



NOI DIFENDIAMO
I VOSTRI DIRITTI

AD OLTRE 1 ANNO DALL'INTRODUZIONE DELLA LEGGE GELLI/BIANCO

Mario Dusi
Avvocato in Milano e Monaco di Baviera

PER ROLAND WORKSHOP

Sessione autunno 2018

Avv. Mario Dusi
C.so di Porta Vigentina n. 35 - 20122 Milano
Tel. 02/55188121 - Fax 02/55188503
E-mail: m.dusi@dusilaw.eu
www.dusilaw.eu



L'EVOLUZIONE STORICA IN AMBITO PENALE

- Sino agli anni '80 responsabilità solo per dolo o colpa grave ex art. 2236 C.C. (*favor medico*)
- Anni '90, salvo che per i casi di oggettiva speciale difficoltà, responsabilità ex art. 43 c.p. per dolo e colpa generica
- **Art. 3 Legge Balduzzi** (L. 189/2012): il medico non risponde penalmente per colpa lieve se si è attenuto alle Linee Guida ed alle buone pratiche accreditate
- **Art. 6 Legge Gelli-Bianco** (L. 24/2017): introduce il nuovo articolo 590-*sexies*, rubricato «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario» andando ad abrogare l'articolo 3 della Legge Balduzzi (apparentemente eliminata la questione sul grado di colpa)

Requisiti per la non punibilità: solo colpa per imperizia ove si siano rispettate le Linee Guida o le buone pratiche accreditate:

Limitazione della scriminante parrebbe solo per i reati indicati (omicidio colposo e lesioni colpose).

ART. 590-SEXIES C.P.

PRESUPPOSTI PER LA NON PUNIBILITÀ

Art. 590-sexies c.p.

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 predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto

- Verificazione dell'evento per imperizia (a prescindere dal grado di colpa);
- Rispetto delle linee guida o alle buone pratiche accreditate;
- Adeguatezza alla specificità del caso concreto.

Imperizia: condotta che presuppone la conoscenza di regole tecniche non rispettate per incapacità od inettitudine tecnica o professionale dell'agente.

Sent. 28187/2017 Corte di Cass. IV° Sez. Pen.: Art. 3 più favorevole al reo rispetto al 590-sexies c.p.c.

Novità: LEGGE 11 gennaio 2018, n. 3 introduce agli artt. 589 e 590 c.p. l'aggravante dell'esercizio abusivo della professione sanitaria

LE SEZIONI UNITE PENALI

SENTENZA 8770/2018 (22.02.2018)

I principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite Penali:

«L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio dell'attività medico-chirurgica:

- a) Se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da negligenza o imprudenza;*
- b) Se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;*
- c) Se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguare alla specificità del caso concreto;*
- d) Se l'evento si è verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate.*

LE LINEE GUIDA ART. 5

BUONE PRATICHE ART. 3

- DM Salute 02 agosto 2017: E' istituito presso il Ministero della Salute l'elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie accreditate alla pubblicazione delle linee guida, che andranno ad integrare il Sistema Nazionale per le Linee Guida (SNLG)
- DM Salute 29 settembre 2017: E' istituito presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS) l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, di cui all'art. 3 della legge 8 marzo 2017, n. 24, di seguito «Osservatorio»

«Medicina di Stato» con limitazione della libertà operativa, *«salve le specificità del caso concreto»*.

L'EVOLUZIONE STORICA IN AMBITO CIVILE

- In passato la responsabilità della struttura sanitaria e del medico era considerata di sola natura contrattuale:
 - Ex artt. 1218 e 1228 C.C. per la struttura sanitaria (contratto di ospitalità)
 - Ex art. 1173 C.C. per il medico (contatto sociale qualificato)
- **Art. 3 Legge Balduzzi (L. 189/2012):** a prescindere dalla responsabilità penale «*resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*»

Parrebbe configurarsi una responsabilità medica solo extracontrattuale ma la giurisprudenza di merito risulta discordante

(Sentenza 9693/2014 - Trib. Milano I Sez. Civ - responsabilità solo extracontrattuale)

(Sentenza 2336/2015 - Trib. Milano V Sez. Civ - responsabilità contrattuale ed extra)
- **Art. 7, comma 3, Legge Gelli-Bianco (L. 24/2017):** «*L'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di una obbligazione contrattuale assunta con il paziente*»;
Onere di provare la sussistenza di un contratto in capo al paziente.

NUOVA GIURISPRUDENZA

- Tribunale di Milano, sez. I civile, Sentenza 9137 del 11.09.2017: *«La responsabilità del medico, al pari di quella degli esercenti professioni sanitarie, deve ricondursi nell'alveo della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue, principalmente in tema di riparto dell'onere della prova, di termine di prescrizione e del diritto al risarcimento del danno»;*
- Tribunale di Milano, sez. I civile, Sentenza 1654 del 16.02.2018: dopo aver enunciato l'applicabilità alla fattispecie della Legge 24/2017 nonché di quanto disposto ai sensi dell'articolo 7 in merito alla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria di natura extracontrattuale, salvo la sussistenza di un contratto con il paziente, accoglieva la domanda di quest'ultima nei confronti del medico in virtù della fornita prova in merito alla sussistenza del contratto, all'aggravamento della situazione patologica ed alla prova del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione del medico (secondo la regola del «*più probabile che non*»).

GLI ARTICOLI CHIAVE DEL CODICE CIVILE

- **Art. 2043 C.C.:** *«Qualunque fatto doloso, o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno»*
- **Art. 1176 C.C.:** *«Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata»*

Per la Corte di Cassazione 20216/2016 il professionista medio non è il professionista mediocre ma il bravo professionista

- **Art. 2236 C.C.:** *«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 colpa grave»*

CONSEGUENZE PRATICHE DELLE DIFFERENTI RESPONSABILITÀ

	STRUTTURA SANITARIA (1218 C.C.) Responsabilità contrattuale	MEDICO (2043 C.C.) Responsabilità extracontrattuale salvo la presenza di un contratto
Onere probatorio	L'attore deve provare il titolo (ossia deve provare il ricovero ospedaliero: il contratto), allegare l'inadempimento (l'aggravamento dello stato di salute) e provare il nesso causale.	L'attore deve provare tanto l'elemento oggettivo (condotta – evento – nesso di causa) quanto l'elemento soggettivo (dolo o colpa).
Prescrizione	L'azione si prescrive nel termine di 10 anni.	L'azione si prescrive nel termine di 5 anni.
Danni risarcibili	Danno emergente e lucro cessante nel limite di quanto prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione	Tutti i danni prevedibili o non prevedibili

«VOGLIO RIBADIRE CHE, CON QUESTA NUOVA NORMA, NON FACCIAMO ALTRO CHE INDIRIZZARE LA RICHIESTA RISARCITORIA DEI PAZIENTI VERSO IL SOGGETTO PIÙ 'FORTE', OSSIA GLI OSPEDALI E LE STRUTTURE SANITARIE» (CIT. FEDERICO GELLI)

ONERE PROBATORIO

- Ordinanza Cass. Civ. n. 7044 del 21.03.2018 (onere probatorio): *«(anche) in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza»;*
- Sentenza Cass. Civ. n. 3704 del 15.02.2018 (onere probatorio): *«Nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere dell'attore, paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento; tale onere va assolto dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova, che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del «più probabile che non», la causa del danno; se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere la causa del danno lamentato dal paziente rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata»*

OBBLIGHI ASSICURATIVI

Legge Gelli	Soggetto obbligato	Tutela	Ratio
Art. 10 comma 1	Struttura sanitaria	<ul style="list-style-type: none"> - RC verso terzi; - RC verso prestatori d'opera a qualunque titolo operanti; - Medici in libera professione intramuraria o convenzionati con il SSN - Responsabilità medica contrattuale (art. 7, comma 3) 	Fornire capienza economica all'azione del paziente/danneggiato limitando la spesa pubblica.
Art. 10 comma 2	Medico in libera professione	<ul style="list-style-type: none"> - Rc verso terzi (<u>colpa lieve e colpa grave</u>) 	Fornire capienza economica all'azione del paziente/danneggiato
Art. 10 comma 3	Medico a qualunque titolo operante all'interno della struttura sanitaria (<u>dipendenti e non</u>)	<ul style="list-style-type: none"> - <u>RC per colpa grave</u> 	Fornire capienza all'eventuale azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa (esperibili solo in caso di dolo o colpa grave)

REQUISITI MINIMI ASSICURAZIONE ARTICOLO 10, 6° COMMA LEGGE GELLI

Classe di rischio	Massimale	Requisiti minimi di garanzia	Condizioni generali

Dm Ministro dello sviluppo economico da emanare entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della Legge Gelli (L. 24 del 08.03.2017)



ART. 11 ESTENSIONE DELLA GARANZIA ASSICURATIVA DI R.C.

- Operatività temporale anche per eventi accaduti 10 anni antecedente alla conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza;
- Periodo di ultrattività della copertura entro i 10 anni dalla cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa, per fatti verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività.

QUANTUM RISARCITORIO

Legge Gelli	Soggetto obbligato	Criteri di quantificazione
Art. 7 comma 3	Esercente professione sanitaria «salvo che abbia agito nell'adempimento di una obbligazione contrattuale assunta con il paziente»	Nella quantificazione del danno il giudice deve tenere in considerazione: <ul style="list-style-type: none">- il grado di colpa del medico;- Conformità linee guida e/o buone pratiche;- Adeguatezza delle medesime.
Art. 7 comma 4	Struttura sanitaria / Assicurazione	Sussistenza di parametri oggettivi: Richiamo agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni

NOVITÀ PROCESSUALI

- ✓ art. 8 tentativo obbligatorio di conciliazione
- ✓ art. 9 azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa
- ✓ art. 12 azione diretta del soggetto danneggiato
- ✓ art. 13 obbligo di comunicazione all'esercente la professione

ART. 8 TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE

- In alternativa alla mediazione obbligatoria è prevista l'obbligatorietà del tentativo di **ATP conciliativo ex art. 696-bis c.p.c.**;
- Azione nei confronti della compagnia di assicurazione della struttura sanitaria, quest'ultima è litisconsorte necessaria
- La prescrizione dell'azione del danneggiato/paziente verso la compagnia di assicurazioni è pari a quella per l'azione verso il soggetto assicurato (10 anni per la struttura sanitaria; 5 anni per l'esercente la professione sanitaria)
- Obbligo in capo alla struttura sanitaria ed alla compagnia di assicurazione (della struttura e/o del medico in libera professione) di comunicazione all'esercente la professione sanitaria dell'inizio del procedimento nel termine di 45 giorni dalla notifica dell'atto introduttivo (medesimo obbligo per l'avvio delle trattative stragiudiziali)
- L'omissione, la tardività o l'incompletezza della comunicazione preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa

OBBLIGHI E CONSEGUENZE

Tutte le Parti
del procedimento
ex art. 696-bis

✓ Obbligo di partecipazione al
procedimento

SE NON

- Condanna alle spese di consulenza e di lite, a prescindere dall'esito del giudizio;
- Condanna in via equitativa ad una pena pecuniaria in favore della parte che è comparsa (*punitive damage*)

Compagnia di
assicurazioni

✓ Obbligo di formulazione di
una offerta di risarcimento
o comunicazione dei motivi
di mancata formulazione

SE NON

- ove il danneggiato risulti vittorioso in giudizio, il giudice trasmette copia della sentenza all'IVASS (applicazione dell'articolo 315 Codice delle Assicurazioni: rischio sanzione da 20.000 a 60.000 €)

ART. 12 AZIONE DIRETTA CONTRO LA COMPAGNIA DI ASSICURAZIONE

- *«Il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione (della struttura sanitaria e/o del medico)»*
- Obbligatorio il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 8
- *«Non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'articolo 10, comma 6»*
- Il soggetto assicurato è litisconsorte necessario
- La prescrizione dell'azione verso la compagnia di assicurazioni è pari a quella per l'azione verso il soggetto assicurato (10 anni per la struttura sanitaria; 5 anni per l'esercente la professione sanitaria); non si applica l'articolo 2952 c.c.

ORIENTAMENTI DEI TRIBUNALI

In un primo momento, in assenza del Decreto di cui all'articolo 10, comma 6, le corti ritenevano non esperibile l'azione diretta nei confronti della Compagnia di Assicurazioni:

- Trib. Venezia, sez. II civile, del 11,09,2017;
- Trib. Padova, sez. ricorsi, del 27.11.2017;

Successivamente, probabilmente alla luce della mancata emanazione del decreto ministeriale e sicuramente in virtù della clausola di salvezza con cui esordisce l'articolo 12, i Tribunali hanno iniziato ad approcciare un diverso orientamento, ammettendo l'azione diretta nei confronti della compagnia:

- Trib. Venezia, sez. II civile, del 18,01,2018
- Trib. Verona, sez. III civile, del 31.01.2018
- Trib. Verona, sez. III civile, del 10.05.2018

ART. 13 OBBLIGO DI COMUNICAZIONE

- Obbligo in capo alla struttura sanitaria ed alla compagnia di assicurazione (della struttura e/o del medico in libera professione) di comunicazione all'esercente la professione sanitaria dell'inizio del procedimento nel termine di 45 giorni dalla notifica dell'atto introduttivo (medesimo obbligo per l'avvio delle trattative stragiudiziali)
- L'omissione, la tardività o l'incompletezza della comunicazione preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa

ART. 9 AZIONE DI RIVALSA O DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

- Esperibile solo in caso di dolo o colpa grave del medico
- In caso di mancata partecipazione al giudizio dell'esercente la professione sanitaria azione esperibile soltanto a risarcimento avvenuto
- Termine di decadenza pari ad 1 anno
- **In caso di mancata partecipazione al giudizio dell'esercente la professione sanitaria la decisione non fa stato nel giudizio di rivalsa**
- In nessun caso la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria
- Nel giudizio di rivalsa e in quello di responsabilità amministrativa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o l'impresa di assicurazione

RESPONSABILITÀ DEL MEDICO NEI CONFRONTI DI

Struttura sanitaria/ assicurazione	A titolo di rivalsa (in caso di colpa grave: nel limite del triplo del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta o nell'anno immediatamente precedente o successivo)	Solo per dolo o colpa grave
Amministrativa	Danno erariale: solo se c'è <i>deminutio patrimoniale</i> (in caso di colpa grave: nel limite del triplo del retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguito nell'anno di inizio della condotta o nell'anno immediatamente precedente o successivo)	Solo per dolo o colpa grave

L'AZIONE DEL PAZIENTE/DANNEGGIATO OVE RIVOLTA SOLO NEI CONFRONTI DELLA STRUTTURA SANITARIA O DELLA COMPAGNIA DI ASSICURAZIONE LIMITA LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO AI SOLI CASI DI DOLO E COLPA GRAVE CON PRECISI LIMITI RISARCITORI.

OVE RIVOLTA ANCHE NEI CONFRONTI DEL MEDICO LA SUA RESPONSABILITÀ SI ESTENDE ANCHE ALLA COLPA LIEVE E NON VI SONO LIMITI RISARCITORI VERSO IL DANNEGGIATO.

IN CASO DI ACCOGLIMENTO

dell'azione contro la struttura **pubblica**

dell'azione contro la struttura **privata** o l'**assicurazione**

DIFFERENTI LIMITI DELLA RESPONSABILITA' DEL MEDICO

Resp. Amm.
c/o Corte dei Conti

Surroga assicurazione

Limite, solo in caso di colpa grave, pari al triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguito nell'anno di inizio della condotta o nell'anno immediatamente precedente o successivo

Rivalsa della struttura

Surroga assicurazione

Limite, solo in caso di colpa grave, pari al triplo del valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta o nell'anno immediatamente precedente o successivo

CAUSE DI ESCLUSIONE DELLA LIMITAZIONE DI RESPONSABILITÀ DEL MEDICO

- ✓ Condotta dolosa
- ✓ Esercente la professione sanitaria che ha svolto l'attività all'interno della struttura sanitaria in regime di libera professione
- ✓ Coloro che si sono avvalsi della struttura sanitaria nell'adempimento di una propria obbligazione contrattuale con il paziente

FONDO DI GARANZIA ARTICOLO 14

Casi di risarcimento del Fondo:

- danno di importo eccedente i massimali
- compagnia di assicurazione in stato di insolvenza o liquidazione coatta amministrativa
- assenza di copertura assicurativa della struttura sanitaria o dell'esercente la professione

In attesa di approvazione del regolamento ministeriale per definire (inviato all'esame delle Regioni il 22.05.2018):

- misura del contributo
- modalità di versamento
- modalità di intervento, funzionamento e il regresso del Fondo

Alimentato da un contributo annuale delle compagnie di assicurazione di RC medica

LEGGE 11 gennaio 2018, n. 3 introduce il nuovo comma 7-bis prevedendo che il Fondo assolva anche alla funzione di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa da parte degli esercenti la professione sanitaria in regime di libero-professionale

ART. 4 TRASPARENZA DEI DATI

- Comma 3°: *«Le strutture sanitarie pubbliche e private rendono disponibili, mediante pubblicazione nel proprio sito internet, i dati relativi a tutti i risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio, verificati nell'ambito dell'esercizio della funzione di monitoraggio, prevenzione e gestione del rischio sanitario (risk management)»*

NB: solo i risarcimenti già erogati, non le richieste pervenute e non ancora concluse

- Comma 2°: Obbligo per le strutture sanitarie pubbliche e private di fornire, su istanza degli interessati aventi diritto, la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente.

GRAZIE DELL'ATTENZIONE!



Mario Dusi
Avvocato in Milano e Monaco di Baviera

Milano – Corso di Porta Vigentina 35

Tel. (0039) 02 55188121

www.dusilaw.eu