assolute garanzie di tutela della riservatezza, della sicurezza e della vita privata del paziente. Al medico è riconosciuta piena autonomia nella scelta, nell'applicazione e nella programmazione dell'iter dei presidi diagnostici e terapeutici, anche in regime di ricovero, fermi

restando i principi della responsabilità professionale. Ogni prescrizione e ogni trattamento devono essere comunque ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche, alla massima correttezza e all'osservanza del rapporto rischio-beneficio. Il medico è tenuto a una adeguata conoscenza della natura e degli effetti dei farmaci, delle loro indicazioni, controindicazioni, interazioni e delle prevedibili reazioni individuali nonché delle caratteristiche di impiego dei mezzi diagnostici e terapeutici che prescrive e utilizza. Il ricorso a terapie nuove è riservato all'ambito della sperimentazione clinica e soggetto alla relativa disciplina. È vietato il comparaggio ai sensi dell'art. 170 T.U.L.S., ovvero il medico non può fornire medicinali necessari alla cura, se non a titolo gratuito. Sono vietate l'adozione e la diffusione di terapie segrete, scientificamente infondate o non supportate da adeguata sperimentazione e documentazione clinico-scientifica, oppure atte a suscitare illusorie speranze. Il ricorso a trattamenti "placebo" è consentito solo se ispirato a criteri di beneficio per il paziente. Il medico deve garantire al paziente impegno e competenza professionale. Egli deve affrontare i problemi diagnostici con il massimo scrupolo, dedicando al paziente il tempo necessario a un approfondito colloquio e a un adeguato esame obiettivo, avvalendosi delle necessarie indagini. Nel rilasciare le prescrizioni terapeutiche deve fornire in termini comprensibili tutte le idonee informazioni e, per quanto possibile, verificarne la corretta esecuzione. Il medico che si trovi di fronte a situazioni cliniche alle quali non sia in grado di

provvedere efficacemente deve proporre al paziente l'intervento di adeguate specifiche competenze. Il medico ha il dovere di assicurare al paziente la continuità delle cure. In caso di indisponibilità o di impedimento deve garantire la propria sostituzione, affidandola a colleghi di competenza adeguata e informandone il paziente. Qualora sia necessaria la collaborazione di altri medici o di altre figure professionali sanitarie riconosciute per legge, questi devono essere di sua fiducia. Il medico non può abbandonare il malato ritenuto inguaribile, ma deve continuare ad assisterlo anche al solo fine di lenirne la sofferenza fisica e psichica. Il medico può consigliare ma non pretendere che il paziente si serva di determinati presidi, istituti o luoghi di cura. La libera scelta del medico costituisce principio fondamentale del rapporto medico paziente; il medico deve rispettarla. È pertanto vietato qualsiasi accordo tra medici tendente a influire sul diritto del paziente alla libera scelta. Il medico ha il dovere di dare al paziente, tenendo conto del suo livello di cultura e di emotività e delle sue capacità di discernimento, la più serena e idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive terapeutiche e sulle verosimili conseguenze della terapia e della mancata terapia, nella consapevolezza dei limiti delle conoscenze mediche anche al fine di promuovere la migliore adesione alle proposte diagnostiche-terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere comunque soddisfatta. Il medico non deve intraprendere attività

diagnostica o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato.

Capitolo 2. La competenza giurisdizionale per il danno da malasanità

1. Il danno da malasanità come danno erariale, 2. La diatriba giurisprudenziale tra Corte dei Conti e Suprema Corte di Cassazione, 3. L'azione di rivalsa. Istituto e sua applicazione nel servizio sanitario pubblico.

1. Il danno da malasanità come danno erariale

L'ordinamento costituzionale della Repubblica Italiana stabilisce che i pubblici uffici siano organizzati in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità della amministrazione; nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. L'art. 28 della Costituzione prevede inoltre che i funzionari e i dipendenti dello Stato, e degli enti pubblici, siano direttamente responsabili - secondo le leggi penali, civili e amministrative - degli atti compiuti in violazione dei diritti. L'ordinamento giuridico italiano promuove dunque la tutela dell'interesse pubblico generale, il buon andamento, l'efficacia, l'efficienza nonché il corretto impiego delle risorse nella Pubblica

Amministrazione, sanzionando tutte quelle condotte che impediscano il raggiungimento di tali obiettivi e prevedendo il pieno ristoro del danno con funzione riparatoria e integralmente compensativa a protezione dell'interesse particolare dell'amministrazione stessa ovvero del soggetto terzo danneggiato. In caso di violazione dei diritti ovvero al verificarsi di lesioni o pregiudizi in atti compiuti nella Pubblica Amministrazione, si integrerà il danno erariale inteso come danno sofferto dallo Stato, o da altro ente pubblico, a causa dell'azione od omissione di un soggetto che agisce per conto della amministrazione pubblica in quanto suo funzionario, dipendente o comunque inserito in un suo apparato organizzativo. Esso consiste nel danneggiamento o nella perdita di beni o denaro prodotta dal dipendente pubblico alla propria amministrazione di appartenenza - ovvero ad altra amministrazione pubblica - o nel mancato conseguimento di entrate patrimoniali. Inoltre per l'ordinamento sono meritevoli di sanzione anche tutte quelle ipotesi in cui non si sia prodotto un danno materiale ma la condotta illecita del dipendente abbia ugualmente generato il pericolo di disequilibri che incidano negativamente sulla stabilità della finanza pubblica nel suo complesso, causando un dispendio o perdita di risorse pubbliche; in tal caso il Giudice non dovrà verificare la sussistenza di un danno ingiusto risarcibile, ma sarà necessario l'accertamento della violazione del precetto legislativo e dell'elemento psicologico. La responsabilità amministrativa per danno erariale fonda dunque le proprie

basi giuridiche nella Carta costituzionale. La norma di cui all'articolo 28 è stata più volte oggetto di interessamento da parte della dottrina, che ne ha dato differenti interpretazioni³⁰. Una prima interpretazione, detta della "responsabilità diretta", si fonda sulla teoria organica in cui la Pubblica Amministrazione è direttamente responsabile per i fatti illeciti dei propri dipendenti in virtù del rapporto di immedesimazione organica interrotto solo dal fatto doloso del dipendente. Una seconda interpretazione, detta della "responsabilità indiretta", prevede che la persona giuridica agisca per attività e volontà altrui, applicando quindi la disciplina di cui all'art. 2049 del codice civile. In merito alla natura giuridica della responsabilità amministrativa, la dottrina ha sia una visione privatistica che una pubblicistica. La visione privatistica si fonda sulla natura risarcitoria della azione proposta dinanzi alla Corte dei Conti per danno erariale³¹. La visione pubblicistica trova ragione invece nella funzione, oltre che risarcitoria, anche sanzionatoria del giudizio contabile e trova un argomento forte nel potere riduttivo dell'addebito. Secondo la risalente giurisprudenza della Corte Costituzionale, la responsabilità amministrativa ha una funzione duplice: restitutoria rispetto al danno economico subito dalla amministrazione ma anche preventiva

³⁰ M.T. D'URSO, La responsabilità amministrativa da malpractice medica e l'azione di rivalsa dinanzi alla Corte dei Conti secondo la legge 8 marzo 2017, n.24 (c.d. legge Gelli-Bianco) a tre anni dalla sua entrata in vigore, Rivista della Corte dei Conti, n. 4/2020

³¹ R. ALESSI, La responsabilità del pubblico funzionario e la responsabilità dello Stato in base all'art. 28 Cost., in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1951

per evitare analoghi danni all'erario ³². Le fonti normative ordinarie della responsabilità amministrativa sono costituite dal Testo unico delle leggi sulla Corte dei Conti (risalente all'epoca del Regno d'Italia e approvato con regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214) e in particolare dalla Legge 14 gennaio 1994, n. 20, e sue successive modifiche. Il profilo soggettivo della responsabilità amministrativa riguarda funzionari, impiegati, agenti pubblici e amministratori delle amministrazioni pubbliche statali, locali e di enti pubblici. Possono essere chiamati a rispondere anche soggetti esterni all'amministrazione purché legati a essa da un rapporto di servizio, legame che inserisce questi soggetti - magari anche solo temporaneamente - nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione. La responsabilità ha natura personale e, quando il fatto dannoso è causato da più persone, ciascuna risponde solo per la parte di sua competenza. Sotto il profilo oggettivo, la responsabilità amministrativa sorge in relazione ai fatti e alle omissioni commessi con dolo e colpa grave. La colpa lieve è esclusa dalla responsabilità, evitando di sovraccaricare i dipendenti pubblici e gli altri soggetti del rischio di dover rispondere di attività che, comunque, perseguono l'interesse pubblico. Si dovrà comunque verificare che l'attività sia stata eseguita nel perseguimento dei fini pubblici e il sindacato della Corte dei Conti - come il sindacato del giudice amministrativo - riguarderà tutti i profili di legittimità incluso l'eccesso di potere nella molteplicità delle

³² Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371

sue figure sintomatiche. Il danno risarcibile non sarà limitato a quello provocato all'amministrazione in cui è incardinato il soggetto responsabile, ma il risarcimento sarà previsto anche per il danno cagionato ad amministrazioni o enti diversi da quello di appartenenza; in quest'ultimo caso si tratterà del danno obliquo, che può emergere nel caso di un dipendente pubblico distaccato o comandato presso un'altra amministrazione, considerando il settore pubblico come unico comparto da tutelare. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni dalla data in cui il fatto si è verificato ovvero, in caso di occultamento doloso, dalla data della sua scoperta. Per la quantificazione del danno da risarcire si dovrà valutare il decremento patrimoniale o la mancata entrata da parte dell'amministrazione. Inoltre, in taluni casi, si aggiunge anche il danno all'immagine patito dalla amministrazione, che si è vista lesa nella propria rispettabilità. Una caratteristica particolare della responsabilità amministrativa consiste nel potere riduttivo³³ in capo alla Corte dei Conti che può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto, consentendo quindi di modulare la somma a carico delle finanze personali del dipendente rispetto alla enormità dei danni potenziali all'amministrazione. Il concetto di "malasanità" è una espressione polemica coniata nel linguaggio giornalistico e usata specialmente per riferire fatti di cronaca che costituiscono esempi di disservizio nel funzionamento delle strutture pubbliche e degli organi

³³ Si veda all'art. 52, comma 2, Testo unico delle leggi sulla Corte dei conti

sanitari ai quali è istituzionalmente affidato il compito di provvedere alla salute dei cittadini. Oggigiorno tale termine è entrato nel linguaggio comune, spogliandosi della patina polemica per descrivere invece una condizione concreta e ben precisa della realtà che ogni cittadino può vivere nel corso della propria vita, in qualità di paziente, o in quella di un suo familiare. L'errore medico da malasania, detta anche malpractice medica, si verifica quando³⁴: - esiste un obbligo dovuto ma violato, in questo caso la mancanza di cure adeguate e qualificate (art. 1176 comma 2 c.c.) - la violazione arreca un danno al paziente, che può essere sia immediato che differito nel tempo La malasania si può realizzare nei casi di un trattamento sanitario con insufficiente valutazione della complessiva situazione anamnestica e clinica del paziente assistito, ovvero dell'intempestività nel trattamento sanitario attuato oppure di un inadeguato approfondimento nell'indagine clinica e strumentale, di una non corretta programmazione terapeutica o per un ritardo nell'esecuzione della stessa. Inoltre, essa può avvenire anche per mancato ricovero di paziente con sintomatologia ritenuta di scarso significato clinico oppure per intempestiva dimissione di ricoverato con apparente remissione della sintomatologia. Tra le cause principali di episodi di malasania figurano spesso la mancanza di diligenza, tempestività e competenza da parte del personale sanitario. Analizzando la responsabilità degli esercenti la professione medica, si rappresenta che essa trae

³⁴ R. DANIELS, Nursing Fundamentals: Caring & Clinical Decision Making, Cengage Learning, 2003

solitamente origine da una prestazione inadeguata che ha prodotto effetti negativi sulla salute del paziente. La responsabilità amministrativa in tema di malpractice medica è caratterizzata da due elementi: il danno erariale, come elemento oggettivo, e il dolo o colpa grave, come elemento soggettivo. Il danno erariale si scinde in danno erariale diretto e danno erariale indiretto. Il danno erariale diretto può definirsi come una ingiusta lesione patrimoniale, attuale ed effettiva, subita da un ente pubblico e consistente nella perdita o deterioramento di un bene (danno emergente) o nella mancata acquisizione di vantaggi o incrementi personali (lucro cessante). Al contrario, il danno erariale è indiretto quando la struttura sanitaria abbia risarcito il paziente - o i suoi eredi - a seguito di un giudizio civile conclusosi con sentenza di soccombenza per l'ente pubblico e liquidazione del relativo quantum risarcitorio oppure con liquidazione avvenuta a seguito di transazione tra l'ente e il paziente che ha patito il danno o, in suo luogo, gli eredi del medesimo. Secondo la dottrina³⁵ e la giurisprudenza maggioritarie³⁶, il danno erariale indiretto si realizza al momento del pagamento materiale del quanto dovuto al paziente o agli eredi, dato che è in quella occasione che si concretizzerebbe la diminuzione patrimoniale dell'ente pubblico originata dall'evento di malasanità. Adottando questo orientamento, l'interesse ad agire della procura contabile non presupporrebbe il passaggio

³⁵ M. SCIASCIA, Manuale di diritto processuale contabile, Giuffrè, Milano, 2003

³⁶ Corte dei conti, 26 settembre 2018, n. 362

in giudicato della sentenza di condanna della Pubblica Amministrazione al risarcimento del danno, ma solo l'effettivo pagamento a favore del terzo danneggiato, che sarebbe già idoneo ad integrare un pregiudizio alle finanze pubbliche reale e concreto. Si afferma quindi che la definitività dell'obbligazione risarcitoria non sia richiesta da alcuna norma né per attivare l'azione generale di responsabilità, né per l'azione di rivalsa. Inoltre, una sentenza di soccombenza dell'ente pubblico, pur se passata in giudicato, potrebbe non essere messa in esecuzione dal terzo danneggiato, per i più diversi motivi, e in tale ipotesi verrebbe a mancare il danno erariale, quale requisito strutturale della responsabilità e della stessa azione erariale di rivalsa. Altra parte della dottrina³⁷ e la giurisprudenza minoritaria³⁸ affermano invece che il danno sia perfezionato quando interviene il formale giudicato civile di condanna dell'ente pubblico, perché solo da tale data il danno sofferto dalla amministrazione pubblica diventa certo e determinato, non bastando una sentenza di condanna di primo o secondo grado non passata in giudicato (anche se esecutiva) e non bastando neppure il pagamento al danneggiato dopo un provvedimento non definitivo. L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa è costituito dal dolo o dalla colpa grave. La ragione di limitare la soglia di punibilità alla colpa grave trova giustificazione per il personale sanitario nell'intrinseca complessità dell'arte

³⁷ S. PILATO, La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 20/94 e 639/94, Cedam, Padova, 1999

³⁸ Corte dei conti, S.S.U.U., 15 gennaio 2003, n. 3

medica come previsto in termini generali dall'art. 2236 c.c. per tutti i professionisti chiamati a risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà con l'ausilio di una preparazione superiore³⁹. La nozione di dolo va intesa quale coscienza del disvalore, della volontà e dell'antigiuridicità dell'evento, ai sensi dell'art. 43 c.p.; inoltre, secondo la concezione contabile, il dolo erariale è individuato quale coscienza dell'azione o della omissione contro legge e delle sue conseguenze dannose per l'erario. La nozione di colpa grave nella responsabilità amministrativa per danno sanitario è invece specifica, nel senso che, per configurare una ipotesi di responsabilità a carico di un medico, non basta che il comportamento appaia riprovevole in quanto non rispondente in tutto alle regole della scienza medica d'esperienza, ma è necessario che il sanitario, usando la dovuta diligenza, sia stato in condizione di prevedere e prevenire l'evento dannoso. Pertanto, perché possa parlarsi di colpa grave, occorre accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza di cognizioni fondamentali attinenti alla professione, ovvero abbia difettato quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione medica, oppure vi sia stata ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle cure dei sanitari.

³⁹ G. VANACORE, Obbligazioni del medico alla luce dell'art. 2236 c.c. e rapporto causale tra omessa ed errata diagnosi ed evento lesivo: la giurisprudenza, in *Diritto.it*, 16 ottobre 2008

2. La diatriba giurisprudenziale tra Corte dei Conti e Suprema Corte di Cassazione

L'art. 7 della legge Gelli-Bianco ha ridisegnato la disciplina della responsabilità civile della struttura sanitaria e del personale medico dalla stessa dipendente, sulla cui natura giuridica in passato vi sono state incertezze da parte della dottrina e della giurisprudenza⁴⁰. In particolare, la dottrina aveva inizialmente sostenuto la teoria del c.d. "contatto sociale"⁴¹, secondo cui la responsabilità del medico dipendente ospedaliero aveva natura contrattuale pur in mancanza di un contratto stipulato tra le parti, ossia la responsabilità del medico aveva origine dal "contatto socialmente qualificato" con il paziente da cui scaturiva poi l'obbligazione di cui all'art. 1173 c.c., giustificandosi in tal modo la preesistenza di un rapporto obbligatorio rispetto al danno da risarcire in caso di malpractice sanitaria. Successivamente, la giurisprudenza si orientava verso la natura contrattuale della responsabilità civile del personale esercente la professione sanitaria dato che esso non era comunque assimilabile al soggetto destinatario del principio di cui all'art. 2043 c.c., ossia il danno ingiusto a fonte extracontrattuale sintetizzabile nel brocardo latino "alterum non laedere". La riforma Balduzzi⁴² nel 2012 aveva richiamato

⁴⁰ R. CATALDI, Responsabilità del medico e della struttura sanitaria, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010

⁴¹ Cass. Civile, SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577

⁴² Decreto-Legge 13 settembre 2012, n. 158, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 13 settembre 2012, n. 214, convertito dalla Legge 8 novembre 2012, n. 189, recante: <<Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute>>

l'art. 2043 c.c., ma la formulazione poco chiara della norma non consentiva di eliminare i dubbi sulla effettiva natura di quel rinvio, anche se lo scopo della novella normativa fu comunque quello di limitare la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria quando egli applica le linee guida durante l'intervento prestato al paziente. La legge Gelli-Bianco nel 2017 stabiliva definitivamente che gli esercenti la professione sanitaria rispondessero solo per responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che essi abbiano agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta direttamente con il paziente, con i connessi vantaggi di natura processuale. Si ricorda, infatti, che le principali differenze tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in ambito civile riguardano:

- il regime dell'onere probatorio, a carico del danneggiante nella responsabilità contrattuale e del paziente-danneggiato nella responsabilità extracontrattuale;
- il regime della prescrizione, decennale nella responsabilità contrattuale e quinquennale nella responsabilità extracontrattuale.

Tale differente regime induce di solito il paziente danneggiato a chiamare in giudizio direttamente l'ente pubblico e non il medico per i suddetti vantaggi processuali; in tal modo non è il paziente a dover fornire la prova di errore del medico, ma è la struttura sanitaria a dover dimostrare la propria assenza di colpa. Il sanitario operante presso la struttura sanitaria

(pubblica o privata convenzionata con il Ssn) risponde del suo operato solo ex art. 2043 c.c., mentre resta confermata la “natura contrattuale” ex artt. 1218 e 1228 c.c. della responsabilità della struttura sanitaria, applicandosi in tal modo la c.d. teoria del “doppio binario”, salvo che il personale sanitario non avesse agito nell’adempimento di una obbligazione contrattuale assunta con il paziente⁴³. L’art. 9 della Legge Gelli-Bianco disciplina l’azione di rivalsa e la responsabilità amministrativa nei confronti dell’esercente la professione sanitaria. Questo istituto rientra nella giurisdizione della Corte dei conti, che giudica per i danni indiretti causati da errori commessi da professionisti sanitari a danno di pazienti ricoverati in strutture sanitarie pubbliche o private (quest’ultime se accreditate o convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale sono assimilate alla Pubblica Amministrazione, concorrendo anche esse agli obiettivi del sistema sanitario pubblico⁴⁴), sul presupposto che l’ente pubblico soccombente nel giudizio civile (o in sede di transazione con la quale si definisce in via stragiudiziale la controversia) abbia liquidato al paziente - o agli eredi - il risarcimento, che costituisce indubbiamente un esborso indebito per l’ente pubblico⁴⁵. L’ente pubblico ha l’obbligo di segnalare l’accaduto danno erariale alla Procura presso la Corte dei conti territorialmente competente e, inoltre, ha

⁴³ S. PELOTTI, M. FALLANI, A. CICOGNANI, *Medicina Legale*, Esculapio, Bologna, 2019

⁴⁴ F. ROVERSI MONACO, C. BOTTARI, *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012

⁴⁵ M. RODOLFI, *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della Legge “Gelli-Bianco”*, Giuffrè, Milano, 2017

facoltà di agire anche in sede civile fermo restando il divieto di “ne bis in idem”. I soggetti chiamati in giudizio innanzi alla Corte dei conti per malpractice medica sono gli esercenti la professione sanitaria, nelle loro differenti qualifiche - medici, infermieri, operatori sociosanitari, ecc. -, dipendenti della struttura sanitaria presso la quale si è verificato l’evento di malasanità; presupposto per il procedimento innanzi la Corte dei conti è l’esborso economico della struttura sanitaria in favore del paziente o suoi eredi, a seguito di giudizio civile conclusosi con sentenza di soccombenza per l’ente pubblico ovvero atto transattivo tra le parti. Nei giudizi per malpractice medica, oltre ai sanitari della struttura pubblica o privata accreditata/convenzionata, possono essere chiamati in giudizio dinanzi al Giudice contabile anche i vertici apicali della struttura sanitaria - direttore generale, direttore amministrativo, direttore sanitario, altri dirigenti -, a titolo di concorso, per varie circostanze, quali la carenza di “organizzazione interna” (del reparto in cui si è verificato il danno al paziente) o la presenza di macchinari medici mal funzionanti (ove ne sia stato denunciato il non perfetto funzionamento e non si sia provveduto a una risoluzione da parte della struttura) o lo scambio di cartelle cliniche con esami clinici (per disorganizzazione o per un preordinato disegno connotato da dolo, oppure per altre situazioni anomale legate alla organizzazione amministrativa del ente), che siano specifiche della vicenda oggetto del giudizio. In tal senso è stata riconosciuta la responsabilità del direttore

sanitario e dei responsabili tecnici di una struttura ospedaliera che, non avendo adottato misure di contrasto all'insorgenza e diffusione di germi patogeni, rivelatisi causa di decessi tra i pazienti ospitati nella struttura, avevano cagionato alla Azienda Sanitaria Locale un danno corrispondente alle somme di danaro pagate, in via transattiva, quale risarcimento ai familiari dei pazienti deceduti⁴⁶. Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti anche per il danno erariale cagionato alla ASL di appartenenza da parte dei medici che operano in regime di intramoenia (una forma di libera professione prestata in via esclusiva presso la stessa struttura sanitaria pubblica), i quali non abbiano trasferito, alla propria azienda, la quota dei proventi di spettanza di quest'ultima sulle visite mediche effettuate ai pazienti. In tal caso, vi è anche l'obbligo di restituzione dell'indennità di esclusività indebitamente percepita per il periodo contestato⁴⁷. Inoltre, l'art. 9 della Legge 24/2017 riconosce la giurisdizione della Corte dei conti anche nei confronti di medici che hanno arrecato danni a pazienti per prestazioni sanitarie svolte in regime privatistico di libera professione intramoenia. Infatti, ciò è espressamente previsto dall'art. 7 della medesima legge, che riconosce in capo al medico che svolge attività intramuraria un legame con l'azienda pubblica riconducibile al "rapporto di servizio" anche quando egli commette errori curativi o diagnostici o terapeutici. In assenza di uno specifico regime transitorio e

⁴⁶ Corte dei conti sez. III appello, 2 febbraio 2017, n. 53

⁴⁷ Corte dei conti sez. I appello, 8 aprile 2019, n. 66

sulla scorta di quanto disciplinato dall'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale, le norme agli artt. 7, 9 e 13 della Legge Gelli-Bianco sono applicabili soltanto ai fatti storici verificati in un tempo successivo all'entrata in vigore della legge, ovvero posteriori al 1° aprile 2017. La Corte dei conti ha sempre affermato, con giurisprudenza pacifica⁴⁸, la piena autonomia del giudizio di responsabilità amministrativa rispetto al contenzioso in sede civile, in quanto sia il riconoscimento giudiziale del diritto al risarcimento del danno per il terzo (o l'eventuale transazione tra l'ente pubblico e il terzo danneggiato) che il pagamento a questi effettuato rappresentano soltanto un presupposto per la successiva autonoma azione risarcitoria in favore dell'amministrazione, ma non vincolano affatto il giudice contabile. La Corte dei conti accerta in piena autonomia la sussistenza o meno dei requisiti strutturali della responsabilità amministrativa, quali disciplinati dalla normativa vigente, con riguardo alla singola fattispecie oggetto del giudizio. Essi sono: - rapporto di servizio; - danno erariale nell'an e nel quantum debeatur, anche rispetto all'eventuale utilizzo del potere riduttivo, espressamente previsto dalla L. n. 24/2017; - nesso di causalità efficiente tra condotta del medico e danno subito dal paziente; - elemento soggettivo (dolo o colpa grave) Come affermato dalla magistratura contabile dell'Emilia-Romagna⁴⁹, per fornire la prova della colpa grave del sanitario, non basta

⁴⁸ J. BERCELLI, La giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale indiretto nella legge n. 24 del 2017, in Istituzioni del federalismo, 2017

⁴⁹ Corte dei conti sez. Emilia-Romagna, 11 maggio 2017, n. 100

che egli “abbia operato scelte diagnostiche o chirurgiche non conformi alle linee guida accreditate dalla comunità scientifica per l’intervento o l’attività che ha determinato la lesione”, ma occorre che il Pubblico Ministero contabile fornisca la prova del nesso di causalità tra le scelte compiute dal medico e il danno subito dal paziente. Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione⁵⁰, il rapporto eziologico tra il comportamento del medico e il danno causato al paziente sussiste sia quando il danno si configuri come conseguenza inevitabile della condotta che quando ne sia la conseguenza altamente probabile e verosimile. La responsabilità amministrativa è strettamente legata al danno erariale subito dalla struttura che utilizza fondi economici provenienti dalla contribuzione pubblica. Non è invece significativa la natura pubblica o privata dei rapporti in essere, secondo quanto recentemente confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione⁵¹. Come si affronterà in seguito, la struttura sanitaria privata condannata al risarcimento potrà rivalersi sul medico responsabile del danno attraverso l’azione di rivalsa. In questo caso la competenza spetterà al giudice ordinario. La misura della rivalsa non potrà eccedere la somma pari al triplo del reddito professionale. Inoltre, se il professionista sanitario non è stato parte del giudizio di risarcimento, l’azione di rivalsa potrà essere esercitata soltanto a pagamento del

⁵⁰ Cass. Civile, 20 aprile 2012, n. 6275

⁵¹ Cass. Civile SS.UU., 30 marzo 2017, n. 8242

danno avvenuto da parte della struttura sanitaria e, a pena di decadenza, non più tardi di un anno dal suo verificarsi.

5. L'azione di rivalsa. Istituto e sua applicazione nel servizio sanitario pubblico

L'istituto dell'azione di rivalsa in ambito sanitario risulta attualmente disciplinato dall'art. 9 della Legge Gelli-Bianco. L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave. Se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno che ha visto soccombere l'azienda sanitaria, l'azione di rivalsa nei suoi confronti può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale ed è esercitata, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento. La transazione non è opponibile al professionista sanitario nel giudizio di rivalsa. Inoltre, 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. In caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, l'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria è esercitata dal Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti. Ai fini della

quantificazione del danno, fermo restando quanto previsto dalla Legge n. 20/1994 e dal Testo unico delle leggi sulla Corte dei Conti, si tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato. L'importo della condanna per la responsabilità amministrativa e della surrogazione di cui all'articolo 1916 c.c. per singolo evento, in caso di colpa grave, non può superare una somma pari al triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo. Per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato, l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori. In caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria privata o nei confronti dell'impresa di assicurazione titolare di polizza con la medesima struttura, la misura della rivalsa e quella della surrogazione richiesta dall'impresa di assicurazione, ai sensi dell'articolo 1916 c.c. per singolo evento, in caso di colpa grave, non possono superare una somma pari al triplo del valore

maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo. Inoltre, il limite alla misura della rivalsa non si applica nei confronti degli esercenti la professione sanitaria che svolgano la propria attività al di fuori della struttura sanitaria o che prestino la propria opera all'interno della stessa in regime libero-professionale, ovvero che si avvalgano della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Ai fini dell'efficacia dell'azione di rivalsa, il professionista sanitario operante a qualsiasi titolo in una struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata - ovvero mediante l'impiego della telemedicina - è tenuto, con oneri a proprio carico, a stipulare un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave. A tal fine si ricorda che “l'assicuratore, convenuto in giudizio dall'assicurato per il pagamento dell'indennità assicurativa, in virtù del principio di economia processuale, può agire nella medesima sede a tutela del proprio diritto di surrogazione, anche in difetto del previo pagamento di detta indennità, chiamando in causa il terzo responsabile del danno al fine di ottenere, nei confronti di questo, una sentenza condizionale di condanna alla rivalsa di quanto sarà condannato a pagare all'assicurato a titolo di indennità, potendo egli offrire la prova dell'avvenuto pagamento della medesima in un momento successivo alla pronunzia della sentenza di condanna in favore

dell'assicurato e di quella condizionale a suo favore”⁵² Nel giudizio di rivalsa e in quello di responsabilità amministrativa 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 se l'esercente la professione sanitaria ne è stato parte. La riforma del 2017 è volta a tutelare il singolo operatore nell'esercizio della propria professione, scongiurando il timore di dover subire azioni non solo da parte dei pazienti o dei loro parenti, ma anche da parte delle strutture presso le quali lavora. Tutto questo appare nell'intenzione del legislatore di produrre effetti benefici non solo in termini economici, mediante la riduzione della medicina difensiva, ma anche nei rapporti tra paziente e operatore sanitario nel nome di quella alleanza terapeutica che pareva essere ormai perduta. Con l'entrata in vigore dell'art. 9, comma 1, Legge Gelli-Bianco, le strutture sanitarie e i loro assicuratori hanno trovato un ostacolo molto forte alle azioni di rivalsa che decideranno di promuovere nei confronti degli operatori sanitari che lavorano al loro interno, in quanto essi avranno l'onere di fornire la prova, oltre che del dolo, della colpa grave degli esercenti la professione sanitaria; la tutela dell'operatore sanitario risulta quindi ulteriormente rafforzata. Per meglio comprendere l'istituto dell'azione di rivalsa, come riformato dalla Legge GelliBianco, è opportuno considerare una recente pronuncia della Corte di Cassazione,

⁵² Cass. Civile, 19 luglio 2004, n. 13342

nota come sentenza San Martino bis⁵³ . Il caso sottoposto all'esame della Suprema Corte è quello relativo a un giudizio di risarcimento del danno promosso da una donna che, tra il 1999 e il 2004, si era sottoposta a un triplice intervento chirurgico di mastoplastica al seno erroneamente eseguito e non rimediato dalle operazioni successive alla prima. L'azione di danno veniva rivolta nei confronti del medico operante e della casa di cura privata accreditata. Il giudice di primo grado, in accoglimento delle domande proposte, condannava in solido i convenuti al risarcimento del danno e la Corte d'appello territorialmente competente confermava la pronuncia impugnata sulla base dell'automatica estensione - ex art. 1228 c.c. - della responsabilità del medico alla struttura di cui si avvalese per l'espletamento della prestazione sanitaria, non ammettendo alcuna differente graduazione delle colpe tra chi avesse male eseguito gli interventi e chi avesse dovuto assicurarne, anche in forza del contratto di ospitalità, l'esecuzione ad opera di professionista idoneo; la Corte, di conseguenza, negava alla struttura sanitaria, che aveva corrisposto il risarcimento, la possibilità di recuperare presso il medico l'intero ammontare versato. Avverso tale pronuncia la struttura sanitaria proponeva ricorso per Cassazione, nel quale contestava come il giudice a quo avesse mancato di rilevare che "poiché non era stata addebitata alcuna censurabile condotta causativa alla struttura, non poteva porsi tale posizione sullo stesso piano di quella, colposa ed

⁵³ Cass. Civile, 11 novembre 2019, n. 28987

eziologica, del chirurgo, sicché avrebbe dovuto affermarsi, ai fini interni del regresso, l'esclusiva responsabilità del medico". La Corte di Cassazione prospettava tre diverse soluzioni astratte:

- danno da malpractice addebitato alla sola struttura sanitaria senza diritto di rivalsa nei confronti del medico, a fronte di una condotta dell'ausiliario inserita, senza deviazioni, nel percorso attuativo dell'obbligazione assunta

- danno da malpractice addebitato in sede di rivalsa al solo sanitario nel caso di colpa esclusiva di quest'ultimo nella produzione dell'evento di danno

- danno da malpractice ripartito tra struttura e sanitario, anche in ipotesi di colpa esclusiva di quest'ultimo, salvo i casi del tutto eccezionali di inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile devianza da quel programma condiviso di tutela della salute che accomuna tali soggetti

Rigettando il ricorso, i supremi Giudici sceglievano di aderire all'ultima delle impostazioni indicate precisando, in punto di quantificazione del giudizio di rivalsa, l'applicabilità dei criteri generali di cui agli artt. 1298 e 2055 c.c. da cui deriva la necessità di parametrare la misura del regresso alla gravità delle rispettive colpe e all'entità delle conseguenze che ne sono derivate. In mancanza di prova da parte del solvens circa la diversa gradazione delle colpe e la derivazione causale del

sinistro, si dovrà ricorrere all'applicazione del principio presuntivo di pari contribuzione al danno da parte dei condebitori solidali. Avvalendosi la struttura sanitaria della collaborazione di operatori sanitari per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale nei confronti del paziente, la responsabilità della stessa per i danni causati dai propri ausiliari trova radice nel rischio d'impresa connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione ex art. 1228 c.c. La prestazione negligente del professionista sanitario non può essere agevolmente isolata dal più ampio complesso delle scelte organizzative, di politica sanitaria e di razionalizzazione dei propri servizi operate dalla struttura, "ne deriva l'operatività del principio presuntivo di divisione paritaria pro quota dell'obbligazione solidale tra la Struttura stessa ed il medico, presunzione che potrà essere superata unicamente mediante la dimostrazione da parte dell'ente non soltanto della colpa esclusiva dell'operatore, ma altresì della derivazione causale dell'evento dannoso da una condotta del medico dissonante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di ospedalità, intesa come grave, ma anche straordinaria, soggettivamente imprevedibile e oggettivamente improbabile malpractice"⁵⁴. In assenza di tale prova l'ente dovrà essere ritenuto corresponsabile, sul piano dei rapporti interni, secondo la presunzione di pari contribuzione al danno di cui sono espressione gli artt. 1298

⁵⁴ F. CEREÀ, L'azione di rivalsa della struttura nei confronti del medico: contenuti, limiti e onere della prova, in *Rivista Responsabilità Medica*, 2019

c.c. e 2055 c.c. Diversamente, infatti, una rivalsa integrale della struttura sanitaria nei confronti del medico farebbe carico al solo professionista sanitario del rischio d'impresa, gravante invece sull'azienda ospedaliera, dovendo la stessa conformarsi a criteri di organizzazione e gestione oggettivi distinti da quelli che governano la condotta del singolo operatore sanitario.

Conclusioni

Il mondo della medicina è in continua evoluzione. Il progresso della ricerca scientifica, l'ampliamento delle conoscenze mediche, la scoperta di nuove pratiche sanitarie e l'avvento di nuove terapie hanno permesso la cura di patologie che fino a pochi decenni fa potevano essere considerate inguaribili. Il diritto alla tutela della salute, sancito dall'articolo 32 della Costituzione e inizialmente annoverato tra le norme programmatiche prive di imperatività⁵⁵, si è continuamente affermato all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, conquistando una posizione di predominanza rispetto ad altri settori, seppur con qualche limite⁵⁶. Da diritto formale quale era nella Carta costituzionale, esso si è trasformato in diritto sostanziale nella realtà quotidiana, tentando di soddisfare le sempre più incalzanti domande sociali provenienti dalla

⁵⁵ C. BOTTARI, *La sanità elettronica*, Bononia University Press, Bologna, 2018

⁵⁶ Si veda in particolare la sentenza 85/2013 della Corte costituzionale

collettività. La nascita della tecnologia elettronica, l'avvento della comunicazione di massa, la sanità digitale, l'interdisciplinarietà delle cure e la comparsa di tipi di medicina alternativa - nonché una sempre più accesa e convinta autodeterminazione del paziente - hanno profondamente segnato un cambiamento nel sistema della salute del nostro Paese, creando nuove responsabilità in capo al personale sanitario. Questa variazione ha infatti posto sempre più frequentemente le attività sanitarie - in particolar modo quelle del professionista medico - sotto il filtro dell'operatore del diritto. La responsabilità medica è mutata nel tempo contestualmente all'evolversi della Medicina. Da un periodo iniziale nel quale il medico era considerato dominus indiscusso della salute del paziente, e quindi gli potevano essere contestati soltanto fatti di eccezionale gravità, si arriva a una fase di collaborazione tra medico e paziente - il quale è ora consapevolmente informato sul proprio stato di salute e sui trattamenti sanitari ai quali potrebbe ricorrere - con l'obiettivo finale di garantire il diritto alla salute, definito come fondamentale nelle norme costituzionali⁵⁷. Il professionista medico risponde delle proprie azioni non soltanto nei casi di manifesta gravità, bensì anche in situazioni di lieve entità che abbiano leso un bene giuridico del paziente. In questo elaborato si sono evidenziate le caratteristiche che determinano l'attribuzione al medico di una qualsivoglia responsabilità. Dopo altalenanti modifiche legislative,

⁵⁷ C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Giappichelli, Torino, 2018

attualmente l'imperizia, l'imprudenza e la negligenza formano la nuova "carta d'identità" della colpa medica, confermando anche dal punto di vista della Legge quanto già deciso dalla giurisprudenza in passato. La recente introduzione dell'articolo 590 sexies nel codice penale ha delineato maggiormente la responsabilità in ambito sanitario per eventi delittuosi come morte o lesioni personali. Introducendo una esclusione di punibilità, tale norma costituisce una importantissima testimonianza della sempre più presente considerazione di linee guida e buone pratiche clinico assistenziali - già molto diffuse negli ordinamenti consuetudinari di common law - anche nel nostro ordinamento giuridico di impronta romano-germanica. L'ordinamento costituzionale della Repubblica Italiana stabilisce che i pubblici uffici siano organizzati in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità della amministrazione; nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Tra i pubblici uffici sono certamente annoverati gli ospedali, le case di cura, i poliambulatori, i presidi medici nel territorio e ogni altra struttura sanitaria afferente al Servizio Sanitario Nazionale.

Bibliografia

- R. ALESSI, La responsabilità del pubblico funzionario e la responsabilità dello Stato in base all'art. 28 Cost., in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1951
- A. BALDASSARRE, Diritti sociali, Enciclopedia giuridica, XI, Roma, 1989
- E. BATTAGLINI, La colpa professionale dei sanitari, in Giust. Pen. 1953
- J. BERCELLI, La giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale indiretto nella legge n. 24 del 2017, in Istituzioni del federalismo, 2017
- E. BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, Giuffrè, Milano, 1953
- R. BORSARI, Responsabilità Medica, 2018, n. 2 - C. BOTTARI, La sanità elettronica, Bononia University Press, Bologna, 2018
- C. BOTTARI, Profili innovativi del sistema sanitario, Giappichelli, Torino, 2018
- R. CATALDI, Responsabilità del medico e della struttura sanitaria, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010
- G. CATTANEO, La responsabilità del professionista, Giuffrè, Milano, 1958
- F. CEREÀ, L'azione di rivalsa della struttura nei confronti del medico: contenuti, limiti e onere della prova, in Rivista Responsabilità Medica, 2019

- **A. CICOGNANI, M. FALLANI, S. PELOTTI, MEDICINA LEGALE, Esculapio, Bologna, 2016**
- **R. DANIELS, Nursing Fundamentals: Caring & Clinical Decision Making, Cengage Learning, 2003**
- **F. DE FERRARI, L. PALMIERI, MANUALE DI MEDICINA LEGALE, Giuffrè, Torino, 2013**
- **M.T. D'URSO, La responsabilità amministrativa da malpractice medica e l'azione di rivalsa dinanzi alla Corte dei Conti secondo la legge 8 marzo 2017, n.24 (c.d. legge Gelli-Bianco) a tre anni dalla sua entrata in vigore, Rivista della Corte dei Conti, n. 4/2020**
- **M. LUCIANI, Salute, Diritto alla salute**
- **Diritto costituzionale, Enciclopedia giuridica, Roma, 1991 - V. MANZINI, Trattato di diritto penale, Giuffrè, Torino, 2013**
- **C. MORTATI, La tutela della salute nella Costituzione italiana, in Rivista degli infortuni e delle malattie professionali, 1961, p. 53**
- **G. OSTI, Deviazioni dottrinali nella disciplina della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, II, 1954**
- **S. PILATO, La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 20/94 e 639/94, Cedam, Padova, 1999**

- **C. PUCCINI, Istituzioni di Medicina Legale, Ambrosiana, Milano, 2003**
- **F. ROVERSI MONACO, C. BOTTARI, La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012**
- **M. SCIASCIA, Manuale di diritto processuale contabile, Giuffrè, Milano, 2003**
- **M. SCIASCIA, Diritto delle gestioni pubbliche, Giuffrè, Milano, 2013**
- **G. VANACORE, Obbligazioni del medico alla luce dell'art. 2236 c.c. e rapporto causale tra omessa ed errata diagnosi ed evento lesivo: la giurisprudenza, in Diritto.it, 16 ottobre 2008**

RINGRAZIAMENTI