

26 gennaio 2013

*Iscritto al n. 813/05 del registro stampa del Tribunale di Milano, modif. con ordinanza del 24.10.2005 dello stesso Tribunale
Direttore Responsabile: Massimo Salvatori, msalvatori@rm.unicatt.it*

Durante il Corso per i Delegati Regionali (DR) AIMN, svoltosi a Briatico il 14 e 15 settembre 2012, ha avuto luogo un vivace contraddittorio sul tema “**La responsabilità dei medici nucleari e le coperture assicurative: quando la coperta è corta...**”, cui hanno partecipato, oltre i DR presenti all’incontro, anche l’Avv. Vincenzo Rago dell’Avvocatura di stato e l’Avv. Italo Partenza dello studio legale Boglione (Genova, Milano, Roma). Considerata l’attualità del tema trattato ho ritenuto opportuno invitare l’Avv. Partenza a trasferire i contenuti della sua relazione in un articolo del nostro Notiziario.

Considerata la scarsa consuetudine di noi tutti con il linguaggio tecnico-giuridico mi sono preso la libertà di sottolineare alcuni “passi” della relazione dell’ Avv.Partenza, senza avere la pretesa di commentare quanto autorevolmente scritto da chi è competente in materia.

Consiglio vivamente un’attenta lettura dell’articolo che mette in chiaro il concetto di Responsabilità Medica alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e di cui si deve assolutamente tener conto nella gestione del rischio clinico. Nondimeno utili sono i riferimenti al duplice livello di responsabilità dei medici dipendenti che, da un lato rispondono in solido con l’Azienda del danno arrecato al paziente, ma possono a loro volta essere chiamati a rispondere per il danno erariale in caso l’azienda proceda a una successiva azione di rivalsa.

Lo scenario descritto dall’avv. Partenza è molto complesso e dinamico in quanto molte Aziende stanno procedendo a disdire le polizze sottoscritte a favore dei medici dipendenti preferendo gestire “in proprio” il rischio, il che può comportare una ridotta motivazione delle Aziende stesse a difendere i medici, tanto più che in caso di colpa grave (e non ci vuole molto a scivolare lungo questa china) scatta la “rivalsa”.

Questo aspetto e gli altri “caveat” adombrati nella parte conclusiva (eventuali franchigie previste dalle polizze aziendali, esaurimento/incapienza dei massimali delle stesse polizze, clausole di Il rischio) sono stati attentamente vagliati dal nostro CD al momento di stipulare la nuova convenzione assicurativa con il broker.

Riccardo Schiavo

RESPONSABILITA' DEL MEDICO PUBBLICO DIPENDENTE E RELATIVE COPERTURE ASSICURATIVE

La prima considerazione da svolgere nella valutazione della responsabilità professionale sanitaria attiene al tramonto del tema della **colpa medica** come criterio scriminante nell'accertamento di responsabilità. A tale conclusione si perviene attraverso un lungo percorso dottrinale e giurisprudenziale nel corso del quale il fondamento e la natura della responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente sono stati oggetto di approfondimento ed esame sino a divenire uno dei punti centrali del dibattito ingeneratosi degli ultimi anni.

Il punto di arrivo (ovviamente nessuno in questi ambiti può essere definitivo se non con riferimento ad un determinato periodo storico) è rappresentato dalla sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite del gennaio 2008¹ che nel definire il regime degli oneri probatori delle parti processuali in ambito sanitario ha rimandato all'obbligo debitorio previsto dall'art.1218 c.c.. Responsabile non è solo colui al quale viene giuridicamente addebitato un evento dannoso, ma è anche chi ha la **"responsabilità" di gestire, curare, seguire personalmente ecc..** Tale duplice accezione si lega proprio alla differente natura e finalità di un moderno sistema di responsabilità civile nel quale chi ha la responsabilità dello svolgimento od attuazione di un'attività socialmente utile ha anche quella di porre in essere tutti i comportamenti ritenuti idonei a prevenire o ridurre il rischio di danni a terzi.

La struttura ospedaliera ed il medico, anche non dipendente, sono **"responsabili"** della salute del paziente affidato alle loro cure sicché, nell'ipotesi di evento avverso, **la colpa non consiste solo nell'aver tenuto comportamenti penalmente rilevanti, ma anche nel non essere in grado di fornire prova della corretta ed adeguata realizzazione di quella "responsabilità" della cura loro affidata.**

Responsabilità vuol dire quindi lavorare nella attuazione delle cure necessarie al paziente, imparando a rendere costantemente verificabile e documentabile a se stessi, prima, ed a terzi, poi, il perché di ogni terapia eletta e dell'eventuale scelta di discostarsi in modo critico e consapevole da linee guida ritenute inapplicabili nel caso concreto.

Sicché porsi in tale condizione significa di per sé creare le premesse per un corretto adempimento, se non altro perché chi consente ad altri di comprendere il percorso logico delle proprie decisioni lo fa anche verso se stesso. In altri termini rendere costantemente trasparente il proprio operato non è solo un tema attinente all'onere probatorio, ma è soprattutto un metodo di lavoro che consente una sistematica autoverifica di quanto deciso rispetto al contesto.

Tale metodo è di per sé espressione di quella prudenza, perizia e diligenza che la Suprema Corte richiede all'operatore professionale, sicché al di là delle vetuste tesi dottrinali circa le obbligazioni di mezzi e risultati (peraltro prive di riferimento codicistico) il professionista che sa spiegare ex ante le decisioni che prenderà è medico *in re ipsa* diligente, in quanto dà prova di saper contestualizzare le proprie competenze come richiesto dalla Suprema Corte.

A questo proposito occorre ricordare che la **limitazione della rivalsa della Corte dei Conti ai soli casi di dolo e colpa grave** non significa che il medico pubblico dipendente sia responsabile civilmente nei confronti dei terzi solo per i casi di dolo o colpa grave, dal momento che **l'esonero per colpa lieve trova applicazione esclusivamente per la responsabilità del medico nei confronti dell'ente** e non anche per quella nei riguardi del paziente danneggiato, ferme ovviamente le più

¹ Corte di Cassazione Sez.Un.11 gennaio 2008 n.577 in Resp. Civ. e Prev. 2008, 849 con nota di Gorgoni, Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/risultato; nella fattispecie la Suprema Corte ha cassato la sentenza della Corte d'Appello di Roma che aveva posto a carico del paziente (creditore) la prova che al momento del ricovero esso non fosse già affetto da epatite, in quanto in tal modo violava i principi in tema di riparto dell'onere probatorio, fissati in tema di azione per il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.

recenti disposizioni di legge in tema di condizioni per l'esonero (*Decreto Balduzzi*)², in verità scarsamente applicabili in concreto.

La Suprema Corte³ ha sotto tale profilo chiarito che l'attività svolta dal medico in favore dei pazienti non costituisce esercizio di attività di amministrazione pubblica, quanto in realtà attività materiale di fornitura di un servizio pubblico in forza della quale si origina un rapporto giuridico di tipo pubblicistico tra il paziente titolare di un diritto ad ottenere l'adempimento della corretta prestazione sanitaria in suo favore, ed il medico sul quale grava il corrispondente obbligo al corretto adempimento della propria obbligazione in favore del paziente.

I Giudici della Suprema Corte hanno a tal fine sottolineato: "*Appunto perché si costituisce un rapporto giuridico tra i due soggetti, strutturato da un diritto soggettivo e da un correlato dovere di prestazione, la responsabilità dell'ente pubblico verso il privato per il danno a questi causato dalla non diligente esecuzione della prestazione... va qualificata contrattuale, intesa... come responsabilità insorta nel compimento di una attività dovuta nell'ambito di un preesistente rapporto giuridico privato o pubblico tra i due soggetti*".

Nel servizio pubblico sanitario, l'attività svolta dall'ente pubblico gestore del servizio a mezzo dei suoi dipendenti, nell'adempimento del dovere di prestazione verso il privato richiedente (titolare del corrispondente diritto soggettivo), è di tipo professionale medico; simile all'attività svolta, nell'esecuzione dell'obbligazione (privatistica) di prestazione dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale.

Ed appunto per questa similarità, perché quella svolta dall'ente pubblico a mezzo dei medici suoi dipendenti è attività medica, la responsabilità è analoga a quella del professionista medico privato. Con la conseguenza che vanno applicate, analogicamente, le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale; in particolare quella di cui all'articolo 2236 c.c., il quale dispone che "*se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*"⁴.

Nell'ambito dei rapporti tra medico dipendente, struttura pubblica e terzo danneggiato l'accertamento dell'eventuale imperizia, colpa, negligenza e del conseguente nesso causale tra condotta ed evento dannoso allegato dal danneggiato segue pertanto le comuni norme codicistiche del contratto d'opera professionale previste dall'art. 2236 c.c. e non il Testo unico del pubblico impiego.

Sicché medico e struttura, sia essa pubblica o privata, rispondono in solido nei confronti del paziente con facoltà dell'azienda privata (per l'azienda pubblica si è detto) di rivalersi anche integralmente per quanto pagato al terzo (ovviamente nei limiti previsti dall'eventuale contratto di lavoro).

Atteso quanto sopra esposto possiamo dunque ritenere chiarita l'esistenza di un **duplice regime di responsabilità del medico dipendente: responsabilità contrattuale** anche per colpa lieve nei confronti del paziente danneggiato rispetto al quale il professionista è tenuto, *in solido con la*

² In questo contesto è subentrato il Decreto Balduzzi che, tuttavia, anziché favorire come probabilmente era nei suoi intenti il mondo medico delimitando la responsabilità sanitaria ai soli casi di mancato rispetto delle linee guida (i cd PTSD), si è rivelato di fatto inutile posto che il corretto adempimento del medico e dell'azienda non può che essere rilevabile dal rispetto delle linee guida (salvo il caso concreto non ne richieda il superamento) sicché davvero nulla aggiunge a quanto già noto in sede giurisprudenziale da almeno quindici anni. Semmai, incomprensibile è il richiamo al concetto di colpa lieve che, in caso di rispetto delle linee guida, dovrebbe costituire secondo il Decreto il limite di esonero della responsabilità: se si voleva dire che il medico non risponde per colpa lieve ma solo per colpa grave tanto valeva non utilizzare le linee guida che attengono alle modalità di corretto adempimento e dunque non possono coesistere con il concetto di colpa. In altri termini non si comprende come si possa essere in colpa grave, o comunque in colpa sia pur lieve, rispettando le linee guida se non in casi estremi di palese loro inutilizzabilità nel caso concreto.

³ Cass. Civ. 1 marzo 1988 n. 2144, in Foro It., 1988, I, c. 2296, nota di Princigalli, Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti cit..

⁴ Cass., 1 marzo 1988, n. 2144, in Foro it., 1988, I, 2296 con nota di Princigalli

struttura sanitaria, alla prova di aver adempiuto correttamente alle proprie prestazioni ovvero alla dimostrazione della causa a lui non imputabile e da sola sufficiente ad aver provocato il danno lamentato dal paziente, e **responsabilità per danno erariale** nei confronti dell'ente per l'esborso al quale quest'ultimo è stato costretto a seguito delle condotte poste in essere dal medico con colpa grave.

Sotto il profilo assicurativo tale duplice regime di responsabilità si traduce per il medico dipendente nella necessità di sottoscrivere coperture che possano garantire la sua responsabilità sia rispetto alle richieste risarcitorie avanzate dal paziente danneggiato, sia avuto riguardo alle azioni di rivalsa per danno erariale promosse contro di lui.

Poiché le polizze prestate in favore dei medici dipendenti a garanzia della colpa grave per il rischio di azione di rivalsa avanzata per danno erariale non estendono, di norma, la copertura anche alla responsabilità del medico nei confronti del paziente danneggiato si pone in questo senso la necessità per il professionista di sottoscrivere, accanto alla prima, una differente polizza destinata a garantire la propria RC professionale dal rischio di richieste risarcitorie giunte dal paziente danneggiato a seguito delle prestazioni rese con colpa (lieve e/o grave) in suo favore.

Invero la garanzia della RC professionale del medico per le richieste risarcitorie avanzate dal paziente trova frequente copertura nell'ambito delle **polizze sottoscritte dalla struttura sanitaria pubblica** che, in ragione dell'obbligazione solidale con il professionista sopra evidenziata, prevedono l'estensione della copertura di R.C. anche alla responsabilità personale professionale del medico dipendente.

Tali coperture, tuttavia, **non sempre sono in grado di offrire piena tutela** al professionista dipendente in ragione del sempre più frequente ricorso da parte delle strutture a coperture assicurative con **franchigie e/o quote di ritenzione del rischio** rispetto alle quali la struttura ed il medico si trovano esposti con il proprio patrimonio alle richieste di eventuali reclamanti, senza tener conto delle realtà (si pensi a Regione Toscana) ove l'Ente territoriale ha ritenuto preferibile rinunciare alle coperture assicurative di responsabilità civile.

Le specifiche esigenze poste dal mercato, coniugate alla disciplina codicistica e giurisprudenziale della colpa medica, suggeriscono, quindi, la sottoscrizione di **coperture assicurative mirate alla manleva per colpa professionale**, garanzie che potranno essere di particolare ausilio al professionista in **caso di scoperture assicurative** della polizza sottoscritta dalla struttura sanitaria o di **esaurimento/incapienza dei massimali** di quest'ultima, così come in quelli di **gestione in proprio del rischio da parte delle medesime aziende sanitarie**, ed inoltre anche nelle ipotesi di operatività delle polizze dell'ente sanitario rispetto alle quali opereranno secondo la disciplina prevista dall'art.1910 c.c.⁵.

In questa ottica occorrerà comunque tener presente la possibilità che **eventuali "clausole di II rischio"** possano rivelarsi strumenti per svuotare di fatto qualsivoglia obbligo indennitario con conseguente nullità della pattuizione.

Avv. Italo Partenza
Studio Legale Boglione, Milano

⁵ "La disposizione dell'art. 1910 c.c., in quanto espressione di un principio generale teso ad evitare che il danneggiato percepisca un risarcimento superiore al danno effettivamente subito, regola l'ipotesi in cui per il medesimo rischio siano contratte separatamente (anche da soggetti differenti) più assicurazioni presso diversi assicuratori a favore dello stesso assicurato (nella fattispecie uno stesso soggetto risultava garantito, per la responsabilità derivante dall'esercizio della professione medica, sia in virtù di un contratto stipulato, in nome proprio, con un istituto assicuratore, che in virtù di quello stipulato, anche a favore di terzo, dalla struttura sanitaria presso la quale egli prestava servizio con altro assicuratore)." Corte di Cassazione 19 maggio 2008 n.12691