



MILANO
17/18 FEBBRAIO 2018



ASTOLFI e ASSOCIATI
STUDIO LEGALE

Avv. Mauro Putignano

La responsabilità professionale dopo la legge 24/2017 Gelli-Bianco

Implicazioni professionali della legge

Schema esemplificativo dell'intervento

DEONTOLOGIA

Colpa lieve

Colpa grave

Responsabilità penale

Equipe

PRESCRIZIONE

POLIZZA

Linee guida

art. 2043 c.c.

Responsabilità civile

Nesso di causalità



Contatto sociale

Legge Gelli

**RESPONSABILITÀ
DISCIPLINARE**

Profili professionali

Regresso

Imperizia

Imprudenza

Negligenza

Corte dei Conti

Dato empirico: lo scenario di riferimento e la “riforma”

- Aumento spropositato del contenzioso giudiziario, sia civile, che penale.
- Evoluzione (culturale e) giurisprudenziale: progressivo ampliamento della tutela del paziente.
- Aumento del numero e dell’ammontare dei risarcimenti.
- Difficoltà, per le strutture sanitarie e per gli operatori, di trovare adeguata copertura assicurativa.
- Ricadute negative sull’efficienza e sostenibilità del Servizio Sanitario.

Si è avvertita la necessità di una specifica, organica disciplina della materia, per un **nuovo punto di equilibrio** tra tutela del paziente ed esercizio professionale, anche per contrastare il dilagante fenomeno della **medicina difensiva**, che genera rilevanti disfunzioni nell'offerta dell'assistenza sanitaria.

Tutela della salute
in quanto bene primario



errata percezione di
un *privilegio di classe*

Ridimensionare l'ambito della responsabilità penale e civile intervenendo sull'elemento della «colpa professionale»

Il concetto di «colpa» comporta sempre una *deviazione* della condotta concreta rispetto ad un modello di condotta astratta, imposto dalla regola per contenere i rischi dell'agire entro limiti socialmente accettabili

Art. 43 c.p.: Le regole di condotta possono derivare da «fonti sociali» (negligenza, imprudenza o imperizia), in tal caso si parla di **colpa generica**; o da «fonti giuridiche» (inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline), e in tal caso si parla di **colpa specifica**

- **Imperizia:** quando la condotta è incompatibile con quel livello minimo di cognizione tecnica, di cultura, di esperienza e di capacità professionale, che costituiscono il presupposto necessario per l'esercizio della professione
- **Imprudenza:** quando il professionista agisce con avventatezza, con eccessiva precipitazione, con ingiustificata fretta, senza ponderare e valutare adeguatamente gli interessi altrui
- **Negligenza:** quando per disattenzione o per superficialità, non si rispettano quelle norme comuni di diligenza che è legittimo attendersi da persona abilitata all'esercizio della professione e che sono osservate dalla generalità degli operatori del settore.

- **1176. Diligenza nell'adempimento.**
- Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.
- Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.
- **2236. Responsabilità del prestatore di opera.**
- 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 di **colpa grave**.

Gli orientamenti della giurisprudenza prima della Legge Balduzzi (189/2012)

In sede penale

La «colpa», in quanto criterio di imputazione soggettiva del reato, è necessariamente un elemento unitario; la *gradazione della colpa* (art. 2236 c.c.) non può valere per stabilire la sussistenza o meno di responsabilità, ma solo per orientare il magistrato nell'ammontare della pena, ai sensi dell'art. 133 c.p.

• In sede civile

La responsabilità del sanitario si configura come un inadempimento di obbligazioni assunte nell'ambito di un *«rapporto contrattuale di fatto»*, che si instaura nel momento in cui il sanitario «prende in carico» il paziente (c.d. teoria del contatto sociale)

Responsabilità civile

Responsabilità contrattuale

art. 1218 c.c.

Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, **se non prova** che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Responsabilità extracontrattuale

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.

ONERE DELLA PROVA

- **Responsabilità contrattuale:**

- il paziente deve solo dare la prova del «titolo» su cui si fonda la pretesa;
- grava sul sanitario l'onere di dimostrare di non aver tenuto una condotta colposa;
- la prescrizione è decennale

- **Responsabilità extracontrattuale:**

- il danneggiato deve provare l'evento dannoso, nonché il dolo o la colpa del sanitario, oltrechè il nesso di causalità tra condotta e danno;
- il diritto al risarcimento si prescrive in cinque anni

Il paziente che propone azione contro il sanitario ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento (sufficiente un aggravamento delle condizioni di salute), non la colpa di quest'ultimo nè, tanto meno, la gravità della colpa; sarà il sanitario che dovrà allegare e dimostrare l'assenza di colpa ovvero anche solo la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (*ex art. 2236 c.c.*)

- La giurisprudenza, per un principio di «vicinanza della prova» e tutela del paziente (e dell'effettività del diritto di agire in giudizio), ha ritenuto che l'obbligazione del sanitario (quando non si configura un vero e proprio contratto di prestazione d'opera) si fonda sul *contatto sociale* caratterizzato dall'affidamento che il malato ripone in colui che esercita una professione protetta che ha per oggetto beni costituzionalmente tutelati.
- La natura contrattuale di tale obbligazione è individuata con riferimento non alla fonte, ma al contenuto

Obbligazione di mezzi e non di risultato

- Il sanitario non può e non è tenuto a garantire la guarigione del paziente, poiché essa dipende anche da fattori estranei alla sua sfera di influenza causale.
- Egli è tenuto invece a prestare la propria opera conformemente a tutti quegli specifici obblighi di comportamento imposti al professionista nell'esercizio della propria attività, con scrupoloso rispetto di tutte le regole tecniche e scientifiche, secondo i parametri della capacità propria di un professionista esperto nello specifico settore di intervento

L'art. 3, comma 1, del d.l. 158/2012

Legge Balduzzi

L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica **non risponde penalmente per colpa lieve**. *In tali casi* resta comunque fermo l'obbligo di cui all'**articolo 2043 del codice civile**. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.

- A prima vista, l'intento del legislatore appare sufficientemente chiaro:
- **I)** limitare la responsabilità penale per colpa lieve;
- **II)** in sede civile, alleggerire la posizione processuale dei professionisti sanitari richiamando la responsabilità extracontrattuale e indicando un criterio esplicito di riduzione del *quantum* risarcibile

L'interpretazione giurisprudenziale

- **Sul versante penale:**

- 1) La norma ha dato luogo ad una *abolitio criminis* parziale (artt. 589 e 590 c.p.) avendo escluso la rilevanza della colpa lieve nel caso in cui il sanitario si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche terapeutiche
- 2) L'esonero da responsabilità per colpa lieve è limitata ai casi di **addebito di imperizia** e non le ipotesi di negligenza e imprudenza, giacchè le linee guida contengono solo regole di perizia

Criticità

Dubbi di costituzionalità

- Violazione del **principio di uguaglianza**: si tratterebbe di una norma *ad professionem*, che introduce un irragionevole trattamento di favore per gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi
- Violazione del **principio di legalità e di quello di tassatività**: il legislatore non ha definito il concetto di colpa grave nè quello di colpa lieve, lasciando un ambito eccessivo di discrezionalità al giudice

Criticità

Altre questioni

- Dalla lettera della norma non risulta alcuna limitazione di esonero di responsabilità alla sola imperizia, non operandosi alcuna distinzione in merito alla forma della colpa. Difficoltà di distinguere le varie fattispecie
- La legge non ha specificato concretamente nè il ruolo nè la natura delle linee guida. Varie sono le fonti, e diverso il grado di affidabilità.
- Rischio di una ondivaga applicazione giurisprudenziale (parere personale del perito)

L'interpretazione giurisprudenziale

- **Sul versante civile:**

- 1) Il richiamo all'art. 2043 c.c. non può essere interpretato come una generale riconduzione della responsabilità del sanitario nell'alveo dell'illecito aquiliano. La norma esclude solo l'irrilevanza della colpa lieve nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, senza prendere posizione in merito alla qualificazione della responsabilità del sanitario necessariamente come responsabilità extracontrattuale.

La nuova l. 24/2017 (c.d. «legge Gelli»)

- Ribadisce il rilievo delle **Linee guida** quale prioritario criterio di valutazione della colpa medica
- Ridisegna la disciplina della **responsabilità penale**, superando la distinzione tra colpa grave e colpa lieve di cui alla legge Balduzzi
- Introduce nel codice penale il **reato di responsabilità colposa per morte o lesioni personali** in ambito sanitario (art. 590 *sexies* c.p.)
- Introduce il sistema del «doppio binario» della **responsabilità civile** (contrattuale per la struttura ed extracontrattuale per il professionista)
- Disciplina l'**azione di rivalsa** da parte delle strutture sanitarie pubbliche nei confronti del professionista sanitario

La responsabilità penale

«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 alla specificità del caso concreto»

(art. 590 *sexies* c.p.)

* (rispettivamente «omicidio colposo» e «lesioni personali colpose»)

La responsabilità civile

Il «doppio binario»

Struttura sanitaria



Responsabilità contrattuale

per le condotte dolose o colpose poste in essere da esercenti la professione sanitaria di cui essa si avvale, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa

Professionista sanitario*



Responsabilità extracontrattuale

Risponde del suo operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di una obbligazione contrattuale assunta con il paziente

Responsabilità contrattuale del professionista sanitario

L'operato del professionista sanitario che svolge personalmente la sua opera nel proprio studio professionale risponde a titolo di responsabilità contrattuale, trattandosi di adempimento di obbligazione contrattuale (contratto d'opera professionale) assunta con il paziente



Le Linee guida...

Esigenza di maggiore obiettività dell'addebito, attraverso il filtro di regole unanimemente condivise ed approvate dalla comunità scientifica, fatta salva la specificità del caso concreto



Tali Linee guida vengono elaborate da Enti e istituzioni pubblici e privati nonché da società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitari iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con d.m. 2 agosto 2017.

... rigorosi criteri ...

- Diventa fondamentale definire adeguatamente le caratteristiche del soggetto o della comunità che «elabora» le linee guida; il grado di indipendenza da interessi economici; il metodo di elaborazione; l'ampiezza e la qualità del consenso scientifico acquisito.
- Di fatto, sembra essere prevalso un mero «criterio rappresentativo» riferito al numero di iscritti e alla presenza territoriale
- L'ISS è chiamato a verificare la conformità della metodologia adottata a standard minimi, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni

Il valore delle Linee guida

1. **Responsabilità penale**: è esclusa la punibilità del professionista sanitario qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia e siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle Linee guida.
2. **Responsabilità civile**: il giudice nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto del rispetto delle Linee guida da parte del professionista sanitario (pertanto, il rispetto delle Linee guida non esclude a priori la responsabilità civile del professionista).

Azione di rivalsa

- È esercitabile in caso di **dolo o colpa grave** del professionista sanitario;
- se il professionista sanitario non è stato parte del giudizio è esercitabile soltanto successivamente al risarcimento, **entro un anno dall'avvenuto pagamento**;
- a pena di inammissibilità dell'azione di rivalsa, la struttura deve trasmettere al professionista sanitario l'atto introduttivo del giudizio promosso dal danneggiato, con l'invito a prendervi parte;
- la decisione pronunciata nel giudizio promosso dal danneggiato non fa stato nel giudizio di rivalsa se il professionista non sia stato parte del giudizio.

L'azione di responsabilità amministrativa

- In caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria PUBBLICA, l'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, nei confronti del professionista sanitario è esercitata dal **Pubblico Ministero presso la Corte dei conti**;
- l'importo della condanna per singolo evento in caso di colpa grave non può superare una somma pari al triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo.
- Per i 3 anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento del risarcimento il professionista sanitario, nell'ambito delle strutture sanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori a quelli ricoperti.

In ambito penale

- **La legge Galli è più favorevole della Balduzzi?**
- Legge Balduzzi: è punibile la colpa (non lieve) per imprudenza;
- Legge Galli: la gradazione della colpa nell'ambito dell'imperizia è stata abolita;
- Incoerenza: non è punibile l'imperizia grave ed è invece punibile la negligenza lieve.
- **Principi costituzionali inducono a ritenere che anche l'imperizia deve essere suscettibile di gradazione.**

- **Legge 26 febbraio 1999, n. 42 *Disposizioni in materia di professioni sanitarie***
- Il campo proprio di attività e di responsabilità delle professioni sanitarie è determinato:
- a) dai contenuti dei decreti ministeriali istitutivi dei relativi profili professionali;
- b) dai contenuti degli ordinamenti didattici dei rispettivi corsi di diploma universitario e di formazione post-base;
- c) dagli specifici codici deontologici

Limite esterno

fatte salve le competenze previste per le professioni mediche e per le altre professioni del ruolo sanitario per l'accesso alle quali è richiesto il possesso del diploma di laurea, nel rispetto reciproco delle specifiche competenze professionali

Ma quale è il limite dell'atto medico?

Non c'è una definizione legale. Per la giurisprudenza spetta al medico la *diagnosi* e la *prescrizione terapeutica*

Legge 251/00

Gli operatori delle professioni sanitarie dell'area della riabilitazione svolgono **con titolarità e autonomia professionale** ... attività dirette alla prevenzione, alla cura, alla riabilitazione e a procedure di riabilitazione funzionale, al fine di espletare le competenze previste dai relativi profili professionali”

C'è un limite esterno anche per il medico?

Corte di cassazione n. 5080/2015

Il fisioterapista, il logopedista, il terapeuta della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva e il terapeuta occupazionale agiscono **in riferimento alla diagnosi ed alle prescrizioni del medico**, nell'ambito delle proprie competenze;

elaborano, anche in équipe multidisciplinare, la definizione del programma di riabilitazione ...;

praticano autonomamente attività terapeutica ...;

propongono l'adozione di protesi ...;

verificano le risposdenze della metodologia riabilitativa attuata agli obiettivi di recupero funzionale

Il rapporto medico/professionista sanitario

- Il fisioterapista ha una propria competenza valutativa ai fini del trattamento che gli consente di adattare autonomamente l'esercizio terapeutico alle specifiche necessità del momento.
- Può effettuare direttamente interventi terapeutici di base

Consiglio di Stato, Sez. III, 5840/2017

- L'autonomia del fisioterapista può esplicarsi solo nell'ambito del profilo e delle competenze professionali proprie e comunque in rapporto con la diagnosi e la prescrizione di stretta competenza medica, cioè all'interno di una preliminare individuazione del problema clinico e del tipo di risposta riabilitativa necessaria, oltre che di verifica dei risultati



La centralità e la responsabilità del ruolo del medico nel percorso/progetto/programma terapeutico nell'area della riabilitazione (attraverso la diagnosi, l'individuazione e la prescrizione della terapia) è stata riconosciuta dal Consiglio di Stato con sentenza 752/2015.

L'autonomia del fisioterapista può svolgersi, in coerenza col sistema normativo nazionale, solo nel presupposto delle prescrizioni indicate dal medico coordinatore dell'equipe riabilitativa

Team riabilitativo

Le attività sanitarie di riabilitazione richiedono la presa in carico globale della persona mediante la predisposizione di un **progetto riabilitativo individuale (PRI)** e la sua *realizzazione* mediante uno o più **programmi attuativi (pri)**, fatta salva l'eccezione di disabilità segmentarie e/o transitorie limitate

L'approccio riabilitativo è complesso e richiede pertanto **interprofessionalità**

La responsabilità dell'èquipe

Non può essere superato il principio costituzionale di cui all'art. 27: «La responsabilità penale è personale».

Responsabilità di èquipe non significa responsabilità per fatto altrui

Fondamento: posizione di garanzia per il paziente.

Ciascun sanitario deve non solo eseguire perfettamente le operazioni a lui spettanti, ma altresì deve vigilare sul corretto esercizio da parte dei colleghi, ovvero dei collaboratori

Contemperamento: incolpevole affidamento sull'operato altrui, cioè sulla buona fede che induce a ritenere che altri eseguano correttamente la prestazione giuridica alla quale sono obbligati

L'applicazione di questi principi all'équipe riabilitativa è problematica, perché essa ha caratteristiche diverse:

- presenza di figure professionali diverse (multidisciplinarietà);
- non contestualità di luogo e di tempo

Corte di Cassazione, IV Sezione Penale, sentenza n. 7678/1998

- Incombe sul fisioterapista, *«nell'espletamento della sua attività professionale, un obbligo di accertamento delle condizioni del paziente traumatizzato prima di compiere manovre riabilitative che possono rivelarsi dannose, sicché, in mancanza di idonea documentazione medica (eventualmente non prodotta dal paziente) lo stesso fisioterapista ha il dovere di assumere tutte le informazioni richieste dal trattamento che si accinge a praticare»*.
- Da qui l'accertamento della responsabilità del fisioterapista (per lesioni colpose) per aver svolto manovre di riabilitazione fisioterapica che hanno cagionato una recidiva di frattura all'omero sinistro del paziente

Grazie per l'attenzione

