

Marcovalerio Pozzato
Procuratore regionale –
Corte dei conti – sede di Trento

LA RESPONSABILITA' MEDICA ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI (*relazione svolta in occasione del Convegno “La responsabilità medica a due anni dalla riforma Gelli. Riflessioni e problemi aperti” presso la Fondazione Bruno Kessler di Trento, 13 settembre 2019*)

IL MODELLO DI RESPONSABILITA' SANITARIA DELINEATO DALLA LEGGE N. 24/2017 (C.D. “LEGGE GELLI”)

Il sistema normativo introdotto con la L. n. 24/2017 (c.d. “Legge Gelli”) vuole introdurre un quadro completo della responsabilità sanitaria, avendo come riferimento (art. 1) l’importanza della sicurezza nell’ambito medico e l’esigenza di perseguire la stessa con efficaci strumenti nell’interesse dei singoli e della collettività.

In questo contesto, è data massima valorizzazione al *risk management*, visto come strumento di sicurezza mediante la gestione del *rischio sanitario*, che trova concreta attuazione attraverso un concreto piano di prevenzione, destinato a coinvolgere non solo il personale ospedaliero, ma tutti i soggetti che si trovano in regime di convenzione con la Sanità pubblica.

Il tema a me affidato è la disamina della responsabilità sanitaria dal punto di vista dell’azione erariale affidata alla Procura della Corte dei conti; in quest’ottica, darò conto della giurisprudenza ponendo in evidenza -fin da ora- come si manifesti in tutta la sua chiarezza l’assenza di norme di diritto intertemporale nella Legge Gelli, fatta eccezione per la disciplina recata dall’art. 12 della L. n. 24/2017, recante “azione diretta del soggetto danneggiato” (avverso gli assicuratori).

In sostanza a tutt'oggi la giurisprudenza della Corte dei conti fa riferimento, per quanto concerne il regime responsabilistico, alla disciplina previgente alla Legge Gelli, che non prevede, ovviamente, tutte le limitazioni recate dalla novella normativa (di sostanziale maggior favore per l'operatore sanitario).

Secondo il quadro normativo introdotto dalla Legge Gelli i presupposti per l'azione erariale possono essere sinteticamente definiti come segue:

- 1) Oggettivi, in quanto l'azione risarcitoria della Procura (c.d. "rivalsa") ha come necessario antecedente un contegno dell'operatore sanitario contrassegnato da dolo o colpa grave (in ciò, sovrapponendosi in via generale alla previgente normativa);
- 2) Probatori, in quanto vengono introdotti precisi limiti ricollegati alla presenza o meno del medico nel giudizio civile che ha affermato un obbligo risarcitorio a carico dell'Amministrazione;
- 3) Causali, giacché qualora il sinistro sia da ricollegare a preminenti carenze organizzative ospedaliere la c.d. *azione di rivalsa* non può essere esercitata.

La Legge introduce, altresì, nuovi termini a pena di decadenza per l'esercizio dell'azione, dal momento che è prevista l'ipotesi che l'operatore non sia stato parte del giudizio che ha visto la soccombenza della struttura sanitaria e il correlativo pagamento a favore del soggetto danneggiato: in tale caso, la pretesa risarcitoria della Procura erariale deve essere avanzata entro un anno dall'avvenuto pagamento (per il caso di mancata tempestiva denuncia da parte dell'Amministrazione accenneremo oltre, brevemente, le conseguenze). Secondo l'art. 13 della Legge, inoltre, è fatto obbligo di informazione all'operatore sanitario (da parte della struttura di appartenenza), entro 45 giorni dall'avvio del contenzioso a carico dell'Amministrazione (anche qui, per il caso di mancata doverosa informazione accenneremo sinteticamente alle conseguenze dal punto di vista della responsabilità amministrativo-contabile).

Prima ancora di evidenziare le novità relative ai limiti quantitativi dell'azione risarcitoria erariale nei confronti dell'operatore, occorre porre in luce che la Legge Gelli ha delineato un contesto responsabilistico fondato sull'art. 2043; in questo senso, il sanitario che

presta il proprio servizio all'interno di strutture sanitarie pubbliche (o private) "risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile". In termini tecnici (sui quali non vorrò eccessivamente dilungarmi in questa sede) la nuova disciplina ha un'immediata ricaduta per quanto concerne il termine di prescrizione (quinquennale, ai sensi dell'art. 2947 c.c.) e l'onere probatorio. In un contesto di sinteticità, secondo il nuovo quadro normativo il vincolo contrattuale sussiste fra paziente e struttura sanitaria, ma non fra paziente e medico (fra i quali il vincolo è di tipo *aquiliano*, ovvero extracontrattuale); in sostanza, nel quadro della responsabilità medico, l'onere probatorio si sposta verso il paziente, chiamato a dimostrare (*onus probandi incumbit ei qui dicit*) che la condotta del sanitario, secondo criteri probabilistici ed eziologici, è causa esclusiva o quanto meno preponderante del danno, ovvero del criterio del "più probabile che non".

Ma la novità di maggior rilievo offerta dalla Legge riguarda il perimetro risarcitorio entro cui confinare la pretesa erariale nei confronti dell'operatore, il quale, salvo il contegno doloso, può essere chiamato a rispondere per un importo massimo del triplo della retribuzione lorda del dipendente all'epoca dei fatti.

In sostanza il baricentro dell'onere risarcitorio si sposta in maniera decisa dall'operatore (chiamato, in via teorica, a risarcire la struttura ospedaliera di quanto pagato a seguito del sinistro) all'Amministrazione sanitaria, a carico della quale rimane la differenza tra quanto pagato e il triplo della retribuzione lorda del dipendente.

A mio parere a tale spostamento dell'onere economico non può che corrispondere una maggiore responsabilizzazione dei vertici ospedalieri e dell'azienda sanitaria interessata, sotto il profilo della verifica della corretta organizzazione e della concreta effettività delle valutazioni connesse al *risk management*.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI

Occorre anzitutto fornire alcune generali indicazioni che riguardano tematiche generali - riguardanti, quindi, anche l'azione di responsabilità nei confronti di operatori sanitari- relative

al giudizio innanzi al Giudice contabile.

Anzitutto, con riferimento all'applicazione della Legge Gelli, la Sezione Piemonte ha chiarito (cfr. sent. n. 66/2019) che “va respinta l'eccezione sollevata dalla difesa...secondo la quale, trattandosi, nel caso di specie, di giudizio instaurato dopo l'entrata in vigore della legge 8 marzo 2017, n. 24, ad essa andrebbe applicata la nuova disciplina in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie e, in particolare, il disposto di cui all'art. 9, comma 7, che esclude che siano tratti argomenti di prova dal giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria a carico del medico convenuto che a quel giudizio non abbia preso parte”. In tale quadro, rileva la Sezione Piemonte che “In adesione alla consolidata giurisprudenza contabile, pronunciata in ordine all'ambito di applicabilità della detta disposizione, il Collegio osserva che la nuova disciplina in materia di responsabilità amministrativa degli esercenti le professioni sanitarie, introdotta dalla legge 8 marzo 2017, n. 24, non può ritenersi applicabile alla fattispecie in esame, in quanto entrata in vigore successivamente ai fatti di causa, non potendo a tal fine ritenersi rilevante la data di notificazione dell'atto di citazione (1 aprile 2017) bensì la data in cui è collocabile la condotta e l'evento dannoso”, “Deve quindi darsi applicazione alla comune disciplina in materia di responsabilità amministrativa per danno indiretto, senza che possano reputarsi rilevanti le questioni, introdotte dalla suddetta disposizione normativa, relative alle condizioni di procedibilità, ai limiti probatori e ai criteri di determinazione del danno c.d. iatrogeno (Corte dei conti, Sez. Giurs. App., 2 ottobre 2018, n. 805); è stato chiarito, in proposito, che la nuova disciplina in materia sanitaria *“disegna compiutamente un nuovo sistema di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie ed ha, pertanto, natura sostanziale, di talché le disposizioni di natura processuale, pure in essa contenute, non possono che leggersi in stretta ed indispensabile connessione con il complesso del nuovo regime di responsabilità, non essendone ipotizzabile un'applicazione avulsa dalla intera vigenza del nuovo sistema...”* (Corte dei conti, Sez. I app., 4 maggio 2018, n. 143; Corte dei conti, Sez. I, 18 dicembre 2017, n. 536).

Con riferimento alla prescrizione, rileva la Sezione Calabria (cfr. sent. n. 170/2019) che “l'effettiva concretizzazione del danno indiretto, richiesta evidentemente ai fini del decorso del termine prescrizione, non può che essere fatto coincidere...con il momento del pagamento ai terzi danneggiati da parte della pubblica amministrazione”; “Contrariamente a

quanto sostenuto dalle difese, il mero passaggio in giudicato, per l'ASP..., della sentenza civile di condanna, sganciato dall'effettivo pagamento pagamento, è inidoneo a garantire l'attualità e concretezza del danno. Tale affermazione risulta conforme alla giurisprudenza contabile.....è...addivenuta alla precisazione secondo cui "il dies a quo della prescrizione dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno c.d. indiretto va individuato nella data di emissione del titolo di pagamento al terzo danneggiato" e cioè nel momento in cui l'obbligazione risarcitoria della P.A. "trovi essa stessa concreta attuazione nel soddisfacimento del terzo e, quindi, nella destinazione di risorse finanziarie pubbliche..a finalità di ristoro privato".

Circa la sindacabilità nel merito da parte del Giudice contabile di esborsi effettuati dall'Azienda sanitaria a seguito di transazione (asserita dal sanitario convenuto, appellante, insindacabilità dell'accordo transattivo, in quanto atto discrezionale dell'Amministrazione), la Sezione I di appello afferma (cfr. sentenza n. 183/2018) che "Si ritiene, pacificamente, che la transazione, resa nel giudizio tra l'ente o l'amministrazione di appartenenza del pubblico dipendente e i terzi danneggiati, sia idonea a costituire il fondamento di un'azione di danno erariale nei confronti del dipendente, che, con la sua condotta, abbia generato il presupposto di fatto che ha determinato il contenzioso, anche se questi sia rimasto estraneo al processo civile, e alla conseguente transazione, laddove, come nel caso di specie, la transazione si appalesi del tutto logica nell'ottica di porre fine alla lite, che avrebbe potuto avere conseguenze patrimoniali ben peggiori per la Struttura Sanitaria". In tal senso, è evidente l'impatto della Legge Gelli, nella fattispecie non applicata in quanto ritenuta non avente natura di norma processuale.

Con riferimento alla valutazione delle prove e al diritto di difesa (non applicando, per i motivi soprariferiti la novellazione recata dalla Legge Gelli), la Sezione Piemonte ha rilevato (cfr. sent. n. 66/2019) che il Giudice contabile "può trarre dal giudizio civile elementi utili di cognizione, ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativa, pur non essendo da esso vincolato, per cui l'intervenuta pronuncia del giudice civile in merito ai medesimi fatti dai quali è scaturito il danno indiretto non impedisce che il giudice contabile possa apprezzarli e valutarli in maniera diversa (*ex plurimis* C. conti.....Sez. II App., n. 361 del 20.9.2010). "La giurisprudenza contabile ne ha ammessa la rilevanza, anche in ipotesi di mancata partecipazione del convenuto nel processo civile, non ritenendo compreso il diritto di difesa,

che può comunque liberamente svilupparsi nel successivo giudizio di responsabilità.

Per quanto concerne la sussistenza del c.d. *nesso causale*, la Sezione II di Appello della Corte ha chiarito (cfr. sent. n. 278/2019), “Non può accedersi all’invocata applicazione in sede giuscontabile della regola conosciuta dalla Corte di cassazione, ai fini dell’affermazione della responsabilità sanitaria penale, ove l’accertamento del rapporto eziologico avviene sulla scorta di un criterio particolarmente rigoroso, che ritiene superato ogni ragionevole dubbio in presenza di una verifica che garantisca un livello prossimo alla certezza. La giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione civile ha avuto modo di ribadire in più occasioni il netto distinguo tra la regola applicabile ai fini penalistici rispetto a quella valevole per l’affermazione della responsabilità civile per danno o amministrativa. Il Giudice della legittimità ha evidenziato, dando costante continuità al principio enunciato a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 576/2008, che *“nell’accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non”, mentre nel processo penale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”. Ne consegue, con riguardo alla responsabilità professionale del medico, che, essendo quest’ultimo tenuto a espletare l’attività professionale secondo canoni di diligenza e di perizia scientifica, il giudice, accertata l’omissione di tale attività, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell’evento lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell’evento stesso (cfr. ex multis Cass. 16123/2010 ed, in termini, Cass. 12686/2011 e Cass. 6698/2018) (Cass. Sez. III, 27 marzo 2019, n. 8461).* “La Suprema Corte ha quindi chiaramente individuato il discrimine tra il regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi. Anche la giurisprudenza contabile ha escluso l’applicabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa, volto al ristoro di un pregiudizio patrimoniale subito dalla P.A., della regola elaborata dalla giurisprudenza penale con la sentenza “*Franzese*”, stante l’autonomia dei giudizi e delle differenti regole probatorie che trovano applicazione: *“l’autonomia tra giudizio penale e giudizio contabile..si fonda anche sulla diversa regola di giudizio che conforma la costruzione del convincimento del giudice penale da quello contabile. Il giudice penale affermerà l’esistenza di un fatto qualora la prova ne fornisca la relativa evidenza “oltre il ragionevole dubbio” (art. 533 c.p.p., cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese); il secondo procederà secondo la regola della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non” (artt. 94 e 95 c.g.c.; in questo senso v.: Cass. 16.10.2007, n. 21619; Corte giustizia CE, 15/02/2005, n. 12; Sez.*

III 346 del 2018; Sez. II 191 del 2017)”. Secondo la richiamata giurisprudenza il nesso causale deve essere declinato in modo particolare con riferimento alle condotte omissive, che presuppongono la presenza di un obbligo di attivarsi, anche solo per vigilanza, dovendo l'accertamento, in tale ipotesi, essere condotto attraverso l'enunciato “controfattuale”, ponendo al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato.

La sussistenza della colpa grave dell'operatore sanitario va inquadrata, secondo la giurisprudenza (cfr. Sez. I app., sent. n. 183/2018) nel senso che “non basta che il comportamento, fonte dell'evento dannoso, sia stato riprovevole perché non perfettamente rispondente alle regole della scienza e dell'esperienza, ma è necessario che il medico stesso, usando la dovuta diligenza, potesse prevedere e prevenire l'evento verificatosi”.

Nel dare conto di responsabilità sanitaria nel quadro riferito, vanno distinti i profili di responsabilità omissiva e commissiva.

Circa la responsabilità omissiva, con riferimento alla mancata rimozione di garza nell'addome di paziente, la Sezione di Appello Sicilia (cfr. sent. n. 216/2018) ha affermato che “L'attività la cui disattenta esecuzione è rimproverata ai medici convenuti e al personale paramedico non riveste caratteri di particolare complessità o difficoltà tecnica, richiedendo, al contrario, solo l'esercizio della normale accortezza e diligenza, evidenziandosi che l'eventuale difficoltà oggettiva dell'intervento chirurgico non rende complesso il semplice e materiale adempimento della “conta” degli strumenti, sottolineandosi che, in fattispecie come quella in esame, al personale sanitario presente all'intervento non è stato rimproverato di avere eseguito male l'operazione per aver lasciato, durante l'intervento, nell'addome del paziente, materiale sanitario che sarebbe stato certamente rimosso ove fosse avvenuto il regolare conteggio dei “ferri”, in particolare delle garze, sia durante che dopo la conclusione dell'operazione”.

Con riferimento al mancato svolgimento di protocollo di desensibilizzazione in soggetto allergico ricoverato alla quarantunesima settimana di gravidanza, la Sezione Sicilia (cfr. sent. n. 961/2018), in un contesto di colpa grave a carico della sanitaria (tenendo conto dell'organizzazione sanitaria nel suo complesso), ha chiarito che l'operatrice "violò le più elementari regole di perizia professionale allorché si determinò a convertire l'anestesia spinale in generale dopo l'insuccesso della prima, vanificando gli obiettivi della buona pratica clinica che impongono di ridurre il rischio anestesilogico e di minimizzare quello anestetico. Tale scelta...confliggeva con le evidenze anamnestiche che indicavano la paziente quale soggetto allergopatico. Ciò evidenzia la prevedibilità dell'evento, secondo canoni ordinari di diligenza e perizia che giammai avrebbero potuto escludere il rispetto del protocollo desensibilizzante. Altrettanto evidente è la prevenibilità o evitabilità dell'evento, se solo" (l'operatrice) "avesse riflettuto che non sussistevano condizioni di urgenza che deponessero per la indifferibilità dell'intervento".

Circa il caso di responsabilità commissiva, a proposito di intervento chirurgico per asportazione di grossa massa tumorale (nel quadro di altro intervento, avente ad oggetto l'asportazione di una cisti ovarica), la Sezione Calabria (cfr. sent. n. 170/2019) ha posto in evidenza, nel caso di specie, a proposito dell'operatore sanitario convenuto, (ponendosi un interrogativo retorico) "se si era reso conto che si trattava di malattia sistemica per la quale la scelta chirurgica è sconsigliata: quale sia stata l'utilità della asportazione parziale di tale massa tumorale atteso che -come la più comune letteratura oncologica insegna- tali manovre chirurgiche parziali comportano ulteriore diffusione di cellule tumorali nel tessuto e nelle zone circostanti, favorendo l'insorgere di metastasi; come possa ritenersi "ragionevole" la scelta adottata nel caso concreto e come possa definirsi "riuscito" un intervento di tal fatta; quale sia stato il motivo per il quale dispose di non inviare la cartella clinica all'Ospedale di ma una sua relazione di accompagnamento, se non quello di omettere alla conoscenza dei colleghi chirurghi le reali condizioni della paziente e la gravissima negligenza ed imperizia che aveva caratterizzato il primo intervento. Tanto più che la paziente aveva dato il proprio consenso solo per l'asportazione di una cisti ovarica. Ilsostiene che tale omissione non sia rilevante quale regola cautelare al fine di evitare l'evento morte, ma diventa senz'altro rilevante, ai fini della sussistenza di ulteriori profili di colpevolezza, nel momento in cui...pur mancando di consenso e non trovandosi in una situazione di assoluta emergenza", l'operatore ha operato lo stesso.

Nel quadro di *malpractice* nella gestione del travaglio e del parto, la Sezione Piemonte (cfr. sent. n. 66/2019), e quindi con responsabilità sia di tipo commissivo che omissivo, ha affermato che “Gli errori nella gestione del parto...sono rinvenibili sin dal momento dell’ingresso...nella struttura ospedaliera per il parto (alla settimana 41+4 della gravidanza), allorquando si è realizzata l’erronea classificazione nell’ambito delle gravidanze “a basso rischio”, con adozione del relativo protocollo, in realtà non applicabile alla stessa. Il CTU..evidenzia in proposito che “La scelta di inquadrare la L. in un protocollo per la gestione delle gravidanze a basso rischio ha costituito anche un’erronea decisione di indurre farmacologicamente il parto...Le linee guida in uso nel reparto indicano con patologia materna che richiede sorveglianza intensiva o rappresenta controindicazione all’induzione del travaglio di parto un BMI maggiore/uguale a 35”. Su tali basi viene evidenziato dal CTU come “Solo questo elemento avrebbe dovuto non far considerare la L. donna in gravidanza a basso rischio (raccomandazione OMS di categoria A)”. Se è vero che tale valutazione clinica avrebbe dovuto essere approntata al primo ingresso della partoriente nella struttura ospedaliera non può negarsi che di tale evidente condizione avrebbe dovuto immediatamente avvedersi il dott.....al momento di assumere la scelta dell’induzione del parto”, “Già a partire da tale erroneo esordio della fase di corretto inquadramento della condizione della partoriente, per quanto non esclusivamente ascrivibile al convenuto, e avuto riguardo alle successive scelte intervenute nel corso del travaglio, appaiono al Collegio certamente integrati gli estremi di una condotta gravemente colposa imputabile al..”, “E’ infatti rilevabile una sommatoria di condotte attive ed omissive complessivamente connotate da trascuratezza e superficialità nel monitoraggio dell’evoluzione del travaglio e nelle scelte di gestione dello stesso, tenuto conto della pluralità di elementi emergenti dalle condizioni della partoriente..e del feto, che dovevano indurre....il dott.....ad assumere decisioni maggiormente cautelative e conformi a quelle dai protocolli in uso, tenuto conto delle reali condizioni della stessa partoriente e delle sue caratteristiche”.

Sempre nel quadro di condotta colposa grave attiva e omissiva in ipotesi di *malpractice* a seguito di frattura, la Sezione I di appello afferma (cfr. sent. n. 183/2018), “la consulenza ha accertato che l’operato dei sanitari....che ebbero in cura il paziente non seguì le regole della buona pratica medica e, con riguardo specifico alla posizione del.....che “vi fu, inoltre, una diagnosi non tempestiva della complicanza occorsa e, dopo che essa divenne palese, la mancata proposta di strategie terapeutiche che avrebbero verosimilmente consentito di

correggere o quantomeno ridurre l'accorciamento verificatosi per l'accavallamento dei monconi di frattura e permettere una guarigione in tempi brevi.” “Per quanto innanzi detto e diversamente da quanto sostenuto dalla difesa, la condotta ascritta all'attuale appellante è sia commissiva, che omissiva: l'aver rimosso il gesso e consentito il carico in palese assenza delle condizioni necessarie e non avere proposto strategie terapeutiche adeguate a fare fronte tempestivamente ed efficacemente alla complicanza occorsa.”

ALCUNE NOTE CONCLUSIVE

Con l'applicazione, dinanzi al Giudice contabile, della Legge Gelli, di una responsabilità medica sostanzialmente attenuata (per effetto del combinato disposto delle previste decadenze e delle limitazioni dal punto di vista del risarcimento a carico degli operatori sanitari), si affaccia una responsabilità dei vertici aziendali sanitari, da ricollegare a precisi obblighi di informazione sia all'operatore (art. 13), sia alla Procura della Corte dei conti.

In questo quadro, qualora l'inerzia e le omissioni dal punto di vista dell'informazione (si pensi ai termini decadenziali previsti) comportino effettivi preclusivi dal punto di vista dell'azione di responsabilità a carico del medico, ne consegue che il pregiudizio finanziario non potrà che essere addossato ai Dirigenti sanitari e amministrativi che abbiano omesso i doverosi adempimenti.

Altro punto di grande rilievo, tutto da sviluppare in quanto di novità derivata dalla Legge Gelli, è la responsabilità amministrativa derivante dalle carenze organizzative della struttura sanitaria, che comportano effetti risarcitori attenuati a carico del medico e dell'operatore in generale. In questo contesto è evidente che -restando fermo il principio della necessità dell'integrale ristoro delle spese sostenute dalla P.A.- si verifica una sorta di traslazione dell'obbligazione risarcitoria dal medico ai vertici aziendali, chiamati a rispondere della mancata realizzazione di un ambiente lavorativo non conforme a *standards* di efficienza e sicurezza.

In conclusione, se il quadro complessivo della Legge Gelli si rivela particolarmente attento

alla valutazione della responsabilità del medico, tenendo nella dovuta considerazione gli effetti della carente organizzazione ospedaliera, si manifesta una nuova area responsabilistica della Dirigenza sanitaria, in particolare primaria e di vertice aziendale.