

La responsabilità secondo la Legge Balduzzi

LUIGI LUCENTE

Avvocato, Studio Legale Lucente, Milano
www.studiolegalelucente.it

Cosa cambia in tema di responsabilità del medico dipendente dopo l'entrata in vigore della c.d. Legge Balduzzi?

L'art. 3 Legge di conversione 8.11.2012 n.189 così recita: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo». Al di là delle intenzioni del Legislatore, cosa è realmente cambiato nelle aule dei Tribunali in ordine alla disciplina della responsabilità del sanitario pubblico?

Le condizioni della colpa

Va premesso che gli elementi soggettivi della responsabilità del medico sono il dolo e la colpa. Difficilmente capita che venga configurata una condotta dolosa, in quanto si dovrebbe ravvisare nell'operato del medico una determinazione cosciente di produrre un danno al paziente. Pertanto, i maggiori riferimenti giurisprudenziali sono quelli legati al nesso psicologico della colpa.

Si è inadempienti per colpa (generica) in caso di condotta imprudente, imperita e negligente e anche qualora non vengano osservate delle leggi, regolamenti o discipline (colpa specifica).

La Cassazione Civile, sez. III, 22 febbraio 1988 n. 1847, affermava che «...il medico risponde anche per colpa lieve ai sensi dell'art. 1176 c.c. ove di fronte a un caso ordinario non abbia osservato per l'inadeguatezza o incompletezza nella preparazione professionale, ovvero



per omissioni nella media diligenza, delle regole precise che siano acquisite per comune consenso e consolidata sperimentazione, alla scienza e alla pratica e, quindi, costituiscono il corredo del professionista che si dedichi a un determinato settore della medicina».

In un'altra pronuncia della medesima Sezione, il Supremo Collegio il 12 agosto 1995 pronunciava sentenza n. 8845 e condannava un medico che aveva dato alla paziente una terapia per artrosi vertebrale quando, invece, era facilmente e chiaramente diagnosticabile una frattura al femore. L'agevole distinzione tra questi due tipi di infermità, durante il processo, veniva confermata dal fatto che i sanitari a cui la paziente successivamente si era affidata riconobbero immediatamente che si trattava di una frattura e che le cure fino ad allora somministrate avevano causato danni alla paziente per cui il primo medico fu condannato al risarcimento.

Nel diritto civile si fa poi riferimento all'altro profilo della colpa grave nel testo dell'art. 2236 c.c. laddove si legge

«se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

Per la cronaca, il legislatore introdusse questo articolo per due ordini di ragioni:

- non era possibile e non è possibile mortificare l'attività e l'impegno del professionista in situazioni che si presentano di particolare difficoltà, irte di ostacoli, piene di pericoli: lo sono, per esempio, quelle ipotesi di malattia che ha una sintomatologia equivoca e che quindi può facilmente indurre in errore; le ipotesi in cui il paziente è affetto da diverse patologie e rischi contrapposti di modo che le terapie si possano prospettare antitetiche; e infine quando la situazione si presenti come eccezionale per non essere ancora stata compiutamente sperimentata e adeguatamente studiata;
- non si poteva, parimenti, essere troppo indulgenti verso decisioni dei medici troppo "spinte" o poco ponderate né tantomeno di fronte a inqualificabili e riprovevoli inerzie da parte dei sanitari.

La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Ovviamente l'art. 2236 c.c. introduceva tale limitazione di responsabilità con riguardo esclusivo alla perizia non anche ai danni causati per negligenza o imprudenza per i quali il medico avrebbe risposto in ogni caso.

In ambito invece del diritto penale, l'art. 43 c.p. non prevede una distinzione tra tipologie di colpa. Il delitto colposo si configura quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dal medico e si determina unicamente per negligenza, imprudenza o imperizia ovvero per il mancato rispetto di leggi, regolamenti o discipline. È importante, altresì, precisare che nell'ambito del diritto civile la fonte della responsabilità del medico può essere rappresentata dalla violazione di un accordo contrattuale ovvero dalla commissione di un atto illecito posto in essere in violazione del generale principio del *neminem laedere* che ogni cittadino è tenuto a rispettare.

Nell'ipotesi di responsabilità contrattuale il paziente-contrante che denuncia un inadempimento, deve provare che si era rivolto a un medico e che questi si è reso inadempiente al proprio dovere contrattuale, senza dover necessariamente dimostrare che l'inadempimento è riconducibile a colpa del medico.

Il professionista per liberarsi da responsabilità, deve provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile.

Tale tipo di responsabilità, per giurisprudenza consolidata nel corso degli ultimi decenni, è quello che va per la maggiore perché abbraccia tutti i rapporti tra pazienti e specialisti - medici privati (il paziente sceglie direttamente il medico con il quale si incontra e con il quale stipula un contratto d'opera professionale); ma anche i rapporti tra pazienti e sanitari pubblici.

Teoricamente tra paziente e medico dipendente non si perfeziona un vero e proprio contratto.

La giurisprudenza, in tema, pur tenendo a precisare che, quando il paziente incontra il sanitario pubblico in ospedale è vero che non lo sceglie, sottolinea, però, che è altrettanto vero che quel sanitario è alle dipendenze di un Ente con il quale il paziente ha precedentemente instaurato un "contatto" o un "rapporto" in virtù di quel servizio noto come Sanitario Nazionale, in base al quale il paziente si affida alle cure del sanitario pubblico a ciò designato, che ha il dovere di prestargliele dopo essersi curato di informare il paziente e acquisire il relativo consenso.

Questa impostazione ha trovato definitiva conferma nell'importante sent. 577, pubblicata l'11 gennaio 2008 dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ove si leg-



ge che: «...anche l'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul “contatto sociale”, ha natura contrattuale».

L'ipotesi di responsabilità per fatto illecito, extracontrattuale o aquiliana è quella in cui il medico non ha perfezionato alcun accordo con il paziente limitandosi, per esempio, a intervenire per prestare soccorso a un soggetto in difficoltà senza che questi glielo abbia chiesto. Ricadere, nel caso concreto, nell'uno o nell'altro tipo di inquadramento, non è di poco conto.

Le sostanziali differenze riguardano:

- i termini di prescrizione che il paziente è tenuto a rispettare per non vedere svanire il proprio diritto a ottenere giustizia: dieci anni, in caso di responsabilità contrattuale; cinque anni, in caso di responsabilità per fatto illecito;
- l'onere della prova. In caso di responsabilità contrattuale, come sopra detto, il paziente-attore deve allegare il contratto e l'inadempimento, mentre il medico convenuto per liberarsi da responsabilità deve provare che l'inadempimento o il ritardo sono riferibili a un'impossibilità a lui non imputabile. Nel caso di responsabilità aquiliana, la regola è che il paziente-attore deve provare tutto: fatto, danno e nesso di causalità.

Cosa cambia con la Legge Balduzzi

Ciò esposto, cosa è cambiato con l'entrata in vigore della c.d. Legge Balduzzi?

1) Nel primo paragrafo dell'art. 3 viene sostanzialmente introdotta una ipotesi di abolitio criminis. Inoltre, in sede penale, per le azioni o omissioni dei soli medici, per la prima volta, viene introdotta la colpa lieve che in passato era solo appannaggio del diritto civile.

Viene depenalizzato il fatto in caso di colpa lieve, sempre che il medico nell'esecuzione si sia scrupolosamente attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Deve quindi versarsi in ipotesi di “imperizia” del medico e non anche di “negligenza” o “imprudenza” che restano a esclusivo carico del medico perché estranee alle c.d. linee guida.

La definizione di linee guida coniata da Field-LOHR, Guidelines for clinical practice: from development to use, Washinton, Institute of Medicine, National Academy Press, 1992, 35, è «...raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a deci-

dere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche».

Le fonti di provenienza possono essere varie, ma l'importante è che presentino tre requisiti fondamentali: scientificità, attualità ed efficacia.

Le buone pratiche si sono affermate negli ultimi anni come “pratiche per la sicurezza”.

La più recente definizione in letteratura le individua come: «identificabili in interventi, strategie e approcci finalizzati a prevenire o mitigare le conseguenze inattese delle prestazioni sanitarie o a migliorare il livello di sicurezza delle stesse. Esse possono includere interventi di sistema, organizzativi o di comportamento, singoli o combinati. Il focus è sulle strategie adottate. In particolare, sono considerate pratiche per la sicurezza essenziali quelle che: hanno una forte evidenza in termini di probabilità di riduzione del danno al paziente; sono generalizzabili ovvero applicabili in contesti anche differenti; si basano su conoscenze condivisibili anche dai pazienti, dai professionisti, dai ricercatori».

2) Altra novità appare rappresentata dall'inquadramento della responsabilità del medico intesa come responsabilità extracontrattuale e così meno gravosa per il medico e più onerosa per l'ammalato.

Il Legislatore, infatti, segue a dire nell'art. 3: «...In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile».

Abbiamo visto quali notevoli differenze si abbiano tra l'uno e l'altro inquadramento sia sotto il profilo della prescrizione sia sotto quello dell'onere probatorio.

3) Infine, nell'ultima parte del sopracitato art. 3 il Legislatore, rivolgendosi al giudice, gli chiede «...anche nella determinazione del risarcimento del danno» di tenere «...debitamente conto della condotta di cui al primo periodo». In altri termini, e in deroga all'art. 1223 c.c., chiede di ridurre il quantum.

Le reazioni alla novità

Ispirato dalla necessità straordinaria e urgente «...di procedere al riassetto dell'organizzazione sanitaria, tenuto conto della contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio Nazionale a seguito delle varie manovre di contenimento della spesa pubblica», il Legislatore ha praticamente introdotto una norma ad hoc o ad personam per i soli medici del servizio pubblico sanitario. Subito dopo l'entrata in vigore, i primi commenti sono stati molto duri: ricordiamo titoli significativi, per esempio, del Sole 24 Ore del 1 febbraio 2013 del tipo «medici

più salvaguardati» o di ItaliaOggi del 1 febbraio 2013 del tipo «colpa lieve, medico innocente». Commenti tutti che hanno evidenziato la volontà del Legislatore di introdurre una nuova norma finalizzata con la forza a ridurre il contenzioso in tema di responsabilità del medico pubblico e i costi assicurativi: una norma comunque che finiva per andare a stridere con altri principi consolidati nel nostro sistema e, in particolar modo, dettati e tutelati dalla nostra Carta Costituzionale. Questi primi segnali non hanno tardato a trovare conferma anche nelle aule dei Tribunali. La norma si è presentata costituzionalmente sospetta e, comunque, disancorata rispetto all'ordinamento, dando vita alla possibilità di confusioni e di crisi nonché di contrasti decisionali. Del resto l'entrata «a gamba tesa» del Legislatore in questa materia con l'introduzione di questa che è una sorta di *lex specialis*, non poteva dare risultati differenti. Segnaliamo, innanzitutto, una presa di posizione molto dura del Tribunale di Milano (IX Sez. pen. 21.3.2013), che ha sollevato una questione di costituzionalità in ordine al primo comma dell'art. 3 che prevede l'esonero di responsabilità penale per colpa lieve del medico che ha seguito le linee guida e le buone pratiche. Secondo il Giudice di Milano l'art. 3 introdurrebbe nel nostro sistema «una norma ad *professionem*, delineando un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi» ... «...la formulazione, la delimitazione, la ratio essendi, le conseguenze sostanziali e processuali di tale area di non punibilità, appaiono stridere con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost.». Nell'ordinanza, inoltre, viene criticata l'introduzione del concetto di «colpa lieve»: un concetto sconosciuto al diritto penale e, così come dettato, facilmente preda di possibile arbitrio interpretativo. E ancora, per il Giudice meneghino, il riferimento alle «linee guida e alle buone pratiche accreditate della comunità scientifica» rappresenta una «formulazione normativa tanto elastica da non consentire al giudice e prima ancora agli operatori sanitari di determinare esattamente i confini dell'esimente. [...] non vengono specificate le fonti delle linee guida, quali siano le autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici, di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica, e infine quale sia la pubblicità delle stesse per diffonderle e per renderle conoscibili agli stessi sanitari. [...] Se soltanto si considera che per



talune specializzazioni mediche vi sono nel nostro Paese tre linee guida regionali, tredici linee guida nazionali, alcune decine di linee guida europee (a differenza degli Usa dove sono disponibili oltre 2000 linee), giocoforza bisogna dedurre l'assoluta imprecisione e non determinabilità dei confini dell'area di non punibilità». Sul punto il Giudice si spinge oltre e definisce l'area di non punibilità «ingiustamente premiale per coloro che manifestano acritica e rassicurante adesione alle linee guida e alle buone prassi (cosiddetta medicina difensiva)», mentre risulta «...ingiustificatamente avvilente e penalizzante per chi se ne discosta con una pari dignità scientifica». In buona sostanza avverte e denuncia il rischio di castrare la libertà di sapere e lo sviluppo scientifico. Tra le altre cose, e sempre in tema di violazione di principio di eguaglianza, si osserva nell'ordinanza che l'applicazione di questa legge per «i sanitari dipendenti pubblici» sarebbe «...in contrasto con il principio sancito dall'art. 28 della Costituzione in forza del quale tutti i funzionari dipendenti dello Stato e degli Enti Pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali ... degli atti compiuti in violazione di diritti». In altri termini, tanti altri funzionari pubblici che svolgono

“un’attività che ha una relazione quotidiana con i medesimi beni giuridici (salute, vita, incolumità individuale, erogazione di un servizio pubblico) ... non potrebbero godere della non punibilità per i fatti commessi per colpa lieve”: un privilegio irragionevole e ingiustificato per i soli medici pubblici.

Mancanza di tutela

Dura anche la presa di posizione in ordine alla denunciata violazione dei principi di equa ed effettiva tutela giudiziaria di cui agli artt. 3, 24, 32 e 111 della Costituzione. Per il Giudice di Milano, infatti, la prospettiva che la persona offesa non possa ottenere protezione alcuna in sede penale, ma soltanto in quella civile «...si tratta di un grave vuoto di tutela in sede penale che impedisce a un soggetto colpito da un atteggiamento lievemente colposo dell’operatore sanitario, di agire per chiedere la condanna di quest’ultimo». Motivo che evidenzia, secondo il Tribunale, una palese ingiustizia e ingiustificabilità della depenalizzazione della colpa lieve per gli operatori sanitari. Nella pratica delle aule giudiziarie, poi, controversa, sin da subito, l’interpretazione e l’applicazione dell’art. 3 nella parte in cui richiama l’art. 2043 del Codice Civile, lasciando quasi intendere che la responsabilità del medico pubblico è una responsabilità extracontrattuale. In realtà il Legislatore non è intervenuto sulle fonti delle obbligazioni, non ha modificato o cambiato il sistema e le differenze tra l’uno e l’altro tipo di responsabilità (contrattuale e aquiliana), ma si è solo limitato a introdurre una legge speciale a favore del medico dipendente del sistema sanitario, senza considerare che la responsabilità del medico va ricompresa nell’alveo della

responsabilità dei servizi sanitari. Ha disatteso il richiamo alla responsabilità extracontrattuale il Tribunale di Firenze in una pronuncia del 12.2.2014 e ancor prima il Tribunale di Rovereto in una pronuncia del 29.12.2013: sentenza in cui senza indugi si afferma che: «la riforma fa salva tutta la precedente elaborazione giurisprudenziale, ... con conseguente piena applicazione al caso di specie dell’art. 1218 c.c. (responsabilità contrattuale)». Il caso oggetto di questo giudizio prendeva le mosse da un’azione di risarcimento danni per inadempimento introdotta da un paziente contro due strutture sanitarie coinvolte in un’operazione al ginocchio e nella successiva fase di riabilitazione.

Nonostante fosse stato accertato nel corso dell’istruttoria che l’intervento chirurgico era stato eseguito nel rispetto delle Linee Guida nazionale dell’Istituto Superiore di Sanità sulla profilassi antibiotica di chirurgia dell’adulto, nonché nel protocollo ospedaliero locale in ordine alla sterilizzazione degli strumenti medici, nel corso della fase post operatoria, si sono manifestati sintomi di un’infezione batterica che ha avuto conseguenze invalidanti maggiori per il paziente oltre che cure e spese più importanti. Su questo indirizzo la decisione 4030/2013 della Corte di Cassazione; del Tribunale di Arezzo (14.2.2013) secondo cui l’art. 3 della Legge Balduzzi non impone alcun ripensamento sull’elaborazione che ha condotto a inquadrare come contrattuale la responsabilità del sanitario pubblico. Per la cronaca bisogna, comunque, ricordare che vi sono state delle pronunce che hanno dato applicazione “alla lettera” alla nuova legge Balduzzi qualificando come aquiliana la responsabilità del medico ospedaliero: Tribunale Varese 26.11.2012, Tribunale Torino 26.2.2013.

In conclusione

In conclusione, si potrebbe dire che, come al solito, in Italia i problemi si cerca di risolverli intervenendo a “valle”, non a “monte” e in maniera tanto approssimativa da risultare in concreto assolutamente inutile nel non fornire risposte, creando, al contrario, altre domande e legittime perplessità, nonché un’incertezza del diritto, che non fa bene a nessuno, né ai professionisti né alla collettività, e neppure ai conti pubblici. Questa riforma, infatti, che a una prima lettura potrebbe sembrare aver introdotto maggiori garanzie per i medici pubblici dipendenti, in realtà nella sua applicazione concreta lascia aperti numerosi risultati interpretativi che potrebbero finire per svuotarla di qualsiasi significato.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

