

## CONSEGUENZE SULL'ECONOMIA PUBBLICA PER I FATTI DI RESPONSABILITA' MEDICA

di Sergio De Dominicis

La responsabilità sanitaria per "malpractice" e/o per danno alla salute implica l'emersione di fatti illeciti di non poco rilievo.

Certamente le sentenze di condanna, civili, penali ed amministrative, pronunciate a carico dei sanitari pubblici hanno effetti diretti sull'economia specialmente dopo che le Regioni sono state assoggettate ai limiti finanziari imposti dal "Patto di stabilità interno" e dal pareggio di bilancio obbligatorio in conseguenza della riforma dell'art. 81 della Costituzione, la cui filosofia abbraccia l'intera platea pubblica.

Peraltro, le Regioni, cui spetta il compito di garantire l'assistenza sanitaria e farmaceutica in ambito locale, sono tenute a rispettare le condizioni di spesa imposte dalle leggi finanziarie e dai principi di coordinamento della finanza pubblica.

Il rispetto di questi principi ed il coordinamento finanziario è stato affidato al controllo di regolarità amministrativa esercitato dalla Corte dei Conti che lo effettua attraverso le Sezioni Regionali di controllo.

Orbene, in disparte i controlli di legittimità o di regolarità tecnica sui bilanci regionali e, quindi, indirettamente sull'organizzazione e la gestione delle U.S.L. (Unità Sanitarie Locali) e delle A.O. (Aziende Ospedaliere), le conseguenze economiche che dipendono dalle sentenze di condanna hanno certamente rilievo economico sulla finanza regionale ed in un certo senso, possono condizionare la vita delle USL, che gestiscono gli ospedali e molte altre attività sanitarie connesse, come l'igiene pubblica, la polizia mortuaria, il controllo sulla salubrità e sicurezza dei luoghi di lavoro, ecc.

E' noto infatti, che la responsabilità amministrativa in campo sanitario emerge a causa di un comportamento dannoso causato da colpa grave ossia da colpa professionale connotata da negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero della violazione delle buone pratiche e/o delle linee guida.

Orbene, nel campo del delitto colposo, inteso come fatto antiggiuridico non intenzionale o addirittura disvoluto, la gravità della colpa (lata = grave; levis = lieve; levissima = quasi incosciente) ha influenza nella determinazione della misura della sanzione, anche quando vi sia stato concorso di persone nella causazione del fatto vietato.

In proposito va precisato che in campo penale c'è solo la colpa che può essere graduata limitatamente ai fini dell'erogazione della sanzione. Situazione questa assai differente in ambito civilistico. Infatti, nel diritto civile c'è la colpa lieve o la colpa generica ed altresì la colpa grave deducibile dal combinato disposto degli articoli 1176 e 2236 c.c., e, quindi, dalla violazione degli obblighi di legge.

Quanto al dolo nel diritto privato è visto come inganno, cioè come frode (cfr. Cost. Sent. n. 828 del 2003).

Invece, nella responsabilità erariale assume rilievo la colpa grave, oltre al dolo. Quest'ultimo è presente ogni volta che nella fattispecie illecita sussista l'esercizio dell'azione penale, per identità dei fatti materiali, doppiamente illeciti e, quindi, sanzionabili sia con una condanna criminale che con una patrimoniale risarcitoria.

Si può dire che la colpa lieve compare in qualsiasi tipo di reato colposo, come si deduce dall'articolo 133, primo comma, c.p., ovvero dall'art. 61, n. 3 c.p.

E tuttavia, il quadro delineato risulta cambiato con la legge n. 189 del 2012 (legge Balduzzi) che all'art. 3 afferma che l'accertamento della colpa lieve nel processo penale costituisce esimente o scriminante soggettiva del fatto illecito contestato.

Prima della legge Balduzzi la colpa lieve non produceva alcuna ipotesi giustificativa sul piano penale.

Essa manteneva un ruolo di rilievo solo nella erogazione della pena e, quindi, sul grado di colpevolezza negli illeciti colposi.

Dunque, con la legge Balduzzi viene introdotta una speciale esimente soggettiva che ha implicato una abolitio criminis ossia una causa di giustificazione qualificata.

Il che, tuttavia, esigeva un giudizio dibattimentale, siccome non sarebbe stato possibile, ex ante, riconoscere la causa di giustificazione esimente.

Inoltre, l'eventuale danno poteva essere risarcito in sede civile seguendo lo schema dell'art. 2043 c.c., nel senso che sarebbe spettato al danneggiato allegare non solo l'eventuale danno subito, ma dimostrare altresì che il pregiudizio fosse stato la conseguenza, sul piano del rapporto di causalità, del comportamento colpevole del medico per effetto della sua imperizia, negligenza o imprudenza professionale.

In altri termini, quando il medico veniva assolto nel processo penale per colpa lieve, la eventuale azione risarcitoria in sede civile avrebbe dovuto seguire lo schema della responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., mentre prima della legge Balduzzi, qualsiasi danno da "malpractice" medica, allegato in sede risarcitoria, doveva seguire lo schema classico della responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c., in virtù del quale spettava al medico o all'amministrazione convenuta dimostrare che l'evento dannoso, lamentato dal paziente, non era rapportabile alle prestazioni sanitarie praticate in sede clinica o terapeutica.

Infatti, ai sensi dell'art. 1218 c.c., incombe sul creditore la prova che c'è stato un inadempimento colpevole e che da esso sia derivato un danno patrimoniale risarcibile.

Orbene, c'è da dire che la disposizione della legge Balduzzi, abolitiva della responsabilità penale, ma non di quella civile risarcitoria, trova un importante supporto nel più recente indirizzo della giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. n. 268 del 2013).

Secondo la Suprema Corte la colpa lieve del medico può emergere solo quando si accerti che costui abbia osservato le c.d. buone pratiche e le linee guida accreditate presso la comunità scientifica ed omologate presso il Ministero della salute.

Va detto incidentalmente che sul punto regna tuttora la massima confusione perché, com'è intuibile, le cognizioni scientifiche non sono facilmente sintetizzabili o riducibili in linee guida.

Con l'abolitio criminis, per effetto dell'accertamento della colpa lieve nel processo penale, non può escludersi che sopravviva la responsabilità civile risarcitoria, che, come si è detto, può prescindere, in astratto, dal grado della colpa.

Infine, si è ritenuto che la legge Balduzzi, abolitiva della responsabilità penale a seguito dell'accertamento della colpa lieve, abbia efficacia extrapenale ed impedisca in altri processi che possa contestarsi una colpa maggiore o più ampia di quella riscontrata nel processo penale.

Il che non dovrebbe riguardare solo il giudizio civile, ma anche quello per responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei Conti. Quest'ultimo, se iniziato, non dovrebbe interrompersi, attesa l'autonomia dei processi, ma l'assoluzione in sede penale per colpa lieve potrebbe indurre il giudice contabile a pronunciare un verdetto assolutorio per insussistenza dell'elemento psicologico della colpa grave. Ed infatti, nel giudizio di responsabilità contabile, dopo la riforma del 1994-1996, la soglia minima è la colpa grave.

Quindi l'accertamento della colpa lieve in sede processuale penale costituisce condizione di proponibilità dell'azione di responsabilità erariale innanzi alla Corte dei Conti, ma non in sede civile.

L'ipotesi rappresentata non ha ancora avuto sostanza giurisprudenziale e, pertanto, deve ritenersi ancora una prospettazione di indole teorica.

E, tuttavia, la legge n. 189 del 2012 risulta abrogata esplicitamente dalla legge n. 24 del 2017.

Quest'ultima normativa ha modificato molti aspetti della legge Balduzzi rendendo problematica la relazione tra malpractice medica e risarcimento del danno biologico.

C'è da dire che la nuova legge sulla responsabilità sanitaria non è stata apprezzata molto dalla dottrina, che ne ha denunciato il carattere "omnibus" della sua vastissima disciplina e, per certi aspetti, contraddittoria e perfino velleitaria.

Ad esempio, con le nuove disposizioni si pretende di imporre uno schema precostituito di polizza assicurativa, dimenticando che il sistema delle garanzie assicurative è rigorosamente di diritto privato; ed in ambito europeo non si tollerano violazioni del principio di libertà negoziale o di libertà della concorrenza e del mercato.

Inoltre, la legge n. 24/2017, eliminando la scriminante soggettiva recata dalla legge Balduzzi ne indica, in sostituzione, un'altra, di carattere oggettivo, discendente dalla sola osservanza delle buone pratiche e delle linee guida, riconoscibili dal Giudice senza alcun riferimento all'elemento psicologico dell'illecito. Il che si ripercuote negativamente sul processo penale.

Va, peraltro, osservato che di fronte a sentenze di condanna emesse dal Giudice ordinario, per morte, lesioni gravi o gravissime alla persona, ovvero per ciò che suole dirsi essere il danno biologico o per la perdita di chance, si verificano dei veri e propri buchi neri nel bilancio della USL e, per l'effetto, nella finanza regionale, vista nel suo ruolo istituzionale.

Com'è noto, in virtù dell'art. 28 della Costituzione, il paziente danneggiato da malpractice sanitaria può agire sia contro il medico sia contro l'azienda sanitaria – ma, per ovvi motivi, connessi con la garanzia patrimoniale, l'attore preferirà chiamare in giudizio, per il risarcimento, la USL – anche perché, quando arriverà la sentenza di condanna, l'Ente sanitario verrà comunque costretto a pagare, salvo, poi, denunciare il danno erariale alla Procura Regionale della Corte Dei Conti, che, in piena autonomia, effettuate le indagini preliminari, chiamerà in giudizio il medico responsabile.

Dopo la Prorogatio della legge Balduzzi la questione centrale resta, allora, quella dell'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche sanitarie.

E, tuttavia, con la legge n. 24/2017 emergono non poche complicazioni.

Infatti, con la USL e il medico entrambi assicurati, si configura una preoccupante situazione destinata a compromettere il buon andamento sanitario, che, peraltro, costituisce un valore costituzionale primario, in osservanza dell'art. 32 della Charta!

Per effetto delle salatissime condanne erogate in sede civile per danno alla salute, le società di assicurazione - quasi sempre di proprietà di grandi banche o di grandi compagnie di assicurazione, abituate a prosperare sulle polizze-vita e sulle polizze RCA – aumentano in modo smisurato il costo delle polizze, tanto individuali quanto collettive, compromettendo così l'equilibrio finanziario delle USL.

A fronte di questa paradossale situazione, che implica un vero e proprio "rifiuto di polizza", si registra, sul lato opposto, la strategia dei sindacati dei medici pubblici, che, per evitare il "periculum" della condanna in sede civile applicano quella che è stata definita la strategia della "medicina difensiva". Il che è causa di un ulteriore pregiudizio alla finanza regionale per l'incremento degli esami e delle degenze che comportano un aumento della spesa sanitaria.

Situazione, questa, che può determinare anche l'emersione del danno erariale e della responsabilità amministrativa, imputabile sia contro il sanitario che contro il personale amministrativo di controllo, accusato di omissione e di concorso nella causazione del danno erariale.

Altro aspetto, non secondario, della questione finanziaria legata alla responsabilità sanitaria del medico pubblico, riguarda la strategia che le USL sono costrette ad adottare per fare fronte alla condizione del c.d. "rifiuto di polizza".

Alcune aziende ospedaliere, di fronte all'alto costo dei contratti di copertura assicurativa, hanno scelto la via dell'autoassicurazione, decidendo di fare fronte alle sentenze di condanna con i fondi del proprio bilancio.

Se non che la questione dell'autoassicurazione non pare esente da critiche.

Infatti, la polizza assicurativa, implicando un contratto aleatorio, fondato sulla traslazione del rischio, non può ritenersi direttamente compatibile con la gestione sanitaria di una USL, che deve provvedere innanzitutto alla cura e alla riabilitazione dei malati. Peraltro si ritiene che così facendo, verrebbe meno un obbligo previsto dalla legge: garantire, con contratti ad hoc, la malpractice medica.

Il problema è, quindi, di elevata complessità!

A livello di dottrina si è pensato alla creazione di un "contratto pubblico" per la copertura assicurativa sanitaria, ossia ad una "polizza tipo" in cui le condizioni del contratto vengano formate in via astratta e generale, dalla legge, riducendo così l'autonomia negoziale delle parti.

Ma questa ipotesi non solo pare in contrasto con la libertà contrattuale del nostro ordinamento, ma si manifesta difforme dalle direttive comunitarie e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E..

Di recente la Corte dei Conti, dovendo giudicare sulla responsabilità del medico, che per la sua prestazione erastato causa di una condanna risarcitoria per malpractice sanitaria, ha ritenuto di applicare gli orientamenti della Corte costituzionale secondo cui non tutto il danno va addossato al dipendente pubblico, ma solo una parte di esso, tenuto conto che nella responsabilità sanitaria possono coesistere non solo fattori di colpa professionale ( per imprudenza, negligenza o imperizia) ma anche condizioni ambientali inadeguate o fattori imprevedibili, ad es. lo sciopero o il guasto di un apparecchio sanitario, ecc.

Si aggiunga che dagli indirizzi della Corte costituzionale, favorevoli ad applicare una riduzione del danno erariale a vantaggio del medico pubblico, consegue, comunque, un vulnus alle finanze regionali.

Le USL per ripianare le perdite economiche, saranno costrette ad agire contro le compagnie di assicurazione.

Ma anche l'azione di rivalsa assicurativa potrebbe rivelarsi inadeguata oppure inidonea a coprire l'intero danno inferto al buon andamento economico dell'Ente regionale.

Complessivamente può dirsi che la responsabilità sanitaria per danno alla salute può implicare l'emersione di vari scenari processuali.

Dopo l'abrogazione della legge Balduzzi è venuta meno la scriminante soggettiva della colpa lieve e, quindi, gli ambiti di esonero della responsabilità penale, sembrano legati alla lettura che ne farà il Giudice, siccome il giudizio assolutorio può derivare solo quando sia stato dimostrato in sede dibattimentale che il medico ebbe ad osservare, con prudenza e diligenza professionale, le buone pratiche e le linee guida accreditate e che il fatto dannoso non è a lui imputabile.

La caduta dell'elemento psicologico nell'illecito penale per malpractice sanitaria è divenuto, ora, di tipo oggettivo e non più soggettivo.

Ne consegue che assumerà grande valore il precedente giudiziario e la giurisprudenza di legittimità che si andrà a formare su una determinata tipologia di danno alla salute.

In conclusione, l'eventuale danno potrà essere risarcito in sede civile ma seguendo lo schema dell'art. 2043 c.c.; nel senso che spetterà al danneggiato allegare non solo il danno alla salute, ma dimostrare, altresì, che quel danno sia stato la conseguenza, sul piano del rapporto di causalità, di un trattamento clinico chirurgico inappropriato.

In altri termini, se il medico viene assolto nel processo penale, la eventuale azione risarcitoria in sede civile dovrà seguire lo schema della responsabilità extracontrattuale, (art. 2043 c.c.), mentre, invece, prima della legge n. 24/2017 qualsiasi danno da malpractice medica, alligato in sede risarcitoria, avrebbe dovuto seguire lo schema della responsabilità contrattuale, (art. 1218 c.c.) in virtù del quale spetta all'Amministrazione convenuta dimostrare che l'evento dannoso di carattere sanitario non era rapportabile alle prestazioni sanitarie praticate in sede clinica o terapeutica.



Quest'ultimo orientamento, trova un importante supporto nell'indirizzo della giurisprudenza della Corte di Cassazione (cf. Sent. n. 268 del 2013).

Prima ancora della nuova legge n. 24/2017, ma in vigore dell'abrogata legge Balduzzi, secondo la Cassazione la non colpevolezza del medico poteva emergere quando si accertava che il sanitario avesse osservato le c.d. linee guida o le "buone pratiche" come accreditate presso la comunità scientifica ed omologate presso il Ministero della Salute.

E non vi è dubbio che, dopo l'abrogazione della legge Balduzzi del 2012, il precedente giurisprudenziale assumerà più elevata importanza, per cui le pronunce della S.C.C., concernenti il danno alla salute, devono classificarsi per settori e per materie, come indicatori vincolati del c.d. "precedente giudizio".

Forse stiamo assistendo ad una nuova rivoluzione giudiziaria in materia di danno alla salute.

Ma non è finita! E sul "de iure condendo" vorrei dire la mia!

La recente pandemia da corona virus, in disparte disposizioni salvifiche, potrebbe far aprire nuovi ed inquietanti scenari in campo giudiziario.

La complessità delle relative problematiche induce a ritenere che si dovrà ritornare rapidamente al passato ed imporre nuovamente la c.d. "pregiudiziale penale", da celebrarsi innanzi ad un Giudice unico presso la Corte d'Appello competente. In quella sede dovranno confluire le costituzioni di parte civile e di chi altrimenti abbia interesse per contestare o richiedere la liquidazione del danno alla salute.

Il Giudice unico, celebrato il processo penale della durata di non più di due udienze, ove ritenga opportuno emettere sentenza definitiva, di assoluzione o di condanna penale, fisserà la terza ed ultima udienza, per pronunciare sulla conseguente condanna civile, in via equitativa ed in forma semplificata, con oneri risarcitori a carico della Regione. Se non ritiene la causa matura, rimette gli atti al P.M. per il rito ordinario.

Il P.M. contabile, cui dovranno essere trasmessi gli atti processuali in via telematica, entro trenta giorni dal deposito della sentenza, a cura della

Cancelleria del Giudice unico, potrà agire per l'eventuale danno pubblico erariale entro novanta giorni dalla ricezione del fascicolo telematico.

In deroga con quanto stabilito dal codice del processo di responsabilità innanzi alla Corte dei Conti, n. 174 del 2016, il P.M. contabile, ove ritenga di adottare, entro un mese, provvedimento di archiviazione, inaudita altera parte, dovrà emettere in alternativa atto di citazione entro sessanta giorni, chiedendo che venga fissata l'udienza di discussione non oltre i trenta giorni successivi.

Dinanzi al Giudice unico, designato entro cinque giorni, il giudizio di responsabilità dovrà concludersi entro trenta giorni.

Il P.M. dovrà vigilare anche per l'esecuzione dell'eventuale condanna risarcitoria emessa in sede penale, adottando eventualmente i provvedimenti sostitutivi, se richiesti, salva l'azione di responsabilità per ritardo ingiustificato.