Intervento al II Convegno nazionale di Medicina legale per la Pubblica Amministrazione

LA RESPONSABILITÀ CIVILE ED AMMINISTRATIVA IN AMBITO SANITARIO ALLA LUCE DELLA LEGGE GELLI – BIANCO

LA POSIZIONE DEL MEDICO LEGALE

di Alberto Avoli

Sommario: 1. Premessa. – **2.** La legge Gelli-Bianco e i medici legali. - **3.** La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. – **4.** La responsabilità della struttura sanitaria verso il paziente. – **5.** Il bilanciamento degli oneri probatori. – **6.** La discrezionalità del Giudice nella responsabilità civile. – **7.** La responsabilità amministrativa da rivalsa. – **8.** Le garanzie specifiche a tutela del personale sanitario. Esclusività della giurisdizione della Corte dei conti. – **9.** Le garanzie specifiche a tutela del personale sanitario. Limitazione del rischio professionale. – **10.** I presupposti dell'azione di responsabilità amministrativa da rivalsa. – **11.** La quantificazione e l'imputazione del danno. – **12.** I rapporti fra i giudicati civile, penale ed amministrativo. – **13.** Le misure interdittive.

1. Premessa.

La legge 8 marzo 2017 n. 24 si è proposta di dettare una organica disciplina "in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie".

Una norma importante, fortemente voluta dalle associazioni professionali dei sanitari per superare le lacune, vere o presunte, e le difficoltà interpretative che erano nate con la cosiddetta legge "Balduzzi".

La norma si è posta l'ambizioso obiettivo di assicurare ai pazienti la migliore qualità delle cure, come parte costitutiva del diritto alla salute costituzionalmente tutelato (art. 32 cost.), anche attraverso un sistema di responsabilità a carico degli operatori sanitari rispondente a parametri di equità e garanzia.

Il Legislatore ha correttamente intuito che la previsione di un regime di responsabilità equilibrato ("di garanzia") favorisce le buone pratiche mediche, contrastando gli incombenti rischi della medicina difensiva.

Il provvedimento tenta di dare, nel concreto, risposta a due problematiche di fondamentale importanza: la mole del contenzioso medico legale, che ha causato un aumento sostanziale del costo delle assicurazioni per professionisti e strutture sanitarie, e il richiamato fenomeno della medicina difensiva (con conseguenti prescrizioni ed interventi inappropriati effettuati al solo fine di evitare l'insorgere della responsabilità), fenomeno che, tra l'altro, ha avuto riflessi anche sull'utilizzo inappropriato delle risorse destinate alla sanità pubblica.

La legge nasce dopo le esperienze della legge Balduzzi (d.l. n. 158 del 13 settembre 2012 convertito nella legge 8 novembre 2012 n. 189 con modificazioni), con l'intento dunque di meglio chiarire i confini ed i parametri della responsabilità degli esercenti le attività sanitarie, sia con riferimento alla responsabilità civile da rivalsa (responsabilità amministrativa), sia con riferimento a quella penale.

I parametri che si confrontano sono – a prescindere dal dolo – il grado della colpa, l'imprudenza, l'imperizia e la negligenza.

Del resto, il diritto alla salute, ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione, assume nel sistema delle tutele una posizione ordinamentale di assoluta centralità ed una valenza di amplissima concreta portata. Tanto che la giurisprudenza costituzionale ne ha ravvisato uno zoccolo essenziale non comprimibile, che in qualche modo è idoneo a far regredire lo stesso principio di equilibrio dinamico di bilancio. La tutela dei livelli minimi di prestazione è altresì collegata al principio di uguaglianza ed, in questo contesto, finisce con l'andare ad inserirsi nel tema delle competenze regionali, tema che presenta un aspetto istituzionale (autonomie differenziate, autonomie trainanti) e un aspetto di fatto derivante dalla "leopardizzazione" della qualità dei servizi concretamente rese nei territori.

La legge Gelli Bianco, dunque, ha finito con l'assumere un rilievo ordinamentale primario, nel quale gli obiettivi principali della qualità delle prestazioni e del regime delle responsabilità hanno finito per estendere il proprio campo di azione, sino alla definizione delle politiche strategiche in materia sanitaria, ivi compresi gli aspetti di bilancio e di programmazione finanziaria.

2. La legge Gelli Bianco e i medici legali.

Una prima questione di ordine preliminare si pone per la esatta individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della legge.

In particolare, si è posto il problema se i medici legali possano ritenersi destinatari della speciale disciplina prevista in tema di responsabilità. E, ancora più in particolare, se possano fruire del regime agevolato nei confronti di tutti gli altri agenti pubblici propri della responsabilità amministrativa da rivalsa.

Il medico legale in genere – e quello pubblico in modo ancora più pregnante – è uno specialista che non finalizza il proprio intervento alla diagnosi e alla terapia, ma solo ed esclusivamente a porre in essere valutazioni circa situazioni sanitarie esistenti. Egli può esprimere valutazioni sulla condotta medica preesistente e normalmente definisce conclusioni conseguenti al quesito che gli è stato sottoposto.

Orbene, una rigorosa lettura della norma porterebbe ad escludere i medici legali dalla applicazione delle norme della legge Gelli Bianco. Se ad esempio una relazione medico legale attesta uno stato di inabilità inesistente, non sussistono ragioni per non fare rientrare la fattispecie nelle regole generali della responsabilità penale ed ancora di più di quella amministrativa di rivalsa, dove, in ogni caso, già opera il parametro di salvaguardia generale della colpa grave.

In vero, al primo comma dell'articolo 5 si accenna anche ai medici legali: "Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale si attengono, salvo le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida….".

Tuttavia, l'inserimento della medicina legale nel testo della legge sembra voler solo dire che nella attività valutativa e certificativa propria dei medici legali essi debbono valorizzare le linee guida, esprimendosi sulla idoneità delle condotte terapeutiche poste in essere. Senza con questo diventare destinatari diretti del regime di responsabilità della Gelli Bianco.

In altre parole, i medici legali non sono direttamente destinatari della legge in argomento. Tuttavia, nell'attività lavorativa, essi debbono valorizzare il rispetto delle linee guida.

Naturalmente, il problema si pone quando il processo valutativo del medico legale riguarda condotte terapeutiche e non già stati personali a rilevanza nosologica.

In tali casi, se per il medico curante è già difficile adeguare la propria scelta terapeutica alle prescrizioni delle linee, per il medico legale il riscontro di conformità (necessariamente *ex post* e tendenzialmente documentale) appare doppiamente critico.

La stessa giurisprudenza, con i suoi postulati astratti, riesce a fornire indicazioni univoche, facilmente riferibili ai casi concreti.

Consapevole del ruolo centrale nel processo giurisdizionale dell'accertamento affidato ad un esperto, il legislatore della riforma, poi, ha ridefinito anche il ruolo e la natura della consulenza tecnica e della perizia.

L'art. 15 della legge Gelli-Bianco, stabilisce che "Nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi… ".

In questo modo si sostanzia, come affermato dal Consiglio Superiore della Magistratura, la garanzia di un collegamento tra sapere giuridico e sapere scientifico, necessario per consentire al giudice di espletare in modo ottimale la funzione di controllo logico razionale dell'accertamento peritale.

Nelle controversie che hanno per oggetto la responsabilità sanitaria, il giudice si trova generalmente nella necessità di essere assistito da un esperto che gli fornisca la regola tecnica di giudizio a lui ignota, così da poter valutare, *sub specie juris*, i fatti accertati. Ed è il possesso non già di una competenza qualunque ma di una

competenza tecnica particolare che fa del Consulente Tecnico d'Ufficio (CTU) o del perito, "l'occhiale del giudice" per usare l'espressione del giurista Calamandrei, colui che lo aiuta a vedere oltre le proprie conoscenze personali.

Resta significativo che la norma abbia sottolineato, almeno in linea tendenziale, l'opportunità del principio di collegialità nell'attività medico-legale e consulenziale.

Il processo valutativo del medico legale assume, dunque, una funzione ancora più delicata quando si inserisce in un percorso giurisdizionale.

Il medico legale, infatti, in tali casi, può orientare in modo determinante la stessa decisione del Giudice.

Rispetto alle linee guida, il medico legale deve tenere conto che esse non configurano un insuperabile "letto di Procuste", dove essere nel letto di Procuste significa doversi adattare forzatamente ad una situazione molto difficile, con sacrificio e dolore.

Le linee guida, invece, debbono considerarsi come uno strumento di valutazione qualificato della condotta terapeutica del medico, suscettibile peraltro di essere superata dalle cento variabili del caso concreto.

Una sorta di presunzione semplice di condotta terapeutica corretta, ampiamente suscettibile di prova contraria.

Di norma, una condotta conforme alle linee guida è diligente, mentre una condotta difforme dalle linee guida è negligente o imprudente. Ma ciò non impedisce che una condotta difforme dalle linee guida possa essere ritenuta diligente, se, nel caso di specie, esistevano particolarità tali che imponevano di non osservarle (ad esempio, nell'ipotesi in cui le linee guida prescrivevano la somministrazione di un farmaco verso il quale il paziente abbia una conclamata intolleranza). Per la medesima ragione, anche una condotta conforme alle linee guida potrebbe essere ritenuta colposa (ad esempio nel caso di intervento con copertura anestetica in paziente non in grado di subirla).

3. La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Il sistema delle responsabilità degli "esercenti le professioni sanitarie" si articola nella responsabilità penale, in quella civile verso terzi e, infine, in quella amministrativa di rivalsa.

In particolare:

a) La responsabilità penale personale del medico e dell'esercente le professioni sanitarie , con riferimento in particolare alla nuova formulazione dell'articolo 590 sexies del codice penale (responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, per cui qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto").

b) La responsabilità civile in favore del paziente, il quale può rivolgersi direttamente alla struttura sanitaria oppure al medico per ottenere il risarcimento. Con maggiore frequenza si rivolge alla struttura sanitaria maggiormente capiente in caso di condanna, e che si avvale di copertura assicurativa.

c) La responsabilità amministrativa di rivalsa dell'amministrazione a carico del medico, per il danno da questi cagionato in conseguenza degli importi liquidati al paziente non coperti dall'assicurazione per superamento del massimale o per franchigia.

A prescindere dalle ipotesi dolose (che comunque coinvolgono unicamente la responsabilità penale), l'elemento caratterizzante la "censurabilità" della condotta è costituito dalla "colpa", parametrata sia al grado di intensità (colpa grave e colpa lieve), sia ai riferimenti qualificativi della condotta medesima (imprudenza, imperizia e negligenza).

In sostanza, sia pure con alcune differenze, l'imprudenza, l'imperizia e la negligenza assumono il ruolo di "misuratori" della correttezza della condotta terapeutica.

Ove per negligenza si intende la condotta del medico non osservante delle regole terapeutiche alle quali occorreva attenersi (quindi, alle linee guida ovvero alle buone pratiche sanitarie in quanto applicabili al caso specifico); per imperizia la condotta tenuta con sprovvedutezza dovuta a mancanza di adeguata preparazione; per imprudenza la condotta del sanitario che ha posto in essere misure terapeutiche contrarie a quelle corrette.

Il presente studio è incentrato sulla responsabilità civile verso terzi e sulla responsabilità amministrativa da rivalsa.

Per quanto riguarda la responsabilità penale, un brevissimo cenno.

Di fondamentale importanza si palesa la lettura della sentenza n. 8770/17 della Suprema Corte di Cassazione che ha dettato il seguente principio.

L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte e lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica se l'evento si è verificato per colpa anche lieve da negligenza o imprudenza; se l'evento si è verificato per colpa anche lieve da imperizia nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione dell'atto medico quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee guida o , in mancanza, dalle buone pratiche clinico assistenziali; nell'ipotesi di errore rimproverabile nella individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche che non risultino adeguate alla specificità del caso, fermo restando l'obbligo del medico di disapplicarle quando la specificità del caso renda necessario lo scostamento da esse. Se l'evento si è verificato per colpa soltanto grave da imperizia nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione, quando il medico, in detta fase, abbia comunque scelto d rispettare le linee guida o, in mancanza, le buone pratiche che risultano adeguate o adottate al caso concreto, tenuto conto altresì del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà dell'atto medico.

Un esempio di condanna penale per il reato di omicidio colposo da esercizio di attività sanitaria è dato dalla sentenza di seguito evidenziata (art. 589 cp).

Il **pediatra** non può rinviare la visita domiciliare ad un suo paziente e, una volta effettuata, non può non riconoscere i segni e sintomi di una violenta infezione in atto, omettendo di indirizzare il paziente al pronto soccorso per tutti gli

accertamenti diagnostici e strumentali di laboratorio, come da raccomandazioni contenute nelle linee guida adeguate al caso di specie.

È quanto emerge dalla sentenza della Quarta Sezione Penale della Corte di Cassazione del 23 gennaio 2019, n. 3206.

Entrando nell'argomento, deve intanto essere evidenziato che, ai fini che ci occupano, tre sono i soggetti la cui posizione deve essere analizzata anche nei reciproci rapporti.

Gli interrogativi che si pongono riguardano allora la qualificazione del rapporto tra medico e struttura sanitaria, fra medico e paziente e fra struttura sanitaria e paziente.

Dunque, innanzi tutto occorre partire dalla qualificazione del rapporto che intercorre fra la struttura sanitaria ed il paziente, qualificazione indispensabile nell'ambito della responsabilità civile.

Più in generale, tuttavia, questa qualificazione è importante perché delinea i rapporti intercorrenti nell'ambito sanitario e costituisce il quadro di riferimento per instradare i modelli di organizzazione del servizio sanitario, inteso nel senso più ampio del termine.

Sono pochi i temi che, nell'ultimo decennio, hanno catturato l'attenzione degli interpreti e degli operatori pratici del diritto e tra questi vi è quello della natura della responsabilità della struttura sanitaria.

Quanto alla responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata, la legge si riporta al consolidato orientamento che ne sancisce la natura contrattuale (art. 7 comma 1).

In questo modo, la legge non si discosta dalla consolidata giurisprudenza secondo la quale "l'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza medico ospedaliera […] comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità, in base al quale essa era tenuta ad una prestazione complessa, che non si esauriva nella effettuazione delle cure mediche […], ma si estendeva ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione del personale medico e paramedico (del cui fatto doveva poi rispondere), di

medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere" (cfr. Cass. n. 10630/2012).

La giurisprudenza ha precisato che "l'ospedale risponde a titolo contrattuale dei danni patiti dal paziente, per fatto proprio, ex art. 1218 c.c. […] ovvero per fatto altrui, ex art. 1228 c.c., ove fossero dipesi dalla colpa dei sanitari di cui l'ospedale si avvaleva", indipendentemente dalla tipologia contrattuale che legava il medico alla struttura sanitaria e indipendentemente dalla natura pubblica o privata di quest'ultima (cfr. Cass. n. 8826/2007 e 6318/2000).

Sotto questo aspetto, la legge non si discosta dall'orientamento dominante, limitandosi a precisarne l'applicabilità anche alla libera professione intramuraria, alla telemedicina, all'attività di sperimentazione e di ricerca clinica ed al "regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale", conformemente ai principi espressi dalla Suprema Corte.

La struttura sanitaria risponde dunque nei confronti del paziente a titolo di responsabilità contrattuale, a copertura delle condotte dei propri operatori caratterizzate da condotte censurabili.

Un'importante recente sentenza della Suprema Corte è intervenuta ampliando lo spettro di copertura della responsabilità delle strutture.

Con la sentenza n. 13246 pubblicata in data 16 maggio 2019 le Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione hanno affermato che lo Stato o l'ente pubblico risponde civilmente del danno cagionato a terzi dal fatto penalmente illecito del dipendente anche quando questi abbia approfittato delle sue attribuzioni ed agito per finalità esclusivamente personali od egoistiche ed estranee a quelle dell'amministrazione di appartenenza, purché la sua condotta sia legata da un nesso di occasionalità necessaria con le funzioni o poteri che il dipendente esercita o di cui è titolare.

In altri termini, lo Stato o l'ente pubblico risponde civilmente del danno cagionato a terzi dal fatto penalmente illecito del dipendente anche quando la condotta illecita dannosa e, quale sua conseguenza, il danno ingiusto a terzi non sarebbero stati possibili, in applicazione del principio di causalità adeguata e in base ad un giudizio controfattuale riferito al tempo della condotta, senza l'esercizio di

quelle funzioni o poteri che, per quanto deviato, abusivo od illecito, non ne integra uno sviluppo oggettivamente anomalo.

4. La responsabilità della struttura sanitaria verso il paziente.

La qualificazione del rapporto fra medico e paziente presenta aspetti molto complessi.

Una curiosità storica. In epoca medioevale i pazienti che si recavano presso i rari Ospedali pubblici, solitamente religiosi, talora comunali o di confraternite corporative e assistenziali, dovevano pagare le prestazioni anticipatamente. Anche con i medici privati del resto questa era la regola.

Fermo restando che il rapporto fra paziente e medico libero professionista ha natura contrattuale, occorre approfondire quello intercorrente fra paziente e medico di struttura sanitaria.

Un passaggio fondamentale è avvenuto nel 1999, con una importante sentenza della Corte di Cassazione, che ha iniziato il percorso di definitivo abbandono della responsabilità extracontrattuale.

Nel 1999 la Corte di cassazione ha, infatti, affermato il principio che l'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente non fosse fondata su un contratto vero e proprio, ma su un "contatto sociale" tra medico e paziente e avesse, quindi, natura contrattuale.

Ciò con la conseguenza che i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione fossero quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale.

Secondo la Cassazione, l'obbligazione del medico per responsabilità professionale sorgeva da un rapporto contrattuale di fatto con il paziente, da un “contatto sociale” avvenuto tra essi, da cui non derivava un “obbligo primario di prestazione”, ma esclusivamente “obblighi di comportamento di varia natura” diretti a garantire che fossero tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in

occasione del contatto stesso, la cui violazione configurava un autonomo titolo dell'obbligazione risarcitoria.

In sostanza, secondo la Cassazione, poiché sul medico gravavano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professava, quando egli entrava in contatto con un paziente, pur non essendo tenuto ad uno specifico obbligo di prestazione, nasceva un vincolo, a cui si ricollegavano obblighi di comportamento di varia natura, la cui violazione si configurava come *culpa in non faciendo*, idonea a dare origine a responsabilità contrattuale.

Quanto alla ripartizione dell'onere probatorio, la giurisprudenza riteneva che incombesse sul professionista, che invocava il più ristretto grado di colpa di cui all'art. 2236 c.c., provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e che, quindi, il risarcimento dei danni fosse limitato ai soli casi di dolo o colpa grave, mentre incombeva al paziente danneggiato provare quali fossero state le modalità di esecuzione ritenute inidonee (Cass. 4 febbraio 1998 n. 1127; Cass. 3 dicembre 1974 n. 3957).

Per oltre dieci anni, la qualificazione della responsabilità del medico dipendente nei termini indicati dalla sentenza n. 589/1999 non è mai stata messa in discussione.

Tuttavia, l'incerta formulazione dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi, ha provocato notevoli incertezze interpretative, ingenerando un contrasto tra i fautori della teoria extracontrattuale ed i sostenitori della tradizionale ricostruzione della responsabilità in senso contrattuale.

Di fronte a tali incertezze ricostruttive, la legge "Gelli" ha l'indubbio merito di chiarire che l'esercente la professione sanitaria che svolga le proprie mansioni all'interno di strutture sanitarie pubbliche o private "risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile".

Rispetto alla "legge Balduzzi", dunque, la legge Gelli non si limita ad effettuare un riferimento all'art. 2043 c.c., ma identifica con precisione il regime di responsabilità applicabile, con tutto ciò che ne consegue sia a livello di regime prescrizionale quinquennale (cfr. art. 2947 c.c.) anziché decennale (cfr. art. 2946 c.c.), che di ripartizione degli oneri probatori.

L'obiettivo della legge Gelli-Bianco è quello di canalizzare il contenzioso verso le strutture, che costituiscono il soggetto maggiormente in grado di porre in essere le misure organizzative più efficaci ed efficienti in funzione preventiva e che certamente fornisce le migliori garanzie di solvibilità.

Dunque, è possibile attualmente delineare il seguente quadro: fra struttura sanitaria e paziente esiste un vincolo contrattuale, mentre fra medico della struttura sanitaria e paziente si configura un vincolo sostanzialmente extracontrattuale.

La coerenza sistematica di tale soluzione normativa ingenera non poche perplessità, pur dovendosi ammettere il valore della "*ratio*" informatrice.

Infatti, il comprensibile obiettivo della norma è quello di canalizzare il contenzioso verso le strutture sanitarie, lasciando indenni gli operatori sanitari.

E ciò anche nell'interesse dei pazienti, data la maggiore solvibilità delle strutture sanitarie.

Si delinea, dunque, un quadro particolarmente articolato e complesso in cui, a fronte di un unico fatto generatore di responsabilità, possono sussistere diversi titoli di responsabilità.

La divaricazione dei regimi di responsabilità presenta tutte le fragilità di una scelta normativa in qualche modo "ideologica" volta a salvaguardare il medico dalle iniziative giudiziarie dirette. Intento lodevole e condivisibile, ma all'evidenza molto debole sotto il profilo sistematico.

Né mancheranno spazi nei quali si incuneeranno dubbi e problemi interpretativi.

Ad esempio, una criticità è quella di conciliare la responsabilità extracontrattuale dell'esercente la professione sanitaria con l'eventualità che quest'ultimo sia legato al paziente da un pregresso rapporto contrattuale.

Si pensi al caso in cui il paziente scelga di ricoverarsi in una determinata struttura sanitaria in virtù del fatto che presso quest'ultima svolga la propria attività il proprio medico di fiducia (e, magari, proprio su indicazione del medesimo).

In questi casi, anche senza misconoscere i compiti e le connesse responsabilità della struttura, quest'ultima è sostanzialmente lo strumento di cui si avvale il medico per l'effettuazione della prestazione, anziché, com'è di regola, il contrario.

In tali circostanze, la scelta, operata dalla legge, di applicare il regime della responsabilità contrattuale alla struttura e quello aquiliano al medico sarebbe apparsa quantomeno contraddittoria.

Da questo punto di vista, il testo approvato in via definitiva dal Parlamento ha senza dubbio il pregio di chiarire che l'applicazione del regime della responsabilità aquiliana è subordinata all'inesistenza di una previa "obbligazione contrattuale assunta con il paziente".

La logica astrattamente "funziona".

Nei fatti, nelle singole vicende, i confini delle certezze sono estremamente più sfumati e le varie tipologie di responsabilità insistenti sul medesimo evento (errore terapeutico) finiscono con il sovrapporsi e il confondersi (responsabilità contrattuale fra struttura e paziente, responsabilità extracontrattuale fra medico della struttura sanitaria e paziente, responsabilità contrattuale fra medico e paziente nell'ipotesi di scelta del sanitario all'interno della struttura).

5. Il bilanciamento degli oneri probatori.

Particolarmente significativi sono i riflessi sul riparto degli oneri probatori conseguenti alla qualificazione tipo e alla logica della responsabilità, con riferimento al rapporto fra struttura sanitaria e paziente.

Con l'**ordinanza n. 7044**, depositata in data **21 Marzo 2018**, la Suprema Corte torna ad occuparsi del corretto riparto dell'onere della prova in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, confermando il principio per cui il paziente, che agisce in giudizio per il risarcimento del danno da colpa medica, ha l'onere di provare il nesso di causalità tra la malattia, il suo aggravamento ovvero la nuova patologia e la condotta commissiva o omissiva dei medici.

Una volta provato l'anzidetto nesso di causalità, spetta alla struttura sanitaria provare che la prestazione medica dovuta risultava impossibile per causa alla stessa non imputabile ovvero che l'inadempimento è stato causato da una evenienza imprevedibile, oltre che inevitabile, con la comune diligenza.

In sostanza, la Cassazione ha affermato il principio per cui 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'evento e l'azione o l'omissione dei sanitari; 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.

In tema di onere probatorio, quindi, nei giudizi di responsabilità medica, è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", causa del danno.

Particolare interesse hanno suscitato le pronunce con riferimento al caso, sempre più frequente, del cd. danno da nascita indesiderata, è stato stabilito come il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza – ricorrendone le condizioni di legge – ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite "*praesumptio hominis*", in base ad inferenze desumibili dagli elementi di prova, come il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale.

In sintesi, nel sinallagma contrattuale, spetta al paziente provare il nesso di causalità fra condotta terapeutica ed evento, mentre incombe sulla struttura sanitaria la prova dell'avvenuto adempimento e della correttezza della condotta.

In concreto, il paziente danneggiato deve provare l'esistenza del rapporto e la verificazione dell'evento (quale insorgenza e/o aggravamento di patologia), allegando un inadempimento della struttura anche solo ipoteticamente idoneo a provocare il danno lamentato.

La struttura, a sua volta, deve dimostrare che tale adempimento non vi sia stato, ovvero che, in ogni caso, non è stato eziologicamente rilevante.

Peraltro, il tradizionale schema del riparto dell'onere della prova sembra in parte superato al cosiddetto principio di "vicinanza della prova", di elaborazione giurisprudenziale.

Infatti, fermo restando che spetta comunque al paziente provare il nesso di causalità fra la condotta terapeutica e l'evento, e fermo restando che compete alla struttura sanitaria la giustificazione dell'invocato inadempimento, la Suprema Corte, in ragione delle obiettive difficoltà sostanziali richieste dal rispetto di tale schema, ha posto l'attenzione sulla "vicinanza della prova".

In virtù di tale principio, risulta onerato il soggetto che, al di là della propria posizione formale insita nel rapporto vincolistico contrattuale, ha la disponibilità effettiva dell'elemento probatorio, documentale o meno. Tanto in applicazione del principio di buona fede e di lealtà negoziale, in base ai quali un soggetto deve fornire tutti gli elementi probatori a disposizione, quand'anche a lui sfavorevoli.

In concreto, l'onere della prova deve essere ripartito tenuto conto della possibilità per la struttura sanitaria e per il paziente di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di conoscenza, tenuto conto che risulta più agevole gravare dell'onere probatorio la parte alla quale è più vicino il fatto da provare.

Emerge, quindi, un quadro ordinamentale nel quale i fattori sistemativi sono piegati alle esigenze di "giustizia sostanziale" o di "effettività della tutela".

Quindi, non solo la divaricazione dei regimi di responsabilità collegati al medesimo evento (contrattuale per il paziente verso la struttura sanitaria ed extracontrattuale verso il medico), ma anche un sistema di onere della prova condizionato dal "principio di vicinanza".

Orbene, si ritiene che il transito alla responsabilità extracontrattuale non sia in grado *sic et simpliciter* di eliminare il meccanismo presuntivo creato dalla giurisprudenza.

Deve ritenersi, quindi, ancora operante il principio secondo il quale, "pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge sino alla necessità di enucleare ed indicare gli specifici e peculiari aspetti tecnici di

responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto dagli esperti del settore" (cfr. Cass. n. 9471/2004).

Diversamente opinando, si finirebbe per gravare il richiedente di un onere supplementare, quanto inammissibile, quale quello di richiedere, sempre e comunque, un accertamento tecnico preventivo onde supportare l'atto introduttivo del giudizio delle necessarie connotazioni tecnico-scientifiche.

È, dunque, sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengano essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non-professionista che, espletando, peraltro, la professione di avvocato, conosca (o debba conoscere) l'attuale stato dei possibili profili di responsabilità del sanitario (…)".

6. La discrezionalità del Giudice nella responsabilità civile.

Per quanto riguarda i parametri per l'accertamento della colpa civile, la legge non presenta spunti di novità particolarmente significativi rispetto all'assetto previgente, lasciando alla giurisprudenza ampi margini di discrezionalità.

Va comunque sottolineato che la forbice di autonomia decisionale del Giudice è fortemente condizionata dall'intervento di consulenti tecnici e di medico legali, il cui contributo valutativo si palese quasi sempre determinante.

Infatti, sul piano della responsabilità civile, il legislatore ha concentrato il proprio interesse su differenti profili, quali quello della natura della responsabilità e, sotto altro versante, dei meccanismi processuali (consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite e azione diretta del soggetto danneggiato) e assicurativi.

Per quanto riguarda la quantificazione del danno risarcibile, la legge in commento non si discosta dalle soluzioni percorse dalla legge Balduzzi.

Al riguardo, l'art. 3 comma 1 del D.L. 158/2012, conv. in L. n. 189/2012 prevedeva che il giudice avrebbe dovuto tener conto, "anche nella determinazione del risarcimento del danno", della condotta dell'esercente la professione sanitaria che,

nello svolgimento della propria attività, si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

E la medesima disposizione è contenuta nella legge Gelli Bianco all'art. 5, comma 1.

Il rispetto delle linee guida, dunque, non viene preso in considerazione solo al fine di accertare la colpa ma, nel caso in cui, nonostante il rispetto delle linee guida, una colpa sussista, anche nella quantificazione del danno risarcibile.

Tenuto conto delle specificità dell'attività sanitaria, questa scelta legislativa sembra ragionevole e si giustifica in un'ottica di ripartizione dei rischi che sono insiti tra gli attori (sanitari e pazienti) che vi sono coinvolti.

Resta il problema dell'assenza di parametri normativi da utilizzare per tradurre in termini pecuniari la maggiore o minore colposità della condotta medica ai fini della quantificazione del risarcimento.

A fronte di una quantificazione del danno effettuata in applicazione dell'art. 1223 c.c., pertanto, pare che il giudice non possa che effettuare un abbattimento del *quantum respondeatur* in termini meramente equitativi, aprendo peraltro la strada ad una serie infinita di contenziosi dovuti all'amplissima discrezionalità di cui gode il Giudice, con conseguente incertezza del diritto e difficoltà a formulare (ed a valutare) offerte transattive.

L'art. 7 comma 3 della legge impone al giudice di tenere conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria, senza peraltro qualificare tale potere in senso necessariamente riduttivo (diversamente da quanto previsto, in caso di giurisdizione della Corte dei Conti, dall'art. 52 del R.D. 12 luglio 1934 n. 1214 e dall'art. 1 comma 1 bis della L. 14 gennaio 1994 n. 20).

Se è fuori dubbio che il giudice possa esercitare siffatto potere in un'ottica riduttiva, alla luce del dato testuale non si può escludere l'ipotesi inversa, in cui egli potrebbe valutare negativamente, ai fini della quantificazione del danno, la condotta dell'esercente la professione sanitaria, vuoi perché questi abbia colposamente omesso di attenersi alle linee guida, vuoi perché abbia, altrettanto colposamente, applicato le stesse.

L'art. 5 comma 1 della legge, infatti, stabilisce che l'esercente la professione sanitaria si attenga, salve le specificità del caso concreto, alle linee guida ed alle buone pratiche; l'art. 590 sexies c.p., a sua volta, sancisce che la punibilità è esclusa in caso di applicazione delle linee guida e delle buone pratiche, purché adeguate alle specificità del caso concreto; l'art. 7 comma 3, infine, prevede che il giudice valuti la condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi delle richiamate norme.

La legge, dunque, guarda in maniera neutra al rispetto delle linee guida; la loro osservanza può essere un elemento da prendere in considerazione favorevolmente, consentendo al convenuto di dimostrare l'assenza di colpa o la non imputabilità dell'inadempimento ovvero, in caso di responsabilità, quantomeno di ottenere una condanna più lieve; allo stesso tempo, tuttavia, la loro inosservanza, oppure anche la loro osservanza colposa (tant'è che la legge precisa che sono fatte salve le specificità del caso concreto), può essere, viceversa, un elemento negativo per il danneggiante.

Egli, infatti, potrà essere condannato, oppure potrà essere condannato in maniera più severa.

In tali casi, dunque, il giudice potrebbe paradossalmente liquidare una somma più elevata, avente carattere *lato sensu* sanzionatorio, rispetto a quella derivante dall'applicazione dell'art. 1223 c.c..

Né tale ricostruzione potrebbe essere tacciata di contrasto con i noti principi in materia di danno punitivo.

Il danno punitivo – giova ricordarlo – è un istituto di origine anglosassone fondato sul concetto che il danneggiato possa ottenere un risarcimento ulteriore rispetto a quello strettamente necessario a ristorare il pregiudizio subito. Spetta quando si dimostri che l'azione del danneggiante sia stata posta in essere con dolo o con colpa grave e per tale ragione unisce in sé la funzione risarcitoria a quella punitiva.

Dopo un lungo periodo di resistenza giurisprudenziale, il danno punitivo ha fatto definitivamente ingresso nel sistema giuridico italiano con la sentenza delle Sezioni riunite della Corte di Cassazione n. 16601 del 5 luglio 2017. È forse ancora

presto per dichiarare superato il carattere monofunzionale della responsabilità civile, ma il percorso sembra irreversibilmente tracciato.

7. La responsabilità amministrativa da rivalsa.

La responsabilità per rivalsa nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie rientra nel "*genus*" della responsabilità amministrativa, ovvero della responsabilità dei pubblici agenti che con dolo o colpa grave abbiano causato un danno al pubblico erario. Ove nel concetto di pubblici agenti rientrano tutti coloro che si trovano in un rapporto di servizio con l'amministrazione, fermo restando che i confini del rapporto di servizio sono ben più ampi rispetto a quelli del pubblico impiego.

Nell'art. 9 della legge Gelli viene infatti trattato e regolato uno degli aspetti nodali della riforma, concernente, come precisato nella rubrica del medesimo articolo, l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa esperite, a seguito di una pronuncia di condanna della struttura sanitaria o socio-sanitaria o di un'intervenuta transazione stragiudiziale, nei confronti del soggetto che abbia cagionato il danno al paziente risarcito.

Si tratta di una norma che non può essere analizzata separatamente dal disegno complessivo di riforma attuato dalla legge in quanto essa è parte integrante degli obiettivi prioritari che la nuova regolamentazione della responsabilità sanitaria si prefigge di conseguire.

Non si può prescindere, dunque, dall'apprezzabile punto di equilibrio che la legge di riforma mira a realizzare attraverso il contemperamento dei principi che permeano l'esercizio dell'attività sanitaria: da un lato, il diritto del paziente ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettato come persona; dall'altro l'autonomia e la responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle evidenze scientifiche e sperimentali che sono state conseguite.

La definizione dei limiti all'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa del medico costituisce un tassello di primaria importanza nell'economia del sistema, che deve rispettare due esigenze contrapposte: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste "rappresaglie" da parte del cliente in caso

di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del sanitario.

Come già evidenziato, nel perseguire tali obiettivi, la disciplina introdotta dalla riforma mira, inoltre, ad evitare il rischio di una diffusione del fenomeno della c.d. "medicina difensiva", con conseguenti prescrizioni ed interventi inappropriati effettuati al solo fine di evitare l'insorgere della responsabilità, senza che ciò tuttavia impedisca di agire nei confronti del sanitario nelle ipotesi in cui vi sia stata comunque una condotta causativa di un danno al paziente che meriti di essere perseguita.

La struttura sanitaria solitamente ha una idonea copertura assicurativa che le consente di far fronte ai danni civili causati nella gestione terapeutica dei suoi medici e dal suo personale sanitario.

Tuttavia, la struttura sanitaria può, in determinate circostanze, essere chiamata essa stessa, a valere sul proprio bilancio, a corrispondere delle spese risarcitorie. Ciò, ad esempio, accade per le somme di condanna eccedenti le coperture assicurative e per la corresponsione degli impianti di franchigia.

In tali casi – con la liquidazione degli importi – diventa attuale il corrispondente danno erariale indiretto, per il quale gli esercenti le professioni sanitarie rispondono avanti alla Corte dei conti a titolo di responsabilità da rivalsa, ovvero di responsabilità amministrativa, in virtù del rapporto di servizio fra sanitari ed amministrazione di appartenenza.

Il danno erariale è quasi sempre indiretto, in quanto ha come presupposto una intervenuta condanna giudiziale della struttura, ovvero (più di rado) un accordo transattivo.

La struttura pubblica, divenuto attuale il danno erariale con la liquidazione di somme risarcitorie o ad altro titolo comunque collegato alla non corretta gestione terapeutica, ha l'obbligo di attivare la procedura di rivalsa nei confronti del personale sanitario coinvolto.

La rivalsa è, dunque, obbligatoria ed ha come finalità quella di conseguire il ristoro del danno subito.

Le strade che la struttura può intraprendere per la rivalsa sono tre: quella amministrativa, attraverso la quale il ristoro avviene spontaneamente a cura del sanitario ovvero attraverso il meccanismo delle trattenute stipendiali; quella giudiziale davanti al Giudice civile, una vera e propria azione ordinaria di risarcimento del danno avvalendosi delle regole del codice civile; quella giurisdizionale davanti alla Corte dei conti a titolo di responsabilità amministrativa.

Peraltro, nelle ipotesi di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, il legislatore ha introdotto una norma dal forte connotato innovativo, precludendo all'amministrazione (struttura sanitaria) l'azione civile davanti al Giudice ordinario.

In sostanza, nella legge Gelli Bianco si trova normato il principio della esclusività della giurisdizione della Corte dei conti in tema di azione di rivalsa, principio che, in precedenza, era stato più volte evocato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sia costituzionale che di cassazione.

A supporto della tesi che esclude per le amministrazioni pubbliche l'azione di rivalsa diretta nei confronti dell'esercente la professione sanitaria si possono trarre significative conferme nel passaggio dai lavori parlamentari al testo definitivo poi approvato dal Parlamento.

Infatti, l'art. 9, comma 5 del ddl n. 2224, nel testo approvato dalla Camera dei Deputati, prevedeva, infatti, che "in caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica" l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria avrebbe dovuto essere esercitata dinnanzi al giudice ordinario con espressa esclusione della giurisdizione della Corte dei Conti.

Nella formulazione del testo poi modificato nei successivi passaggi parlamentari era dunque chiaro l'intento del legislatore di assimilare l'azione di rivalsa esperibile dalle strutture pubbliche a quella delle strutture private e di accomunare tali azioni anche sotto il profilo della giurisdizione, attribuita in entrambi i casi al giudice ordinario.

Le modifiche apportate nel testo definitivo sono in grado di dirimere il dubbio esposto, contenendo anzi l'espressione di un importante principio innovatore a valenza sistematica.

Recita infatti testualmente il comma quinto: "In caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica … l'azione di responsabilità amministrativa per dolo o per colpa grave nei confronti dell'esercente la professione sanitaria è esercitata dal pubblico ministero presso la Corte dei conti….".

Tale norma, funzionalmente collocata nell'ambito dell'articolo 9, afferma, dunque, con chiarezza il principio di esclusività dell'azione di responsabilità contabile rispetto ad una eventuale azione di rivalsa dell'amministrazione davanti al Giudice civile.

Come già evidenziato, alla esclusività va anche necessariamente correlata l'obbligatorietà dell'azione.

La legge Gelli Bianco ha attraversato il Rubicone, facendo compiere all'ordinamento un significativo passo in funzione della certezza del diritto.

Del resto, la scelta normativa sia palesa coerente con le finalità garantite dalla legge medesima.

Infatti, il regime processuale e sostanziale che ispira la responsabilità amministrativa assicura maggiori tutele al personale sanitario coinvolto: dalla contestazione preliminare attraverso l'invito a dedurre al cosiddetto potere riduttivo dell'addebito, dalla valorizzazione degli eventuali vantaggi conseguiti dall'Amministrazione alla intrasmissibilità ereditaria dell'obbligazione pecuniaria, dalla suddivisione del danno in quote personali di addebito nell'ipotesi frequente di concorso) ad un pregnante regime nella determinazione della gravità della colpa.

Dal principio di esclusività della giurisdizione contabile e di obbligatorietà dell'azione di rivalsa discende che la struttura sanitaria deve segnalare alla competente Procura regionale della Corte dei conti tutti i casi in cui ha disposto la liquidazione di somme comunque correlate ad una non corretta gestione degli interventi terapeutici.

Quindi, in conclusione, dalla legge si desume l'esclusività della giurisdizione contabile, l'obbligatorietà dell'azione di rivalsa e l'obbligatorietà della segnalazione alla Procura regionale della Corte dei conti, a sua volta onerata del vincolo di attivare l'indagine ed, eventualmente, promuovere l'azione di responsabilità.

8. Le garanzie specifiche a tutela del personale sanitario. Esclusività della giurisdizione della Corte dei conti.

La legge Gelli- bianco ha introdotto alcune garanzie specifiche per il sanitario in sede di giudizio di rivalsa a titolo di responsabilità amministrativa.

Tali garanzie sono aggiuntive rispetto a quelle evidenziate, caratterizzanti il regime sostanziale e processuale di tale responsabilità.

In sintesi, il sanitario può avvalersi di una serie di istituti che gli consentono nel giudizio di rivalsa di far valere le proprie ragioni.

Gli strumenti di garanzia integrativa sono così riassumibili:

a) la sentenza di condanna o la transazione non fanno stato nel giudizio di rivalsa a carico del medico, che quindi può esplicare tutte le proprie argomentazioni difensive senza vincoli o limiti. La transazione non può essere opposta al sanitario stesso.

b) non è sufficiente come presupposto il titolo esecutivo rappresentato dalla sentenza di condanna o dalla transazione, mentre occorre nella rivalsa davanti alla Corte dei conti l'effettiva liquidazione;

c) si applica il parametro della colpa grave in tutte le fattispecie (là dove nella responsabilità penale ha talora rilievo la colpa lieve);

d) esiste una limitazione quantitativa alla condanna. Infatti, "la condanna non può superare una somma pari al valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale …. moltiplicati per il triplo";

e) è obbligatorio da parte del Giudice l'esercizio del potere riduttivo in presenza di "situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica"

f) la previsione di un termine prescrizionale brevissimo di un anno dall'evento di danno coincidente con la liquidazione delle somme.

In particolare, per quanto riguarda i presupposti ed i limiti previsti dalla legge di riforma per l'esercizio dell'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa, si deve osservare che l'azione di rivalsa può essere esercitata solo laddove l'esercente

la professione sanitaria non abbia preso parte al giudizio conclusosi con la condanna della struttura sanitaria.

Ove, infatti, esso sia stato convenuto nel giudizio nel quale è stato richiesto il risarcimento da parte del danneggiato, il giudice adito statuirà in merito all'eventuale responsabilità dell'esercente la professione sanitaria e, in caso di condanna della struttura sanitaria in solido con quest'ultimo, la struttura sanitaria potrà agire in regresso nei confronti del responsabile del danno in virtù di quanto previsto dall'art. 1299 c.c.

Al di fuori di tali ipotesi e del caso in cui la controversia sia stata definita con accordo transattivo, l'art. 9, comma 2, prevede che l'azione di rivalsa "può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale ed è esercitata a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento".

Una particolare questione potrebbe porsi nell'ipotesi che l'amministrazione, a seguito di indagine amministrativa interna, ammetta la propria responsabilità al di fuori della celebrazione di un processo, configurandosi comunque il danno erariale per le franchigie o perché l'assicurazione si sia opposta a provvedere al risarcimento. In tale ipotesi non sembrano sussistere ragioni per ritenere inammissibile l'azione di responsabilità, ferme restando le garanzie difensive del sanitario convenuto.

9. Le garanzie specifiche a tutela del personale sanitario. Limitazione del rischio professionale.

La legge Gelli Bianco ha introdotto nell'istituto della responsabilità amministrativa un secondo elemento di originalità innovatrice.

Infatti, dopo aver sancito l'esclusività della giurisdizione della Corte dei conti per l'azione di rivalsa a titolo di responsabilità amministrativa, la legge ha imposto un limite massimo all'importo che il Giudice può addebitare in sede di condanna.

La responsabilità amministrativa ha carattere pecuniario e, in generale, essa è illimitata.

Nell'ipotesi, invece, di responsabilità amministrativa degli esercenti le professioni sanitarie per danni da "cattive pratiche terapeutiche", l'importo della condanna ha un limite stabilito, pari, per ciascun evento, al triplo del reddito professionale con riferimento all'anno di inizio dell'attività terapeutica sbagliata.

Questa limitazione del rischio accentua vieppiù la differenza tra la responsabilità civile e quella amministrativa, sia pure con specifico riferimento alla responsabilità da non corretta gestione terapeutica.

Infatti, nella responsabilità civile si risponde del danno in misura intera, laddove in quella amministrativa vige, in generale, un analogo principio, largamente temperato dal potere riduttivo, dalla parziarietà della condanna, dalla *compensatio lucri cum damno* e dalla intrasmissibilità ereditaria (salvo ipotesi dolose).

Nella responsabilità amministrativa degli esercenti le professioni sanitarie, per quanto evidenziato, vige un ulteriore strumento di garanzia costituito dalla limitazione del rischio professionale alla misura massima del triplo del reddito professionale.

Si fa riferimento non soltanto alla retribuzione percepita, ma anche a tutti gli altri proventi, ad esempio quelli derivanti dall'attività libero-professionale, che l'esercente la professione sanitaria abbia conseguito nel periodo di riferimento.

Tale limite non si applica nei confronti degli esercenti la professione sanitaria che svolgano la loro attività al di fuori delle strutture pubbliche o private o che prestino la loro opera all'interno delle stesse in regime libero professionale ovvero che si avvalgano delle stesse nell'adempimento dell'obbligazione contrattuale assunta con il paziente, come disposto dall'ultimo periodo del comma 6 in commento, introdotto nell'ultimo passaggio parlamentare della legge di riforma.

Il tetto stabilito per l'azione di rivalsa vale invece per quanto concerne le ipotesi nelle quali l'impresa di assicurazione, che abbia subito una condanna al risarcimento dei danni (anche per effetto dell'azione diretta introdotta dall'art. 12 della legge di riforma), agisca in via di surrogazione ex art. 1916 c.c. nei confronti del terzo danneggiante, succedendo a titolo particolare nel diritto vantato dall'assicurato verso il terzo responsabile dell'evento dannoso oggetto di copertura assicurativa.

10. I presupposti dell'azione di responsabilità amministrativa di rivalsa.

I presupposti della responsabilità amministrativa sono comunque gli stessi di quelli previsti in via generale.

L'esclusività della giurisdizione e la limitazione del rischio costituiscono le due importantissime specificità per la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie.

La sussistenza del rapporto di servizio, la condotta gravemente colposa, l'evento di danno e il nesso di causalità restano come presupposti indispensabili, comuni a tutte le ipotesi di responsabilità amministrativa.

In relazione al nesso di causalità si osserva quanto segue.

Il giudizio di responsabilità amministrativa sono sottoposti, ai sensi dell'art. 9, comma 5 della legge di riforma, "gli esercenti la professione sanitaria", ossia, in primis, tutti coloro che siano titolari di un rapporto di impiego alle dipendenze della struttura sanitaria o socio-sanitaria pubblica: il termine sanitario, a questo proposito, consente di non limitare la responsabilità al solo personale medico ma di estenderla anche ad altre tipologie di personale che possano essere qualificate come tali (ad es. il personale infermieristico).

L'ambito di applicazione soggettiva dell'azione di responsabilità amministrativa non si limita, tuttavia, ai soli dipendenti, siano essi in regime di diritto privato, in virtù della disciplina dell'art. 2, comma 2 del D. Lgs. n. 165/2001, o ancora attratti (come ad es. nel caso dei docenti universitari che operano in strutture pubbliche) dal regime pubblicistico, secondo quanto disposto dall'art. 3 del medesimo decreto legislativo.

È consolidato, infatti, l'indirizzo giurisprudenziale che assume una nozione di rapporto di servizio in senso lato: tale rapporto risulta configurabile tutte le volte in cui il soggetto, persona fisica o giuridica, benché estraneo all'ente, si trovi investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore dell'amministrazione pubblica, venendo conseguentemente ad inserirsi nella sua organizzazione e ad assumere particolari vincoli ed obblighi funzionali

volti ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali, cui l'attività medesima, nel suo complesso, è preordinata.

Ai fini della sussistenza della responsabilità amministrativa, non assume quindi rilevanza la natura giuridica del titolo in virtù del quale l'esercente la professione sanitaria svolge la propria prestazione lavorativa (contratto di lavoro subordinato, libero-professionale, di lavoro autonomo, ecc.), bensì il fatto che egli sia stato compartecipe dell'attività amministrativa dell'ente pubblico preponente.

L'estensione della nozione di rapporto di servizio, operata dalla giurisprudenza, viene ad essere confermata anche dalla disposizione contenuta nell'art. 9, comma 5 della legge di riforma.

Nel prevedere, infatti, che l'azione di responsabilità amministrativa sia esercitata nei casi in cui la struttura sia stata condannata al risarcimento del danno nei confronti del danneggiato, essa rinvia ai commi 1 e 2 dell'art. 7 della medesima legge, che menzionano tra i soggetti la cui attività può dar luogo a responsabilità dell'ente, anche coloro i quali abbiano cagionato il danno nello svolgimento di prestazioni sanitarie in regime di libera professione intramuraria, nell'ambito di attività di sperimentazione e ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

La novella legislativa estende, dunque, espressamente anche a rapporti non necessariamente subordinati la possibilità di far valere l'azione di responsabilità amministrativa in conformità a quanto già acquisito dalla giurisprudenza, come, ad esempio, nel caso dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta.

Trova piena applicazione la norma generale che limita alla colpa grave il presupposto soggettivo dell'addebito di responsabilità amministrativa.

Ai fini della responsabilità amministrativa rileva unicamente (oltre al dolo) la colpa grave.

Ne consegue che non appartengono al Giudice contabile tutte le disquisizioni sulla rilevanza della colpa lieve in alcune fattispecie di imperizia.

Il Giudice contabile della responsabilità è autonomo nelle proprie valutazioni per quanto riguarda la sussistenza della colpa.

Ciò non toglie che, di fatto, i parametri valutativi sono i medesimi, eventualmente valorizzati dal Giudice civile nel precedente giudizio, in esecuzione del quale si è attualizzato il danno ed è "partita" l'azione di rivalsa a titolo di responsabilità amministrativa.

In assenza di specifiche norme in materia di responsabilità amministrativa, occorre comunque tener conto dell'onere, generalmente imposto dall'art. 5 della legge di riforma a tutti gli esercenti le professioni sanitarie, di attenersi alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dagli enti e dalle istituzioni pubbliche e private nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte nell'apposito elenco previsto dalla medesima norma.

Anche in sede di accertamento della responsabilità amministrativa, pertanto, il mancato o l'avvenuto rispetto delle linee guida potrà costituire un elemento di valutazione, senza che però possa ipotizzarsi alcun automatismo.

Come già sottolineato in proposito dalla giurisprudenza contabile, la sola condotta difforme alle linee guida che siano state ritenute violate o non rispettate appieno non è sufficiente per sostenere la sussistenza di un nesso causale tra la mancata osservanza delle linee guida e la verificazione del danno.

Deve essere, infatti, riconosciuta al medico un'autonomia decisionale nella scelta delle modalità da seguire per la cura del paziente, e quindi anche di discostarsene se lo richiede la particolarità del caso concreto (art. 5 della legge Gelli - Bianco).

Ai fini della responsabilità amministrativa, occorre, inoltre, che possa essere ravvisato un nesso di causalità tra la condotta antigiuridica tenuta dall'esercente la professione sanitaria e il danno lamentato dal paziente.

Tale nesso eziologico, sul quale la legge non interviene restando dunque applicabili i principi già affermati dalla giurisprudenza, deve essere accertato secondo un elevato grado di credibilità razionale o di probabilità logica.

Il nesso causale sussiste, pertanto, qualora a seguito di un giudizio condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica universale o statistica emerga che, "ipotizzandosi come realizzata dall'operatore sanitario la

condotta impeditiva dell'evento, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva".

Nell'accertamento del nesso di causalità, nell'ambito del giudizio di responsabilità contabile, non opera la presunzione di colpa che grava sul medico nel giudizio civile e che egli può superare fornendo la prova, sullo stesso incombente, che l'evento avverso si sia verificato per un fatto imprevedibile e non prevenibile secondo il grado di diligenza richiesto.

Spetta, quindi, al Procuratore che esercita l'azione di responsabilità dare rigorosa prova degli elementi, di carattere oggettivo e soggettivo, che integrano la condotta produttiva del danno.

La responsabilità del medico in ordine al danno subito dal paziente deve essere accertata, secondo l'onere incombente sul Procuratore del giudizio contabile, dando prova della violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra cui il dovere di diligenza da valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata.

In questo contesto si deve collocare l'ipotesi – assai frequente nel campo sanitario – del concorso di colpa. Infatti, l'attività terapeutica si svolge frequentemente attraverso una catena di passaggi fra loro intimamente interconnessi dove intervengono più sanitari, sia individualmente, sia in equipe.

In sede di azione di rivalsa per responsabilità amministrativa si applicano i principi generali propri di tale istituto, tutti in qualche modo riconducibili al principio di "personalità" della responsabilità. In base ad esso, nell'ipotesi di concorso, ciascuno risponde solo per la quota-parte del danno che ha cagionato determinata sulla base dei parametri della casualità efficiente. Senza che fra i vari soggetti concorrenti abbia a stabilirsi il vincolo di solidarietà (salvo l'ipotesi di concorso doloso).

Sia nell'ipotesi di concorso che in quella di addebito individuale costituisce, invece, un dato pacificamente acquisito, che la valutazione della sussistenza della colpa debba essere formulata secondo un giudizio ex ante, e quindi rapportato al momento e alla situazione quale si è verificata.

11. La quantificazione e l'imputazione del danno.

Assai significative sono le norme introdotte dalla legge di riforma in merito alla quantificazione del danno erariale da imputare all'esercente la professione sanitaria a seguito dell'azione di responsabilità promossa dal Procuratore della Corte dei Conti.

L'art. 9, comma 5 prevede, in proposito, che "Ai fini della quantificazione del danno, fermo restando quanto previsto dall'art. 1, comma 1-bis, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 e dall'art. 52, comma 2, del Regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, si tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa della struttura sanitaria o socio-sanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato".

Le norme evocate e mantenute ferme dalla novella legislativa sono quelle che regolano l'esercizio del potere riduttivo della Corte dei Conti, di quel potere, cioè, che consente a tale organo giudiziario, dopo aver determinato quale sia l'importo del danno risarcibile e dopo aver individuato quale sia, in caso di concorso di più soggetti alla causazione del danno, la quota parte imputabile ai singoli, di ridurre gli importi relativi alla quota di danno posta a carico di ciascuno di essi.

Tale potere non deve essere confuso né con la pronuncia secondo equità disciplinata dagli artt. 114 e 339 c.p.c. né con la valutazione equitativa che presuppone un danno certo ma non determinabile (ex art. 1226 c.c.).

Il potere riduttivo della Corte dei Conti è strumento volto a commisurare l'entità del risarcimento alla responsabilità del convenuto, e quindi a graduarne gli importi a seconda delle circostanze del caso concreto.

Per determinare la risarcibilità del danno occorre, quindi, "una valutazione discrezionale ed equitativa del giudice contabile, il quale, sulla base dell'intensità della colpa, intesa come grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta, e di tutte le circostanze del caso, stabilisce quanta parte del danno subito dall'Amministrazione debba essere addossato al convenuto, e debba pertanto essere considerato risarcibile".

Ai fini dell'esercizio del potere riduttivo, occorre, quindi considerare sia le situazioni oggettive, ovvero le concrete situazioni esterne al soggetto che giustificano l'uso del potere riduttivo, sia le situazioni soggettive.

Sotto il profilo soggettivo, sono stati ritenuti rilevanti i precedenti di carriera, la giovane età, la mancanza di adeguata attività formativa, lo stato di salute del danneggiante, la condotta successiva all'evento avverso, volta ad attenuarne gli effetti.

È stata invece esclusa la possibilità di esercitare il potere riduttivo in caso di dolo.

Tra le circostanze oggettive, è stata evidenziato come fattore di riduzione la complessità dell'organizzazione amministrativa, la situazione di maggior rischio derivante, in alcuni settori di azione dei pubblici poteri, dall'esercizio di attività potenzialmente dannose come nel caso della professione medica, la grave difficoltà di svolgimento delle funzioni lavorative all'interno di alcuni reparti di emergenza, la sussistenza di gravi carenze sotto il profilo organizzativo, il particolare carico di lavoro.

Alla luce di tali principi, sanciti dalla giurisprudenza, si tratta di comprendere se ed in quali termini la legge di riforma introduca aspetti innovativi, posto che l'esercizio del potere riduttivo, contemplato dalle norme menzionate, viene espressamente tenuto fermo.

La novella legislativa aggiunge che si debba tener conto, nella valutazione del danno in questione, delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa della struttura.

Si potrebbe pensare che tale disposizione abbia inteso configurare l'esercizio del potere riduttivo in due diversi *step*: il primo, avente ad oggetto una valutazione necessaria inerente ad un fattore generalmente determinato (la situazione di fatto di particolare difficoltà anche di natura organizzativa della struttura); il secondo, in cui verrebbero considerati anche altri elementi, sia di carattere oggettivo, sia di carattere soggettivo, eventuali e non predeterminati, per un'ulteriore riduzione del danno.

Sembra, tuttavia, che tale segmentazione dell'esercizio del potere riduttivo comporterebbe l'introduzione di una distinzione artificiosa nell'ambito di una valutazione che deve essere invece unitaria.

Se si dovesse optare per il mantenimento dell'unitarietà della valutazione, gli elementi di novità introdotti dalla legge di riforma qui in commento si limiterebbero a sottolineare, in un campo, come quello dell'esercizio della professione sanitaria, in cui possono ricorrere frequentemente situazioni di particolare difficoltà sia per la natura degli interventi eseguiti che per la complessità organizzativa che contraddistingue le strutture sanitarie e socio-sanitarie, un elemento necessario di valutazione ai fini della graduazione del danno risarcibile e quindi anche un obbligo motivazionale sul punto da parte del giudice contabile.

In conclusione, può ritenersi che il riferimento alla rilevanza del fattore organizzativo si collochi nell'ambito dei criteri che presuppongono e disciplinano l'esercizio del potere riduttivo dell'addebito, potere che, giova ricordarlo, è caratteristico del giudizio di responsabilità amministrativa davanti la Corte dei conti.

Mentre dunque normalmente il Giudice "può" tenere conto del fattore organizzativo, nel campo sanitario "deve" necessariamente valorizzarlo. Ciò a conferma dell'importanza attribuita alla organizzazione nelle scelte terapeutiche, organizzazione che implica la adeguatezza e la piena funzionalità delle risorse tecnologiche, la presenza di figure di supporto in numero sufficiente, un equilibrato carico di lavoro, la flessibilità delle modalità di intervento per far fronte a situazioni emergenziali e/o impreviste.

12. I rapporti fra i giudicati civile, penale ed amministrativo.

A conclusione del commento sulle disposizioni introdotte dalla legge di riforma nel giudizio di responsabilità amministrativa, occorre evidenziare un aspetto assai rilevante, non compiutamente regolato dalla novella legislativa, che attiene ai rapporti che intercorrono tra giudizio civile (o accertamento stragiudiziale del danno su base transattiva) e giudizio di responsabilità erariale, nonché tra quest'ultimo ed il procedimento penale.

Quanto ai rapporti tra giudizio civile e giudizio di responsabilità amministrativa è pacifico in giurisprudenza che sussista un rapporto di reciproca autonomia, attesa la diversità dell'oggetto e delle funzioni che contraddistinguono l'una rispetto all'altra.

Il giudizio civile, che costituisce il presupposto per l'azione di responsabilità dinnanzi alla Corte dei Conti, ha infatti ad oggetto la domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria ed eventualmente nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, volta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti.

Diversamente, il giudizio di responsabilità erariale è promosso dal Procuratore della Corte dei Conti, nell'esercizio dell'azione obbligatoria che ad esso compete.

Detto giudizio ha ad oggetto l'accertamento dell'inosservanza dei doveri inerenti al rapporto di servizio e persegue una funzione "non già riparatoria e integralmente compensativa, ma a tendenziale valenza sanzionatoria (cfr. Cass. Civ., SS. UU., 2 settembre 2013, n. 20075 e 12 aprile 2012, n. 5756), la cui disciplina, come è stato autorevolmente affermato dalla Corte Costituzionale, si caratterizza per una <<combinazione di elementi restitutori e di deterrenza>> (cfr. Corte Cost. 20 novembre 1998, n. 371 e Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 453)"139.

Non sussiste, pertanto, violazione del principio del *ne bis in idem* tra il giudizio civile, avente ad oggetto l'accertamento del danno derivante dalla lesione di un diritto soggettivo conseguente alla violazione di un'obbligazione civile, ed il giudizio promosso per i medesimi fatti innanzi alla Corte dei Conti dal Procuratore contabile, nell'esercizio dell'azione obbligatoria che gli compete.

Attesa la reciproca indipendenza dei due giudizi, la sentenza pronunciata nel procedimento civile per il risarcimento del danno, promosso dal danneggiato nei confronti della pubblica amministrazione non ha efficacia di giudicato nel giudizio di responsabilità amministrativa, avanti alla Corte dei Conti, ancorché al giudizio civile abbia partecipato il pubblico dipendente, autore del fatto lesivo, convenuto in solido con l'amministrazione.

La Corte dei Conti può, dunque, valutare autonomamente i fatti che sono stati oggetto del giudizio civile, potendo altresì avvalersi degli accertamenti compiuti in

quella sede: principio, quest'ultimo, recepito espressamente dalla legge di riforma (v. art. 9, comma 7), che ha previsto la possibilità di trarre argomenti di valutazione desunti dalle prove acquisite nel giudizio civile (purché l'esercente la professione sanitaria ne abbia preso parte) nell'ambito del giudizio di responsabilità amministrativa.

Non viene chiarito, invece, dalla legge di riforma se, al fine di poter esercitare l'azione amministrativa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, sia necessario il passaggio in giudicato della sentenza di condanna al risarcimento del danno o se, invece, sia sufficiente l'avvenuto pagamento delle somme a titolo risarcitorio, pur in pendenza dell'impugnazione della sentenza che abbia disposto tale condanna, o di altro giudizio volto all'accertamento della copertura assicurativa (che potrebbe, se sussistente, ridurre in tutto o in parte il danno erariale).

Sul punto, anche da parte della pregressa giurisprudenza, sono state offerte risposte contrastanti.

È stato infatti sostenuto che il danno arrecato alla pubblica amministrazione da propri dipendenti, per poter dar luogo all'azione di responsabilità erariale, deve essere certo, liquido ed esigibile, con la conseguenza che, qualora la pretesa risarcitoria azionata dalla Procura per danni indiretti si fondi su titoli non definitivi, ancorché esecutivi, non sarebbe proponibile l'azione di responsabilità amministrativa, "non essendo giuridicamente "certo" (seppur liquido ed esigibile) un credito fondato su una sentenza di primo grado o secondo grado non definitiva (in termini, C. conti, sezioni riunite n. 14/QM del 2011)".

In senso contrario, si è tuttavia espressa la sentenza Corte dei Conti, sez. seconda centrale appello, n. 139 dell'11 febbraio 2016, che ritiene possibile l'esercizio dell'azione di responsabilità erariale in conseguenza del pagamento delle somme a titolo di risarcimento del danno in favore del danneggiato e pur in pendenza di un giudizio di impugnazione della sentenza che ha disposto tale pagamento.

Per quanto concerne, invece, l'ipotesi in cui sia stato concluso un accordo transattivo, sia a seguito di un'azione civile promossa in giudizio che in via stragiudiziale, è pacifico che la conclusione di tale accordo possa dar luogo all'esercizio di un'azione di responsabilità amministrativa e ciò anche nell'ipotesi in cui l'esercente la professione sanitaria che sia stato ritenuto responsabile dell'evento

di *malpractice*, sia rimasto estraneo al giudizio o alle trattative da cui sia scaturito l'accordo transattivo.

La stipulazione di tale accordo, tuttavia, non vincola in alcun modo il giudice contabile.

Anche per quanto attiene ai rapporti tra il giudizio penale e quello di responsabilità amministrativa restano fermi, a seguito della novella legislativa, i principi enucleati dalla giurisprudenza, che ritiene tali azioni reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investano un medesimo fatto materiale: l'eventuale interferenza che possa determinarsi tra gli stessi pone, dunque, esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità da far valere davanti alla Corte dei Conti, senza dar luogo ad una questione di giurisdizione.

La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata a seguito di dibattimento in sede penale fa stato, tuttavia, nel processo di responsabilità amministrativa, in virtù di quanto previsto dall'art. 651 c.p.p. in merito all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso.

Resta, pertanto, preclusa al giudice contabile ogni diversa asserzione che venga a collidere con i presupposti logico-giuridici, espliciti o impliciti, e con le risultanze e le affermazioni conclusionali della pronuncia penale in merito agli stessi fatti contestati dal P.M. contabile.

Quanto alle pronunce rese in sede di patteggiamento ex art. 444 c.p.p., è stato affermato che alle medesime consegue l'effetto di provare, nel processo contabile, l'illiceità dei fatti e la consapevolezza del presunto responsabile il quale, quindi, sarà tenuto a fornire gli elementi probatori necessari a discolparsi.

In caso di sentenza irrevocabile di assoluzione, non è in ogni caso preclusa la sussistenza di un profilo di responsabilità erariale.

Infatti, perché l'assoluzione possa esplicare i propri effetti nell'ambito del giudizio di responsabilità erariale occorre "che vi sia identità soggettiva ed oggettiva tra il fatto posto a fondamento dell'azione di responsabilità amministrativa e quello oggetto del giudicato penale assolutorio e che quest'ultimo

non sia il frutto dell'accertamento dell'insussistenza di sufficienti elementi di prova, ai sensi dell'art. 530 co. 2° c.p.p.".

In ogni caso, tutto ciò non impedisce al giudice contabile, ai fini dell'accertamento della responsabilità per danno erariale, la facoltà di desumere argomenti di prova dal materiale probatorio acquisito nel corso del procedimento penale.

In conclusione, il percorso di quantificazione dell'importo di condanna avviene attraverso una precisa catena consequenziale di passaggi.

Innanzitutto, il Giudice determina l'importo del danno così come attualizzatosi (ad esempio, quando la struttura amministrativa ha liquidato ad un paziente per la parte di risarcimento non coperta dalle assicurazioni in presenza di franchigie).

Quindi, il Giudice accerta, in presenza del nesso causale, quali sanitari abbiano contribuito a cagionare il danno stesso.

In caso di concorso, suddivide i sanitari tra quanti hanno compiuto condotte gravemente colpose e quanti solo colpose.

Scorpora la quota di danno riferita a questi ultimi. Accerta che alcuni sanitari in colpa grave non siano deceduti. Anche in tal caso provvede a scorporare la loro quota di danno.

Si può adesso passare dal "danno accertato" al "danno imputabile", da suddividere in una quota (nel caso di unico responsabile) ovvero in più quote, quanti sono i corresponsabili.

Le quote non necessariamente debbono essere uguali.

Su ciascuna quota – e, quindi, con riferimento ad ogni singola posizione – il Giudice applica eventualmente il potere riduttivo.

Si arriva così alla definizione dell'importo della condanna attribuita a ciascuno.

13. Le misure interdittive.

La norma contenuta nell'art. 9 comma 5 della legge di riforma dispone che "per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento del danneggiato, l'esercente la professione sanitaria,

nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non può essere preposto a incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori".

Tale norma prevede, pertanto, un effetto *lato sensu* sanzionatorio/disciplinare per l'esercente la professione sanitaria che abbia causato l'evento dannoso, che ha la finalità di impedirne l'avanzamento della carriera.

La preclusione stabilita dalla norma agisce *ipso iure* e riguarda il conferimento di incarichi "superiori".

La finalità che la norma si prefigge mediante tale statuizione è quella di disincentivare eventi di *malpractice* usando il blocco della carriera come deterrente.

Altra tipologia sanzionatoria prevista dalla norma è quella che, temperando la prescrizione contenuta nel testo approvato dalla Camera che prevedeva l'esclusione dai pubblici concorsi, impone di considerare il giudicato in questione oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori.

Non è specificato se tale valutazione si traduca nell'attribuzione di un punteggio negativo o se comporti un onere di motivazione da parte della Commissione sotto questo specifico aspetto.

Al fine di coordinare i due divieti posti dalla norma, sembra di dover considerare che, mentre quello da ultimo analizzato è riferito alle ipotesi in cui il passaggio ad incarichi superiori avvenga tramite concorso (per il quale non scatterebbe, come visto, una preclusione alla partecipazione, ma soltanto l'onere per la commissione giudicatrice di prendere in considerazione il dato), quello previsto dalla prima parte della norma riguarderebbe soltanto i casi in cui il passaggio ad un incarico superiore non sia oggetto di pubblico concorso ma di un atto gestionale (sia pure assunto a seguito di procedure selettive non concorsuali o comparative).

In conclusione, occorre "tornare al punto di partenza", ai medici legali e ai medici legali pubblici in particolare. Di norma essi non sono chiamati a svolgere attività terapeutica e quindi non sono destinatari delle disposizioni della legge Gelli Bianco

e delle sue particolari disposizioni in materia di responsabilità penale, civile ed amministrativa.

Tuttavia, essi sono chiamati ad entrare da protagonisti nelle fasi processuali ed amministrative dei riscontri degli addebiti di mala sanità. Se è vero infatti che i Giudici in materia sono naturalmente titolari di una ampia forbice di discrezionalità decisionale, è altrettanto vero che essi si rivolgeranno a consulenti medico legali per supportare il loro convincimento. L'esperienza insegna che il ruolo del consulente medico legale è il più delle volte determinante e definitivo.