

LE QUESTIONI PROCESSUALI E SOSTANZIALI DELLA LEGGE 24/2017 DI RIFORMA DELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA



di GIANLUIGI MORLINI

Giudice del Tribunale di Reggio Emilia

... ed ex Giudice del Tribunale di Ivrea!

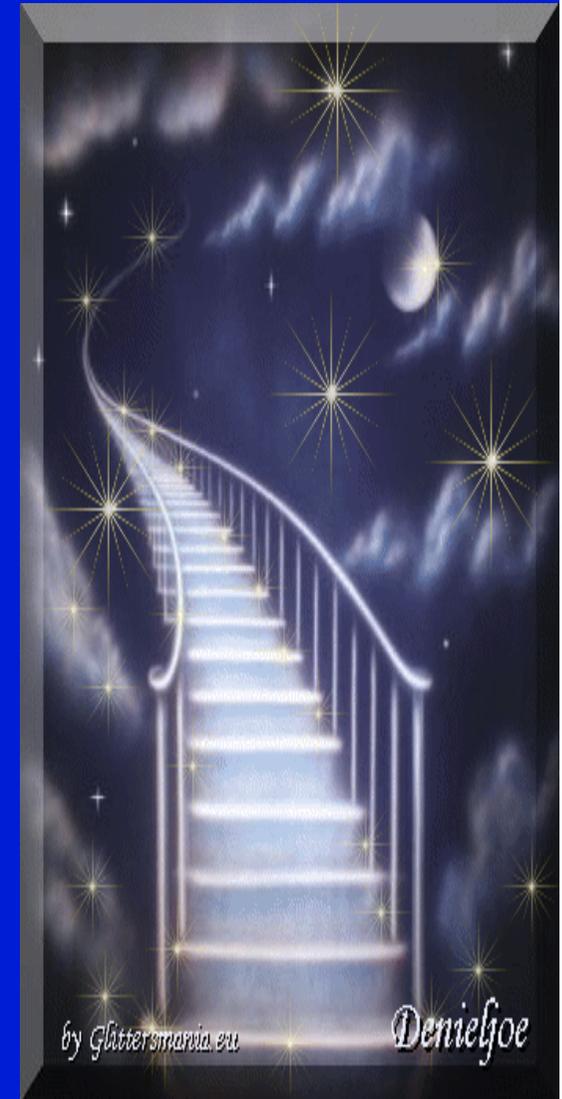
Ivrea, 23 febbraio 2018

LE NOVITÀ LEGISLATIVE

Due premesse

- 1) Natura della responsabilità e risarcimento danni.
- 2) Giurisdizione condizionata.
- 3) Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa.
- 4) Obbligo di assicurazione e fondo di garanzia.
- 5) Azione diretta del danneggiato.
- 6) Nomina del CTU.

Bibliografia.



DUE PREMESSE

a) La legge è in moltissime parti ancora non operativa, in attesa dei regolamenti ministeriali previsti e non ancora emanati nonostante le decorrenze dei termini indicati: non s'applicano quindi ancora osservatorio sulle buone pratiche ex articolo 3 comma 1, linee guida ex articolo 5 comma, assicurazione ex articolo 10 commi 5-6-7, azione diretta ex articolo 12 comma 6, fondo di garanzia ex art. 14 comma 2.

E' invece già in vigore il criterio di responsabilità ex art. 7, il tentativo di conciliazione ex art. 8, la rivalsa ex art. 9 e la nomina dei CTU ex art. 15.

b) I dati ANIA indicano un aumento esponenziale negli anni delle denunce di sinistri medici (soprattutto per micropermanenti), i costi dei premi assicurativi sono in aumento e i risarcimenti pure.

Da parte del mondo politico si invoca una nuova «*alleanza terapeutica*» tra medico e paziente.

Il Legislatore, per cercare di arginare un contenzioso sempre più diffuso e di alleggerire la posizione del medico, interviene in modo continuo, affannoso ed un po' caotico (legge Balduzzi, modifica dell'articolo 139 Codice Assicurazioni, ora leggi Gelli).

Una buona parte del settore sanitario ritiene che questo intervento vada nel senso di tutelare di più i medici.

Io ho molti dubbi, e con me il professor Franzoni...

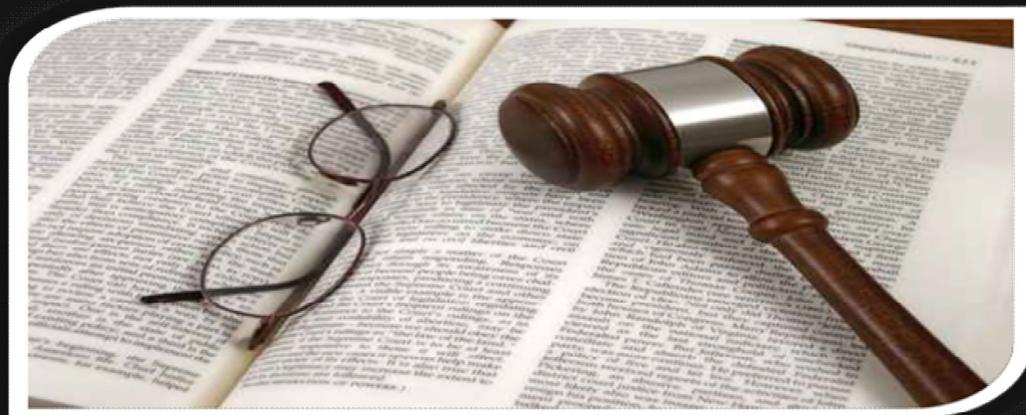
1) NATURA DELLA RESPONSABILITÀ E RISARCIMENTO DANNI (ART. 7)

La giurisprudenza, a partire da Cass. n. 589/1999, si era consolidata nel ritenere che struttura e sanitario rispondessero contrattualmente, rispettivamente per il contratto di ospedalità e per il contatto sociale (cfr. *ex aliis* Cass. S.U. n. 577/2008, Cass. nn. 23564/2011 e 20547/2014).

La situazione non era cambiata nemmeno dopo l'entrata in vigore della legge Balduzzi n. 183/2012, che pure all'articolo 3 comma 1 faceva un riferimento all'articolo 2043 c.c.: dopo una apertura ad opera di una parte della giurisprudenza di merito, la Cassazione ha infatti ribadito la natura contrattuale della responsabilità (Cass. nn. 27391/2014, 8940/2014, 6093/2013, 4030/2013).

La riforma prevede invece ora chiaramente un doppio binario di responsabilità:

- la struttura, pubblica o privata o in convenzione con il SSN, risponde sempre contrattualmente ex artt. 1218 e 1228 c.c., anche ove i sanitari siano scelti dal paziente o non dipendenti;
- il sanitario risponda extracontrattualmente ex art. 2043 c.c., a meno che abbia stipulato un contratto col paziente.



Con la responsabilità extracontrattuale cambia quindi:

- la prescrizione dell'azione, che passa da 10 anni *ex art. 2946 c.c.* a 5 anni *ex art. 2947 c.c.*;
- l'onere della prova, perché nella contrattuale, a fronte della mera allegazione dell'inadempimento da parte del creditore-paziente, è il medico che deve dimostrare il corretto adempimento o di non avere potuto adempiere correttamente per causa non imputabile *ex art. 1218 c.c.* (Cass. Sez. Un. n. 13533/2001), mentre nella extracontrattuale, secondo i principi generali *ex art. 2697 c.c.*, è il paziente che ha l'onere di provare che la condotta del medico ha provocato il danno e che si tratta di un comportamento doloso o colposo.

Pur se l'inquadramento teorico è mutato, difficilmente cambierà invece in concreto qualcosa: sempre citazione con perizia stragiudiziale e poi CTU.

Non è poi toccata la materia del consenso informato, che impone la condanna anche in assenza di colpa medica.

L'unica vera differenza si avrà nel caso rimanga incerta la causa del danno, ciò che però accade davvero di rado.

Per quale motivo dovrebbe poi venire disincentivata la cd. medicina difensiva?

Certamente l'accertamento del giudice diverrà invece caotico: in una medesima causa, la responsabilità dei diversi convenuti può essere tripartita con le regole della contrattuale per strutture e sanitari che si sono obbligati personalmente; extracontrattuale per gli altri sanitari; limitata a dolo o colpa grave nel caso di giudizio di rivalsa.

Rilevante è invece la norma per l'entità del risarcimento, perché la legge Gelli, così come il precedente articolo 3 della Balduzzi, rinvia agli artt. 138-139 D.Lgs. n. 209/2005 (cd. Codice delle assicurazioni) per la liquidazione del danno: le disposizioni, dettate per l'infortunistica stradale, individuano con l'art. 139 entità monetarie risarcitorie per le micropermanenti ben minori di quelle delle tabelle del Tribunale di Milano, generalmente utilizzate nella grande maggioranza degli uffici giudiziari e ritenute adeguate dalla Cassazione (giurisprudenza costante a partire da Cass. n. 12408/2011) in attesa dell'emanazione delle tabelle nazionali di cui all'articolo 138, che peraltro, ex art. 1 comma 18 L. n. 124/2017, varranno solo per i sinistri successivi alla tabella.

D'altro canto, con la previsione di un danno punitivo, è statuito che il giudice «*tiene conto*» del rispetto di linee guida e buone pratiche nel risarcire il danno (forse solo il morale!)

2) GIURISDIZIONE CONDIZIONATA (ART. 8)

Viene introdotta una condizione di procedibilità della domanda: o l'ATP conciliativo *ex art. 696 bis c.p.c.*, davanti al giudice competente e non al Presidente, da svolgersi in sei mesi e facendo coincidere giudice del merito e dell'ATP; o la mediazione *ex art. 5 D.Lgs. n. 28/2010* (non anche la negoziazione assistita *ex D.L. n. 132/2014*).



L'improcedibilità va eccepita o rilevata d'ufficio entro la prima udienza, ed in tal caso il Giudice concede termine per promuovere o completare una delle due condizioni di procedibilità.

La condizione di procedibilità riguarda tutte le domande risarcitorie, anche l'azione diretta, non però il mero accertamento o la rivalsa.

Se viene svolto l'ATP, la causa deve essere introdotta con il procedimento sommario di cognizione tramite ricorso *ex art. 702 c.p.c.*, pur se il Giudice può poi mutare il rito *ex art. 702 ter c.p.c.* perché non è richiamato l'articolo 3 comma 1 D.Lgs. n. 150/2011 che prevede l'impossibilità di mutamento del rito imposto *ex lege*; se viene svolta la mediazione, dovrebbe invece essere possibile iniziare la causa con citazione o sommario, sempre con possibilità per il giudice di mutare il rito.

Per cercare di garantire l'effettività all'ATP (non anche della mediazione!), si prevede:

- ✓ la partecipazione obbligatoria di tutte le parti, comprese le assicurazioni;
- ✓ l'obbligo per le assicurazioni (per tutte le parti secondo Penta!) di formulare l'offerta di risarcimento o spiegare i motivi per cui ciò non viene fatto;
- ✓ nel caso di mancata formulazione di offerta e successivo contenzioso favorevole al danneggiato, la trasmissione della sentenza all'IVASS;
- ✓ la necessaria condanna alle spese di lite e di ATP, nonché ad una pena pecuniaria senza limitazioni, qualunque sia l'esito del giudizio, a carico di chi non ha partecipato alla procedura (senza nemmeno valutare le ragioni della mancata partecipazione).

3) AZIONE DI RIVALSA O RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA (ARTT. 9 e 13)

L'azione di rivalsa verso il medico, dopo il pagamento a seguito di condanna, può essere esercitata solo per dolo o colpa grave ed entro un anno (ovviamente non fa stato verso il medico il giudizio in cui non ha partecipato, o la transazione).

L'azione di responsabilità amministrativa, nel caso di condanna di struttura sanitaria pubblica, è promossa dal PM presso la Corte dei Conti, ed ha limiti quantitativi in assenza di dolo.

Strutture sanitarie e assicurazioni devono comunicare ai sanitari, entro 10 giorni, la notifica di domande risarcitorie e l'esistenza di trattative stragiudiziali, ed in mancanza è preclusa l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa.

4) OBBLIGO DI ASSICURAZIONE E FONDO DI GARANZIA (ARTT. 10, 11, 14)

Tutte le strutture sanitarie, pubbliche o private, devono assicurarsi per responsabilità contrattuale verso prestatori d'opera e verso terzi, anche per danni cagionati da personale a qualunque titolo operante; e per la responsabilità extracontrattuale verso terzi dei sanitari che operano all'interno.

I liberi professionisti già dovevano assicurarsi ex articolo 3 comma 5 lettera e) D.L. n. 138/2011.

Gli esercenti la professione in struttura sanitaria devono a loro volta assicurarsi per colpa grave, al fine di garantire efficacia alla rivalsa.

La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale retroattiva anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto, purché denunciati durante la vigenza temporale della polizza; e dopo la cessazione dell'attività professionale, una ultrattività per le richieste risarcitorie formulate nei dieci anni successivi e riferite a fatti verificatisi nel periodo di efficacia della polizza (cd. clausola *claims made*).

Singolarmente, però, non è previsto un obbligo di contrarre da parte delle assicurazioni, pur se trattasi di settore in difficoltà (si pensi al dissesto della Faro).

Proprio per coprire l'ipotesi dell'impossibilità di assicurarsi, la legge prevede come una sorta di via di fuga la possibilità di provvedere con 'altre analoghe misure', presumibilmente autoassicurazione con accantonamento somme.

E' istituito un Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, alimentato dai versamenti di contributi da parte delle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni sanitarie.

Il Fondo interviene nei casi di danno superiori ai massimali stipulati da strutture o sanitari; di assicurazione con impresa insolvente; di mancanza di copertura assicurativa per recesso dell'impresa o sopravvenuta cancellazione (non anche nel caso di mancata di assicurazione!).



5) AZIONE DIRETTA DEL DANNEGGIATO (ART. 12)

Oltre che nei confronti del sanitario o della struttura, sempre con il rispetto della condizione di procedibilità, il danneggiato può agire anche nei confronti dell'assicurazione, entro il limite delle somme per le quali è stato stipulato il contratto assicurativo: si estende così il meccanismo dell'azione diretta, che prima era previsto solo per l'assicurazione RCA, in deroga all'articolo 1917 c.c.

E' litisconsorte necessario l'assicurato, cioè struttura e/o sanitario, e ciò vale anche nella fase di ATP (Trib. Marsala 7/12/2017).



6) NOMINA DEI CTU (ART. 15)

Il Giudice, anche nell'ATP, affida la CTU a consulenti:

- scelti nell'albo (è già così ex art. 22 disp. att. cpc);
- che non siano in condizione di conflitto di interessi nel procedimento o in altri connessi (è già così ex art. 63 cpc);
- che siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione, acquisite anche mediante specifici percorsi formativi (imprecisati e difficili da verificare).



La vera novità è che occorre nominare un medico legale e uno o più specialisti delle materie per cui è causa: occorrerà quindi sempre un collegio (il 191 comma 2 cpc lo ritiene possibile nei soli casi di «*grave necessità*» o se la legge «*espressamente lo dispone*»), mentre prima spesso il Giudice nominava un unico CTU che sceglieva poi i propri ausiliari; e ciò anche se il medico legale sia specialista della materia.

Tuttavia, «*non si applica l'aumento del 40 per cento per ciascuno degli altri componenti del collegio previsto dall'articolo 53 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115*»: pertanto, secondo l'interpretazione letterale, ci sono... due consulenti al (già basso) prezzo di uno!

Al fine di consentire una scelta consapevole del medico specialista, si prevede che gli albi debbano indicare e documentare le specializzazioni mediche degli iscritti, e che in sede di revisione si indichi per ciascun esperto l'esperienza maturata con riferimento a numero e tipologia di incarichi conferiti e revocati.



7) BIBLIOGRAFIA

- AMIRANTE, *La consulenza tecnica preventiva e la nuova condizione di procedibilità*, in www.scuolamagistratura.it
- AUSANIA, *Il valore della conformazione del medico alle linee guida ed alle buone pratiche*, in www.scuolamagistratura.it;
- BARLETTA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'articolo 8 della legge Gelli-Bianco*, in www.Ri.Da.Re.it;
- CIARDO-RUVOLO, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria: cosa cambia?"* in www.Questionegiustizia.it;
- FERRARA, *La nuova responsabilità sanitaria nella legge n. 24/2017*, in www.cassazione.net;

- FERRARO, *La nuova copertura assicurativa delle strutture e degli esercenti le professioni sanitarie*, in www.scuolamagistratura.it;
- MOTISI, *Il valore della conformazione del medico alle linee guida ed alle buone pratiche*, in www.scuolamagistratura.it;
- RUVOLO, *ATP conciliativo ed altri profili processuali della nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in www.scuolamagistratura.it;
- SPERA, *La responsabilità sanitaria contrattuale ed extracontrattuale nella legge Gelli-Bianco: da premesse fallaci a soluzioni inappaganti*, in www.Ri.Da.Re.it;
- VACCARI, *L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in www.Ri.Da.Re.it.

**GRAZIE
DELL'ATTENZIONE!!**



GIANLUIGI MORLINI

Giudice del
Tribunale di Reggio Emilia