

anno|ZERO numero|ZERO
giugno|07

editoriale
Antonio Farneti

focus
l'amministrazione di sostegno

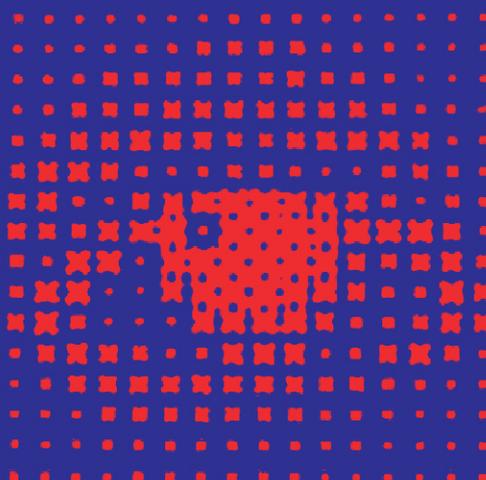
sezione medico legale
responsabilità sanitaria
la valutazione del danno
la prova scientifica

sezione giuridica
responsabilità sanitaria
il risarcimento del danno
la prova giuridica

sezione assicurativa
il ruolo dell'ufficio legale di A.O.
il patto di gestione della lite
la RC del Medico Ospedaliero

direttore
Prof. Enzo Ronchi

medicina e diritto



Nuovi strumenti per il risarcimento del danno a persona

PROGRAMMA

- ore 8.30/ INTRODUZIONE AL CONVEGNO
Prof. Antonio Farneti
- ore 9.00/ LETTURA MAGISTRALE:
EVOLUZIONE STORICA E NUOVI
ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA
Dr. Ersilio Secchi

IL RISARCIMENTO DIRETTO

Moderatore: Prof. Antonio Farneti

- ore 9.40/ Questioni legali
Avv. Marco Rodolfi
- ore 10.30/ La posizione dell'assicuratore
Dr. PierAngelo Negri
- ore 11.10/ Che cosa cambia per il medico legale
Dott. Umberto Genovese
- ore 11.50/ Discussione
- ore 12.30/ Lunch

CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA AI FINI DELLA COMPOSIZIONE DELLA LITE

Moderatori: Dr.ssa Maria Teresa Brena
Prof. Riccardo Zoja

- ore 14.00/ Inquadramento generale
Avv. Giovanni Toscano
- ore 14.30/ Problematiche pratiche
Prof. Enzo Ronchi
- ore 15.00/ Tavola rotonda: Opinioni a confronto
Dr.ssa Maria Teresa Brena,
Avv. Andrea Ferrario, Avv. Paolo Mariotti,
Dott. Franco Marozzi, Avv. Filippo Martini
- ore 16.00/ Discussione - Chiusura lavori

RELATORI

- Dr.ssa Maria Teresa Brena
Magistrato V sezione Tribunale Milano
- Prof. Antonio Farneti
Direttore Istituto Medicina Legale Milano
- Avv. Andrea Ferrario
Foro Milano
- Dott. Umberto Genovese
Ricercatore Medicina Legale
- Avv. Paolo Mariotti
Foro Milano
- Dott. Franco Marozzi
Medico Legale
- Avv. Filippo Martini
Foro Milano
- Dr. Pier Angelo Negri
Dirigente Compagnia di Assicurazione
- Avv. Marco Rodolfi
Foro Milano
- Prof. Enzo Ronchi
Ordinario di Medicina Legale
- Dr. Ersilio Secchi
Consigliere di Corte di Appello Milano
- Avv. Giovanni Toscano
Foro Milano
- Prof. Riccardo Zoja
Ordinario di Medicina Legale

SEGRETERIA

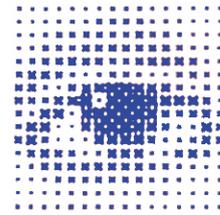
Segreteria scientifica
Istituto di Medicina Legale e delle Assicurazioni
Università degli Studi di Milano
Via Mangiagalli, n. 37 - 20133 Milano
Dott.ssa Monica Cucci - Tel. 02.50.31.56.96 monicucci@tiscalinet.it
Dott.ssa Sonia Scarpati - Tel. 02.50.31.56.90 sonia.sc@tiscali.it

Segreteria organizzativa
Gruppo Ricerche e Studi Medicina e Diritto
20123 Milano Viale Porta Vercellina 20
Tel. 02.48.00.46.77 Fax 02.48.00.94.47
info@medicinaediritto.it - www.medicinaediritto.it
Avv. Lavinia Vercesi - Tel. 02.48.00.46.77 l.vercesi@assimedici.it
Sig. Alberto Zappa - Tel. 02.48.00.46.77 a.zappa@assimedici.it



Istituto Medicina Legale e delle Assicurazioni
Università degli Studi di Milano

MEDICINA



E DIRITTO

convegno

**Nuovi strumenti
per il risarcimento
del danno a persona**

**Aula Magna
Università degli Studi di Milano
Via Festa del Perdono 7**

26 ottobre 2007 - ore 8,00

per iscrizioni: www.medicinaediritto.it

Patrocini richiesti:

- Ordine Provinciale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Milano •
- Ordine degli Avvocati di Milano •
- Società Italiana Medicina Legale e delle Assicurazioni - SIMLA •
- Sindacato Italiano Specialisti in Medicina Legale e delle Assicurazioni - SISMLA •
- Federazione delle Associazioni Medico-Legali Italiane - FAML I •

sommario

pag. 5 - editoriale

Una nuova rivista medico giuridica. Perché?
Antonio Farneti

pag. 9 - focus

L'amministrazione di sostegno
Antonio Marigliano - Giovanni Toscano

sezione medico legale

pag. 31 - responsabilità sanitaria

Le responsabilità della struttura ospedaliera e
del medico: e pluribus unum?
Umberto Genovese, Sonia Scarpati

pag. 40 - la valutazione del danno

La capacità lavorativa specifica:
problematiche valutative
Enzo Ronchi, Monica Cucci

pag. 47 - la prova scientifica

La prova scientifica: nel processo penale
un tema di ieri da risolvere per il domani
Giuseppe Gennari

sezione giuridica

pag. 63 - responsabilità sanitaria

La responsabilità sanitaria della struttura e
la colpa del medico: principi,
rivalsa dell'ente verso il professionista
Marco Rodolfi

pag. 73 - il risarcimento del danno

Il risarcimento del danno da perdita di chances
Ersilio Secchi

pag. 82 - la prova giuridica

La natura e la prova della incidenza della lesione su
"specifici aspetti dinamico relazionali personali"
del danneggiato ai fini dell'incremento del risarcimento
da sinistro stradale
(previsto art.138 e 139 del Codice delle Assicurazioni
Filippo Martini

sezione assicurativa

pag. 97 - il ruolo dell'ufficio legale dell'A.O.

Rapporti ufficio affari generali,
ufficio legale dell'ente e assicurazione
Attilio Steffano - Lavinia Vercesi

pag. 103 - il patto di gestione della lite

Pier Angelo Negri

pag. 108 - La responsabilità del Medico Ospedaliero

La responsabilità del Dirigente Medico Ospedaliero
e le coperture assicurative
Attilio Steffano - Francesca Mulliri

COLLANA MEDICINA E DIRITTO

pubblicazione a cura del
Gruppo Ricerche e Studi Medicina e Diritto
Viale di Porta Vercellina 20
Tel. 02 48004677
Fax 02 48009447
www.medicinaediritto.it

direttore
prof. Enzo Ronchi

coordinamento redazionale
dott.ssa Monica Cucci

comitato editoriale
dott.ssa Monica Cucci - Medico Legale
prof. Antonio Farneti - Medico Legale
dott. Giuseppe Gennari - Magistrato
dott. Umberto Genovese - Medico Legale
dott. Antonio Marigliano - Psichiatra Forense
avv. Paolo Mariotti - Avvocato
avv. Filippo Martini - Avvocato
dott. Pier Angelo Negri - Dirigente Compagnia Assicurativa
dott. Guido Piffer - Magistrato
avv. Marco Rodolfi - Avvocato
prof. Enzo Ronchi - Medico Legale
dott. Ersilio Secchi - Magistrato
dott. Attilio Steffano - Broker di Assicurazione
avv. Giovanni Toscano - Avvocato
prof. Riccardo Zoja - Medico Legale

grafica
Alberto Zappa
grafica@medicinaediritto.it

segreteria di redazione
segreteria@medicinaediritto.it
dott.ssa Eleonora Burgazzi
dott. Michelangelo Casali
dott.ssa Antonia Locatelli

hanno collaborato a questo numero
Dott.ssa Francesca Mulliri
Dott.ssa Sonia Scarpati
Avv. Lavinia Vercesi

editore
Mattioli 1885 SpA
Via Coduro, 1/b
43036 Fidenza (Parma)

ISBN: 978-88-89397-98-5

Una nuova rivista medico-giuridica. Perché?

Antonio Farneti

Il Gruppo di Studio Medicina e Diritto compirà tra poco 20 anni. Nato sulla scia dei dibattiti seguiti alla sentenza 184/86 della Corte Costituzionale, si è da sempre interessato ai diversi aspetti del danno alla persona, dalla responsabilità civile al danno iatrogeno da responsabilità professionale e, recentemente, ha affrontato temi emergenti, quali il rischio clinico e la prevenzione dell'errore in sanità.

L'uomo, come centro di interesse nella sua realtà psicofisica, ha da sempre rappresentato oggetto di studio del Gruppo: l'uomo, nelle diverse sue espressioni di vita, lavoro, salute, malattia, in una parola come entità inserita nel mondo che lo circonda, ove esplica per un certo tempo di vita un lavoro, e con i suoi molteplici interessi, che nel trascorrere degli anni ne caratterizzano l'esistenza.

Verso questo tipo di uomo, inteso nella globalità dell'essere e del divenire, il Gruppo si è sempre rivolto affrontando in scritti e convegni i problemi di maggior rilievo posti dall'evoluzione giurisprudenziale, dottrina e legislativa.

Circa 20 anni orsono il Gruppo nacque coagulandosi attorno ad una figura di entusiasta, di trascinatore, quale è stato Walter Brondolo. Un ortopedico innamoratosi della medicina legale alla quale ha dato tanto. L'idea vincente di Brondolo fu di riunire alcuni medici legali, avvocati-giuristi, magistrati ed assicuratori, per discutere informalmente di tematiche sul danno alla persona e per portare all'esterno (attraverso convegni, pubblicazioni) il frutto di questi incontri serali, promuovendo una crescita reciproca nello scambio di esperienze e nel confronto di posizioni culturali e professionali diverse.

Nel corso degli anni il Gruppo ha perduto il suo fondatore ed altri soci di grande spessore culturale (Gennaro Giannini, Mario Pogliani, Franco Mangili). Ciò nonostante il nucleo dei soci rimasti ha coinvolto altre figure di valore scientifico fornite di giovanile entusiasmo, sì da infondere nuova linfa ad una iniziativa che nel corso degli anni, soprattutto grazie a convegni periodici, è divenuta un punto di riferimento ben preciso nella realtà medico giuridica milanese e nazionale. Proprio a questi giovani ed al loro entusiasmo si deve l'idea di una rivista nuova nel titolo, che è quello del Gruppo, e nuova anche nell'impostazione e nei contenuti, improntata a fornire una visione pluridisciplinare di uno medesimo argomento riunendo le differenti professionalità e le diverse anime culturali del Gruppo al fine di fornire al lettore una visione quanto più possibile ampia, forniera di spunti di riflessione e di aggiornamento delle proprie conoscenze. Ma la rivista si propone anche di offrire contributi di pratica consultazione, snelli, che diano voce anche ai giovani capaci di proporre casi di interesse generale e peculiare, che possano essere motivo di

discussione e confronto e quindi ausilio nel quotidiano svolgersi della nostra professione.

Nell'editoria attuale non pare vi sia nulla di analogo.

È questo lo spirito di fondo che, sull'onda entusiastica dei giovani, ha indotto anche i più vecchi e recalcitranti tra noi a sostenere l'iniziativa: fornire alle diverse visioni culturali che quotidianamente si confrontano sul danno all'uomo, una lettura pluridisciplinare, possibilmente utile per crescere e migliorare e per giungere a quel risarcimento integrale del danno che è forse utopia, ma che può trarre vantaggio da un percorso fatto insieme.

Da ultimo una considerazione: un ulteriore prodotto cartaceo nell'era informatica può trovare spazio?

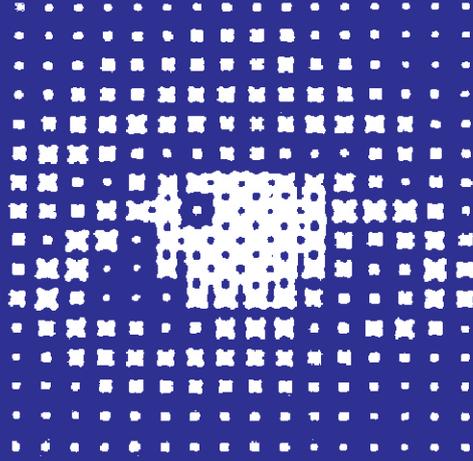
Chi scrive usa lo strumento informatico con l'aiuto di terzi, non è quindi in grado di giudicare. È pur vero che la comoda lettura di un prodotto cartaceo, quali che siano il contenuto e l'argomento, risulta essere meno fredda di una "schermata" del computer.

L'avventura ha inizio. Il Gruppo Medicina e Diritto sosterrà per qualche tempo con i contributi dei soci la rivista, ma è certo che alla stessa saranno necessari gli apporti dei lettori interessati, mediante esegesi dottrinarie, note e commenti a sentenza, segnalazioni casistiche particolari, cioè tutto quello che rientrando nello spirito del periodico serva ad interessare il lettore, ne stimoli le riflessioni, gli sia di aiuto nel lavoro di ogni giorno.

È questo lo spirito che anima noi tutti. Speriamo di essere ben accolti. Speriamo, soprattutto, di essere utili.

Antonio Farneti
Presidente del Gruppo Medicina e Diritto

medicina e diritto



focus

Amministrazione di sostegno: un moderno istituto giuridico

Giovanni Toscano

1. Premessa: il principio cardine della disciplina ex lege n. 6/2004.
2. La questione dei caratteri distintivi dei tre istituti e quella della previsione di regole per una risoluzione di eventuali conflitti. (Ord. Corte Costituzionale n. 440/2005).
3. La questione del criterio discriminante per la scelta tra amministrazione di sostegno ed interdizione. (Cass. Civ. Sez. I n. 13584/2006).
4. La questione della necessità o meno di una difesa tecnica. (Cass. Civ. Sez. I n. 25366/2006).
5. La questione della necessità o meno di una difesa tecnica. (Ord. Corte Costituzionale n. 128/2007).
6. La questione del consenso dell'interessato sulla nomina dell'amministratore di sostegno. (Ord. Corte Costituzionale n. 4/2007).

1. Premessa: il principio cardine della disciplina ex lege n. 6/2004.

*“LA PRESENTE LEGGE HA LA FINALITÀ DI TUTELARE,
CON LA MINORE LIMITAZIONE POSSIBILE DELLA CAPACITÀ DI AGIRE,
LE PERSONE PRIVE IN TUTTO O IN PARTE DI AUTONOMIA NELL'ESPLETAMENTO DELLE
FUNZIONI DELLA VITA QUOTIDIANA,
MEDIANTE INTERVENTI DI SOSTEGNO TEMPORANEO O PERMANENTE”
(ART. 1 LEGGE 9 GENNAIO 2004 N.6).*

Si tratta di istituto giuridico che pone la persona al centro dell'attenzione come titolare non tanto di una situazione giuridica soggettiva specifica, ma come soggetto sintesi di diritti fondamentali ed inviolabili che hanno titolo direttamente nella Carta Costituzionale: appare come un'affermazione scontata, ma non lo è, poiché per molti aspetti sia la normazione ordinaria sia le strutture idonee che dovrebbero realizzarla non sono adeguate, spesso a tal punto da negare di fatto una condizione umana che sia al livello della dignità e del rispetto dei diritti della persona¹.

L'incipit della legge è l'affermazione di una tutela predisposta per le persone prive in tutto o in parte di autonomia con l'obiettivo di metterle nelle condizioni di esercitare i diritti di cui sono titolari integrando una capacità di agire di fatto limitata e in modo, dunque, da poter consentire

¹Il riferimento è alla lettura costituzionale di norme che in sé, cioè nella loro struttura di regola hanno una valenza tassativa come nel caso della regola posta per i casi di interdizione con l'art. 414 codice civile (Persone che devono essere interdette) ante riforma, con cui si disponeva che in ipotesi di abituale infermità di mente si dovesse procedere ad interdizione; o come nel caso della tassatività di misure di sicurezza (di cui agli artt. 206, 219 e 222 codice penale su cui le declaratorie di illegittimità costituzionale con le sentenze n. 367 del 2004 e n. 253 de 2003); ovvero regole che per la loro genericità hanno un senso solamente se considerate per l'originaria funzione di collegamento sistematico (come l'art. 2059 c.c.) e che proprio per tale caratteristica meglio si prestano, con il mutamento del contesto sociale, ad essere contenitori di principi elaborati dal diritto vivente quali corollari dei principi costituzionali (Corte di Cassazione n. 8827 e 8828 del maggio 2003 e Corte costituzionale n. 233 del luglio 2003); ovvero acquistano nuova dimensione e nuova valenza per una rilettura costituzionale come l'art. 2043 c.c. (Corte Costituzionale sentenza n. 184 del 1986).

condizioni di vita simili in dignità a quella delle persone autonome: il collegamento dell'autonomia all'espletamento delle funzioni della vita quotidiana è caratteristico di una disciplina che vuole tutelare la persona penetrando nella vita e nelle esigenze di tutti i giorni.

Soprattutto vuole che a differenza di altri istituti la finalità da perseguire sia soprattutto quella di integrare - per portarla il più possibile alla migliore autonomia - una capacità di agire compromessa in modo temporaneo o permanente, senza imporre limitazioni che finiscono poi per esaltare una ridotta capacità, una diversità e che quindi non tornano a vantaggio della persona. Pertanto è disposta una protezione con una assistenza reale che soprattutto tutela la persona debbole conferendole quella capacità ed autonomia che le consentano di muoversi nei rapporti con gli altri consociati senza danno per sé e senza turbativa di quei medesimi rapporti, per la sostanziale affidabilità di cui i terzi di buona fede debbono poter fruire e per quella certezza che il diritto e la giustizia devono fornire sulla affidabilità dei rapporti stessi e delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Si può aggiungere dunque che la preoccupazione patrimonialistica che ha profondamente ispirato la normativa sull'interdizione e sull'inabilitazione a tutela della collettività può essere in giusti limiti soddisfatta realizzando uno strumento di sostegno che rispetti la dignità della persona restituendole un'autonomia realizzata con una assistenza ad hoc per tutto quanto sia necessario e potendo in ogni caso compiere gli atti necessari per soddisfare le esigenze della vita quotidiana (art. 409 c.2 c.c.) e che sul fronte dei rapporti giuridici dia garanzie ai terzi di buona fede.

Attenzione primaria, dunque, sulla persona avendo sempre presente le esigenze di una convivenza libera ed ordinata; e viceversa, si può rilevare a commento che il bene comune passa attraverso il bene dei singoli senza chiedere prima di tutto il loro sacrificio.

In questa prospettiva di tutela della certezza dei rapporti, irrinunciabile per un ordinamento giuridico, si pone il Registro delle amministrazioni di sostegno (istituito con Decreto Ministero Giustizia 12 marzo 2004, in G.U. 18-03-2004) previsto dall'art. 47 att. modificato dall'art. 14 della legge n. 6/2004 (qui in esame), in cui sono annotati il decreto di apertura e quello di revoca; nonché le annotazioni obbligatorie, da parte dell'ufficiale dello stato civile sull'atto di nascita, della istituzione della amministrazione di sostegno e della sua chiusura in caso di revoca (art. 405 commi 6 e 7 c.c.)².

² Si noti l'attenzione particolare per il caso in cui l'amministrazione di sostegno sia stata prevista a tempo determinato: se si chiude, anche dopo una proroga, ne sono cancellate le tracce sull'atto di nascita proprio per usare un trattamento particolare per una temporanea incapacità divenuta per la sua cessazione irrilevante proprio perché l'amministrazione di sostegno ha svolto appieno la sua funzione di tutela e di garanzia.

Dare al singolo la tutela migliore avendo cura di limitare il meno possibile la sua capacità di agire: questo è il criterio che deve guidare il Giudice Tutelare cui è attribuita ampia discrezionalità caratterizzata dalla ricerca per il singolo caso e in via privilegiata della soluzione dell'amministrazione di sostegno, relegando le ipotesi dell'interdizione e dell'inabilitazione a rimedi estremi e residuali.

Del resto proprio per il principio posto dall'art. 1 della legge istitutiva anche l'interdizione ha subito un considerevole ridimensionamento: è stata attribuita un'ampia discrezionalità al Tribunale con l'art. 414 che non impone a determinate condizioni accertate che le persone debbano essere conseguentemente interdette, ma propone il rimedio dell'interdizione "quando ciò è necessario per assicurare una adeguata protezione".

Diversamente ci sono solo le condizioni per cui il tribunale disponga la trasmissione, d'ufficio o ad istanza di parte, del procedimento originario di interdizione o di inabilitazione al Giudice Tutelare, provvedendo per le necessità urgenti relative alla "cura della persona interessata e per la conservazione ed amministrazione del patrimonio" con la nomina di un amministratore di sostegno provvisorio munito delle deleghe necessarie, con le stesse iniziative che il giudice tutelare può ritenere di prendere nei casi di necessità ed urgenza (art. 405 c. 4 c.c.).

A questa ipotesi normativa – e qui si può constatare la scelta nettamente privilegiata dell'amministrazione di sostegno nella disciplina della tutela in essere - fa da contrappunto l'ipotesi di cessazione dell'amministrazione nel caso in cui la stessa "si sia rivelata inadeguata a realizzare la piena tutela del beneficiario": se il Giudice Tutelare ritiene che si debba far luogo all'interdizione o all'inabilitazione informa il Pubblico Ministero per le iniziative del caso. Ebbene prima di questa decisione estrema il giudice tutelare può ritenere che, sempre nell'ambito di una amministrazione di sostegno, vi siano le condizioni per non portare il caso in una prospettiva di valutazione interdittiva o inabilitativa, anche se in tale sede l'obiettivo rimane quello della adeguata protezione: invero con il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno o in fase successiva a causa di rilevanti sviluppi il Giudice Tutelare può "disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario della amministrazione di sostegno".

Vi è la possibilità dunque – questa è la riprova della centralità del nuovo istituto di tutela per le persone deboli – che il Giudice Tutelare possa applicare disposizioni tipiche dei due tradizionali istituti, purché in tale scelta sia ben presente l'interesse del beneficiario e "quello

tutelato dalla predette disposizioni”³.

Pertanto ampia è l’area di competenza dell’amministrazione di sostegno, dalle attività “minime” alle attività più complesse, come ampiamente discrezionale è l’attività che il Giudice Tutelare è chiamato a compiere certamente non di carattere amministrativo.

Il principio posto dall’art. 1 della legge ispira dunque il titolo XII del Libro I del Codice Civile che porta la nuova e significativa intitolazione: “Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia”. Riporta al Capo I una disciplina essenziale – e non carente anche se considerata come sistema di regole – che deve essere visitata e rivisitata, integrata ed applicata secondo quel principio, che si impone nella sua caratteristica fondamentale quale corollario della più ampia tutela della persona secondo una lettura costituzionale che pone il focus sulle persone prive in tutto o in parte di autonomia.

In tre anni si è scritto sulla nuova legge almeno tanto quanto si ebbe a scrivere per molto tempo prima creando un movimento generale di pensiero con il fine diffusamente sentito di disporre di un istituto giuridico che si sostituisse – in linea di principio e in particolare secondo i principi della Costituzione – per la sua enfasi addirittura al sistema costituito dai precedenti istituti della interdizione ed inabilitazione quasi esclusivamente disposti contro l’interessato per la tutela privilegiata di interessi patrimoniali di terzi e di interessi di sicurezza e di tutela della collettività, non certo per quelli delle persone prive comunque di autonomia, rimaste prive per ciò stesso anche di diritti e dimenticate, quantunque non fossero un pericolo, ma in realtà solamente un “peso”.

Pertanto è a questo punto necessario fermare la nostra attenzione ai temi per cui hanno fatto analisi pregevoli e sintesi autorevoli le sentenze della Corte Costituzionale e della Corte Suprema di Cassazione, quest’ultima vera anima del diritto vivente nella sua funzione di nomofilachia al fine uniformare il diritto nazionale nella sua essenza e nel suo divenire in correlazione con i mutamenti della nostra società.

2. La questione dei caratteri distintivi dei tre istituti e quella della previsione di regole per una risoluzione di eventuali conflitti. (Ord. Corte Costituzionale n. 440/2005).

Le due questioni sono state poste in due distinte ordinanze di rimessione da parte del Giudice Tutelare di Venezia, sezione distaccata di Chioggia, al giudizio della Corte Costituzionale.

³ Come si vedrà più avanti secondo la Corte di Cassazione (sez. I 29 novembre 2006 n. 25366), la cui massima è stata espressamente richiamata dalla ordinanza della Corte Costituzionale 19 aprile 2007 n. 128, questa possibilità ex art. 411 c. 4 c.c. – pur se si debba ritenere che non sia in generale necessaria la difesa tecnica in un procedimento come quello di amministrazione di sostegno – induce a ritenere che nel caso sia invece necessaria una difesa tecnica, che per altro è sempre possibile quale diritto dichiarato inviolabile ex art. 24 della Costituzione, quando il provvedimento del giudice tutelare “incida su diritti fondamentali della persona attraverso effetti, limitazioni o decadenze” tipici dei procedimenti interdittivi o inabilitativi: le garanzie di difesa “in ogni fase e stato del procedimento”, che pur sono presenti in questi due procedimenti, non possono essere negate proprio in sede di amministrazione di sostegno.

La prima si sofferma a considerare che non sono stati delineati i criteri di selezione che consentano al giudice di valutare in modo più certo quale sia dei tre l'istituto che meglio possa adattarsi al caso concreto: invero in certe situazioni l'attribuzione di poteri di assistenza e di rappresentanza all'amministratore di sostegno può essere tale da inibire di fatto al beneficiario la possibilità di porre in essere validi atti giuridici. Si tratta di istituti parzialmente fungibili e la scelta verrebbe lasciata all'arbitrio del giudice, violando così principi di libertà e di autodeterminazione dei singoli e inibendo la loro possibilità, quindi, di piena realizzazione nei rapporti giuridici ed economici.

La Corte, con ordinanza 9 dicembre 2005 n. 440, richiama il principio di cui all'art. 1 della legge, quale criterio unificante i tre istituti, per cui l'amministrazione di sostegno è intesa in generale come assistenza per chi sia nella impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere alla cura dei propri interessi (art. 404 c.c.); mentre le diverse ipotesi di tutela prevedono che la soluzione interdittiva sia la scelta residuale possibile solo quando sia motivatamente necessaria ad assicurare adeguata protezione alla persona priva in tutto o in parte di autonomia (art. 414 c.c.), essendo già residuale - prima della novella e rispetto alla inabilitazione (art. 415 c.c.) - anche se in modo molto attenuato per quelle persone la cui condizione non fosse e non sia "talmente grave da far luogo all'interdizione".

È quindi lasciata ampia discrezionalità al giudice per la individuazione della assistenza più idonea a soddisfare le concrete esigenze della persona incapace, identificando le modalità di assistenza in quelle che nella minor misura possibile possano circoscrivere la sua capacità: modalità che possono essere adeguatamente modificate in ogni momento dal Giudice Tutelare, il quale può prescrivere che siano applicabili alla amministrazione di sostegno "determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato" (art. 411 comma 4 c.c.), prima di poter decidere che per il bene del beneficiario si debba far luogo all'interdizione o all'inabilitazione.

Dunque e in ogni caso i poteri conferibili all'amministratore di sostegno non sono mai coincidenti con quelli del tutore dell'interdetto o del curatore dell'inabilitato.

La seconda questione, correlata al rilievo della indistinzione dei tre istituti e contrapposta soprattutto all'ampia discrezionalità attribuita al giudice riguarda la segnalata possibilità di decisioni divergenti fra il Giudice Tutelare (competente per l'amministrazione di sostegno) e il Tribunale in composizione collegiale (competente per l'inabilitazione e per l'interdizione): si verificherebbe una situazione di stallo, secondo il giudice rimettente, nell'ipotesi in cui per lo stesso caso i due organi giudicanti contemporaneamente non ritengano attivabile la misura di propria competenza.

Sul punto la Corte ricorda che in sede di gravame, e contro il decreto del Giudice Tutelare e contro la sentenza del Tribunale, è prevista la coincidente competenza della Corte d'Appello (art. 720 bis c.p.c. aggiunto con la legge), che si pone come sede opportuna per dirimere eventuali contrasti.

A ciò bisogna aggiungere la considerazione che sono previsti strumenti di raccordo come la possibilità per il Giudice Tutelare, nel dichiarare la cessazione dell'amministrazione di sostegno per la sua accertata inidoneità a dare adeguata tutela al beneficiario, di informare il Pubblico Ministero per l'avvio del procedimento interdittivo o inabilitativo (art. 413 comma 4 c.c.); viceversa ove nel corso della procedura di inabilitazione o di interdizione il Tribunale ravvisi come idonea l'applicazione nel caso della amministrazione di sostegno, provvede per la trasmissione del procedimento al Giudice Tutelare, definendo in caso di necessità anche i provvedimenti a carattere provvisorio mediante la nomina di un amministratore di sostegno (art. 418 comma 3 c.c.).

Ancora più rilevante è la norma per cui il Tribunale può non limitarsi alla declaratoria della revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione e ritenere sempre nell'interesse del soggetto l'opportunità che sia aperta una amministrazione di sostegno, disponendo per la trasmissione degli atti al Giudice Tutelare (art. 429 comma 3 c.c.).

Il soggetto privo in tutto o in parte di autonomia, una volta che sia stato coinvolto l'organo giudiziario, non rimane mai privo tutela e in tal modo l'obiettivo della disciplina di cui alla legge n. 6 del 2004 è raggiunto nel rispetto delle garanzie costituzionali e attribuendo al giudice una discrezionalità che in ogni momento è, e non può che essere informata, al principio di cui all'art. 1 della stessa legge, qui riprodotto in esordio.

3. La questione del criterio discriminante per la scelta tra amministrazione di sostegno ed interdizione. (Cass. Civ. Sez. I n. 13584/2006).

Continua e fortunatamente con tempestività il ricorso al vaglio e alle decisioni delle magistrature superiori in una materia che, regolata prima di tutto dal principio di cui all'art. 1 della legge istitutiva, è stata caratterizzata da regole essenziali informate al principio base e dall'ampia discrezionalità attribuita ai magistrati competenti: ampia senz'altro quella del Giudice Tutelare per gestire i casi di assistenza a chi non sia in condizioni adeguate per autogestirsi, situazione soggettiva che influenza la sua capacità di agire e la sua possibilità di soddisfare i propri interessi e di competere alla pari nei rapporti con gli altri; più ampia rispetto al passato quella del Tribunale a fronte di una regola, quella dell'art. 414 c.c., che ha perso il suo carattere tassativo di ipotesi normativa in cui l'applicazione della misura interdittiva è strettamente consequenziale all'accertamento dell'abituale infermità di mente ed ha assunto con la novella un carattere elastico e discrezionale nel

quadro di riferimento di indagine e di valutazione posto dal principio di cui all'art. 1 della legge, di cui costituisce puntuale corollario l'inciso "quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione".

L'abituale infermità di mente non è più la condizione da accertare, né il qualificato presupposto per l'obbligatoria istituzione della interdizione: possiamo affermare che non lo è perché non ha alcuna rilevanza il profilo quantitativamente e anche qualitativamente grave della condizione della persona che abbisogna di tutela, poiché per stabilire la qualità e la quantità dell'assistenza da apprestare per il soggetto senza una piena autonomia bisogna focalizzare il punto di vista e l'attenzione sulle esigenze che l'infermità ha prodotto e produce sulla gestione della sua esistenza e sugli interessi che a tutto campo la caratterizzano e alla fine sul tipo di attività idonea a dare nel caso un adeguato sostegno.

Il profilo quantitativo, dunque, che ha caratterizzato le prime valutazioni di merito, non costituisce requisito esclusivo per qualificare come necessaria l'istituzione dell'interdizione e tanto meno dell'inabilitazione: invero e ancor più non costituisce carattere distintivo tra interdizione e amministrazione di sostegno. L'irrelevanza del profilo quantitativo della infermità ha costituito il motivo centrale di un ricorso alla Corte Suprema contro una sentenza della Corte d'appello di Salerno, che ebbe a negare in un caso di gravissima infermità l'applicabilità del beneficio della amministrazione di sostegno: questa secondo il ricorrente è l'ipotesi di rimedio privilegiata e pregiudiziale che deve essere per prima presa in considerazione proprio per consentire fin dall'inizio la ricerca della protezione più adeguata. Questa difesa, pienamente condivisa per lucidità e puntuale analisi dei requisiti della nuova disciplina dalla Corte Suprema nella sentenza del 12 giugno 2006 n. 13584, ha imposto alla stessa di affrontare il problema della "perimetrazione" dell'istituto della amministrazione di sostegno.

La Corte Suprema muove dal rilievo che punto centrale della legge n. 6/2004 è quello di aver previsto una disciplina più ampia per la protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, cioè di chi non è in grado per i più diversi motivi di provvedere alla cura di sé e dei propri interessi, estesa quindi in generale alla infermità fisica e alla menomazione fisica e psichica e non più limitata alla infermità di mente (art. 415 c.c.).

Osserva quindi che si deve escludere che il criterio quantitativo, cioè la considerazione della gravità delle cause del fattore incapacitante, possa costituire un criterio di distinzione, utile e valido per ogni caso, tra i due istituti dell'interdizione e dell'amministrazione di sostegno: in realtà il discrimen è di carattere funzionale e sotto questo profilo il ruolo del nuovo istituto è quello di costituire uno strumento flessibile in relazione ad esigenze diverse come sono diversi gli interessi che caratterizzano l'esistenza delle singole persone e che possono in concreto essere conseguenza

di una menomazione più o meno grave. La scelta, dunque, va fatta in funzione del tipo di attività che deve essere predisposta per garantire la migliore protezione possibile con la minor limitazione della capacità di agire del soggetto in tutto o in parte non più autonomo, che per giunta in certi casi può anche migliorare, proprio perché la cura della persona è l'aspetto di preminente preoccupazione, fino ad imporre in taluni casi, accanto ad un amministratore di sostegno che per l'attività che deve prestare deve essere uno specialista (ad esempio, un commercialista) la nomina di un co-amministratore che sia più preparato per rispondere ad esigenze di cura della persona del beneficiario.

La Corte distingue dopo queste premesse tra una attività minima di protezione e un'attività che si prospetti necessariamente più complessa. Nella prima ipotesi l'attività di protezione si risolve nella predisposizione di supporti non invasivi, cioè senza necessità di una limitazione generale e significativa della capacità e per questi casi sarà senz'altro più adeguata l'amministrazione di sostegno quale strumento più pratico e più agile, meno costoso e sicuramente non invasivo. Nella seconda ipotesi al contrario si può imporre la necessità di un'attività più articolata e più complessa, ipotesi in cui il Giudice Tutelare nell'ampia discrezionalità che gli compete deve diversamente graduare qualità e quantità degli interventi necessari, affinché il soggetto sia adeguatamente protetto financo ad impedire che possa compiere atti per sé pregiudizievoli.

Come si è visto più sopra il Giudice Tutelare può, prima di decidere la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero per l'apertura della procedura di interdizione, disporre l'estensione di effetti, decadenze o limitazioni previsti per l'interdetto o l'inabilitato, laddove ragionevolmente ritenga sussistere ancora un margine per evitare la procedura interdittiva, considerando la situazione e valutando l'interesse del soggetto e l'interesse tutelato con la disciplina degli altri due istituti: si tratta di una decisione che deve essere meditata e per la cui estrinsecazione è espressamente prevista peraltro la forma del decreto motivato proprio perché la situazione è al limite di una protezione elastica e non invasiva, cioè, anche se relativamente, ancora a favore del beneficiario, il quale per fruire dei relativi vantaggi può direttamente (art. 414 c.c., ultimo comma seconda parte) proporre ricorso.

È un'ipotesi limite che indica la gravità della situazione proprio nella previsione di una decisione che deve avere il crisma di un decreto motivato e altresì nella previsione, anche questa espressa, della esperibilità di un ricorso ad hoc da parte del beneficiario, il quale in una situazione oggettivamente grave e giuridicamente complessa dovrà anche essere assistito con la difesa tecnica in forza dell'art. 24 della Costituzione, quando cioè si sia al di fuori di un normale procedimento di valutazione e di attribuzione di un sostegno non invasivo e, dunque, la decisione del giudice, anche se non sia orientata in via definitiva per statuire l'inadeguatezza di una ipotesi di ammini-

strazione di sostegno, “incida sui diritti fondamentali della persona”⁴ e comporti una limitazione della capacità di agire, obiettivamente più sfavorevole: e però molto più favorevole se in tal modo è possibile evitare la fase pienamente interdittiva con la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero, il quale per altro potrebbe proporre, non condividendone le motivazioni, reclamo contro il decreto del Giudice Tutelare.

La sentenza in esame conclude con l’affermazione che rientra nella valutazione del giudice di merito la conformità della misura della amministrazione di sostegno alle esigenze di protezione dei soggetti privi in tutto o in parte di autonomia, “tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario, e considerate anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell’impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie”.

L’attività di protezione, dunque, è il profilo che pone un discrimine ben chiaro tra i tre istituti, tra i quali l’amministrazione di sostegno costituisce lo strumento di tutela di carattere generale e perciò di valutazione di fatto pregiudiziale alla considerazione ed utilizzazione degli altri istituti che assumono un ruolo residuale.

4. La questione della necessità o meno di una difesa tecnica. (Cass. Civ. Sez. I n. 25366/2006).

La questione della difesa tecnica non è certo rilevanza meramente dogmatica e formale, poiché, ove si dovesse ritenere sempre necessaria, la sua mancanza renderebbe il procedimento viziato da nullità insanabile.

La Corte, con la sentenza n. 25366 del 2006, scava un solco profondo e definitivo tra i procedimenti di interdizione e di inabilitazione e il procedimento dell’amministrazione di sostegno, affermando che quest’ultima si distingue dagli altri due istituti per natura, struttura e funzione.

Quella della difesa tecnica è stata ed è una questione ancora fortemente dibattuta e controversa in dottrina e nelle decisioni della giurisprudenza di merito. La normativa predisposta con la legge n. 6 del 2004 nulla dispone in materia e lascia quindi il campo alle più diversamente motivate costruzioni ermeneutiche, che per altro ruotano sostanzialmente attorno a due riferimenti centrali: da una parte il disposto dell’art 82 c.p.c. relativo al patrocinio che fissa il principio per cui ogni diritto può essere fatto valere davanti al giudice soltanto avvalendosi dell’attività difensiva di un

⁴ Così la successiva sentenza della Corte di Cassazione, che di seguito viene esaminata, del 29 novembre 2006 n. 25366

⁵ Procura generale si ha quando al legale è conferito il potere di rappresentanza in tutti i giudizi in cui sia coinvolto il cliente come parte in causa; si ha procura speciale quando la rappresentanza sia conferita per la singola causa o per cause che siano individuabili con una caratteristica comune (ad esempio per inerenza a rapporti giuridici della stessa area di interessi di una società, l’area propriamente societaria ovvero l’area tecnica attinente alla creazione, alla distribuzione e utilizzazione del prodotto, ciascuna delle quali richiede una preparazione specialistica nel difensore): la procura speciale può essere conferita in calce o a margine dell’atto difensivo, non essendo peraltro tassativo l’elenco degli atti difensivi riportati nell’art. 83 comma 3 c.p.c.

legale, il quale sta in giudizio in nome e per conto del mandante, in forza di mandato con rappresentanza che è integrato da una procura⁶ che ha natura e funzione di atto unilaterale comunicato ai terzi; dall'altra parte si sostiene che deve essere valorizzata, pena l'inefficienza, la struttura semplice ed agile concepita per il nuovo istituto di sostegno, la cui applicazione nella stragrande maggioranza dei casi sarebbe appesantita da un punto di vista procedurale ed economico, per cui la tutela potrebbe incontrare molti ostacoli alla sua utilizzazione da parte e a favore delle persone prive in tutto o in parte di autonomia.

Ritornano con diversa rilevanza ermeneutica e con diverso intento di approfondimento le considerazioni già svolte dalla Cassazione con la sentenza n. 13584 del 2006, sopra esaminata, a proposito dei criteri di scelta tra i tre istituti e in particolare tra l'interdizione e l'amministrazione di sostegno, a fronte delle fattispecie concrete che propongono ed impongono problematiche personali estremamente differenziate e ciascuna in certa misura irripetibile, appena (cioè solo per comodità di definizione) catalogabili tra situazioni che richiedono attività minime di protezione e situazioni che per qualità e quantità richiedono provvidenze più complesse ed invasive a tal punto da poter incidere sui diritti inviolabili e/o fondamentali⁶ costituzionalmente previsti a tutela della persona.

Veniamo, dunque, all'esame di una più recente decisione, già citata, della sezione prima della Corte Suprema depositata il 29 novembre 2006, su ricorso della Corte d'Appello di Venezia, in cui è posta la questione se per il procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno sussista o meno il vincolo della difesa tecnica, non prevista in nessuna delle disposizioni che costituiscono la disciplina dell'amministrazione di sostegno.

La Corte muove l'esame della questione dal comma 3 dell'art. 82 c.p.c.: "salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti al tribunale e alla corte d'appello le parti debbono stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente...". Passa in rassegna quindi le eccezioni previste dallo stesso codice di procedura civile la cui caratteristica comune è individuata nella "minore rilevanza sociale ed economica della controversia" ovvero quella riferibile al procedimento per la sua particolare natura (procedimenti davanti al Giudice di Pace; nelle controversie di lavoro ex art. 417 comma 1 c.p.c.; in tema di protezione in fattispecie di abusi familiari).

Di seguito nella motivazione si accenna ad eccezioni espressamente previste in leggi speciali come il procedimento di opposizione al pagamento di sanzioni amministrative (legge n. 689 del 1981).

Merita, in questo quadro di eccezioni, una particolare considerazione il procedimento per gli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera per malattia

⁶ Di "fondamentale" pare che ci sia, a stretto rigore testuale, solo quello della tutela della salute.

mentale normato nell'art. 35 legge 833 del 1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, che dispone la tutela giurisdizionale in materia: in questo articolo sono riunite le disposizioni di cui agli articoli 3 e 5 della legge n. 180 del 1978, che precedette di qualche mese⁷ quella appunto sistematica istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale.

Va rilevato che il sistema di tutela è affidato alla regia del Giudice Tutelare, alla partecipazione dell'autorità amministrativa locale (il sindaco) con espressi limiti di efficacia delle decisioni di sua competenza (convalida preventiva da parte del medico della azienda sanitaria locale e convalida successiva da parte del giudice tutelare) e ai doveri di garanzia che ineriscono alla gestione da parte del sanitario responsabile del servizio psichiatrico (chiamato a giustificare il trattamento oltre il settimo giorno): cautele tutte che concorrono insieme alla scelta di attività che devono essere in prevalenza ispirate alla protezione del soggetto interessato e che costituiscono profili di controllo a garanzia del rispetto della persona come soggetto di diritti, come quello della libertà di autodeterminazione in relazione a problematiche riguardanti principalmente la cura e la salute di ogni persona.

Per le comunicazioni previste nei primi cinque commi dell'art. 35 è prevista in caso di omissioni l'ipotesi di reato, appunto, di omissioni di atti di ufficio, se ed in quanto non sussistano gli estremi per la configurabilità di un delitto più grave.

Pertanto il procedimento nella prima fase muove da un provvedimento del sindaco su proposta motivata di un medico, che deve essere però preceduta dalla convalida da parte di un medico della struttura sanitaria locale e si conclude con il provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera, quindi in condizioni di limitazione della libertà dell'interessato. A sua volta il provvedimento amministrativo deve essere convalidato dal Giudice Tutelare competente⁸ con decreto motivato, contro il quale può essere proposto ricorso davanti al Tribunale competente per territorio, disponendo che le parti possono stare in giudizio “senza ministero di difensore e farsi rappresentare da persona munita di mandato scritto in calce al ricorso o in atto separato”.

Interessante per quanto riguarda l'argomento di questo scritto è il comma 6 della art. 35 che dispone: “Qualora ne sussista la necessità il giudice tutelare adotta i provvedimenti urgenti che

⁷ Porta la data infatti del 13 maggio 1978 con titolo “accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori” mentre la legge n. 833 è del 23 dicembre 1978: il motivo contingente senza il quale non si spiegherebbe l'anticipazione di qualche mese di un contesto normativo opportunamente poi collocato nel sistema del Servizio sanitario nazionale, fu quello di evitare il referendum già proposto sulla abrogazione della legislazione manicomiale e sulla conseguente necessità di non creare un vuoto normativo in una materia con implicazioni a diversi livelli, molteplici e complesse, in una situazione di tanto spessore e per l'interessato e per la collettività.

⁸ Va qui rilevata una significativa integrazione (rispetto alla legge n. 180/1978) secondo cui viene espressamente previsto (comma 1 dell'art. 35) che il provvedimento del sindaco di un luogo diverso da quello di residenza dell'interessato sia notificato al Giudice Tutelare territorialmente competente. V. “Il Servizio Sanitario Nazionale” commento alla legge istitutiva a più mani e coordinato da Fabio Alberto Roversi Monaco, Milano Giuffrè 1978

possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo". Questa norma integrata con la normativa che stiamo esaminando consente di dedurre che il Giudice Tutelare potrà proprio avvalersi della facoltà di nominare un amministratore di sostegno provvisorio con la funzione specifica riferita alla tutela del patrimonio e riservarsi di nominare un co-amministratore per la cura della persona nella eventualità e per il tempo in cui il soggetto non risulti più sottoposto al trattamento obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera: deve quindi in ipotesi darne comunicazione al Pubblico Ministero, affinché promuova il procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno.

Soprattutto il coordinamento normativo è utile per l'ipotesi in cui con il ricorso contro il provvedimento di convalida del giudice tutelare sia fatta richiesta di sospensiva del trattamento obbligatorio al tribunale adito, il quale deve decidere sul punto entro il ristretto termine di dieci giorni: e dunque lo stesso Tribunale può, in caso di accoglimento della sospensiva, provvedere per la trasmissione degli atti al giudice tutelare adottando i provvedimenti urgenti di cui al terzo comma dell'art. 405 c.c. e nominando perciò un amministratore di sostegno provvisorio con l'indicazione degli atti che è autorizzato a compiere.

In ipotesi come questa l'istituto dell'amministrazione di sostegno dà senz'altro un contributo decisivo a completare il quadro di provvidenze per il fatto di essere strumento tipico, prevedibile - anche la prevedibilità del provvedimento di sostegno che può essere adottato è un aspetto della tutela dovuta per i diritti della persona e certamente non l'ultimo - e quindi omogeneo nell'attuazione concreta della tutela nell'ambito dell'ampia discrezionalità attribuita all'organo giurisdizionale nell'interesse e a favore di persone prive di piena autonomia. Bisogna pur tenere conto della esperienza che si è maturata dall'inizio del 2004 per l'affinamento, l'efficienza e l'efficacia degli interventi a livello operativo: da ultimo va anche osservato che la soluzione qui proposta segue sul piano ermeneutico un criterio di applicazione analogica del richiamato art. 418 comma 2 c.c. integrato dall'art. 405 c.c., fatte salve le considerazioni che vengono svolte infra in relazione all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 128 del 19 aprile 2007.

Dopo questa necessaria digressione che ha consentito di individuare un'applicazione della disciplina della amministrazione di sostegno a fattispecie di trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera, riprendiamo l'esame della motivazione della sentenza n. 25366 del 2006.

La Cassazione proseguendo nella rassegna delle deroghe al disposto dell'art. 82 c.p.c., osserva che altre ne sono state elaborate in via interpretativa, laddove il ricorso alla difesa tecnica si risolverebbe in un pregiudizio per la parte. In generale si tratta dei procedimenti di volontaria giurisdizione in cui manca una contesa su diritti e in cui i provvedimenti sono sostanzialmente di

natura amministrativa: al proposito richiama una risalente sentenza della stessa Corte (n. 5814 del 1987) che ebbe a porre il discrimine proprio in funzione della particolare natura del procedimento di volontaria giurisdizione. Tuttavia la Corte deve giustamente osservare che qualcosa è cambiato soprattutto a causa di molteplici interventi di leggi speciali, proprio su questi procedimenti volontari, con la previsione espressa di disposizioni che impongono l'onere del patrocinio: come in materia di adozione (con l'art. 10 della legge n. 149 del 2001) si prevede la difesa tecnica fin dal primo atto del procedimento; come nella disciplina del processo societario (con l'art. 25 comma 3 del Dlgs. N. 5 del 2003) si prevede il patrocinio per i procedimenti camerale bilaterali o plurilaterali di giurisdizione volontaria⁹.

Fatte queste premesse in sede di analisi della normativa codicistica, della interpretazione e della legislazione speciale, osserva la Corte che il punto di riferimento utile ad individuare un discrimine sulla necessità o meno della difesa tecnica è in realtà nella valutazione della consistenza delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Richiama quindi i principi elaborati dalla stessa Corte con la precedente sentenza in materia di amministrazione di sostegno, la n. 13584 del 2006 più sopra esaminata, riproponendone l'analisi sulla "perimetrazione" dell'istituto e sul relativo ambito di applicabilità rispetto agli istituti della interdizione e dell'inabilitazione, anche dopo le modifiche introdotte con la legge n. 6 del 2004: è l'attività necessaria che le concrete esigenze dell'interessato impongono a dare un senso alla distinzione, dovendosi provvedere a seconda dei casi ad un'attività minima "estremamente semplice e tale da non rischiare di pregiudicare gli interessi del soggetto" ovvero ad un'attività che richiede misure più invasive e tali da modificare lo status della persona.

Si tratta, la prima, di un'attività che rientra nelle competenze proprie del Giudice Tutelare, "cioè una figura cui sono normalmente affidate funzioni riconducibili alla amministrazione di interessi ed alla vigilanza e al controllo – più che alla soluzione di controversie tra parti che contendano su di un diritto – da esercitare attraverso un procedimento al quale l'ordinamento non conosce casi in cui sia richiesto l'onere della difesa tecnica". Si tratta di un magistrato che "non si muove, come il giudice dell'interdizione, nell'ottica dell'accertamento della incapacità della persona... ma nella diversa direzione della individuazione, nell'interesse del beneficiario, dei necessari strumenti di sostegno con riferimento alle sole categorie di atti al cui compimento lo ritenga idoneo...".

Quindi nessuna compatibilità dell'amministrazione di sostegno con gli istituti preesistenti né sotto il profilo sostanziale a causa della varietà e frequenza degli interventi che non comportano mai

⁹ Osserva infatti: " il binomio rito camerale-atecnicità della difesa non è ulteriormente sostenibile, attesa la sempre più estesa utilizzazione da parte del legislatore di detto rito camerale, in ragione della sua maggiore funzionalità rispetto ad esigenze di semplificazione e concentrazione", opportunamente concludendo che "il rito camerale è invero divenuto una sorta di contenitore neutro (secondo la felice espressione di SU n. 5629/96), nel quale possono svolgersi non soltanto questioni inter volentes, ma vere e proprie controversie su diritti e status"

un mutamento di status, ma solo limitazioni diversamente graduate (anche nel caso di cui all'art. 411 comma 3 c.c. sull'applicabilità di "effetti, limitazioni o decadenze" previsti per i casi di interdizione e inabilitazione); né sotto quello processuale poiché nella sua disciplina si prevede la ricorribilità in cassazione contro provvedimenti che mantengono le caratteristiche di revocabilità e di modificabilità.

Conclude quindi la Corte con una puntuale definizione secondo la quale: "l'amministrazione di sostegno si configura come un istituto nel cui contenitore sono riunite ed unificate fattispecie che secondo il sistema previgente erano considerate tra loro ontologicamente diverse e che prevede rimedi e forme di tutela, anch'essi radicalmente nuovi e non compatibili con le preesistenti – ma rimaste in vigore – figure normative di protezione degli incapaci,".

Impossibile dunque pervenire ad una soluzione unitaria, cui pertanto consegue l'obiettivo necessità di soluzioni diverse per le varie fattispecie. Appare peraltro, senza con ciò negare il diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione, del tutto inutile il ricorso ad una difesa tecnica, laddove non ci sia una pretesa da far valere, non sussistano contestazioni di un proprio diritto, ma semplicemente si richieda al giudice un intervento nel proprio e in attuazione di un proprio interesse.

Per quanto sopra il discrimine per valutare se nel procedimento dell'amministrazione di sostegno si possa dare la necessità di una difesa tecnica sta nella funzionalità del procedimento nel singolo caso o nel profilo che un singolo caso può acquisire a fronte delle disposizioni con cui il Giudice Tutelare intenda modificare qualitativamente le modalità di intervento in relazione agli sviluppi del caso e agli effetti conseguiti o conseguibili con le attività di protezione già disposte con il tramite dell'amministratore di sostegno: può darsi infatti che l'attività di protezione si imponga in termini tali da assumere un carattere invasivo, cioè "ove si tratti di provvedimenti incidenti su diritti fondamentali riconducibili alla esplicazione della personalità dell'individuo" che possono essere presi attraverso il rispetto del contraddittorio che può essere sostenuto solamente avvalendosi di una difesa tecnica¹⁰.

5. La questione della necessità o meno di una difesa tecnica. (Ord. Corte Costituzionale n. 128/2007).

Sulla questione della difesa tecnica si è pronunciata anche la Corte Costituzionale con una recentissima ordinanza, la n. 128 del 19 aprile 2007, in relazione ad una ordinanza di rimessione del Giudice Tutelare di Venezia, sezione distaccata di Chioggia, per un caso riguardante una persona con invalidità permanente totale, con diagnosi di cerebropatia con oligofrenia ed afasia, per cui è stata dichiarata una compromissione totale della vita di relazione con necessità di essere sem-

pre accompagnata. Si tratta di un'ordinanza d'inammissibilità fondata sulla considerazione della mancata verifica da parte del giudice rimettente della possibilità di operare nella fattispecie una interpretazione costituzionalmente orientata: certamente non è questa l'occasione per approfondire questo rigetto per inammissibilità. Possiamo invece utilmente soffermarci sulla constatazione che il Giudice delle leggi ha pari pari riportato la massima¹¹ della sentenza testé esaminata della Corte Suprema (la n. 25366 del 2006), recependo dunque il principio che sussiste la necessità di una difesa tecnica quando l'amministrazione di sostegno nella sua funzione di strumento di protezione incida sui diritti fondamentali della persona, così sottoscrivendo una interpretazione costituzionalmente orientata, in questo caso con riferimento all'art. 24 della Carta Costituzionale. Se il Giudice Tutelare ritiene che le proprie valutazioni e decisioni possano in qualche modo ledere situazioni soggettive costituzionalmente garantite, deve fare in modo che sia assicurata la difesa al beneficiario, ove lo stesso giudice non ritenga di trasmettere gli atti al Pubblico Ministero per l'apertura di altro procedimento, di interdizione o di inabilitazione: dovrà farlo nel caso di cui all'art. 411 comma 4 c.c., ma riteniamo che debba farlo in ogni altro caso in cui le attività attribuite all'amministratore di sostegno siano interpretabili come non del tutto e solamente protettive, e ciò spesso nell'interesse dello stesso beneficiario. Diversamente infatti, cioè in caso che in sede di reclamo o in sede di legittimità venisse accolto il gravame per carenza di adeguata difesa tecnica, tutte le attività svolte potrebbero essere dichiarate colpite da nullità assoluta, eventualità che non tornerebbe certo a vantaggio del beneficiario, come in ogni caso in cui la tutela giurisdizionale, qualunque ne sia la forma, arriva troppo tardi per essere efficiente e "giusta".

In questo quadro la fattispecie procedurale¹² di cui all'art. 35 della legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale potrebbe essere dichiarata costituzionalmente illegittima, poiché potrebbero essere prevalenti se non esclusivi i casi di carenza di necessaria difesa tecnica¹³, considerato che già sussistono aspetti di forte limitazione della libertà dell'infermo di mente e che perciò stesso s'impone contro il dettato normativo che consente di stare in giudizio senza il ministero di un difensore.

¹¹ "Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno, il quale si distingue per natura, struttura e funzione, dalle procedure di interdizione e di inabilitazione, non richiede il ministero del difensore nelle ipotesi, da ritenere corrispondenti al modello legale tipico, in cui l'emanando provvedimento debba limitarsi ad individuare specificamente i singoli atti, o categorie di atti, in relazione ai quali si richiede l'intervento dell'amministratore; necessitando, per contro, della difesa tecnica ogni qualvolta il decreto che il giudice intenda emettere - sia o non corrispondente alla richiesta dell'interessato - incida sui diritti fondamentali della persona, attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze, analoghi a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, per ciò stesso incontrando il limite del rispetto dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa e del contraddittorio".

¹² Oggetto della digressione di cui al paragrafo precedente.

¹³ Ovviamente che la difesa senza ministero di un difensore non sia tassativa a nulla rileva, poiché a maggior ragione la norma sarebbe viziata di illegittimità costituzionale.

6. La questione del consenso dell'interessato sulla nomina dell'amministratore di sostegno. (Ord. Corte Costituzionale n. 4/2007).

Il Giudice delle leggi con ordinanza n. 4 del 19 gennaio 2007 si è pronunciato sulla questione di legittimità posta dal Tribunale di Venezia, sezione distaccata di Chioggia, relativamente ad alcune norme sulla disciplina dell'amministrazione di sostegno, che violerebbero gli articoli 2 e 3 della Costituzione, per la ragione che non subordinano al consenso dell'interessato l'applicazione della misura di protezione con l'assistenza o sostituzione nel compimento di singoli atti gestionali ovvero non conferiscono, comunque, efficacia paralizzante al suo dissenso: nel caso il beneficiario aveva mostrato di non gradire la nomina di un amministratore di sostegno e aveva fatto chiaramente intendere di voler essere assistito dalla moglie. Il giudice costituzionale rileva come proprio l'art. 407 c.c., nel disporre che il Giudice Tutelare deve sentire "personalmente la persona cui il procedimento si riferisce", prevede anche che deve tenere in considerazione i bisogni e le richieste del beneficiario, seppur "compatibilmente con gli interessi e le esigenze della persona": ampia discrezionalità lasciata e confermata al Giudice Tutelare di procedere o non procedere alla nomina dell'amministratore di sostegno ovvero di tener conto o non tener conto del dissenso dell'interessato, qualora nel contesto della fattispecie concreta sottoposta alla sua valutazione possa ritenere il dissenso giustificato o non giustificato, prevalente o non prevalente su ogni altra diversa considerazione pur compatibile con gli interessi e le esigenze di protezione della persona. Proprio questo criterio di compatibilità costituisce il principio che informa l'attività del Giudice Tutelare e ne qualifica autenticamente l'ampia discrezionalità conferita dalla legge: poiché però il consenso dell'interessato ispirato ai principi uguaglianza e di libertà della persona fa da contrappunto alla discrezionalità conferita al Giudice Tutelare si impone, in caso di dissenso del beneficiario, la necessità che lo stesso sia adeguatamente sostenuto e tutelato con una difesa tecnica, senza che ciò possa inibire al giudice stesso di provvedere con disposizioni provvisorie, qualora siano ritenute necessarie per la protezione della persona. Va ricordato e rilevato a chiusura un obiter dictum significativo della Cassazione¹⁴ a proposito del dissenso del beneficiario con lo stesso amministratore nell'ambito di un continuo confronto tra beneficiario, amministratore e giudice che è nella previsione dell'art. 410 c.c.: ritiene la Corte attuabile tale previsione soltanto se sia possibile un dialogo, osservando che "del resto, la non imprescindibilità del consenso del beneficiario risulta desumibile anche dalla considerazione che, in caso di dissenso con quest'ultimo, l'amministratore informa il Giudice Tutelare per l'adozione dei provvedimenti ritenuti necessari". È un aspetto di rigidità della disciplina inevitabile in cui i criteri di scelta del Giudice Tutelare devono prevalere proprio perché ispirati all'interesse precipuo del beneficiario, salva la fondatezza di valutazioni diverse del beneficiario che allo scopo deve essere assistito da una difesa tecnica.

Amministrazione di sostegno: aspetti psichiatrico-forensi

Antonio Marigliano

L'istituzione dell'Amministrazione di Sostegno (ex lege 6/2006), a parte le relative valutazioni giuridiche e la sua applicazione, costituisce anche un recupero delle componenti *naturali* specifiche della persona ed il rispetto delle stesse.

In sostanza si può affermare che si sia stabilita la trasformazione della modalità di tutela per soggetti deboli: nella fattispecie, da decisioni relative unicamente alla tutela del loro patrimonio, ma psicologicamente e personalmente quasi contro di loro, a quella, invece, degli stessi come persone bisognose di sostegno, non solo rispetto ai loro beni, ma complessivamente nei riguardi della loro persona, in tutte le esplicitazioni della stessa, secondo il dettato costituzionale.

Infatti, sia l'inabilitazione che l'interdizione, trascuravano l'insieme psicosomatico e gli aspetti antropologici della Persona, limitandosi a stabilire, solo sulla base di diagnosi specialistiche, frequentemente di natura neurologica, che la stessa dovesse, in pratica, rinunciare non semplicemente a gestire i propri beni, ma, tout court, alla propria stessa identità personale, quasi in ogni anche minima sua esplicitazione.

Inutile sottolineare non solo gli aspetti innaturali di tali misure sostanzialmente coercitive, ma anche l'elevato effetto iatrogeno che esse potevano assumere.

Per esemplificare, sarebbe come se ad una persona che avesse riportato una frattura di femore, concluso l'iter clinico della stessa, invece di fargli praticare un'adeguata riabilitazione, gli si impedisse o si limitasse l'uso dell'arto lesa.

E' ben vero che la riabilitazione rientra nell'area degli interventi terapeutici, di per sé non di pertinenza giuridica, ma dovrebbe essere altrettanto vero che le leggi, pur se si ritrovano a valle di eventi già verificatisi, devono, *dovrebbero*, sempre riferirsi alla Persona e non a parti di essa, frazionandola in varie componenti, somatiche e/o psichiche, e stabilendo misure specifiche ed unilaterali per ognuna di esse.

Inoltre le misure dell'interdizione e dell'inabilitazione avevano un senso di genericità categoriale: esse non erano specifiche per quella determinata persona, ma, quasi, si riferivano alla patologia dalla quale la stessa era affetta, con la conseguente riduzione del suo funzionamento, e quindi l'elemento decisionale era costituito prevalentemente da quanto veniva riscontrato dal professionista incaricato di eseguire l'accertamento sulla stessa, al quale veniva esplicitamente richiesto di svolgerlo proprio per stabilire le suddette misure.

E ciò, solo in parte comprensibilmente, determinava, anche nel professionista, un atteggiamento operativo che si adattava, quasi passivamente, ai motivi per cui gli era stato conferito l'incarico.

L'Amministrazione di Sostegno, invece (così dovrebbe essere) rimette in primo piano la Persona del soggetto debole, nella sua interezza psicosomatica, ed in tutte le componenti culturali, sociali, affettive, ed ovviamente economiche, che si integrano nel suo stesso essere persona.

Quindi anche il professionista incaricato che, ovviamente, deve essere uno specialista dotato di elevata esperienza clinica, è stato sostanzialmente liberato da un vincolo operativo che lo inscriveva in uno spazio ristretto, privandolo della possibilità di tener conto adeguatamente e compiutamente dell'insieme della persona del soggetto debole, e quindi non unicamente delle patologie invalidanti dalle quali era affetto.

Sia da un punto di vista giuridico, che da quello clinico, è come se, con l'Amministrazione di Sostegno, si passasse da un accertamento e da decisioni prese contro il soggetto debole, ad altre prese a suo favore.

L'interdizione infatti rimane unicamente come aspetto residuale di una misura giuridica relativa a persone che si trovino in una effettiva, assoluta incapacità di gestire se stesse ed i loro beni, perché affette da menomazioni non solo inemendabili, ma anche ingravescenti.

Ma non basta: anche se persiste l'assoluta discrezionalità del Giudice di decidere in merito alle misure di tutela da mettere in essere a favore del soggetto debole, sembra presentificarsi anche un diverso approccio decisionale che deve tenere debito conto, in misura maggiore rispetto a prima, della valutazione del Clinico.

Ovviamente cambiano anche la metodologia e la scelta degli strumenti tecnici che esso Clinico dovrà utilizzare.

Ma tali elementi saranno successivamente esposti in modo più dettagliato ed approfondito.

Inoltre va ricordato e sottolineato come la condizione di interdetto od inabilitato si riferisse quasi esclusivamente alla tutela dei beni della persona, spessissimo non a favore della persona stessa, ma di altri, per cui bastava un semplice ed a volte rapido accertamento eseguito con l'uso di strumenti che ne valutavano parzialmente e superficialmente le sue capacità di intendere, volere, decidere, scegliere, preferire, desiderare, ecc., per privarlo di qualunque libertà operativa e quindi non solo di quella di amministrare i propri beni.

Tali soggetti venivano praticamente inseriti in una sorta di ghetto sociale-operativo, per cui, nel tempo, essi entravano a far parte di una sorta di categoria umana, che caratterizzava non solo le loro capacità funzionali, ma la loro stessa identità.

Legge importantissima, intrisa di civiltà giuridica e sociale, che richiede, però, del tempo, per una sua corretta interpretazione operativa: sarà infatti necessario che si verifichi un cambiamento culturale che deve interessare tutti coloro che afferiscono operativamente alla sua applicazione e che devono progressivamente mettere il soggetto debole al centro, come protagonista della sua vicenda umana e quindi come soggetto, e pertanto non più deprivato della sua soggettività e trasferito in uno spazio-tempo di alienazione dei propri diritti e del proprio modo di essere.

Tutti gli operatori, pertanto, devono confrontarsi non solo con i dettami della legge, ma con se

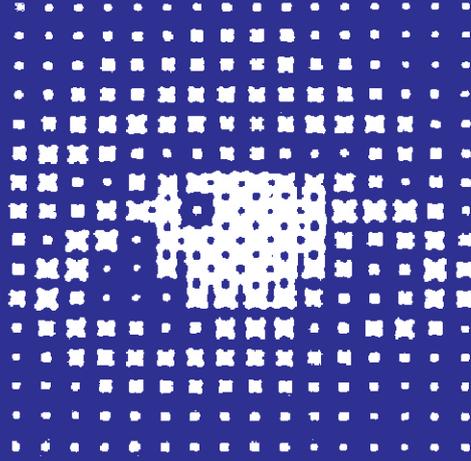
stessi, nel proprio modo di operare, di agire, di interpretare, di valutare e di decidere, tenendo sempre presente che le stesse decisioni, per quanto conseguenti ad adeguate ed attendibili metodologie di accertamento messe in essere, hanno comunque un senso di temporaneità che richiederà, pertanto, una loro verifica periodica.

Infine dovrebbe essere tenuta in debita considerazione che, richiedendo l'Amministrazione di Sostegno la nomina di un Amministratore di Sostegno, non solo dovrebbe rispettarsi l'indicazione dello stesso da parte del soggetto debole, ma si dovrebbe porre in essere anche una forma di valutazione psicologico-clinica di tale operatore, per confrontarne le caratteristiche personali che in relazione a quelle del soggetto da tutelare: è inimmaginabile, infatti, che quest'ultimo, già sofferente e limitato nel proprio modo di essere e di esistere, possa ritrovarsi inserito in un rapporto relazionale con una persona che non gli trasmetta una sufficiente disponibilità empatica. E' infatti indispensabile che l'amministratore di sostegno sia disposto a condividere una situazione di sofferenza e di partecipazione, con spiegazioni, ripetizioni, confronti ed informazioni adeguate ad ogni decisione.

Come sempre, fatta la legge, appare necessario che "si facciano" anche coloro che debbono applicarla, ognuno nel proprio ambito di competenza professionale.

medicina e diritto

sezione
medico legale



Responsabilità sanitaria

Le responsabilità della struttura ospedaliera e del medico: e pluribus unum?

Umberto Genovese, Sonia Scarpati

“... I sistemi complessi tendono a situarsi in un punto che definiremo il margine del caos. Immaginiamo questo punto come un luogo in cui vi è sufficiente innovazione da dare vitalità al sistema, sufficiente stabilità da impedirgli di precipitare nell'anarchia. E' una zona di scompiglio e di conflitto dove vecchio e nuovo si scontrano continuamente...”.

Michael Crichton - Autore del best seller *Jurassic Park*

L'ospedale è senz'altro un “sistema complesso” e in esso non possono che ritrovarsi tutte le condizioni esposte da Michael Crichton. Ma non solo. Gli ospedali si sono di norma evoluti non in base ad un piano di sviluppo, ma in dipendenza di spinte differenti: politiche, professionali, economiche, sociali, commerciali e tecniche. Così che l'organizzazione al suo interno è più ecologica (sopravvivenza in ambiente avverso), che strutturata¹.

Ciò detto, è pur vero che, facendo riferimento alla Teoria dei Sistemi², *il sistema non si comprende dall'interno, ma dal confronto con il sistema di ordine superiore che lo contiene*, per cui appare fondamentale iniziare questa analisi relativa alle problematiche connesse con le responsabilità all'interno delle strutture ospedaliere, soffermandosi brevemente sul *sistema di ordine superiore*, vale a dire il Servizio Sanitario Nazionale (SSN), il quale si articola secondo una logica di fasi collegate

e consecutive, propedeutiche l'una all'altra.

1. L'autorizzazione, necessaria per l'esercizio della funzione sanitaria (art. 8, c. 5 del D.Leg.vo 502/92 e 517/93) e fondata (DPR del 14 gennaio 1997) sulla necessaria presenza di *requisiti minimi* (caratteristiche generali che devono essere possedute da tutte le strutture sanitarie).

2. L'accreditamento, necessario per l'erogazione di prestazioni per conto del Servizio Sanitario Nazionale (art. 8, c. 7 dello stesso decreto); per cui l'accreditamento non sostituisce l'autorizzazione all'esercizio di un'attività, bensì si colloca in un momento successivo di valutazione: solo i servizi già autorizzati al funzionamento possono richiedere di essere sottoposti a verifica ai fini dell'accreditamento. Il *riconoscimento dello status* di soggetto accreditato compete alle Regioni ed è *subordinato non solo alla rispondenza dei servizi ai requisiti ulteriori*

¹ Krogstad U, Continuity in hospital care: beyond the question of personal contact, BMJ, 2002, 324

² La teoria dei sistemi è un'area di studi interdisciplinari che si occupa delle proprietà di un sistema nella sua interezza. Fu fondata negli anni 1950 da Ludwig von Bertalanffy, William Ross Ashby ed altri, sui principi dell'ontologia, della filosofia della scienza, della fisica, della biologia e dell'ingegneria, trovando poi applicazioni in numerosi campi, tra cui geografia, sociologia, scienze politiche, teoria delle organizzazioni, management, psicoterapia ed economia.

di qualificazione e alla verifica positiva dell'attività svolta, ma anche alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale.

3. Gli accordi contrattuali fra strutture accreditate e Regioni/Aziende Usl, necessari per determinare volumi e tipologie delle prestazioni fruibili dagli utenti del SSN e le relative ricadute economiche.

Come segnalato il riconoscimento dello status di soggetto accreditato compete, appunto, alle Regioni e in Lombardia, la Giunta Regionale, *garante dei Sistemi Qualità delle strutture e responsabile della definizione degli indicatori di qualità*, richiede alle aziende sanitarie di assicurare lo svolgimento di tutte le attività necessarie per realizzare la produzione, l'erogazione ed il controllo di prestazioni e di servizi secondo le *norme Iso 9000*, puntando, inoltre, anche sull'*accreditamento dell'eccellenza*, che è stato appaltato alla Joint Commission Resources di Illinois-Chicago.

Ritornando alla Teoria dei Sistemi, deve anche prendersi atto che *ogni parte del sistema può influenzarne il comportamento* ed in effetti la "struttura" influenza senz'altro la "pratica clinica"; basti considerare l'incidenza su ogni singola prestazione del contesto istituzionale (contesto economico e regole del SSN), dei fattori gestionali ed organizzativi (risor-

se e vincoli finanziari, politiche, standard ed obiettivi, cultura della sicurezza e delle priorità), dell'ambiente di lavoro (dotazione di personale e mix di competenze, carichi di lavoro e modalità di turnazione, progettazione, disponibilità e manutenzione dell'attrezzatura, supporto amministrativo e gestionale), dei fattori legati sia al *team* di lavoro (comunicazione verbale e scritta, supervisione ed opportunità di aiuto, struttura del team), sia alle individualità del personale (conoscenze ed abilità, motivazione, salute fisica e mentale), sia al compito svolto (progettazione e chiarezza strutturale del compito, disponibilità ed utilizzo di procedure, disponibilità ed accuratezza dei risultati dei test), sia, infine, alle caratteristiche dei pazienti (condizioni di complessità e gravità, lingua e comunicazione, personalità e fattori sociali)³.

In questo contesto "*le obbligazioni a carico della struttura sanitaria possono sintetizzarsi in: prestazioni di diagnosi, cura e assistenza post-operatoria; prestazioni di tipo organizzativo relative anche alla sicurezza e manutenzione delle attrezzature e dei macchinari in dotazione; vigilanza e custodia dei pazienti; prestazioni di natura "alberghiera" (vittoriscaldamento-alloggio). Viene così scisso, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, il legame che in precedenza aveva caratteriz-*

³ Framework for analysing risk and safety in clinical medicine, BMJ, 1998; 316: 1154-7 in http://www.careonline.it/download/pdf/vincent_adams_stanhope.pdf

zato la responsabilità dell'ente ospedaliero, connesso alla responsabilità del medico, del personale paramedico e degli altri ausiliari operanti nella struttura e viene affermata la responsabilità della struttura sanitaria anche nel caso di danno provocato dalla insufficiente organizzazione o dalla inefficienza della stessa struttura. L'attività del medico all'interno della struttura sanitaria non è che una fase della più complessa prestazione richiesta all'Ente e può, quindi, sussistere una responsabilità della struttura sanitaria anche in mancanza del personale sanitario"⁴.

E' però da precisare che la "struttura" non è altro dagli uomini che la costituiscono talchè parlare di responsabilità della struttura ospedaliera significherà trattare anche della responsabilità del direttore generale, del direttore amministrativo, del direttore sanitario, del primario, nonchè del personale sanitario. In effetti il direttore generale ha poteri di gestione e funzionamento, di verifica della corretta gestione delle risorse, è responsabile delle scelte strategiche (tipo e qualità delle prestazioni) ed è coadiuvato (art. 3 del D.lg. vo 592/1992) dal direttore sanitario, che è portatore *ex lege* di una posizione di garanzia e di obblighi concernenti l'organizzazione dei servizi sanitari nella struttura cui è preposto in qualità di dirigente (Cass. Sez. IV

2.3.2000, n. 9638) e dal direttore amministrativo che ha compiti dirigenziali in ordine alla gestione dell'Ente ospedaliero sotto il profilo giuridico ed economico. Accanto a queste figure *manageriali*, ne esiste anche una *apicale*, identificata nel primario (o direttore di struttura complessa o semplice), al quale competono (Art.7 D.P.R. 761/1969 ed art.63 D.P.R. n.761/1979), all'interno del reparto, il coordinamento ed il controllo dei servizi ospedalieri, nonchè le funzioni di indirizzo e di verifica delle prestazioni di diagnosi e cura.

Ne deriva che eventuali responsabilità per insufficienza, inefficienza e difetti delle strutture o attrezzature sanitarie (attrezzature obsolete, strumentazione e/o attrezzature sanitarie non idonee, indisponibilità di strumenti di uso complesso, deficit della manutenzione dei medesimi, ecc.) saranno da ricercare nell'operato delle figure professionali dei manager, con particolare riferimento ad esempio a quelle del Direttore Sanitario e del Direttore Generale; mentre la responsabilità per l'organizzazione interna della Divisione (organizzazione dei turni lavorativi, disposizioni interne per il personale, carenze organizzative e di personale, verifica attività) sarà da individuare nella figura del Primario.

Per quanto attiene al personale sanitario, pare opportuno ricordare che in ambito ospedalie-

⁴D. Chindemi, Consigliere della Corte di Appello di Milano. La responsabilità della struttura sanitaria (pubblica e privata). Così in <http://www.lapraticeforense.it>

ro le prestazioni individuali sono ormai rare, risultando per lo più *d'équipe* o *collettive*⁵, facendo la Giurisprudenza orientativamente riferimento, nel caso dell'attività *d'équipe* ad una responsabilità di tipo commissivo per chi materialmente commette l'errore, di tipo omissivo per il capo-*équipe* e ad una incentrata su un criterio di affidamento "temperato" per gli altri componenti; analogamente per le attività collettive ad una responsabilità di tipo commissivo sempre per chi commette l'errore, di tipo omissivo per i soggetti apicali e ad una fondata su un criterio di affidamento ("incolpevole") per gli altri componenti⁶. L'ampliamento giuridico della "visuale" delle responsabilità per un atto sanitario ospedaliero non può, d'altra parte, sorprendere il "mondo" medico, tenuto conto della sempre più diffusa e consolidata⁷ affermazione dell'*approccio* cognitivo all'errore, su cui si fonda il clinical risk management, che impone il passaggio da un *approccio* prettamente "personale" (in cui si pone l'attenzione sugli errori degli individui, colpevolizzandoli - e punendoli - per le

dimenticanze, le distrazioni o gli errori) ad uno di "sistema" (in cui si pone l'attenzione sulle condizioni di lavoro degli operatori, cercando di costruire barriere per evitare gli errori o limitarne gli effetti)^{8,9}. In quest'ottica già è stato scritto¹⁰ su un'indagine medico-legale in tema di responsabilità professionale destinata sempre più ad "interessarsi" delle fasi relative agli errori latenti¹¹, alle condizioni di lavoro e alle barriere/difese, oltre che (come accade sostanzialmente oggi) a quelle inerenti all'incidente e agli errori attivi. In altre parole l'apporto medico-legale dovrà cercare di fornire elementi tecnici utili anche all'identificazione e alla valutazione: A) di come si lavora, B) di come e da chi vengono prese le decisioni, C) del coordinamento delle risorse professionali e delle varie competenze, D) dei compiti di verifica e di controllo.

Tralasciando di soffermarsi sulle responsabilità professionali del medico "classiche" e più note (penale e civile), si ritiene qui utile affrontare quella amministrativa e dirigen-

⁵ Con ciò intendendosi le attività dei componenti della struttura non organizzate in *équipe*.

⁶ V Zinani, La responsabilità penale delle strutture sanitarie in http://www.med.unibo.it/reparti_servizi/medicina-legale/pdf/vito_zinani.pdf

⁷ V. a tal proposito: Risk management in Sanità: il problema degli errori della Commissione Tecnica sul Rischio Clinico (DM 5 marzo 2003) in www.ministerosalute.it/programmazione/qualita/Documenti/rischio_clinico_280704.pdf

⁸ J Reason, Human error, New York, Cambridge University Press, 1990

⁹ J Reason, Human error: models and management, BMJ 2000; 320:766-780

¹⁰ U Genovese, La responsabilità della struttura ospedaliera pubblica e privata: considerazioni medico-legali in Problemi di responsabilità sanitaria a cura di A. Farneti, M. Cucci e S. Scarpati, Giuffrè Ed., Milano 2007

¹¹ A differenza degli **errori attivi** (che sono associati alle prestazioni degli operatori di prima linea e, pertanto, con effetti immediatamente percepibili e, di conseguenza, facilmente individuabili) quelli **latenti** sono esito di attività distanti (in termini di spazio e tempo) dal luogo dell'incidente e riguardano aspetti di management, di progettazione tecnologica, di elaborazione di norme e regolamenti, ...

ziale, senz'altro meno conosciute.

La prima¹² riveste un ruolo sicuramente importante, ancor più accresciuto attualmente dal fatto che, per quanto riguarda l'approccio da parte delle aziende sanitarie ad una pratica che preveda la risoluzione delle controversie in via transattiva per i casi di *malpractice*, deve tenersi in debito conto il ruolo della Corte dei Conti¹³ in materia di spesa pubblica. Infatti la liquidazione del danno per via stragiudiziale rappresenta indubbiamente un «riconoscimento del debito», per il quale la legge prevede che gli atti siano trasmessi alla Procura della Corte e, come noto, «*spetta alla giurisdizione della Corte dei Conti*»¹⁴ l'azione di rivalsa promossa dall'ente ospedaliero nei confronti del dipendente a seguito d'intervenuta condanna al risarcimento dei danni arrecati a terzi, atteso che l'art. 103 Cost. attribuisce al giudice contabile tutte le ipotesi di responsabilità per danni arrecati agli enti pubblici da persone aventi con questi vinco-

li d'impiego o comunque di servizio, come conseguenza della violazione di tali rapporti, tra i quali rientrano, in carenza di esplicite deroghe legislative, i rapporti tra ente ospedaliero e propri dipendenti»¹⁵. In altre parole si tratta di quella responsabilità a contenuto patrimoniale di amministratori o dipendenti pubblici per i danni causati all'ente nell'ambito o in occasione del rapporto d'ufficio, per cui l'accertamento della responsabilità comporta la condanna al risarcimento del danno a favore dell'amministrazione danneggiata. In altre parole, se la responsabilità civile tutela la posizione del terzo (il paziente) contro la Pubblica Amministrazione, la responsabilità amministrativa serve a tutelare la stessa Pubblica Amministrazione nei confronti dei danni che le arreca il funzionario o l'impiegato all'interno del rapporto d'ufficio, obbligando il funzionario a risarcire il danno arrecato all'ente a causa della sua condotta¹⁶, così che «*la Corte, valutate le singole responsabilità,*

¹² Responsabilità che interessa quei «funzionari i quali» nell'esercizio delle loro funzioni (artt. 13 lett. h e 52 r.d. 12.07.1934, art. 82 R.D. 18.11.1923 n. 2440, art. 18 D.P.R. 10.01.1957 n. 3 artt. 2 comma 4 e 59 comma 1, D.P.R. n. 29/1993), con fatti od omissioni commessi con dolo o con colpa grave (art. 1 legge 14.01.1994 modificata dalla legge n. 639/1996), «cagionino danno allo stato» (cit. art. 52), «sono tenuti al risarcirlo» (cit. art. 82) e, a tal fine, «sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti» (cit. artt. 13, 52 e 1).

¹³ La Corte dei Conti è un organo di rilievo costituzionale, autonomo ed indipendente da altri poteri dello Stato cui la Costituzione affida importanti funzioni di controllo (art. 100 Costituzione) e giurisdizionali (art. 103 Costituzione). In ogni ordinamento democratico è previsto che un organo di rilievo costituzionale, posto in posizione di autonomia ed indipendenza rispetto al Governo ed al Parlamento vigili sulla corretta gestione delle risorse pubbliche, sul rispetto degli equilibri finanziari complessivi, sulla regolarità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa (in <http://www.corteconti.it>).

¹⁴ I fatti su cui è chiamato a pronunciarsi il giudice contabile si iscrivono nel diverso rapporto di servizio che lega i dipendenti pubblici all'Ente e il relativo giudizio è finalizzato all'accertamento di responsabilità personali volto ad acclarare nell'ordine: 1) se le condotte soggettive abbiano assunto o se vi sia stata una condotta riprovevole e contraria alle norme giuridiche; 2) se vi sia stato danno alla P.A. concreto, attuale e non potenziale non necessariamente patrimoniale (danno all'immagine, danno da tangente); 3) se il comportamento sia caratterizzato da dolo o da colpa grave.

¹⁵ Cass. civ., sez. un., 15 luglio 1988 n. 4634

¹⁶ <http://www.corteconti.it>

*può porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato o parte di esso*¹⁷. Deve in ogni caso precisarsi che nella sentenza del 20/12/1998 la Corte Costituzionale ha ribadito, però, la legittimità costituzionale della norma che limita la responsabilità amministrativa e contabile alle sole ipotesi di dolo e di colpa grave¹⁸. La ratio della norma infatti consiste nel “*predisporre nei confronti dei dipendenti e degli amministratori pubblici, un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all’eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell’attività amministrativa*”¹⁹. Orientata verso finalità analoghe sembrerebbe la proposta in ambito civilistico contenuta all’interno del disegno di legge²⁰ presentato del senatore Tomassini il 2 maggio 2006. Volta ad eliminare anche la rivalsa in caso di colpa grave: “*la responsabilità civile per danni a persone*

*causati dal personale sanitario medico e non medico, occorsi in una struttura ospedaliera pubblica o privata, è sempre a carico della struttura stessa. ... la responsabilità si estenderà a tutte le prestazioni erogate, ivi comprese attività ambulatoriali, ma non consentirà un’azione di rivalsa (ad esclusione delle rarissime ipotesi di comportamenti dolosi) nei confronti dei sanitari dipendenti per i quali sarà unicamente possibile una azione disciplinare. Così da attenuare la pressione psicologica e l’animo a volte vendicativo del paziente nei confronti dei sanitari*²¹”.

Allo stato attuale ben si può comprendere come la possibilità di rivalsa della Pubblica Amministrazione nei confronti del suo dipendente, nell’eventualità del riconoscimento di una colpa grave, scollì inevitabilmente l’unione difensiva di queste due figure nei confronti di chi li ha chiamati in causa (il pa-

¹⁷ art. 19 comma 2 D.P.R. 3/1957

¹⁸ A tale proposito pare interessante riportare un estratto di una recente sentenza, la n. 204 del 14 settembre 2006 della Corte dei Conti: “La mancata rimozione di garza laparotomica dall’addome della paziente è fonte certamente di colpa grave versandosi non già in un caso di errore diagnostico, bensì in una fattispecie di grave negligenza colpevolmente serbata in occasione della ordinaria esecuzione delle procedure e delle tecniche chirurgiche: trattasi dell’omesso espletamento della c.d. “conta delle garze”, che serve a verificare che all’esito dell’intervento chirurgico residui un numero di garze pari alla differenza tra quelle a disposizione prima di cominciare l’intervento e quelle in concreto utilizzate. Non è ammissibile, che medici chirurghi preposti all’ordinario espletamento di pratiche operatorie consuete e “routinarie”, pongano in essere omissioni ed errori di siffatto genere. Tali omissioni, al contrario, evidenziano superficialità di condotta e leggerezza operatoria meritevoli di adeguata sanzione risarcitoria. E ciò anche in assenza di particolari condizioni di urgenza o di confusione che oggettivamente possano qualificare come “scusabile” l’errore professionale in cui gli stessi incorsero. ... La Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione ..., ogni contraria domanda ed eccezione respinte: condanna i signori dottori al risarcimento del danno in favore dell’Azienda Ospedaliera ... nella misura di Euro ... nella rispettiva percentuale del ...% e del ...%. Interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza...”.

¹⁹ Nei casi di colpa lieve invece il dipendente è esente da responsabilità amministrativa e contabile ed il rischio dell’eventuale danno ricade interamente sulla Pubblica Amministrazione.

²⁰ Disegno di Legge n. 130, d’iniziativa del senatore Tomassini, comunicato alla Presidenza del Senato il 2 maggio 2006: Nuove norme in materia di responsabilità professionale del personale sanitario.

ziente), imponendo all'Azienda ospedaliera di accertare (o, meglio ancora, di ricercare) tale eventualità, tenuto conto che le garantirebbe di demandare l'onere economico del danno interamente al medico. Il problema è d'altra parte noto, tenuto conto che nel Contratto Nazionale di lavoro dell'area della dirigenza dei ruoli del servizio sanitario, professionale, tecnico ed amministrativo (quadriennio 2002/2005) se da una parte è previsto, art. 21, che *“le aziende garantiscono una adeguata copertura assicurativa della responsabilità civile di tutti i dirigenti della presente area, ivi comprese le spese di giudizio ai sensi dell'art. 25 del CCNL 8 giugno 2000 per le eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie dei terzi, relativamente alla loro attività, ivi compresa la libera professione intramuraria, senza diritto di rivalsa, salvo le ipotesi di dolo o colpa grave”*, dall'altro viene stabilito che aziende ed enti debbano provvedere, anche mediante una trattenuta pro-capite posta a carico di ciascun dirigente, *alla copertura di “ulteriori rischi” non coperti dalla polizza genera-*

le, intendendosi per questi ulteriori rischi professionali derivanti dalla specifica attività svolta quanto la copertura dal rischio dell'azione di rivalsa da parte dell'azienda o ente in caso di accertamento di responsabilità per colpa grave.

Venendo ora alla responsabilità dirigenziale, è subito da precisarsi che questa è *connessa all'incarico di funzione dirigenziale, cioè alla nuova figura dirigenziale del medico ospedaliero, collegata all'attività amministrativa e gestionale verso il raggiungimento degli obiettivi proposti.* In altre parole, in capo al medico vi sarà *la responsabilità in vigilando e dirigendo come datore di lavoro; la responsabilità dei risultati della gestione finanziaria, tecnico e amministrativa; la responsabilità della realizzazione dei programmi rispetto agli obiettivi prefissati (ed assai spesso imposti).* Trattasi di una responsabilità non di rado sottostimata, ma che risulta oltremodo impegnativa, se non anche proibitiva, qualora si consideri la preparazione culturale/universitaria di un medico²². E' noto che *“la graduazione delle funzioni avviene sulla*

²² Il Dirigente Medico Responsabile di Struttura Semplice: • gestisce: - in sintonia con il Responsabile della struttura di appartenenza le risorse economiche, tecniche e il personale assegnato; • risponde: - al Responsabile della Struttura Complessa del raggiungimento degli obiettivi concordati, presidiati con indicatori di efficienza ed efficacia; • cura: - l'attuazione dei programmi di formazione e aggiornamento del personale del Settore Specialistico; • contribuisce: - alla preparazione dei Piani di Sviluppo del Settore Specialistico; • assegna: - gli obiettivi alle funzioni direttamente dipendenti; • garantisce: - l'adeguatezza organizzativa del Settore Specialistico; - il rispetto dei volumi, dei tempi, e dei costi previsti dai programmi sanitari coordinando le funzioni direttamente dipendenti; • assicura: - la tempestività e la completezza dei rapporti periodici richiesti dal Direttore Generale e Sanitario; - la conformità alle disposizioni di legge delle attività che si sviluppano nell'ambito del Settore Specialistico; - il raggiungimento degli obiettivi previsti dal piano di gestione annuale, espressi attraverso gli indicatori gestionali utilizzati; - il miglioramento delle capacità delle risorse umane sia in termini specialistici che globali; - la validità tecnica ed economica degli impianti in funzione delle esigenze di mercato coordinando le funzioni direttamente dipendenti; - un adeguato livello di Servizio al cliente minimizzando i capitali investiti in scorte coordinando le funzioni direttamente dipendenti; - un adeguato livello qualitativo dei servizi

base dell'affidamento e gestione del budget e sulla base della consistenza delle risorse umane, finanziarie e strumentali ricomprese nel budget assegnato" (Art. 51 CCNL), intendendosi per budget quel "complesso delle risorse umane, finanziarie e strumentali rese effettivamente disponibili al medico" (Art. 59, III comma del CCNL - area dirigenza medica -), per cui i Dirigenti vengono divisi in *dirigenti con budget*, i quali dovranno garantire risultati di gestione in rapporto agli obiettivi stabiliti e *dirigenti senza budget*, a cui saranno richiesti risultati di gestione in rapporto all'osservanza delle direttive impartite. Orbene, c'è da chiedersi, in relazione al mancato adempimento di quanto richiesto da questa responsabilità, se in futuro si ricorrerà soltanto alla revoca dell'incarico o alla rescissione del contratto, o, viceversa, si delinearanno, soprattutto per *i dirigenti con budget*, anche altre "conseguenze" di tipo risarcitorio, per cui dovranno prevedersi ulteriori e mirate coperture assicurative.

In relazione a questo crescente carico di incombenze "responsabilizzanti", non deve però trascurarsi quanto ribadito dal recente

codice di deontologia medica in merito alla "difesa dell'autonomia e della dignità professionale all'interno della struttura in cui opera", per cui il medico deve vigilare affinché "non si manifestino atteggiamenti vessatori nei confronti dei colleghi"²³, opponendosi al verificarsi di un "contrasto tra le norme deontologiche e quelle proprie dell'ente" presso cui lavora²⁴. Egli deve anche esigere "da parte della struttura in cui opera sia ogni garanzia affinché le modalità del suo impegno non incidano negativamente sulla qualità e l'equità delle prestazioni, nonché sul rispetto delle norme deontologiche, sia che gli ambienti di lavoro siano decorosi e adeguatamente attrezzati nel rispetto dei requisiti previsti dalla normativa, compresi quelli di sicurezza ambientale" ed infine non deve assumere impegni professionali che comportino eccessi di prestazioni tali da pregiudicare la qualità della sua opera professionale e la sicurezza del malato"²⁵. Ad altri il giudizio sulla conciliabilità tra come dovremo comportarci deontologicamente e come agiamo professionalmente nella quotidianità, anche se non si può fare a meno di sottolineare che,

forniti, promuovendo un adeguato sviluppo del sistema qualità aziendale nei termini previsti dalla Assicurazione Qualità; - una costante informazione sugli obiettivi le priorità e l'andamento delle unità ai suoi diretti collaboratori; • promuove: - l'innovazione e lo sviluppo tecnico del settore di competenza, assicurando la coerenza ed il continuo aggiornamento delle modalità di lavoro attraverso il coordinamento delle funzioni direttamente dipendenti; • migliora: - costantemente il coinvolgimento e la prestazione delle risorse umane assegnate, curandone l'aggiornamento tecnico e lo sviluppo professionale attraverso il coordinamento delle funzioni direttamente dipendenti ed in accordo con il Responsabile di Struttura Complessa.

²³ Art. 69 Cod. Deont. Medica; 2006

²⁴ Art. 68 Cod. Deont. Medica; 2006

²⁵ Art. 70 Cod. Deont. Medica; 2006

così come sostenuto nell'appello del Direttore della Rivista scientifica Lancet nel 2002²⁶, “*i medici non possono più restare in silenzio e lasciare ad un piccolo gruppo di politici dell'ambiente medico il compito di gestire la loro professione. Non possono pensare di avere la fiducia della popolazione o il sostegno dei governi finché non saranno disposti a partecipare al dibattito pubblico sul tipo di società che auspicano per malati e indigenti. E' necessario che un numero maggiore di medici scenda in campo e prenda parte al dibattito pubblico*”, tendendo anche conto che la nostra stessa Costituzione prevede, all'art. 46, che, “*ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende*”. Ed ancora pare opportuno riportare che il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro recentemente (31.03.2005) ha definito la *Responsabilità Sociale delle Imprese come un processo volontario e strategico di assunzione, da parte delle imprese, di un insieme di obbligazioni e doveri nei confronti di un specifico sistema di soggetti portatori di interessi (stakeholder), in un quadro di carattere culturale comune ad un*

*determinato sistema economico, che valorizza l'elemento della partecipazione e del coinvolgimento*²⁷. In quest'ottica la strada da privilegiare è la partecipazione ed il coinvolgimento dei lavoratori, risorsa irrinunciabile e peculiare di qualsivoglia processo produttivo, ... al fine di creare una condivisione sugli obiettivi e far assumere ai singoli responsabilità ed autonomia nei processi²⁸.

Una genuina, e non strumentale, cultura di “responsabilità sociale” impone, a chi ha il potere di prendere decisioni rilevanti nelle imprese, di tornare a considerare queste ultime come “patrimonio costruito dalle capacità e dalle qualità (imprenditoriali, manageriali, tecnico-professionali, lavorative) di individui” che però diventa o deve essere usato come “patrimonio della società e per la società”²⁹. Soltanto così si potrà passare dall'attuale frammentazione di responsabilità in ambito sanitario ad un'unica (e vera) responsabilità, quella nei confronti della tutela della salute del cittadino, tenuto anche conto che, facendo ancora una volta riferimento alla Teoria dei Sistemi, se il prodotto di sistema non deriva dall'azione delle parti, ma dall'integrazione di queste, analogamente deve essere per le loro responsabilità.

²⁶ <http://www.tempomedico.it/news02/news730cover.htm>

²⁷ E. Speranzini, Le prospettive della RSI in Italia e il contributo del CNEL, POLITEIA, XXI, 78 2005, 110-130

²⁸ G Santini, Responsabilità sociale d'impresa e partecipazione dei lavoratori: la posizione del sindacato, POLITEIA, XXI, 78 2005, PP 97-102

²⁹ Elio Borgonovi, Direttore Generale SDA Bocconi, Il Sole 24 Ore, 12 dicembre 2002

La valutazione del danno

Capacità lavorativa specifica e attitudinale, basi tecniche del danno patrimoniale: problematiche valutative medico-legali

Enzo Ronchi, Monica Cucci

Prima di entrare nel merito di come stimare la riduzione della capacità lavorativa specifica occorre preliminarmente chiarire “*che cosa*” valuta lo specialista in medicina legale nella fattispecie di danno che qui si discute.

Sono di interesse del medico legale tutti i riflessi negativi del danno biologico che, nello specifico, siano causa di riduzione della efficienza lavorativa della persona (a sua volta potenziale fonte di reddito): in altre parole si deve valutare la diminuzione permanente di quelle capacità che abbiano potenzialità patrimoniale. Queste, notoriamente, variano straordinariamente da persona a persona, a seconda di come si siano differenziate nel corso della vita. L’infante ha solo capacità “embrionali”, del tutto indifferenziate; il soggetto nel proprio percorso di crescita, fino all’età adulta, può finire col dedicarsi ad un unico lavoro: ed in ciò si identifica la sua capacità lavorativa specifica. Ma le “*potenzialità lavorative*” non si esauriscono in quest’ultima fattispecie ed altre attività, parimenti reddituali, potrebbero essere alla sua portata ed impiegate utilmente in caso di bisogno: in ciò si identifica la capacità lavorativa attitudinale che va riconosciuta tenuto conto dell’età, dell’anamnesi lavorativa, delle condizioni di salute e del titolo di studio.

Pare opportuno in questa sede chiarire un ulteriore equivoco: la capacità lavorativa attitudinale così intesa è sostanzialmente sovrapponibile alla capacità lavorativa generica per come fu concepita dal Cazzaniga che, a fronte dello stragrande numero di casi di postumi permanenti privi di ricadute negative reddituali (ed a rischio di non risarcibilità) forzò il rigido sistema giuridico del “*risarcibile purchè patrimoniale*”, valorizzando, appunto, il significato reddituale delle “*altre*” capacità proprie della persona (diverse dalla capacità lavorativa specifica) facendo recepire a dottrina e giurisprudenza la “*finzione*”: riduzione di capacità lavorativa generica = lucro cessante.

È storia nota, poi, che in epoca precedente l’introduzione del danno biologico, l’invalidità permanente “generica” del Cazzaniga, quantificata in percentuale, entrava nel calcolo di capitalizzazione¹ producendo iniquità talora scandalose: a parità di invalidità permanente, età della persona ed assenza di riduzione di reddito (situazioni oggi ricomprese nel danno biologico) si dava luogo a “risarcimenti per caste” secondo la felice espressione del Giannini.

Ora, i tempi sono maturi perché sia definitivamente abbandonata l’espressione capacità

¹ Per inciso pare doveroso ribadire, onde evitare equivoci interpretativi, che la valutazione del lucro cessante in proiezione futura è basato su un calcolo di capitalizzazione attraverso la seguente formula matematica: LUCRO CESSANTE = G x IP x RV - 20% / 100 ove IP è riferita alla percentuale di incapacità produttiva. A. Cazzaniga et al, in Compendio di Medicina Legale e delle Assicurazioni. UTET XXII ed; 2006: 378.

lavorativa generica, fonte di equivoci, e la si sostituisca con l'espressione capacità lavorativa attitudinale come anche dalla Giurisprudenza inteso^{2,3,4}.

Dunque, il consulente tecnico si dedica alla valutazione della diminuzione di capacità lavorativa specifica e di capacità lavorativa attitudinale, basi tecniche medico legali su cui poggia la possibilità per il Giudice di addivenire al riconoscimento del danno patrimoniale, operazione questa senz'altro irta di difficoltà; infatti, è pressoché impossibile prevedere con certezza la misura delle perdite reddituali che si dispiegheranno negli anni futuri di una persona, a cagione del danno subito. Posto che nelle mani del Giudice non vi è, sul punto, alcuna certezza, egli dovrà stabilire se, considerati tutti gli elementi di giudizio disponibili, il danno futuro sia da ritenere

“probabile” ovvero “aleatorio”, facendone derivare, rispettivamente, la risarcibilità e la non risarcibilità.

Tutto ciò pare costituire una logica evidenza come anche sottolineato in una sentenza della Cassazione Civile⁵: “... l'onere della prova ex-art. 2697 c.c. del lucro cessante futuro attiene agli indici di valutazione preventiva e non all'effettiva verifica del danno, che sarebbe impossibile provare”; e, difatti, il danno patrimoniale da lucro cessante, controllabile attraverso prove “certe”, è solo quello già occorso, cioè concretizzatosi nell'arco di tempo frapposto tra il momento dell'evento lesivo e quello della liquidazione.

Ritornano di attualità, a questo punto, le parole del Fiori⁶ secondo cui il noto calcolo di capitalizzazione è fondato sulla presunzione che una determinata attuale incapacità lucra-

² Cass. Civ. Sez. III, n. 18945, 11.12.2003: «...la riduzione della capacità lavorativa di un soggetto che svolge vari e saltuari lavori non qualificati, o dell'operaio non specializzato, non è assimilabile alla incapacità lavorativa generica, liquidabile solo nell'ambito del danno biologico, ma è pur sempre fonte di danno patrimoniale, da valutarsi considerando quale sia stata in concreto la riduzione della capacità lavorativa specifica del soggetto leso, che può determinarsi tenendo conto della varietà di attività o di lavorazioni che il soggetto può essere chiamato a compiere, in riferimento alla situazione lavorativa specifica, ambientale e personale, del soggetto stesso.»

³ Cass. Civ. Sez. III, n. 20321, 20.10.2005: “...Il danno patrimoniale deve essere accertato in concreto attraverso la dimostrazione che il soggetto leso svolgesse – o presumibilmente in futuro avrebbe svolto – un'attività lavorativa produttiva di reddito, ed inoltre attraverso la prova della mancanza di persistenza, dopo l'infortunio, di una capacità di attendere ad altri lavori, confacenti alle attitudini e condizioni personali ed ambientali dell'infortunato, ed altrimenti idonei alla produzione di altre fonti di reddito, in luogo di quelle perse o ridotte. La prova del danno grava sul soggetto che chiede il risarcimento, e può essere anche presuntiva, purché sia certa la riduzione della capacità lavorativa.”

⁴ Anche la dottrina, in un'autorevole espressione del Fiori così si è espressa: “...già in passato alcuni autori ...avevano sostenuto ...che la c.d. capacità lavorativa generica è una componente di base della capacità di guadagno e quindi appartiene a pieno diritto al danno patrimoniale e non poteva essere assorbita nel concetto di danno biologico. È evidente che una lesione all'integrità psicofisica ...ha per propria natura potenzialità di produrre una varietà di conseguenze ... anche la riduzione ... della potenziale capacità di lavorare. ...non si vede perché anche la capacità potenziale a svolgere qualsiasi lavoro, detta anche generica, non debba essere considerata una essenziale e basilare componente della capacità a produrre lucro. Riv. It. Med. Leg. XXV, 2003: 729 - 750

⁵ Cass. Civ. Sez. III, n. 12248, 13.12.1997.

⁶ Fiori A., Cronaca e proposte dal fronte del danno alla persona da responsabilità civile. Riv. It. Med. Leg. IV, 1989, 1255-1256.

tiva permanga tale per tutta la vita lavorativa futura. In altre parole, il capitale concesso a titolo di risarcimento di questa forma di danno è una anticipazione in denaro di un mancato guadagno attuale che si presume, convenzionalmente, si proietterà per tutta la vita lavorativa del soggetto. Ma per gli anni a venire, in particolare di soggetti giovani, la capitalizzazione è procedimento che non si basa certo su di una prova autenticamente rigorosa delle perdite future.

A ciò deve aggiungersi che, nella pratica quotidiana, non infrequentemente è possibile assistere a diseguali trattamenti risarcitori fondati sul convincimento che quella persona non avrà perdite reddituali future in quanto lavoratore dipendente, per il quale si prevede, apoditticamente, la “certezza” della costanza della retribuzione economica da lavoro anche dopo l’evento lesivo; non così per il lavoratore autonomo al quale è concesso il beneficio della probabile flessione reddituale futura: macroscopica dunque la disparità di trattamento. Al riguardo, lo stesso Fiori richiama l’attenzione sulla riduzione sia di capacità di concorrenza sia di opportunità di carriera e conseguenti miglioramenti retributivi; e sottolinea pure come la ridotta capacità lavorativa possa duramente dispiegare tutti i suoi svantaggi economici quando il soggetto non

sia più “protetto” dalla situazione di dipendenza retributiva. Parole scritte nel 1989 che si rilevano ora di grande attualità, attesa la tendenza del mercato, caratterizzato dalla diffusione di contratti a termine, flessibilità ed instabilità delle imprese che tuttora costituiscono fondamentale tessuto sociale del Paese.

La giurisprudenza della Suprema Corte afferma, da tempo, che il danno patrimoniale deve essere provato ma non sono richiesti rigore e certezze nella prova. “... *Il giudice deve accertare, in base alle prove fornite dal danneggiato, ma anche avvalendosi di presunzioni semplici per il danno di invalidità permanente che si proietta nel futuro, in quale misura la menomazione abbia inciso sulla capacità di svolgimento dell’attività lavorativa specifica, e questa, a sua volta, sulla capacità di guadagno, cioè di produrre ricchezza ...*”⁷. Di analogo tenore un’altra pronuncia della Cassazione: “*Una volta provata la riduzione della capacità di lavoro, non può ritenersi automaticamente provata l’esistenza di un danno patrimoniale, ove il danneggiato non dimostri concretamente, anche per mezzo di presunzioni semplici, l’esistenza di una conseguente riduzione della capacità di guadagno*”^{8 9 10}.

L’accertamento di postumi permanenti con

⁷ Cass. Civ. Sez. III, n. 4385 del 03.05.99, commentata da Bastianon S. in Resp. Cv. Prev., 1, 18, 2001

⁸ Cass. Civ. Sez. III, n. 3961 del 21.04.1999, in Zacchia, 4, 482, 1999

⁹ Di analogo tenore tra le molte sentenze una recente pronuncia del Trib. Bari Sez. III, 23 febbraio 2006: “*L’incapacità lavorativa*

negative ricadute sulla capacità lavorativa specifica non comporta l'automatico obbligo del danneggiante di risarcire il danno patrimoniale, conseguenza della riduzione della capacità di guadagno; difatti sempre secondo la Suprema Corte: “... il danno patrimoniale deve essere accertato in concreto attraverso la dimostrazione che il soggetto leso svolgesse, o, trattandosi di persona non ancora dedicata ad attività lavorativa, avrebbe presumibilmente svolto, l'attività produttiva di reddito. La liquidazione del danno non può essere fatta in modo automatico in base ai criteri dell'art.4 della legge n. 39/1977, che non comporta alcun automatismo di calcolo, ma si limita ad indicare alcuni criteri di quantificazione del danno sul presupposto della relativa prova, che incombe al danneggiato e può essere anche data in via presuntiva, purchè sia certa la riduzione dell'incapacità lavorativa specifica”¹¹.

A questo punto non può dimenticarsi la nota sentenza della Corte Costituzionale¹² secondo cui fu correttamente motivata la pronuncia del Giudice di merito il quale, in base alla natura delle lesioni e dei loro postumi, pur in as-

senza di una contrazione del reddito attuale, liquida al danneggiato una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno patrimoniale futuro, sulla base della presunzione che i postumi residui possano causare una perdita di opportunità o un accorciamento della vita lavorativa. La stessa Corte, decidendo in ordine alla legittimità dell'art. 4, comma 1 e 3 della legge n. 39/1977, con riferimento all'art. 3 della Costituzione, aveva stabilito che il danno patrimoniale da lucro cessante deve essere risarcito in funzione di un reddito che “non può comunque essere inferiore a tre volte l'ammontare della pensione sociale”, nei seguenti casi: quando il danneggiato non è lavoratore dipendente o autonomo; nei casi in cui il danno futuro incida su soggetti nell'attualità privi di reddito da lavoro ma potenzialmente idonei a produrlo; quando il reddito attuale da lavoro, autonomo o dipendente, risulti negativo in relazione a particolari contingenze; nei casi in cui il reddito da lavoro, se pure positivo, presenti caratteristiche (eseguità, discontinuità o precarietà del lavoro, ecc.) tali da escludere che possa costituire la componente base del calcolo probabilistico

specifica che valuta l'eventuale riduzione della capacità di produrre reddito nonostante rientri nel concetto di danno futuro non producendo effetti attuali nel patrimonio del danneggiato, deve essere personale ed effettiva e fondarsi quanto meno su una presumibile prestazione lavorativa più sofferta e disagiata o sull'aumento di probabilità di una cessazione anticipata del rapporto di lavoro o sulla difficoltà ad esercitare professioni alternative; pertanto, la relativa domanda risarcitoria, deve essere suffragata da adeguati riscontri sia in ordine alla effettiva attività svolta dal danneggiato sia in ordine al reddito percepito dal medesimo ed alla successiva flessione dello stesso in ragione delle lesioni permanenti riportate, pena la sua inaccogliabilità.”

¹⁰ Cass. Civ. Sez. III, n. 1230, 23.01. 2006; Cass. Civ. Sez. III, n. 1120, 20.01.2006

¹¹ Cass. Civ. Sez. III, n. 13409, 29.10.2001 in Riv. It. Med. Leg. 2, 623, 2002

¹² Corte Cost. n. 445, 24 ottobre 1995 commentata da Bastianon S. e Catalano G. in Resp. Civ. Prev. 887, 1995

delle possibilità di reddito futuro.

Dunque, il Giudice, esaminati tutti i disponibili elementi di giudizio, ed avvalendosi anche di presunzioni semplici, stabilita la probabilità (e non la semplice aleatorietà) del danno futuro da invalidità permanente, dovrà procedere alla quantificazione e liquidazione dello stesso: sia che si tratti di invalidità determinante riduzione di capacità lavorativa specifica sia che si tratti di invalidità condizionante diminuzione di capacità lavorativa attitudinale.

In tale ipotesi il Giudice, per procedere alla stima e liquidazione, dovrà disporre del calcolo della retribuzione annua del soggetto leso e della percentuale di invalidità lavorativa permanente. Come abbiamo visto la retribuzione annua può essere dato acquisito; ovvero dato presunto, ad esempio nel caso di studente prossimo al diploma, per il quale si farà riferimento alle retribuzioni per quella categoria di lavoratori; ovvero dato derivato da quanto disposto dalla legge n. 39/1977.

L'invalidità o incapacità lavorativa permanente non può essere espressa che in forma percentuale in quanto di nessun aiuto può essere al Giudice la mera descrizione dell'invalidità lavorativa.

La precisa quantificazione percentuale della permanente incapacità al lavoro è problema difficile per il consulente medico-legale ma

alcuni punti saldi possono essere stabiliti.

Fermo restando che a piccole percentuali di danno biologico possono corrispondere macro-invalidità lavorativo-patrimoniali (ci sia consentito di richiamare l'abusato esempio della menomazione al dito mignolo del violinista), di fatto, nella grande maggioranza dei casi non si avrà pregiudizio alla capacità lavorativa per danno biologico espresso in micropermanente¹³.

Per invalidità superiori al nove%, danno biologico e danno lavorativo dovrebbero essere espressi con eguale valore numerico: infatti, in un contesto strettamente tecnico, che prescindendo da qualsiasi apprezzamento sulla redditività della persona (certamente fuori dalla competenza medico-legale), non si potrà non tener conto che, per definizione, danno biologico significa riduzione di capacità "a fare", a compiere gli atti della vita comuni a tutti. Pertanto, una parziale diminuzione di tale capacità con riferimento alle attività quotidiane extra-lavorative, non potrà non avere ricadute, nella stessa misura percentuale, con riferimento alle attività lavorative: ciò, ovviamente, in linea generale, essendo più che evidente che possono sussistere addirittura gravi forme di danno biologico prive di qualsiasi ripercussione negativa sulla capacità lavorativa e viceversa; in altre parole, con "adeguata motivazione" ci si potrà discostare

dalla generica eguaglianza di cui sopra e dare prova di una incidenza sulla capacità lavorativa superiore o inferiore al danno biologico a seconda delle caratteristiche della menomazione e della attività lavorativa svolta.

Non si tratta di procedere sistematicamente e senza eccezioni alla stima percentuale della incapacità lavorativa ogni qualvolta vi sia danno biologico permanente superiore al nove%; invero i casi in cui viene riconosciuta l'incidenza negativa sulla capacità lavorativa restano di gran lunga la minoranza.

La conoscenza della effettiva e concreta capacità lavorativa assume un rilievo fondamentale; ne discende che in eventuale fase giudiziale, al CTU dovrebbe essere consegnato un profilo lavorativo della persona che sia già stato oggetto di istruttoria. Una volta ben note le caratteristiche sia della menomazione sia dell'attività lavorativa, sarà meno disagiata quantificare percentualmente la diminuzione di capacità lavorativa. Ben inteso, l'intero procedimento valutativo di cui sopra si svolge in ambito strettamente tecnico e nulla ha a che fare con la eventuale verifica di negative ricadute patrimoniali che siano lamentate dalla persona la quale potrebbe pretestare contrazioni di reddito che non sono in nesso eziologico con la menomazione ma con cause diverse che non possono essere conosciute dal consulente. Compito di quest'ultimo è

stabilire se sia tecnicamente attendibile che la menomazione possa avere ricadute negative sulla capacità lavorativa e quantificarle percentualmente.

Deriva, da tutto ciò, che la valutazione medico-legale della incapacità permanente al lavoro non può che seguire un criterio "naturalistico" e non "giuridico". A tale scopo il medico-legale deve avere un approccio al problema libero da pregiudizi e disporsi a fornire un prodotto peritale che permetta di inquadrare il risarcimento del danno in ogni sua componente, nel convincimento che più completo sarà il contenuto tecnico, migliore sarà la motivazione che il Giudice porterà nella sua decisione.

Non è presunzione ma semmai convenzione, per il medico-legale, stabilire che in una persona residui un danno biologico permanente del venticinque%; analogamente non deve essere presunzione ma ancora una volta convenzione ritenere che sussista una diminuzione di capacità lavorativa del trenta%.

Sempre nel merito si menziona (tra le molte) una recente sentenza del Tribunale di Venezia¹⁴ che, in armonia con gli indirizzi della Suprema Corte, ha stabilito, fra l'altro, quanto segue: " ... *Quanto alla perdita della capacità lavorativa specifica non è qui in discussione la diversità di mansioni svolte dall'attore al momento della ripresa della*

¹⁴ Tr. Venezia, Sez. III, n. 1540, 11.07.2005, Giudice Simone.

propria attività (operaio chimico addetto al magazzino, mentre in precedenza svolgeva attività di operaio elettricista), sebbene poi anche il nuovo rapporto di lavoro sia cessato nel dicembre del 2002 a causa della riferita inidoneità fisica, come da documentazione in realtà non prodotta. Non diversamente da quanto sopra esposto circa il lucro cessante da temporanea, l'attore ha dedotto una minore concorrenzialità sul piano del mondo del lavoro in considerazione delle lesioni subite, ma non ha pensato di corroborare il proprio assunto evidenziando in concreto il decremento sul piano reddituale subito al momento della ripresa del lavoro, sia pur in ambito professionale diverso, sia la maggior difficoltà a reperire nuove occupazioni. Né tantomeno risulta allegata una perdita della possibilità di beneficiare di eventuali progressioni di carriera o della possibilità di svolgere altra e più remunerata attività in relazione al titolo di studio o professionale...". Dovendosi implicitamente intendere che, se nella fattispecie l'attore avesse provato quanto assunto, avrebbe ottenuto il ristoro del danno patrimoniale. Dunque, non mancano, al Giudice, gli strumenti per motivare come non provato il danno patrimoniale futuro (qui considerato meramente ipotetico, aleatorio).

Ma, indirettamente, ciò significa che il consulente non deve, pregiudizialmente, negare il riconoscimento di danno alla capacità lavora-

tiva, facendosi condizionare dalla permanenza di capacità di guadagno nella persona (per lo più nel caso di lavoratore dipendente). La valutazione del pregiudizio alla capacità lavorativa è e deve restare operazione esclusivamente tecnica: spetterà al Giudice confermare o disattendere il dato tecnico fornito, così ammettendo o negando il danno patrimoniale da lucro cessante in proiezione futura.

Dunque, lo si ribadisce, valutazione medico-legale della permanente diminuzione di capacità al lavoro in senso puramente "naturalistico" svincolata da qualsiasi condizionamento surrettizio di ordine patrimoniale, estraneo alla sfera di interesse e controllo del medico-legale. L'esclusione preconcepita, in sede tecnica, del danno alla capacità lavorativa specifica/attitudinale porta pressoché inevitabilmente alla negazione della corrispondente voce di danno patrimoniale da parte del Giudice: ma è quest'ultimo che deve assumersene la responsabilità e non il CTU, il cui compito deve essere quello di fornire un prodotto tecnico il più completo possibile.

La prova scientifica nel processo penale: un tema di ieri da risolvere per il domani

Giuseppe Gennari

Perché occuparsi di prova scientifica

Il 26 settembre 1894 la domestica dell'ambasciata tedesca in Parigi, tale madame Bastian, svuotava, come ogni giorno, il cestino dei rifiuti dell'addetto militare tedesco, per passarne il contenuto al servizio di controspionaggio francese. Fu così che, sotto gli occhi del comandante Henry, apparvero frammenti di una lettera scritta da un anonimo militare francese ed in cui venivano rivelate presunte informazioni riservate. Due settimane dopo De Clam e D'Aboville, due grafologi diletanti, analizzando il testo scritto, stabilirono che la grafia apparteneva a tale capitano Albert Dreyfus. Quel che accadde a Dreyfus è a tutti noto.

Occorreranno dodici anni, trascorsi dal povero Dreyfus presso la colonia penale della Guyana francese, perché una super perizia affidata all'autorevolissimo matematico Poincaré convinca definitivamente della innocenza del condannato, la cui unica colpa era quella di essere poco simpatico e, per di più, ebreo.

Se risaliamo ancora più indietro nel tempo, nel processo agli untori per la peste di Milano del 1630, l'acqua con cui il povero barbiere Gian Giacomo Mora era uso pulire i suoi stracci venne sottoposta ad attenta analisi "scientifica" da parte di alcune esperte massaie per stabilire che quel putrido liquido non poteva essere frutto di lavatura, ma altro non era che quel sinistro unguento giallastro che il Mora,

con il suo correo Piazza, utilizzava ogni notte per diffondere l'orribile morbo nella città terrorizzata. Anche grazie a questa fondamentale consulenza specialistica il Mora si guadagnò il rogo dopo orrende torture.

Dunque non è di oggi la preoccupazione di acquisire e valutare, nel processo penale, dati o fatti suscettibili di interpretazione solo attraverso la applicazione di conoscenze specialistiche di carattere scientifico. Semmai quel che è più recente è la preoccupazione di far sì che questo passaggio abbia luogo senza pregiudizio per gli standard di affidabilità che le moderne società di diritto ritengono di dovere riconoscere e garantire nell'accertamento penale. Di ciò ci si deve occupare.

Che cosa è la prova scientifica ?

Prima di ogni altra cosa vanno affrontate le questioni terminologiche. Si è detto che il tema di queste pagine può essere condensato nel sintagma "prova scientifica". Il termine "prova", intimamente polisemico, evoca quantomeno due distinti significati: prova come mezzo di prova (e cioè quella che il diritto anglosassone chiama *evidence*) e prova come risultato conseguito attraverso la assunzione dei mezzi di prova (e cioè quella che il diritto anglosassone chiama *proof*).

Di primo acchito, io credo che il predicato della scientificità possa appartenere al concetto di prova in entrambe le sue possibili ar-

tirolazioni.

In prima battuta è il mezzo di prova che può distinguersi per l'impiego di tecniche di tipo scientifico (non a caso la giurisprudenza americana fa uso della espressione "scientific evidence"). In questo senso può definirsi prova scientifica *quell'atto o serie di atti, procedimento, operazione avente per scopo di conoscere la verità o la realtà di un certo fatto attraverso la applicazione di conoscenze di tipo specialistico e scientifico non disponibili all'uomo medio.*

Ma può dirsi scientifica anche la prova come esito della valutazione della efficacia del mezzo di prova quale elemento di conoscenza del fatto; questo quando tale valutazione obbliga il Giudice a fare ricorso a conoscenze di tipo scientifico e quando il dato, oggetto di valutazione, scaturisce dalla applicazione di tecniche scientifiche.

Probabilmente la verità è che vi è un sottile fraintendimento nell'uso della espressione prova scientifica; essa è, al tempo stesso, più ampia e più circoscritta di ciascuna delle due accezioni in cui può essere inteso il termine *prova.*

Quando si parla di prova scientifica si vuole evocare la presenza di una particolare componente di tipo scientifico che attraversa tutto il percorso probatorio processuale, caratterizzandolo dal momento della ammissione del mezzo di prova, alla acquisizione, alla valu-

tazione.

Ora, va anche detto che uno studio veramente analitico della prova scientifica non dovrebbe andare disgiunto dalla indicazione del fine, nell'ambito del procedimento o del processo, per il quale quella certa prova è richiamata; dalla identificazione, cioè, del tassello che il fatto oggetto di prova (scientifica) è chiamato a riempire del contesto della complessa fattispecie penalmente rilevante. Questo perché il criterio giudiziario di valutazione della prova, che non ha nulla di scientifico ma è strettamente legale, può divergere in relazione all'elemento della fattispecie criminosa che è oggetto di dimostrazione ovvero in rapporto al compendio probatorio comunque alternativamente disponibile.

La concreta valenza della prova scientifica diverge in relazione a come essa si pone nella economia del giudizio. Nel passaggio dal concetto di prova come *evidence* a quello di prova come *proof* e cioè nel completamento del percorso probatorio la intrinseca unitarietà del concetto naturalistico di prova scientifica subisce i condizionamenti derivanti dalla valutazione giudiziaria di tale prova. Entro questi limiti sarebbe difficile parlare di una gnoseologia unitaria della prova scientifica nel processo penale.

Queste constatazioni disorientano lo scienziato, che è abituato a lavorare secondo criteri di riscontro e validazione, appunto, scientifici

e quindi conformi ad un protocollo condiviso dalla comunità scientifica. Ma questo non deve stupire.

Il fatto è che vi è una incolmabile divaricazione tra la logica che governa gli studi scientifici e quella che governa il processo penale.

Il dato scientifico non può essere utilizzato nella sua dimensione, e significato, appunto, strettamente scientifica; ma per quello che quel dato può dire in relazione alle regole che governano l'accertamento giudiziario dei fatti. Tali brevi cenni svelano gli aspetti più superficiali di quello che è un dibattito filosofico di grande impegno e cioè se la epistemologia del fatto giudiziario diverga e come da quella dell'evento scientifico.

Come dice Popper, nell'accertamento di un fatto giudiziario non è in gioco la conferma o la smentita di una legge della scienza, ma semplicemente la previsione del grado di non contraddittorietà tra una tesi sui fatti e i principi prevalenti della scienza coeva. Non è questa la sede per affrontare temi di tale portata, ma è certo che lo iato tra mondo scientifico e giudiziario rappresenta una ulteriore ragione di difficoltà nell'uso della prova scientifica nel processo penale, rendendo sovente complicato e foriero di confusione anche il semplice scambio di informazioni tra giurista ed esperto scientifico.

Il sistema americano

Bene, una volta raggiunto un accordo su quello di cui dobbiamo occuparci, vediamo di entrare nel vivo. Ho scelto di partire da una comparazione tra sistemi giuridici perché ritengo che, in una prospettiva di generalizzazione dei problemi scientifici a livello universale, sia particolarmente interessante vedere quale tipo di strumenti giuridici approntino ordinamenti che fondano le proprie radici su tradizioni diverse.

Il sistema americano – nella materia che ci interessa – è sicuramente quello più ricco di esperienze ed elaborazione nel mondo anglosassone del *common law*¹. Dal punto di vista procedurale le norme di riferimento sono oggi costituite dalle *Federal Procedural Rules of Evidence* n. 701-706 (naturalmente si sta parlando dell'ordinamento federale e non di quello dei singoli Stati), adottate nel 1975 ed emendate nel 2000.

La acquisizione anche della prova scientifica avviene, nel processo americano, per via orale così come ovvio per un sistema accusatorio puro.

La disposizione che definisce il cosiddetto *expert witness* è la *rule* n. 702 che, emendata nel 2000 a seguito della sentenza della Suprema Corte *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceutical, US, 1993*, così recita: “...*If a scienti-*

¹ Come a tutti noto, quando parliamo di Stati Uniti facciamo riferimento ad un ordinamento in cui vi è una netta distinzione tra il Giudice che regola le fasi processuali e la giuria che decide sul fatto; è questa struttura bicefala a condizionare la evoluzione giurisprudenziale

fic, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is sufficiently based upon reliable facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case (la parte sottolineata è frutto dell'emendamento del 2000)".

Dunque si deve ricorrere al teste esperto ogniqualvolta debbano essere provati fatti sui quali l'uomo comune non potrebbe formarsi una opinione consapevole senza l'ausilio di un soggetto dotato di conoscenze specialistiche. In questo senso la figura dell'"esperto" non è intesa in senso stretto e non si riferisce solo allo scienziato, al genetista o al medico... è esperto chiunque abbia capacità specialistiche che derivino dalla sua educazione e formazione professionale e quindi anche il bancario o l'intermediario immobiliare.

Il testimone esperto è ammesso a rendere una *opinion* e cioè a presentare una relazione (sempre nella forma della *cross-examination*) nella quale non solo espone determinate co-

noscenze scientifiche, ma trae anche le debite conclusioni in relazione ai fatti da provare. Tuttavia, ove possibile, è preferibile che il testimone esperto si limiti alla presentazione dei dati scientifici generali, lasciando al *trier of facts* e cioè la giuria, il compito di dedurre le debite conclusioni.

Il teste esperto è sempre introdotto dalla parte che lo richiede. Seppure la Rule n. 706 consenta alle Corti americane di nominare un consulente di ufficio, si tratta di facoltà utilizzata in un raro numero di casi (per lo più in materia brevettale). Secondo una ricerca del Federal Judicial Center del 1989, solo il 19% dei Giudici federali esercita effettivamente la facoltà conferita dalla Rule n. 706; sebbene negli ultimi anni la propensione della magistratura americana a fare uso di poteri ufficiosi pare in via di crescita. In ogni modo si ritiene che la astratta possibilità della nomina di un esperto di ufficio svolga una sorta di ruolo calmierante sulla attitudine delle parti a servirsi di esperti inaffidabili o di scarsa qualità. Resta fermo che anche l'esperto del tribunale è sottoposto a *cross-examination*².

Ciò detto, compito fondamentale della Trial Court è quello di decidere circa la ammissibilità delle prove introdotte dalle parti nella fase preliminare del processo e di impartire

² E' importante porre in evidenza che la ritrosia delle Corti federali ad esercitare il potere di nomina di esperti di ufficio non deriva da una inadeguatezza del tessuto normativo. Semplicemente il giudice americano non crede, per formazione culturale, che un preteso esperto di qualità superiore, nominato dalla Corte, sia un metodo di conoscenza più valido rispetto al confronto orale tra le prove dedotte dalle parti.

le istruzioni alla giuria circa gli eventuali limiti di utilizzo della prova stessa.

I parametri generali di questa attività di selezione sono fissati dalle Rule n. 401 e 402. Sancisce la Rule n. 402 che “*all relevant evidence is admissible*”; ed è *relevant* quella *evidence* “*having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable thani it would be without the evidence*”.

Quando si tratta di prova scientifica, la attenzione posta dall'ordinamento e dalla stessa Rule n. 702 è massima proprio in relazione ai criteri di ammissibilità. Mentre la fase della valutazione è totalmente sottratta alla Corte, cadendo sotto il dominio esclusivo della giuria³. Per tali ragioni le attenzioni della giurisprudenza americana si sono concentrate proprio sul tipo di giudizio che la Corte deve formulare quando decide se ammettere o meno una prova scientifica dedotta da una delle parti. I motivi di preoccupazione legati alla trasparenza ed efficacia della fase di ammissione sono, almeno, di un duplice ordine. In primo luogo sta il timore che la giuria possa essere inquinata dalla presentazione di dati scientifici privi di solide basi. La giuria, chiamata a giudicare del fatto, è composta da cittadini qualsiasi, tendenzialmente (come

mostrano alcune statistiche) con un non elevato livello di istruzione. Dunque il pericolo di indurre suggestioni fuorvianti è piuttosto marcato. In un Paese di notevoli dimensioni come gli Stati Uniti, senza un sistema di registrazione dei consulenti accreditati presso i Tribunali, con un processo connotato da una forte impostazione competitiva tra le parti, è estremamente facile che le parti stesse possano procurarsi improbabili esperti a pagamento disposti a presentare *junk science* come verità incontrovertibile o a vendere per buone improbabili teorie.

In secondo luogo vi è la esigenza di garantire la trasparenza della decisione. Come è noto, nei sistemi a giuria la decisione emessa, per meglio dire il verdetto, è priva di supporto motivazionale. Alle parti non viene illustrato il ragionamento seguito dal “popolo degli Stati Uniti” nella pronuncia del verdetto, salva la facoltà della Corte di rivolgere specifiche domande alla giuria. Questa soluzione, tecnicamente inevitabile giacché è impensabile che una giuria non professionale sia in grado di stendere le motivazioni di un verdetto, rende la decisione quanto mai opaca, sottraendola alla possibilità di un controllo di razionalità. Ecco che quindi la meticolosità della fase preliminare, durante la quale vengono filtrate ed ampiamente dibattute le prove sulle quali

³ In questo - si può subito anticipare - l'ordinamento americano presenta un totale ribaltamento rispetto a quello italiano. Nel nostro caso l'attenzione della Corte è massima nella fase della valutazione ed è minima nella fase della ammissione; fasi che entrambe cadono sotto l'esclusivo dominio del giudice.

dovrà fondarsi la giuria, contribuisce a rendere maggiormente prevedibile la decisione futura, lasciando intravedere su quali dati essa si sia basata. La motivata decisione del giudice, in questa fase che noi definiremmo pre-dibattimentale, surroga la successiva carenza di argomentazioni sul verdetto finale. Inoltre, le statuizioni preliminari possono essere attaccate dalle parti e possono costituire motivo di appello avverso la sentenza; quindi esse costituiscono uno snodo suscettibile di controllo giurisdizionale.

Peraltro, il possibile risvolto negativo - insito in questo tipo di impostazione - è quello di sottrarre surrettiziamente alla giuria il potere di aggiudicare una causa. Ammettendo o respingendo prove di contenuto scientifico, il cui obiettivo in termini di risultato probatorio è dichiarato al momento della discussione preliminare, il Giudice può seriamente ipotecare l'esito del giudizio. E' chiaro che nel momento in cui la Corte boccia un teste scientifico a difesa, escludendo quella prova dall'orizzonte conoscitivo della giuria, essa valuta indirettamente la attendibilità nel merito della prova stessa, pre-giudicando (in senso letterale) la linea della parte proponente. Il rischio di un eccesso di interventismo della Corte nella fase preliminare di ammissione delle prove è quello di erodere il terreno tradizionalmente riservato al *trier of facts*. Ecco perché il contenuto della valutazione al quale è chiamata

la Corte nella fase di ammissione è questione così delicata e niente affatto scontata.

La evoluzione della giurisprudenza

Per oltre cinquanta anni le Corti federali americane si sono ispirate al cosiddetto *Frye standard*. Siamo nel 1923; gli Stati Uniti ed il mondo industrializzato intero stavano conoscendo un drammatico sviluppo delle scienze e della tecnologia, sospinte dalla crescita industriale. La relativa semplicità della vita di ogni giorno prima del '900 era stata superata da una realtà ben più complessa in cui la litigiosità era in costante aumento. Cosicché l'altrettanto semplicistico criterio fino a quel punto utilizzato dalle Corti americane per giudicare della attendibilità di un teste esperto, e cioè che egli fosse un professionista di successo nel suo settore di attività (perché se uno ricava da vivere dal proprio sapere allora vuole dire che qualcosa effettivamente ci capisce - *The Schooner Catharine vs. Dickinson, US 1854*), era ormai del tutto inadeguato. Si arriva dunque alla decisione della Corte di Appello per il Distretto di Columbia *Frye vs. United States of America*. Il caso è di omicidio di secondo grado; l'atto di appello lamenta che la *Trial Court* ebbe ad escludere una testimonianza esperta sul *lie detector test* eseguito sul *defendant* nel corso delle indagini.

La Corte di Appello declama quello che è il

nuovo criterio per la ammissibilità della prova scientifica di cui è portatore l'*expert witness*: il grado di condivisione del principio scientifico, di cui si intende fare uso, nell'ambito della comunità scientifica di riferimento. Solo se vi è una "*general acceptance*" quella determinata conoscenza può dirsi scientifica e quindi può essere ammessa in Corte. Lo spartiacque della *general acceptance* doveva servire per tenere fuori dalla porta la nuove teorie scientifiche non ancora munite di sufficiente credibilità. La decisione della Corte di Appello non aveva valore di precedente generalmente vincolante per la giurisdizione federale, nondimeno il Frye test, probabilmente rispecchiante una prassi già diffusa se pure non teorizzata ufficialmente, divenne ben presto il criterio più seguito.

Tuttavia emergono da subito una serie di limiti: il criterio della accettazione generale appare troppo vago e prudente, rischiando di escludere conoscenze scientifiche potenzialmente utili per la ricostruzione della verità; inoltre esso delega alla comunità scientifica il compito di decidere quello che è ammissibile e quello che non lo è, privando la Corte della sua autonomia di giudizio.

Il caso Daubert

Una prima novità si registra nel 1975 con

la adozione delle *Federal Rules of Evidence* che abbiamo visto poco sopra. Tuttavia, nella sua versione originale, la Rule n. 702 mancava della parte frutto dell'emendamento del 2000 e quindi - in poche parole - nulla diceva dei concreti parametri di ammissibilità della prova scientifica⁴. Bisogna attendere il 1992, con la pronuncia *Daubert*, per assistere ad una vera e propria rivoluzione (il caso è civile ma non deve stupire. Negli USA questioni di prova scientifica si pongono di gran lunga più spesso nei procedimenti civili che penali. Stante l'elevato standard imposto dalla regola del *beyond any reasonable doubt*, difficilmente eventi lesivi dalla complessa eziologia vengono portati davanti al tribunale penale. D'altronde i principi espressi in *Daubert* valgono per qualsiasi tipo di giudizio, civile o penale che sia...). Jason Daubert e Eric Schuller, due minori nati con gravi malformazioni, agiscono, in base alla legge federale, nei confronti della Merrell Dow Pharmaceutical, allegando che la loro condizione derivava dalla assunzione da parte delle rispettive madri, durante la gravidanza, di un farmaco anti-nausea denominato Bendectin e prodotto dalla convenuta. Gli attori presentano uno studio redatto da otto esperti e teso a comprovare la teratogenicità del farmaco. La Corte distrettuale ritiene la prova non ammis-

⁴ In questo si è voluto vedere un atteggiamento di maggiore apertura verso l'ingresso dell'*expert witness* per il quale si chiedeva solo che fosse *qualified as an expert*. Fatto è che la maggior parte delle Corti federali preferirono integrare il *Frye test* all'interno della Rule n. 702.

sibile in quanto non conforme al *Frye* standard. La Suprema Corte ribalta la decisione, smentendo la validità del *Frye* standard (a proposito del quale si dice che di esso non vi è riferimento alcuno nella Rule n. 702) e riscrivendo i criteri di ammissibilità della prova scientifica (in concreto cambierà poco per i ricorrenti, perché la Corte di merito, sulla base dei criteri *Daubert*, respingerà gli studi epidemiologici prodotti dagli attori). Il giudice Blackmun, estensore della decisione e ritenuto il più esperto giudice della Suprema Corte in materia di prova scientifica, indica quattro *guidelines* che devono orientare il giudice nella applicazione della Rule n. 702 ai fini della valutazione della credibilità del teste esperto:

- a) la teoria o la particolare tecnica su cui si basa la prova deve essere suscettibile di controllo e falsificazione;
- b) la teoria o tecnica deve essere stata sottoposta a *peer review* e pubblicazione scientifica;
- c) si deve tenere conto del margine di errore conosciuto o potenziale e del rispetto di eventuali standard applicativi;
- d) la teoria o la tecnica devono essere generalmente accettate presso la comunità scientifica di riferimento.

Come spiegato dalla stessa Suprema Corte, questa sorta di *checklist*, in base alla quale alla Corte viene affidato il compito di *gatekeeper*

della prova scientifica, non è inderogabile né esclusiva. Non tutti i criteri debbono necessariamente essere contemporaneamente verificati. Tanto per dire, in presenza di un elevato livello di accettazione presso la comunità scientifica, si può rinunciare alla *peer review* o alla pubblicazione.

Né è esclusa la possibilità di considerare criteri ulteriori; la giurisprudenza successiva ne elaborerà di molteplici e sarebbe troppo lungo descriverli tutti (ad esempio se l'esperto ha impiegato nella sua consulenza lo stesso grado di diligenza e attenzione speso nella professione di tutti i giorni; se l'esperto è chiamato a testimoniare su teorie e tecniche già da lui sviluppate in modo autonomo come esito delle sue ricerche e indipendentemente dalla causa...).

La nuova versione della Rule n. 702, ispirata proprio dalla situazione determinatasi nel post-*Daubert* e che – come visto – fa menzione di una serie di parametri di valutazione di ammissibilità della prova scientifica, reca una formulazione talmente ampia da comprendere tanto i criteri elaborati in *Daubert* che quelli frutto della giurisprudenza successiva.

In seguito alla approvazione dell'emendamento del 2000, inoltre, il dibattito si è concentrato in particolare sulla definizione dell'oggetto del giudizio di attendibilità (ovvero se sia solamente la teoria e la tecnica applicata in quanto tali, come sembrerebbe emerge-

re in Daubert, oppure anche la metodologia utilizzata per l'applicazione di quella teoria al caso specifico come sembra puntualizzare la Rule), raggiungendo un raffinato livello di elaborazione⁵.

La sentenza Daubert – si è detto da parte di autorevoli commentatori – presenta una eclettica combinazione tra diversi approcci filosofici al fondo dei quali vi è la consapevolezza che il sapere scientifico non rappresenta una entità monolitica, ma è un qualcosa di dinamico soggetto ad incertezza e revisione costante.

Da un lato la Corte afferma in modo deciso il potere dei giudici di valutare loro stessi in modo pieno e discrezionale la prova di tipo scientifico senza soggiacere a subordinazione rispetto ai giudizi espressi dalla comunità scientifica. Più che un giudizio sul risultato, la Suprema Corte sembra richiedere un giudizio sulla scientificità della metodologia seguita per giungere a quel risultato. I criteri della *peer review* e della *general acceptance* (pur mantenuti) non sono più esclusivi e non vengono ritenuti indiscutibilmente affidabili. D'altro canto l'aver comunque ribadito tali criteri manifesta la volontà di mantenere come punto di riferimento i criteri di valutazione ritenuti accettabili entro la stessa comunità scientifica. Fatto sta che una indagine della

casistica successiva a Daubert mostra quella prudenza di cui prima si diceva nell'esercitare, da parte dei giudici, un ruolo preventivo di selezione: la non ammissione di una prova scientifica rappresenta tuttora la eccezione. Il ruolo di *gatekeeper* della Corte in materia di prova scientifica – scrive la Suprema Corte – non deve essere inteso come sostitutivo dell'*adversary system* (*vigorous cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence*). Proprio la esigenza di non vulnerare le prerogative del *factfinder* deve spingere a chiarire il tipo di giudizio che viene richiesto alla Corte al momento di decidere della ammissibilità dell'*expert witness*. La parte che chiede la ammissione dell'*expert witness* non deve dimostrare che quella certa tesi scientifica sia corretta, ma che l'opinione dell'esperto sia ragionevolmente credibile; il che non esclude che tale opinione venga smentita dai testi di controparte. Ben spiega questa sottile ma fondamentale distinzione la Corte di Appello per il 3° Circuito: “*the evidentiary requirement of reliability is lower than the merits standard of correctness*” (In re Paoli vs. Yard PCB, Court of Appeal 3rd Circuit, 1994). Quando detto standard minimo di credibilità non è soddi-

⁵ E' da tenere, comunque, presente che, se questa è la situazione a livello federale, la giurisprudenza dei singoli stati non propone un orientamento unitario: 18 stati seguono il Daubert test, mentre 16 seguono ancora il Frye standard. I residui stati non hanno indirizzi riconducibili alla giurisprudenza federale

sfatto, la *scientific evidence* non è ammessa per la semplice ragione che difetta del requisito di rilevanza imposto dalla Rule n. 401. In poche parole non è *relevant* la *scientific evidence* che, stante la non credibilità del tipo di conoscenza che essa intenderebbe veicolare nel processo, non è in grado di apportare un ragionevole contributo di conoscenza per i fatti di causa.

Il sistema del processo penale italiano

Veniamo allora a quel che accade nel processo penale in Italia. Qui il giudice togato domina ogni fase processuale, dalla ammissione della prova alla decisione. Questo tipo di impostazione ha l'effetto di sdrammatizzare in modo decisivo i problemi legati alla fase di ammissibilità. L'articolo 190 c.p.p. esclude le prove manifestamente inammissibili o irrilevanti; ebbene in una causa in cui si discute di questioni scientifiche la perizia o l'audizione del consulente tecnico di parte saranno sempre giudicate prove ammissibili. Sebbene taluna parte della dottrina lamenti una tendenza onnivora delle Corti, abituate a non selezionare le prove alle quali danno ingresso, l'esperienza giudiziaria – ad oggi – non lascia spazio ad alcuna valutazione sulla attendibilità della prova scientifica al momento del suo ingresso nel processo e gli aspetti valutativi sono lasciati alla fase della decisione. Sotto questo profilo vale la pena rimarcare

che, sempre a dispetto di pretese omologie, il concetto di rilevanza impiegato dal giudice italiano è sensibilmente diverso da quello utilizzato dal giudice americano. Presso le Corti italiane il giudizio di rilevanza viene svolto solo in astratto; cioè è rilevante quella (mezzo di) prova (che tende ad un risultato probatorio) pertinente rispetto al *thema decidendum*. Mentre le Corti americane, e questo è evidente nel caso di prova scientifica, valutano la rilevanza anche in relazione al concreto risultato cui può far pervenire quella certa prova in relazione alla sua idoneità o effettiva capacità di conseguire quella dimostrazione che si vorrebbe ottenere. Una prova fondata su *junk science* non è rilevante non perché, in astratto, non sarebbe significativo capire se vi possa essere o meno relazione eziologica tra due eventi, ma perché, in concreto, l'acquisizione di un dato scientifico non credibile non permetterebbe di giungere ad un risultato utile.

Il principale canale di ingresso della prova scientifica è quello della perizia. La Corte, su richiesta delle parti o di ufficio, può sempre disporre l'espletamento di una perizia; ovvero la formulazione di una serie di quesiti ad uno o più periti scelti dal Tribunale, la cui opinione dovrebbe brillare per autorevolezza ed imparzialità. Gli esperti dovrebbero essere scelti tra quelli inseriti in un pubblico registro e questo dovrebbe garantire la qualità dell'au-

siliario della Corte.

La perizia, introdotta in epoca di diritto intermedio, è un tipico prodotto della cultura inquisitoria e deriva dalla tradizione canonica medievale. Dunque la conservazione della perizia come mezzo di prova elettivo in materia scientifica rappresenta una soluzione eccentrica del codice del 1988, rispetto a quella che doveva essere la impronta tipicamente accusatoria del nuovo modello processuale. Come vedremo più avanti, il tentativo di rendere più sopportabile il trapianto di uno strumento tipicamente inquisitorio in un processo di tipo accusatorio, condotto attraverso la “oralizzazione” dell’attività peritale, è in buona parte fallito. Attualmente lo stereotipo culturale dominante legge ancora la perizia come quello strumento affidato a persone di eccelsa preparazione ed imparzialità e deputato ad introdurre nel processo la verità oggettiva, la verità scientifica inoppugnabile. Non è così. Le perizie sono sempre soggettive, opinabili, lacunose, basate sugli assunti teorici condivisi dall’esperto che le redige e che possono essere, con pari legittimità scientifica, sconosciuti da altri esperti. Con ciò mi pare che si possa da subito abiurare a qualsiasi pretesa di superiorità epistemologica del modello peritale continentale su quello puramente accusatorio americano.

Oltre alla perizia il Tribunale può attingere al sapere dei consulenti tecnici adottati da cia-

scuna della parti. La consulenza tecnica non è propriamente un mezzo di prova e non è elencato tra i mezzi di prova. La funzione elettiva del consulente tecnico dovrebbe essere quella di affiancare il perito nominato dal Tribunale (art. 230c.p.p. per la consulenza tecnica c.d. peritale); solo quando non si procede a perizia, ciascuna delle parti è ammessa a nominare propri consulenti che forniscano pareri alla Corte (art. 233 c.p.p. per la consulenza tecnica c.d. extraperitale). Il codice di procedura penale italiano non riconosce al consulente tecnico uno statuto testimoniale autonomo e definito, rispetto al comune testimone, così come invece accade nel sistema americano con l’*expert witness*. Per meglio dire, l’ordinamento non prevede una ulteriore figura di dichiarante, da affiancare al testimone puro e semplice ed entro il quale ricondurre il consulente tecnico. Il legislatore ha preferito – e lo dice espressamente uno dei redattori del codice – non spingere troppo in là la omologia tra consulente tecnico ed *expert witness*, preferendo affidare alla pratica interpretazione l’accomodamento della figura del consulente. Esattamente in linea con questa scelta “indefinita”, la legge dice che l’esame del consulente deve avvenire secondo le regole generalmente previste per il testimone, in quanto compatibili (501 c.p.p.). Se il codice disegnava, anche per la prova scientifica fornita dal consulente, un modello prettamente orale, in

sintonia con l'ispiratore modello accusatorio, la pratica quotidiana ha smentito questa impostazione. Il consulente è, all'esito del suo esame, sistematicamente autorizzato a depositare un elaborato scritto (art. 233 c.p.p.). E sarà quell'elaborato, più che la trascrizione della deposizione orale, spesso destinata solo a chiarimenti e contestazioni su specifici punti, a costituire materiale di studio per il giudice al momento della decisione.

Pure per la perizia, d'altronde, vale il discorso relativo al sostanziale tradimento del modello orale. Il perito verrà chiamato a rispondere oralmente ai quesiti posti dalla Corte; risposte alle quali segue il vero e proprio esame incrociato. Ma poi sarà la voluminosa e dettagliata perizia scritta a finire sul tavolo dei Giudici al momento della decisione (art. 227, comma 5° c.p.p. il quale rappresenta la regola piuttosto che la eccezione).

Grazie, dunque, a questo complesso di strumenti processuali, le Corti italiane non incontrano alcuna difficoltà a disporre della più ampia e completa informazione scientifica necessaria per la causa da decidere. Esame orale dei consulenti e del perito, memorie di parte, consulenze tecniche, perizia, voluminosi allegati contenenti pubblicazioni scientifiche a sostegno delle teorie e tecniche applicate al caso specifico; di tutto ciò agevolmente dispone il giudice italiano quando, nella solitudine della camera di consiglio, si accinge a

decidere la causa.

I veri problemi nascono, appunto, nella fase della decisione. L'antico brocardo di origine latina, ancora oggi cardine nominale del sistema, fa del giudice il *peritus peritorum*. In linea di principio il giudice ha il potere di valutare liberamente il lavoro degli esperti anche nominati di ufficio e può discostarsi dalle loro conclusioni; nondimeno l'idea che il giudice, ponendosi al di sopra dei periti, sia in grado di giudicare il lavoro e le conclusioni è semplicemente irrealistico. Il tipo di verifica che il Tribunale compie sui dati scientifici a sua disposizione è necessariamente limitata ad una serie di profili che, peraltro, risultano spesso declamati ma poco seguiti: logicità intrinseca dell'elaborato, bibliografia di riferimento, numero e autorevolezza degli studi citati, razionalità estrinseca della metodologia applicata e... poco altro.

Così questo giudice tanto potente da potere dominare il campo della prova dal momento della ammissione a quello della acquisizione e valutazione, spesso si scopre un topolino che supinamente travasa nella sentenza le conclusioni dell'esperto. Il rimprovero per cui la decisione e la motivazione sono spesso scritte dal perito risponde drammaticamente al vero. Basta dare un occhio alla stessa tecnica di formulazione dei quesiti posti al perito per scoprire come l'attitudine sia quella di delegare la intera decisione all'esperto, il quale finisce

con il mettere il naso non solo sugli elementi di fatto della condotta contestata, ma sugli stessi elementi costitutivi della fattispecie criminale nella loro dimensione giuridica.

Una modesta proposta

A fronte di tali rilievi, si scorge la sconcertante mancanza di un serio dibattito, tanto giurisprudenziale che dottrinale, sul tema della valutazione della prova scientifica.

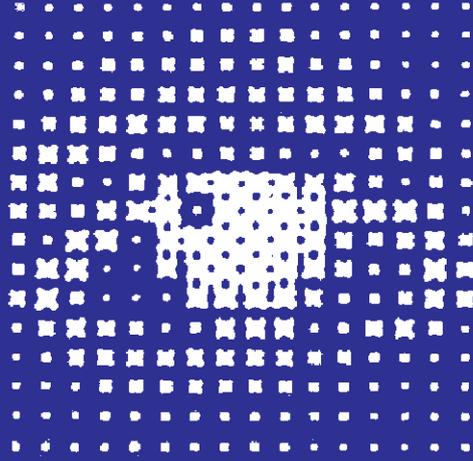
Sarebbe ben arduo indicare, in questa sede, quali soluzioni potrebbero funzionare per dare risposta ad un problema che sta assumendo dimensioni che non possono essere più ignorate. Tuttavia una di queste strade passa – a mio giudizio – attraverso un serio programma di *educational training* che abbia l'obiettivo di adeguare le conoscenze tecnico-scientifiche del magistrato. Naturalmente l'obiettivo non può essere quello di rendere il giudice una sorta di onnisciente depositario di ogni sapere. Questa impostazione non farebbe altro che ambire ad un aggiornamento del modello, ormai antistorico ed irripetibile, del giudice perito dei periti. Ciò a cui dovrebbe tendere un programma di questo genere è di dotare il giudice di una migliore consapevolezza del metodo e del linguaggio scientifico, delle specificità del discorso scientifico, di quelle regole inespresse sottese alle valutazioni scientifiche, di quegli standard di giudizio che consentono di apprezzare l'auto-

revolezza di una certa teoria scientifica nella comunità di riferimento. Un giudice che possedesse i concetti fondamentali della metodologia scientifica sarebbe ben più equipaggiato ad interloquire con l'esperto già solo nel momento, estremamente importante, della formulazione del quesito. Egli potrebbe avvicinarsi al dato scientifico non con la pretesa di ergersi a giudice scientifico degli esperti e di sostituirsi ad essi, ma con la convinzione di chi possiede gli strumenti concettuali generali per comprendere il lavoro degli esperti ed apprezzarne il valore o meno.

Ma il discorso non è a senso unico. A sua volta, l'esperto dovrebbe essere educato ad avere maggiore consapevolezza della specificità del discorso giuridico e delle sue categorie concettuali, in modo da rendere un prodotto fruibile non solo in un laboratorio scientifico ma in una corte di giustizia.

Se i mondi della scienza e del diritto sono destinati ad interagire sempre di più, è indispensabile che coloro che di questi mondi sono principali attori si adoperino per aumentare la reciproca conoscenza.

medicina e diritto



sezione
giuridica

Responsabilità sanitaria

La responsabilità sanitaria della struttura e la colpa grave del medico: principi, rivalsa dell'ente verso il professionista

Marco Rodolfi

Nel parlare della responsabilità sanitaria delle strutture ospedaliere, occorre distinguere la posizione delle strutture pubbliche da quelle private.

Le strutture pubbliche, infatti, sono sempre state direttamente responsabili, sia contrattualmente che extracontrattualmente, dei danni provocati ai pazienti che si sono a loro rivolti (indipendentemente da chi ha effettivamente esercitato l'attività medica all'interno della struttura: dipendente, collaboratore, ecc.).

Nel settore pubblico, le maggiori difficoltà, pertanto, sono state provocate dalle modifiche legislative che hanno comportato il riordino della disciplina in materia sanitaria, con la soppressione delle vecchie U.S.L. e la creazione di nuovi soggetti giuridici quali le A.S.L. (vedi il D. Lgs. 30.12.1992 n. 502, successivamente modificato dal d. lgs. 7.12.1993 n. 517).

Dopo notevoli contrasti interpretativi, la giurisprudenza ha chiarito che dei debiti contratti dalle vecchi USL, non possono rispondere le nuove ASL, ma solo e soltanto le Regioni: "A seguito della soppressione delle Usl e della conseguente istituzione delle Asl, si è realizzata la successione "ex lege" a titolo particolare delle regioni nei rapporti obbligatori già facenti capo agli enti estinti, caratterizzata da una procedura di liquidazione affidata ad un'apposita gestione stralcio, strutturalmente

e finalisticamente diversa dall'ente subentrante, individuata nell'ufficio responsabile della struttura sanitaria di riferimento (della cui soggettività usufruisce per tutta la durata della fase liquidatoria) e rappresentata dal direttore generale della nuova azienda sanitaria nella veste di commissario liquidatore; pertanto, il processo instaurato nei confronti di una Usl prima della sua soppressione prosegue tra le parti originarie e la legittimazione alla impugnazione della sentenza spetta all'organo di rappresentanza della gestione stralcio ovvero alla regione (nella specie, le Sezioni Unite, componendo il contrasto di giurisprudenza sorto in seno alla prima sezione civile, hanno dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto dalla Asl subentrata in corso di causa alla originaria Usl)" (Cass. civ., S. U. 30.11.2000, n. 1237, FI, 2001, 1, 888).

Anche a livello procedurale, la legittimazione passiva, così come del resto la legittimazione sostanziale, spetta alle Regioni: "In seguito alla soppressione delle Usl ad opera del d.lg. 30 dicembre 1992 n. 502 che ha istituito le aziende Sanitarie Locali e per effetto dell'art. 6, comma 1, l. 23 dicembre 1994 n. 724, nonché dell'art. 2 comma 14 l. 28 dicembre 1995 n. 549, i quali hanno individuato nelle regioni i soggetti giuridici obbligati ad assumere integralmente a proprio carico i debiti degli organismi soppressi mediante apposite gestioni a stralcio rimaste di pertinenza delle

regioni anche se sono state trasformate (dalla menzionata l. n. 549 del 1995) in gestioni liquidatorie affidate ai direttori generali delle nuove aziende, si è verificata una successione “ex lege” delle regioni nei rapporti di debito e credito già facenti capo alle vecchie Usl. Ne consegue che spetta alle regioni la legittimazione non solo sostanziale ma anche processuale concernente i pregressi rapporti creditori e debitori delle sopresse Usl” (Cass. civ., Sez. II, 18.02.2000, n.1829, MGIt., 2000).

Passando invece alle strutture private, non si può non ricordare come, sino alla fine degli anni '90, la giurisprudenza abbia ritenuto che la responsabilità di tali enti per il fatto illecito commesso dal medico nell'esecuzione di un intervento potesse essere affermata soltanto in due casi: “a) a titolo di responsabilità indiretta ex art. 2049 cod. civ., ove sussista un vincolo di subordinazione tra la casa di cura ed il medico operante; b) a titolo di responsabilità diretta ex art. 1218 cod. civ., qualora la casa di cura avesse assunto direttamente nei confronti del danneggiato, con patto contrattuale, l'esecuzione dell'intervento” (Cass. 11.03.1998 n. 2678, cit; in senso conforme Cass. 13.11.1970 n. 2392, GI., 1971, I, 1, 622 nonché Cass. 6.3.1971, n. 606, GI, 1971, I, 1, 1564).

Negli altri casi (la maggioranza), nei quali era il paziente stesso a scegliere il medico, e quest'ultimo a sua volta invitava il paziente

a farsi operare presso una clinica alla quale il medico non era legato da alcun rapporto di lavoro dipendente, la responsabilità della casa di cura doveva essere limitata all'ipotesi in cui il danno lamentato fosse eziologicamente riconducibile a carenze organizzative, all'assistenza infermieristica o all'impiego di strutture o di materiali inadeguati.

L'obbligazione assunta nei confronti del paziente, doveva infatti intendersi limitata a fornire l'alloggio, la sala operatoria e i servizi tecnici necessari.

Anche la dottrina, del resto, in tema di rapporti tra sanitario e struttura ospedaliera, sosteneva che, qualora: “il medico abbia concluso personalmente con il paziente un contratto di cura, per l'esecuzione del quale si serva della struttura di una clinica o di un ospedale, egli risponderà contrattualmente dell'inesatto adempimento dell'incarico ricevuto, mentre la struttura ospedaliera risponderà delle altre prestazioni relative al vitto e all'alloggio e di tutte le prestazioni accessorie di cura ed assistenza, successive allo svolgimento dell'intervento” (v. A. e S. Baldassarri, “La responsabilità civile del professionista”, Milano, 1993, pag. 773).

La giurisprudenza di merito, inoltre, statuiva che: “nel caso in cui un medico curante assuma direttamente con il paziente il contratto di cura relativo ad un intervento chirurgico in qualità di libero professionista, la struttura sa-

nitaria privata nella quale l'intervento medesimo è compiuto non risponde della eventuale responsabilità professionale del chirurgo, pur rimanendo la stessa responsabile di tutte le prestazioni accessorie contrattualmente assunte (uso della sala operatoria, assistenza infermieristica e di degenza)" (Trib. Milano Sez. XII[^] 11.06.1998, GMil, 1999, 284-285; in senso conforme Trib. Milano sez. I[^], 19.05.1994 n. 4887; Trib. Milano sez. I[^], 28.09.1995 n. 8694; C. App. Milano Sez. I[^] 25.11.97 n. 3286; C. App. Milano 11.11.1999 n. 2355; Trib. Milano Sez. XII[^] 11.10.1999 n. 9015; Trib. Milano Sez. VII[^], 24.01.02 n. 1114, e Trib. Milano Sez. VI[^], 04.02.03 n. 1610, tutte inedite).

La Suprema Corte, tuttavia, ha deciso di mutare orientamento, iniziando a ritenere sussistente la responsabilità della casa di cura per il danno causato dal chirurgo, anche in assenza di un inquadramento organico del responsabile del danno nella struttura della casa di cura (circostanza ritenuta irrilevante), sul presupposto che la prestazione del medico è comunque: "indispensabile alla Casa di cura per adempiere l'obbligazione assunta con i danneggiati". Nella remunerazione della prestazione fornita dalla casa di cura, del resto, è incluso anche "il costo, inteso come rischio, dell'esercizio dell'attività di impresa della casa di cura", ivi compreso quello della distribuzione delle competenze tra i vari ope-

ratori, delle quali il titolare dell'impresa risponde ai sensi dell'art. 1228 c.c.: "Nel caso di danni causati dall'insuccesso di un intervento chirurgico, la casa di cura nella quale l'intervento è stato praticato risponde, a titolo contrattuale ex art. 1218 cod. civ., del danno causato dal chirurgo, anche nei casi in cui quest'ultimo non faccia parte dell'organizzazione aziendale della casa di cura" (Cass. 08.01.1999 n. 103, RCP, 1999, 683 con nota di Sanna Paolo e DResp, 1999, 779).

In questo contesto di maggior rigore e severità nei confronti delle strutture sanitarie, segnaliamo che anche le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno ritenuto di intervenire ricordando che: "Il complesso ed atipico rapporto che si instaura tra la casa di cura ed il paziente, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo scelga al di fuori della struttura sanitaria il medico curante, non si esaurisce nella mera fornitura di prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma consiste nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico nonché nell'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze; è perciò configurabile una responsabilità autonoma e diretta della casa di cura ove il danno subito dal paziente risulti casualmente riconducibile ad una inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico, a nulla rilevando che l'even-

tuale responsabilità concorrente del medico di fiducia del paziente medesimo sia ancora sub iudice in altro separato processo (Cass. Civ. S. U. 1.7.2002, n. 9556, FI, 2002, I, 3060 con nota di PALMIERI Alessandro; RCP, 2002, 1003).

Dopo l'intervento anche delle Sezioni Unite, la Suprema Corte ha confermato il nuovo indirizzo adottato a partire dalla sentenza n. 103/99, specificando che: "Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., all'inadempimento della prestazione medico - professionale svol-

ta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto" (Cass. 14.07.04 n. 13066, DResp, 2005, 537).

E' vero che nella giurisprudenza di merito sono state registrate ancora decisioni contrarie a tale nuovo indirizzo: "Il responsabile del danno va individuato nel sanitario che ha eseguito l'intervento chirurgico, che è anche responsabile del decorso post-operatorio. La Casa di Cura priva invece si è limitata a fornire le strutture e i servizi tecnici necessari all'intervento, essendo il convenuto un libero professionista legato all'Istituto da un rapporto di collaborazione autonoma ... Ora, nel caso di assenza di subordinazione gerarchica e di potere direttivo sull'attività del medico, la struttura sanitaria privata dove il paziente è stato ricoverato non può rispondere dell'errore del sanitario né per colpa in vigilando, né per responsabilità contrattuale essendo la sua obbligazione limitata alla predisposizione delle strutture tecniche necessarie e alle prestazioni relative al vitto, all'alloggio e all'assistenza" (Trib. Milano Sez. V[^], 30.04.2004 n. 5412; in senso conforme Trib. Milano Sez.

XII[^], 11.08.04 n. 9654, entrambe inedite).
Tuttavia tali decisioni appaiono essere isolate e contrarie al principio ormai prevalente secondo cui la responsabilità della struttura ospedaliera privata nei confronti del paziente-danneggiato sussiste sempre, indipendentemente dal rapporto di lavoro che intercorre tra la struttura stessa ed il medico professionista: “Il rapporto che si instaura tra paziente (nella specie: una partoriente) e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell’obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall’assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell’ente), accanto a quelli di tipo “lato sensu” alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell’apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell’ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell’art. 1218 cod. civ., all’inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonchè, ai sensi dell’art. 1228 cod. civ., all’inadempimento della prestazione medico - professionale svolta direttamente dal

sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto. (Nella specie, relativa a parto gemellare in seguito al quale una neonata aveva riportato encefalopatia da asfissia secondaria ad una sofferenza fetale, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità della casa di cura, pur avendo rilevato l’omessa effettuazione di idonei controlli, quali il monitoraggio CTG, all’ingresso in clinica della partoriente e la circostanza che l’ostetrica in servizio presso la clinica aveva ascoltato il battito di un solo feto senza sollecitare interventi medici o ulteriori accertamenti)” (Cass. 26.01.2006 n. 1698).

Vi è poi la questione relativa alla sussistenza della responsabilità della struttura sanitaria anche in assenza di una condotta colposa del medico operatore.

I giudici della Suprema Corte, dapprima, hanno sostenuto la tesi dell’assoluta irrilevanza della presenza di tale requisito: “La responsabilità della Casa di cura, generalmente, è responsabilità per inadempimento dell’obbligazione che la stessa Casa di cura assume, direttamente con i pazienti, di prestare la pro-

pria organizzazione aziendale per l'esecuzione dell'intervento richiesto. Infatti, all'adempimento dell'obbligazione ora indicata è collegata la remunerazione della prestazione promessa, in essa incluso anche il costo, inteso come rischio, dell'esercizio dell'attività di impresa della Casa di cura. Naturalmente nel rischio prima indicato è compreso anche quello della distribuzione delle competenze tra i vari operatori, delle quali il titolare dell'impresa risponde ai sensi dell'art. 1228 cod. civ. Rispetto a questo inquadramento non sono rilevanti i seguenti fatti:

- che i medici che eseguirono l'intervento chirurgico fossero o meno inquadrati nell'organizzazione aziendale della Casa di cura: infatti, la prestazione di questi ultimi era indispensabile alla Casa di cura per adempiere l'obbligazione assunta con i danneggiati;
- che il comportamento dei medici fosse colposo: infatti, la norma prima citata svolge esattamente la funzione di attribuire il rischio dell'attività degli ausiliari della prestazione a chi si appropria, anche in misura non esclusiva, dei vantaggi della prestazione" (Cass. 08 gennaio 1999 n. 103).

Successivamente, tuttavia, lo stesso Supremo Collegio ha mutato indirizzo, affermando il contrario, ossia che: "Il ricovero di un paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un contratto tra il paziente stesso ed

il soggetto gestore della struttura, e l'adempimento di tale contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che il detto gestore risponde dei danni derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli artt. 1176 e 2236 cod. civ.. Il positivo accertamento della responsabilità dell'istituto postula, pertanto, (pur trattandosi di responsabilità contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di onere della prova, che grava, per l'effetto, sull'istituto stesso e non sul paziente), pur sempre la colpa del medico esecutore dell'attività che si assume illecita, non potendo detta responsabilità affermarsi in assenza di tale colpa (fatta salva l'operatività di presunzioni legali in ordine al suo concreto accertamento), poiché sia l'art. 1228 che il successivo art. 2049 cod. civ. presuppongono, comunque, un illecito colpevole dell'autore immediato del danno, cosicché, in assenza di tale colpa, non è ravvisabile alcuna responsabilità contrattuale del committente per il fatto illecito dei suoi preposti. (Rigetta, App. Venezia, 14 Maggio 2002)" (Cass. 24 maggio 2006 n. 12362; in senso conforme Cass. 8 maggio 2001 n. 6386).

Tale soluzione necessita in ogni caso di alcu-

ne precisazioni.

Il fatto che gli articoli 1228 e 2049 c.c. presuppongano, comunque, un illecito colpevole dell'autore immediato del danno, di talchè, in assenza di tale colpa, non è ravvisabile alcuna responsabilità contrattuale del committente per il fatto illecito dei suoi preposti, non esclude peraltro che la responsabilità della struttura sanitaria possa essere invocata anche in assenza di una responsabilità diretta e specifica del singolo medico.

L'ente ospedaliero, difatti, può essere ritenuto contrattualmente responsabile per inadempimento nei confronti del paziente quando il danno sia derivato da un "difetto di organizzazione" della struttura interna. Tra il paziente e la struttura, del resto, si instaura un contratto atipico di c.d. "spedalità", in virtù del quale, accanto all'obbligazione principale di assicurare la prestazione medica richiesta, a carico dell'ente sono poste altre obbligazioni funzionali e strumentali alla sua realizzazione, da ricomprendersi nel generico concetto di "buona organizzazione", intesa non solo come efficienza della struttura ospedaliera ma vero e proprio oggetto della prestazione funzionale a quella principale.

In tale ottica, anche in assenza di individuazione di un comportamento colposo del personale operante all'interno della struttura sanitaria, la stessa sarà chiamata a rispondere, a titolo di responsabilità contrattuale diretta

e non ex artt. 1228 o 2049 c.c., del danno subito dal paziente qualora questo sia conseguente all'inadempimento proprio di quelle obbligazioni funzionali facenti parte del contratto atipico e caratterizzanti il rapporto instauratosi tra le parti: "Il complesso ed atipico rapporto che si instaura tra la casa di cura e il paziente (nella specie, una partoriente), anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo scelga il medico curante al di fuori della struttura sanitaria, non si esaurisce nella mera fornitura di prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma consiste nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico, nonché nell'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze; è perciò configurabile una responsabilità autonoma e diretta della casa di cura ove il danno subito dal paziente risulti causalmente riconducibile ad una inadempienza delle obbligazioni ad essa facenti carico (nella specie, le inadempienze della casa di cura erano consistite nell'insufficienza delle apparecchiature di rilevazione del battito cardiaco, nella omissione della amnioscopia, nella totale assenza di una struttura di rianimazione di neonati in difficoltà, nonché nella mancanza di un'efficiente organizzazione per la ricerca di un centro ospedaliero attrezzato) (Cass. civ., sez. III, 14.07.2004, n. 13066, in *Danno e Resp.*, 2005, 537).

La struttura ospedaliera (pubblica o privata che sia), peraltro, avrà comunque sempre il diritto di rivalersi nei confronti del medico professionista.

La Pubblica Amministrazione ha diritto di agire in rivalsa, ex art. 22 del D.P.R. 10.1.1957, n. 3, nei confronti del medico dipendente pubblico che abbia cagionato danni a terzi nell'esercizio della propria attività medica.

Questa azione di rivalsa, peraltro, è stata limitata ai soli casi in cui il danno sia stato provocato dal dipendente con dolo o colpa grave.

Nell'ipotesi in cui il danno sia stato provocato da colpa lieve, invece, la Pubblica Amministrazione non potrà esercitare alcuna rivalsa.

L'art. 1 della L. 14.1.1994, n. 20, come modificato dall'art. 3, D.L. 23.10.1996, n. 543, ha infatti stabilito che: "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave".

L'azione di rivalsa della p.a., inoltre, è demandata alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti (vedi art. 103, Costituzione, art. 83, R.D. 18.11.1923, n. 2440 e art. 52, T.U. 12.7.1934, n. 1214).

Le Sezioni Unite della Suprema Corte sono state chiare in proposito: "Qualora un ente ospedaliero (ovvero un'usl, dopo l'attuazione della l. 23 dicembre 1978 n. 833 istitutiva del

servizio sanitario nazionale) venga condannato al risarcimento del danno subito da un assistito per fatto colposo del proprio dipendente (nella specie, lesioni personali provocate da un medico nell'esecuzione di un intervento), e poi agisca in rivalsa nei confronti del dipendente medesimo, la relativa controversia spetta alla cognizione della corte dei conti, atteso che la giurisdizione contabile di tale corte, secondo la previsione dell'art. 52 r. d. 12 luglio 1934 n. 1214 e dell'art. 103 cost., non si riferisce ai soli fatti inerenti al maneggio di denaro, ma si estende ad ogni ipotesi di responsabilità per pregiudizi economici arrecati allo stato o ad enti pubblici da persone legate da vincoli di impiego o di servizio ed in conseguenza di violazione degli obblighi inerenti a detti rapporti" (Cass. civ., S. U., 15.07.1988, n. 4634, MGI, 1988).

La struttura privata, invece, potrà agire in rivalsa senza questo tipo di limitazione nei confronti dei medici liberi professionisti che prestano la propria attività all'interno della struttura.

Circa l'azione di regresso della struttura ospedaliera nei confronti del medico libero professionista, la giurisprudenza di merito ha infatti chiarito che: "La struttura ospedaliera chiamata a rispondere del deficitario operato del medico curante ha diritto di regresso nei confronti del medico medesimo; diritto di regresso che nei confronti dei medici di-

pendenti ... incontra il limite del dolo o della colpa grave, mentre nei confronti dei medici non dipendenti che operano in regime di collaborazione non incontra alcun limite, con conseguente applicazione della regola generale ex art. 1218 c.c. per la quale la struttura ospedaliera ha il diritto di essere tenuta manlevata e indenne ovvero di rivalersi nei confronti del soggetto della cui opera si è avvalsa per rendere la prestazione richiesta ed inesattamente adempiuta. Pertanto, essendo nella fattispecie accertata l'inadeguatezza della prestazione professionale del Dott., medico non dipendente, va affermato il diritto di regresso, per l'intera obbligazione risarcitoria, nei confronti del medesimo Dott. ... (dovendosi ritenere l'ammissibilità di detta domanda di regresso, anche a prescindere dal preventivo esborso della somma al creditore da parte del coobbligato: Cass. Civ. n. 12300 del 21.08.03)"(Trib. Milano Sez. V[^] 23.05.2005, n. 5908, inedita; in senso conforme Trib. Milano Sez. VII, Dott. Barbuto, 24.01.02 n. 1114, inedita).

Un discorso a parte, invece, merita il medico c.d. "convenzionato", al quale, non essendo un pubblico dipendente, non si applicano le norme sulla responsabilità dei pubblici impiegati: "Il rapporto fra i medici cosiddetti convenzionati esterni e le unità sanitarie locali, nella disciplina fissata dall'art. 48 della legge 23 dicembre 1978 n. 833 (istitutiva del servi-

zio sanitario nazionale) e dagli accordi collettivi nazionali stipulati ai sensi della citata norma, pur se costituito allo scopo di soddisfare le finalità istituzionali del servizio sanitario nazionale, esula dall'ambito del pubblico impiego, difettando il presupposto della subordinazione, e si configura come un rapporto di prestazione d'opera professionale, sia pure con i connotati del rapporto parasubordinato di collaborazione continuativa e coordinata (art. 409 n. 3 cod. proc. civ.), che si svolge su di un piano di parità, non esercitando l'ente pubblico nei confronti del medico convenzionato alcun potere che non sia di natura negoziale"(Cass. Cass. 16.07.2002, n. 10310, RFI, 2002, Sanitario e personale della sanità, n. 7; in senso conforme Cass. 29.3.2001, n. 4661, RFI, 2001, Sanitario e personale della sanità, n. 39; Cass. S. U. 3.8.2000, n. 532, RFI, 2000, Sanitario, n. 45).

La responsabilità a cui può andare soggetto il medico convenzionato, nell'esercizio della sua attività, è uguale a quella degli altri medici, nel senso che, oltre alla responsabilità di natura penale e disciplinare (il cui accertamento è peraltro demandato al direttore dell'azienda sanitaria con la quale è stato stipulato il rapporto di convenzionamento, ed è regolata dai singoli accordi collettivi: cfr., per i medici di medicina generale, art. 16, D.P.R. 28.7.2000, n. 270; per i medici ambulatoriali, art. 14, D.P.R. 28.7.2000, n. 271; per i pedia-

tri di libera scelta, art. 13, D.P.R. 28.7.2000, n. 272), vi è la responsabilità civile che, a seguito degli ultimi orientamenti giurisprudenziali, come è noto, potrà essere non solo extracontrattuale, ma anche contrattuale, nel senso del c.d. contatto sociale, dal momento che tra gli assistiti ed il medico convenzionato non viene stipulato alcun rapporto di prestazione d'opera professionale.

Discutibile, invece, è se la pubblica amministrazione possa essere chiamata a rispondere del danno colposamente cagionato al paziente dal medico convenzionato.

L'autonomia del medico convenzionato, e la diretta assunzione da parte di questi della responsabilità del proprio operato dovrebbero, di norma, far escludere che del danno causato dal medico convenzionato possa rispondere la pubblica amministrazione.

Tuttavia le convenzioni che, ai sensi degli artt. 8, D. Lgs 502/92 e 48, L. 833/78, disciplinano il rapporto di convenzionamento, demandano alle Aziende sanitarie estesi e talora rilevanti controlli sull'attività del medico.

Ad esempio, l'art. 47, D.P.R. 28.7.2000, n. 270 (con il quale è stato approvato l'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale), stabilisce che: "il dirigente sanitario medico preposto (...) al servizio specifico o ricomprendente l'organizzazione dell'assistenza medica generale di base ha la responsabilità e

accede al controllo della corretta applicazione delle convenzioni, per quel che riguarda gli aspetti sanitari"(nello stesso senso, peraltro, vedi anche art. 40, D.P.R. 28.7.2000, n. 271, per i medici specialisti ambulatoriali e art. 36, D.P.R. 28.7.2000, n. 272, per i medici specialisti pediatri di libera scelta).

L'esistenza di questo dovere di controllo dell'Azienda sanitaria sull'attività del medico convenzionato, secondo la dottrina, ben potrebbe in certi casi fondare una responsabilità - diretta - dell'Azienda sanitaria per culpa in vigilando, allorché il danno causato dal medico convenzionato sia stato concausato od agevolato proprio dall'omissione dei dovuti controlli da parte della pubblica amministrazione (vedi Rossetti).

Segnaliamo, da ultimo, che alcuni accordi collettivi di convenzionamento prevedono, a carico dell'Azienda sanitaria, l'obbligo di stipulare una polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile verso i terzi del medico convenzionato (vedi, ad esempio, l'art. 29, D.P.R. 28.7.2000, n. 271 per i medici specialisti ambulatoriali).

La polizza stipulata dalla Azienda sanitaria in adempimento dell'obbligo imposto dal contratto collettivo costituisce un tipico esempio di assicurazione per conto altrui, ex art. 1891 c.c.

Il risarcimento del danno:

La perdita di chances: orientamenti della giurisprudenza e della dottrina

Ersilio Secchi

Il problema oggetto delle presenti note non è nuovo nel dibattito dottrinale né nella giurisprudenza che si è andata formando in materia di danni risarcibili in conseguenza di responsabilità da reato o per illecito contrattuale od extracontrattuale.

La consultazione dei repertori rinvia a pronunce della Corte di Cassazione cronologicamente collocabili intorno ai primi anni '80, ma ancora più risalente (Cass. 13/12/1969, n. 3958) è una sentenza della stessa Corte che ha ritenuto risarcibile il danno sofferto da un soggetto che, per colpa del proprio avvocato difensore non venne posto in condizioni di promuovere o coltivare con diligenza un'azione in giudizio suscettibile di procurargli vantaggio.

È interessante notare che la gran parte delle decisioni più antiche riguarda controversie in materia di lavoro, che rappresenta il settore di elezione per lo sviluppo della giurisprudenza in tema di perdita di "chances" insieme con quello amministrativo.

Notevolmente più recente (e collocabile nella seconda metà degli anni '90) è invece l'estensione dell'indirizzo in rassegna al risarcimento del danno alla persona.

Nonostante la diversità dei punti di partenza e degli ambiti di riferimento occorre anzitutto segnalare come la nozione di "perdita di chances" quale specie di danno risarcibile sia rimasta sostanzialmente immutata nel tempo

e sia condivisa dai giudici con poche eccezioni.

Conferma di ciò si riceve dal confronto di due decisioni distanti tra di loro circa un ventennio che delineano la nozione in termini assolutamente sovrapponibili.

Mi riferisco a Cass. sez. lavoro 19/12/1985, n. 6506 e a Cass. civ. sez. III 4/3/2004, n. 4400. Nella prima è stata riconosciuta la risarcibilità del danno subito da un dipendente dell'ENEL che aveva impedito al lavoratore di presentarsi a sostenere la prova orale di un concorso di cui lo stesso aveva già superato lo scritto.

Nella seconda, la perdita di chances è correlata a una fattispecie di colpa medica.

La recente sentenza del 2004 non può dirsi sostanzialmente innovativa rispetto al precedente di venti anni più antico e anzi concorda con questo nel definire la "chance" come *concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato che deve ovviamente configurarsi come risultato "utile"*.

Alla stregua della resa definizione la perdita di "chances" si differenzia dalla mera aspettativa di fatto che non sarebbe, come tale, fonte di risarcimento.

Essa costituisce, invece, una entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, *onde la sua perdita, "id est" la perdita della possibilità consistente di conseguire risultato*

utile dal quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto e attuale.

È possibile formulare qualche considerazione allo scopo di chiarire il nucleo della definizione appena riscontrata.

Si è in presenza di un tipo di danno dotato di propria consistenza e fisionomia.

La citata Cass. n. 4400/2004 la definisce *ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato* e ne deriva la conseguenza, processualmente assai rilevante, che quest'ultima non ricomprende implicitamente la domanda di condanna per perdita di "chances".

Aggiungo che la ribadita autonomia del danno in parola si giustifica alla luce dell'ampio disposto dell'art. 1223 c.c. che ha accolto il principio della risarcibilità di qualunque pregiudizio (nella duplice forma di "danno emergente" o di "lucro cessante") in quanto esso sia *conseguenza immediata e diretta* dell'inadempimento o del ritardo del debitore.

La più risalente giurisprudenza ha dovuto farsi carico della questione se l'ingiustizia del danno, che determina l'obbligo di risarcimento, debba risiedere nella lesione di un diritto ovvero se sia sufficiente la lesione di un interesse giuridicamente qualificato.

Ciò è comprensibile se si considera che le prime applicazioni giurisprudenziali in materia riguardano ambiti (la partecipazione a un

concorso pubblico o a una gara d'appalto) nei quali la posizione del concorrente viene tradizionalmente ricondotta alla titolarità di un interesse legittimo.

L'*impasse* è stato superato configurandosi un diritto soggettivo alla integrità del patrimonio (cfr. Cass. 4/5/1982, n. 2765).

Allo stato il problema può dirsi non più attuale dopo la nota pronuncia n. 500/1999 delle Sezioni unite civili (che consente di annoverare anche la perdita di "chances" tra le posizioni incondizionatamente meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento) e in ogni caso non pare addirittura configurabile con riguardo alla lesione del diritto assoluto, costituzionalmente garantito, alla salute e alla integrità psico-fisica.

È invece necessario soffermarsi a delineare la differenza tra il danno da perdita di "chances" e quello consistente nel mancato conseguimento del risultato oggetto della obbligazione rimasta inadempita.

La differenza è colta con sufficiente chiarezza dalla giurisprudenza di legittimità fino dalle pronunce degli anni '80 della sezione lavoro della Corte Suprema.

Per tutte ricordo Cass. 19/11/1983, n. 6909, che ha riconosciuto il diritto al risarcimento della perdita di "chances" a lavoratori avviati dall'Ufficio di collocamento a seguito di richiesta numerica e non ammessi dal datore di lavoro all'espletamento delle prove prelimi-

nari all'assunzione.

Censurando che ai lavoratori fosse stata “*sottratta una situazione di cui avevano diritto di usufruire*”, la Cassazione ha chiarito che *il risarcimento si riferisce non alla perdita di un risultato favorevole bensì alla perdita della possibilità di conseguire un risultato favorevole*.

È solo a condizione di tenere ben ferma la distinzione appena delineata che la perdita di “*chances*” può essere considerata come un danno certo (anche se non tale nel suo ammontare), consistente non in un lucro cessante bensì nel danno emergente da perdita di una *possibilità attuale e non di un futuro risultato* (cfr. Cass. sez. lavoro, 19/12/1985, n. 6506).

La contrapposizione della voce di danno in esame rispetto alla categoria dei danni futuri risulta più di recente ribadita da Cass. n. 11322/2003 (che contraddice l'indirizzo minoritario espresso da Cass. 25/9/1998, n. 9598).

Nell'identica linea argomentativa Cass. n. 4400/2004 conferma che – se la perdita di “*chances*” fosse stata riferita al mancato conseguimento del risultato utile – si sarebbe inevitabilmente in presenza di un danno meramente ipotetico o eventuale.

È bene chiarire che qui si individua il punto più problematico della individuazione della perdita di “*chances*” quale danno autonomamente risarcibile.

Osserva la citata Cass. n. 4400/2004 che le due voci di danno rinviano ad altrettante metodologie di accertamento intrinsecamente diverse, come diverso è il contenuto dell'onere probatorio cui esse mettono capo.

Per intendere il discorso, occorre considerare che la “*chance*” – intesa come possibilità di conseguire un certo vantaggio – non è estranea neppure al risarcimento fondato sul mancato conseguimento del risultato.

Senonché, in questo caso, *l'accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale mentre nell'altro* (cioè nell'ipotesi di autonomo risarcimento della perdita di “*chances*”) *attiene al momento della determinazione del danno*.

In sintesi, sempre secondo la decisione da ultimo citata, *nel primo caso le “chances” sostanziano il nesso causale, nel secondo caso sono l'oggetto della perdita e quindi del danno*.

Un esempio può aiutare a chiarire la differenza, certo non di immediata evidenza, ed è offerto dalla giurisprudenza formatasi in materia di risarcimento del danno subito da un lavoratore dipendente non ammesso dal suo datore di lavoro a partecipare a una procedura concorsuale.

Se il dipendente reclama come danno la perdita dei vantaggi (stipendiali e di carriera) inerenti alla posizione superiore, alla sua domanda si applicherà il modello in tema di ina-

dempimento contrattuale, con la conseguenza che la domanda dovrà essere rigettata se le probabilità di vittoria del concorso da parte del lavoratore erano scarse, mentre, se erano elevate, questi avrà diritto alla liquidazione dell'intero danno derivante dal mancato raggiungimento della posizione superiore.

Se invece il dipendente lamenta di essere stato privato della possibilità di concorrere, la lesione si identifica immediatamente con il diritto di partecipare del singolo concorrente e il risarcimento riguarderà una quota di danno commisurata alla possibilità di vittoria che gli è stata riconosciuta.

Nel primo caso la "chance" di vincere il concorso viene impedita dalla condotta proibitiva del datore di lavoro, cosicché si tratta di accertare quale sia stata l'incidenza causale di quella condotta sul verificarsi del risultato finale sperato.

Nel secondo, il venir meno della "chance" di vittoria del concorso è di per sé fonte di danno risarcibile e l'accertamento si sposta dal piano dell'incidenza causale della condotta anti-giuridica a quello della entità della "chance", nel senso che il criterio probabilistico riveste un ruolo decisivo esclusivamente sotto il profilo della quantificazione del danno.

Si deve, per completezza di trattazione, segnalare che la dissociazione del danno come perdita di "chance" da quello per mancata realizzazione del risultato finale incontra re-

sistenze in una parte della dottrina, che riconduce entrambe le situazioni al processo di accertamento del nesso causale che deve legare il fatto illecito all'evento.

Al contrario, la dominante giurisprudenza di legittimità differenzia le due situazioni introducendo – attraverso il riconoscimento della perdita di "chance" – una distinta e autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico, la possibilità del risultato, appunto (cfr. Cass. n. 4400/2004, cit.).

Vediamo ora l'applicazione dei principi richiamati resa da alcune pronunce di giudici di merito in materia di responsabilità medica, con specifico riferimento al ritardo e comunque all'errore diagnostico in oncologia.

La sentenza del Tribunale di Roma (13/6/1996, Capelli e altro, in Foro it., 1997, II, 417 segg.) ha ritenuto la responsabilità di un sanitario imputato di omicidio colposo in danno di un paziente affidato alle sue cure, ravvisando grave errore diagnostico integrante la colpa sotto il profilo della imperizia nel non aver il medico rilevato che il tumore da cui era affetta la paziente non era né benigno né ad evoluzione incerta, ma chiaramente maligno.

Si deve premettere che la sede penale in cui il processo ha avuto luogo non consentiva (se non per gli interessi civili fatti valere e in quella sede) l'utilizzo della nozione della perdita di "chance", elaborata dalla giurispru-

denza quale categoria di danno con precipuo riferimento a fattispecie da illecito civile contrattuale o extra.

È comunque interessante richiamare l'“*iter*” argomentativo sviluppato dal giudicante, che ha ravvisato la sussistenza del nesso di causalità tra l'errore diagnostico del sanitario e la morte della paziente quando – come nella fattispecie sottoposta a giudizio – *è possibile pervenire ad una conclusione di probabilità, sia pure non quantificabile esattamente, di una maggiore sopravvivenza (della paziente stessa) e di possibilità (del pari non quantificabile esattamente) di sostanziale modificazione della prognosi “quoad vitam”, nell'ipotesi in cui la diagnosi fosse stata corretta.*

A proposito dell'accertamento del nesso di causalità, non voglio soffermarmi sulle osservazioni del Tribunale di Roma in ordine all'abbandono dell'interpretazione del nesso causale *“come rapporto univoco in termini di certezza, per seguire la strada scientifica dei rapporti causali complessi, che presentano una rilevante serie di concause e di variabili in cui si possono trarre solo conclusioni probabilistiche”.*

Rileva soltanto che in una fattispecie pur caratterizzata da margini di elevata opinabilità (attestata dall'assenza di unanimità del collegio peritale in ordine al tipo di neoplasia del sistema neuroendocrino da cui era affetta la paziente e dalla conseguente incertezza cir-

ca le possibilità di sopravvivenza di questa in presenza di un trattamento tempestivo e corretto), la rigidità dell'alternativa imposta dalla norma incriminatrice (in forza della quale l'assoluzione dell'imputato avrebbe imposto di disattendere anche le pretese risarcitorie avanzate dalle parti civili) può dare ragione della determinazione del collegio di ritenere ciononostante integrato il nesso di causalità tra la condotta omissiva contestata e l'evento di danno.

In altre parole, la perdita di “chance”, indubbiamente sofferta dalla paziente in conseguenza del trattamento sanitario cui la stessa venne sottoposta, è stata ritenuta sufficiente a integrare il nesso causale tra azione o omissione contestate e l'evento morte, la cui sussistenza unitamente alla colpa dell'agente è valsa a riscontrare la previsione normativa di penale responsabilità.

Da ciò deriva la conferma di quanto labile e mutevole sia il confine tra la responsabilità per il mancato risultato e quella per la perdita della possibilità di conseguirlo e come in entrambe le prospettive la “chance” – intesa come apprezzamento probabilistico del risultato cui è finalizzata l'attività del sanitario – giochi un ruolo di primario rilievo.

* * *

A conclusioni in perfetta linea con la giurisprudenza della cassazione di cui si è dato conto nella parte iniziale di queste note, sono

invece pervenuti sia il Tribunale di Monza (sent. 30/1/1998, in Resp. Civ. e prev. 1998) sia una recentissima sentenza della Corte d'appello civile di Milano, deliberata nell'aprile 2006.

Secondo il Tribunale, l'errore di diagnosi e di terapia che abbia impedito al paziente – affetto da melanoma – di godere di una probabilità del 30% di sopravvivere per ulteriori cinque anni, obbliga il medico al risarcimento del danno morale subito dalla vittima (...), del danno morale risentito direttamente dai congiunti per la morte anticipata del familiare nonché del danno patrimoniale corrispondente alla perdita di sopravvivenza, alla quantificazione del quale deve procedersi sulla base del valore uomo per ogni anno di sopravvivenza.

La Corte ambrosiana ha invece riformato la decisione di primo grado riconoscendo agli eredi di una persona deceduta per l'omessa, tempestiva diagnosi della patologia tumorale dalla quale la stessa era affetta la somma onnicomprensiva di € 100.000 per la perdita di "chances" sofferta.

In sintesi la paziente, affetta da vasculite cutanea e affidatasi alle cure di una sanitaria operante in struttura ambulatoriale, era risultata, nel maggio 2000, portatrice di una lesione aftosa in sede sublinguale.

Evidenziatasi, nello stesso mese di maggio, una alterazione degli indici di funzionalità

renale, la Sanitaria aveva deciso di sospendere la terapia immunosoppressiva cui aveva sottoposto la paziente ed invitato la stessa a consultare uno specialista in odontoiatria.

Il controllo odontoiatrico aveva escluso la presenza di patologie distrettuali senonché, ai primi di luglio 2000, constatato l'ingrandimento della lesione al cavo orale e persistendo un dubbio diagnostico, era stato nuovamente richiesto un consulto odontoiatrico.

Soltanto all'esito di un'ulteriore visita specialistica presso l'Istituto Stomatologico, occorsa nei primi giorni dell'agosto 2000, e degli esami eseguiti nell'occasione era emerso che la paziente era affetta da carcinoma squamocellulare.

La Corte ha sostanzialmente condiviso i rilievi del CTU nominato dal Tribunale, il quale aveva accertato che la diagnosi di cancro era stata formulata dallo specialista dell'Istituto Stomatologico solo ad oltre due mesi di distanza dal primo consulto medico e dopo sette visite mediche, di cui cinque della Sanitaria convenuta.

Sottolineato il ritardo con il quale la paziente era stata avviata alla valutazione di uno specialista otorino-laringoiatra e sottoposta all'accertamento istologico, il Consulente aveva espresso l'opinione che la gestione della vicenda fosse stata gravata da aspetti di "incompetenza e superficialità".

Ad avviso della Corte, le valutazioni dell'Au-

siliario deponevano in termini univoci per la gravità del ritardo diagnostico e per la colpa (*sub specie* di imprudenza e imperizia) che aveva caratterizzato il comportamento del medico curante, al quale era addebitabile di avere omesso di considerare l'esistenza di elementi indicatori che dovevano orientare per la formulazione di una diagnosi differenziale tra cancro e ulcera vasculitica.

Accertato che il ritardo diagnostico aveva drasticamente ridotto le possibilità favorevoli delle terapie successive (condizionando tra l'altro l'efficacia della terapia chirurgica alla quale la paziente era stata sottoposta), la Corte non si discostava dalle conclusioni della consulenza neppure nella parte in cui la stessa aveva rilevato *“l'esistenza di elementi di dubbio circa l'efficacia causale del ritardo contestato”*.

In particolare la *“tumultuosità della evoluzione clinica”* registratasi e *“il manifestarsi di una franca esplosione della malattia, nonostante l'apparente radicalità chirurgica (...) facevano pensare che il decorso sfavorevole fosse dipeso principalmente dall'associarsi di una elevata malignità del tumore con uno stato di immunodepressione della paziente e svalorizzavano, o rendevano comunque incerto, l'effettivo ruolo prognosticamente negativo svolto dalla dilazione diagnostica”*.

Osservava la Corte che le valutazioni del Consulente – pure da essa condivise – non

incidevano sulla responsabilità del medico, bensì sulla questione della prova dell'esistenza di un preciso rapporto di causalità tra l'indebitamento contestato e l'evento dannoso determinatosi nei confronti della paziente.

Richiamata la natura di “mezzi” e non “di risultato” propria delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la condizione soggettiva della paziente rendeva *“impossibile affermare che la condotta omissiva, ed in ogni caso colpevole, del medico (fosse) stata condizione necessaria dell'evento lesivo con elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica”*.

Occorreva però considerare che la domanda degli appellanti aveva un contenuto più ampio che non poteva essere definito con la sola pronuncia sulla mancanza di prova del nesso di causalità tra la condotta criticata e l'evento dannoso verificatosi.

Le difese di costoro avevano fatto ampio riferimento all'aspetto della perdita di “chances” con argomentazioni che muovevano intorno alla questione della probabilità di sopravvivenza della paziente (attestata intorno al 73% se il tumore fosse stato tempestivamente diagnosticato), probabilità che il ritardo diagnostico aveva alterato.

Richiamati i dati statistici menzionati dal Consulente che costituivano il fondamento delle “chances” di cui si lamentava la compromissione, la domanda doveva essere ac-

colta anche se la prognosi favorevole non avrebbe potuto riguardare, per le ragioni dette, la certezza scientifica o l'alta probabilità razionale che, se il medico avesse tenuto la condotta omessa, il paziente sarebbe sopravvissuto.

Sembra importante sottolineare lo snodo argomentativo attraverso il quale la Corte ha differenziato le proprie conclusioni, escludendo la responsabilità del sanitario per la morte della paziente, ma affermandola con riguardo alla compromissione delle possibilità di sopravvivenza.

In una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza (che integra l'inadempimento della prestazione sanitaria) aggrava la possibilità che l'esito negativo si produca. Non è possibile affermare che l'evento non si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente, per effetto dell'inadempimento, ha perso delle "chances" che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta.

Merita attenta considerazione l'ampiezza motivazionale dedicata dalla decisione in esame alla sussistenza, nel caso di specie, delle "chances" di cui il colpevole ritardo diagnostico ha impedito alla paziente di avvantaggiarsi.

In particolare, la Corte ha dato conto del proprio convincimento nel collocare "al di sopra della media del 50%" (seppure inferiori a quelle risultanti dalle statistiche comparative riferibili alla specie, a motivo della situazione immunologica della malata) le possibilità di sopravvivenza nel caso in cui la paziente fosse stata tempestivamente sottoposta a un accertamento istologico.

In ordine alla quantificazione del danno sembra anche condivisibile l'orientamento della Corte nell'avvalersi del criterio equitativo previsto dall'art. 1226 c.c., rapportato alla percentuale statistica di sopravvivenza di cui la paziente avrebbe potuto avvalersi, alla durata effettiva della vita della stessa, al drammatico andamento della malattia (inclusi i gravosi effetti collaterali determinati dai ripetuti quanto vani cicli chemioterapici), infine alla liquidazione media secondo i valori tabellari usuali in caso di invalidità del 100% o di morte per una persona dell'età della paziente (oltre € 460.000).

Opportuna anche la precisazione, contenuta nella sentenza in esame, nel senso della incompatibilità con l'accertamento disposto del riconoscimento di danni di natura diversa che non sono connessi alla fattispecie della perdita di "chances", ma si riferiscono alla lesione dell'integrità della salute.

In conclusione, il ricorso alla categoria del danno da perdita di "chances" (e la sua esten-

sione all'ambito del danno a persona) appaiono ammissibili a condizione che se ne definiscano con rigore il contenuto concettuale e la sua differenziazione da altre voci di danno, in particolare dal danno biologico (o alla salute).

Ciò anche al fine di apprezzarne l'alternatività rispetto a questo, avendo il danno da perdita di "chances" natura residuale rispetto al ristoro del pregiudizio dell'integrità psico-fisica dell'uomo e venendo esso in questione tutte le volte in cui, accertata la colpa del danneggiante o del debitore *ex contractu*, la condanna di questi al risarcimento del danno integrale non sia consentita per mancanza o insufficienza della prova in punto di nesso causale tra condotta attiva od omissiva del danneggiante/obbligato ed evento di danno.

Opinare diversamente e riconoscere il danno da perdita di "chances" in aggiunta a quello per lesione alla salute o alla vita sembrerebbe comportare, quale conseguenza, una inammissibile duplicazione risarcitoria, dalla quale le diverse pronunce della Corte costituzionale in materia non cessano di mettere in guardia.

Occorre inoltre richiamare l'attenzione sulla necessità sia di una specifica domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno da perdita di "chances" sia dell'assolvimento dell'onere di prova, gravante sul danneggiato, circa l'esistenza delle "chances" (compromesse dal

fatto colposo o comunque dall'inadempimento del danneggiato/obbligato) in una misura statisticamente significativa.

In proposito, la sentenza esaminata per ultimo richiama la giurisprudenza amministrativa secondo la quale la probabilità statistica di conseguire l'evento favorevole (di cui la "chances" sarebbe espressione) dovrebbe attestarsi in misura superiore al cinquanta per cento.

Sembra indubbio che, per l'assolvimento dell'onere di prova su di esso gravante, il danneggiato possa avvalersi delle conclusioni contenute nella consulenza tecnica d'ufficio. Ragione, questa, per cui si rende raccomandabile la formulazione di un quesito "ad hoc" in occasione del conferimento dell'incarico al Consulente dell'ufficio.

La prova giuridica

La natura e la prova della incidenza della lesione su "specifici aspetti dinamico-relazionali personali" del danneggiato ai fini dell'incremento del risarcimento da sinistro stradale previsto dagli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni.

Filippo Martini

Una lettura interpretativa complessa, tra le molteplici in vero, poste dalla disciplina legislativa dettata dal nuovo Codice delle Assicurazioni (D.Lgs. n. 209 del 7 settembre 2005) è quella certamente che riguarda il tema della codifica normativa del "danno biologico" e dei criteri di liquidazione, aspetti tutti rinvenibili nel dettato degli artt. 138 e 139 del testo unico.

In particolare – sul punto ci soffermeremo in questo contributo – la questione è quella della applicazione pratica e delle conseguenze sostanziali e per così dire dogmatiche che la normazione del danno biologico e la codifica di criteri di calcolo per la sua liquidazione compensativa determinano nell'attuale e moderno sistema di risarcimento del danno alla persona, che il nostro ordinamento ha elaborato nel corso degli anni, avvalendosi più del contributo intellettuale ed interpretativo della giurisprudenza e della dottrina, che, per il vero, della pur recente e non irrilevante produzione normativa.

In effetti ogni qual volta il legislatore ha inteso intervenire nella disciplina degli aspetti compensativi del danno biologico (e delle sue molteplici componenti soggettive e relazionali), l'operatore si è spesso trovato di fronte ad un corpo di norme chiaramente avulse (per non dire disorganiche) dai principi regolatori della materia, al punto da suscitare spesso forti critiche da parte della dottrina di settore.

Analogamente, la codifica di aspetti sostanziali delle tematiche che sottendono la definizione e la composizione del pregiudizio soggettivo legato alla sfera del danno biologico spesso ha trascinato con sé gravi problematiche interpretative la cui soluzione si è posta come esigenza prioritaria per una corretta applicazione del sistema e, soprattutto, per il raggiungimento del pieno ed integrale ristoro del danno alla persona, imprescindibile precetto che il nostro ordinamento pone a fondamento della propria ratio e la cui violazione determinerebbe la compromissione del precetto costituzionale dettato dagli artt. 24 e 32 della Carta .

La "tentazione" di codificare una voce di danno di rilievo primario come quella che consente la tutela del bene salute non è, in effetti, esperienza nuova per il nostro legislatore che già prima del Codice delle Assicurazioni si trovò a cimentarsi in tentativi, più o meno ragionati, di inquadramento e schematismo dogmatico del concetto di danno biologico, per lo più rivolti non tanto dalla esigenza di dare una struttura legislativa ad una primaria voce empirica della tutela della persona elaborata, nel nostro ordinamento, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma più che altro ad una politica di contenimento dei costi e delle relative conseguenze di natura macroeconomica che inevitabilmente riguardano la casistica della responsabilità civile da circolazio-

ne stradale.

Certamente a tale esclusivo fine si ispirava l'incauto redattore del "famigerato" Decreto Legge n.70 del 28 marzo 2000 che costituisce il primo tentativo di codifica dell'istituto denominato "danno biologico" e di inquadramento strutturale dei criteri di compensazione di tale figura di danno alla salute entro tabelle e schemi di tale rigidità da rendere il decreto stesso non immune da censure di incostituzionalità, al punto che lo stesso provvedimento, sommerso di critiche, venne lasciato decadere e non venne mai convertito in legge.

Di pochi giorni prima, per il vero, era la prima emanazione normativa del concetto di danno biologico, seppure in un contesto slegato all'ambito della responsabilità civile auto: il D.Lgs n.38 del 23 febbraio 2000 nell'ambito della emanazione di "disposizioni in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali" forniva, per la prima volta in un contesto normativo primario, la definizione di danno biologico come la "lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona (...) indipendentemente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato".

Con la successiva legge n.57 del 5 marzo 2001, il danno biologico veniva definito come "la lesione alla integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico le-

gale. Il danno biologico è risarcibile indipendentemente dalla sua incidenza sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato".

E' stato giustamente osservato (tra mille opinioni diverse, molte delle quali conformi nella critica a certi esperimenti di classificazione rigida dell'istituto e dei suoi criteri risarcitori) che in tutti questi casi riferiti si trattava per lo più di definizioni statiche del danno biologico concepito come danno evento, sulla scia dell'ormai superato insegnamento della Corte Costituzionale n.184 del 1986¹.

Sulla definizione di danno biologico "statico" e "dinamico" dovremo necessariamente tornare in seguito, ma l'impressione che si trae dalla lettura delle definizioni che si sono succedute negli anni e dalla elaborazione empirica di criteri e tabelle di liquidazione del danno è proprio quella che più si cerca di schematizzare la struttura del danno alla salute ai fini del suo uniforme risarcimento, più, di contro, si fornisce all'interprete l'impressione che il concetto di danno biologico recepito dal legislatore sia solo quello relativo alla funzione statica della lesione, vale a dire all'aspetto oggettivo della compromissione delle funzioni vitali dell'individuo.

Più si contrae la possibilità per il giudicante di svolgere una introspezione nelle dinamiche particolari proprie del danneggiato, limitandone la funzione compensativa e de-

¹ Si veda Bin M., Commento al Codice delle Assicurazioni, Cedam, Padova, 2006, pagg. 386 e ss..

molendone l'attività di indagine sulle tipicità soggettive del singolo caso, più si riduce la funzione indennitaria legislativa al mero aspetto statico del danno lasciando quindi inevitabilmente scoperto l'aspetto dinamico relazionale dell'individuo leso e quindi, concedendo il fianco a critiche di parzialità della novella legislativa se non a vere e proprie censure di costituzionalità.

La sintesi empirica tra “danno biologico statico” e “dinamico” è tutt'altro che recente² e costituisce da sempre un efficace strumento di valutazione della incidenza della lesione sulle caratteristiche funzionali proprie di ogni persona (aspetto statico) e sulle peculiarità individuali proprie del leso che solo la introspezione analitica del caso, sul piano medico legale prima e istruttorio e di merito poi, può consentire di raggiungere (aspetto dinamico o, oggi diremmo più che altro, relazionale o esistenziale).

La critica più ricorrente alla esasperata oggettivazione del danno ed alla rigidità della sua compensazione hanno sortito nelle ultime elaborazioni normative l'introduzione di parametri di elasticità della valutazione del compenso risarcitorio che hanno trovato ingresso, nel corpo del Codice delle Assicurazioni, negli artt. 138 e 139 del testo normativo (rispettivamente il primo intitolato “Danno

biologico per lesioni di non lieve entità” ed il secondo “danno biologico per lesioni di lieve entità”).

Così, quanto alle lesioni gravi, si legge al comma III dell'art. 138 (dopo la definizione di danno biologico e la indicazione di una disciplina di conto per la creazione della “tabella unica nazionale” di valutazione del danno e di compensazione dello stesso – tabella rimessa alla deliberazione ministeriale, ad oggi non emanata) che “qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico relazionali personali, l'ammontare del danno determinato ai sensi della tabella unica nazionale può essere aumentato dal giudice sino al trenta per cento, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato”.

Analogamente il successivo art. 139 (danno biologico per lesioni di lieve entità) dispone, sempre al comma III, che “l'ammontare del danno biologico liquidato ai sensi del comma I può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato”.

L'interpretazione di queste due norme, nell'ottica di una loro applicazione uniforme e conforme, solleva non poche problematiche anche di raccordo con i principi regolatori,

² Si veda fin dalla Cass. 14 aprile 1995 n. 4255, in Resp.Civ.Prev., 1995,519; si veda anche Giannini G., Il risarcimento del danno alla persona, Giuffrè, Milano, 2000, pagg.51 e ss.

nel nostro ordinamento, del sistema di risarcimento del danno alla persona.

Vediamo in dettaglio quali sono gli aspetti critici che principalmente un uso troppo “disinvolto” ed approssimativo di terminologia giuridica e financo medico legale da parte del legislatore ha determinato nell’interprete ed anche in chi, magistrati in primis, sono chiamati a rendere in pratica precetti e elaborazioni empiriche tutt’altro che chiare e uniformi.

A. Un primo aspetto problematico emerge dalla lettura dello stesso testo dei due commi appena riferiti, se posti a confronto fra loro. Non sfugge infatti fin da una prima lettura che, nel raffronto tra le due disposizioni, mentre per l’applicazione dell’incremento risarcitorio avanti ad una lesione grave occorre che la menomazione accertata incida “in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico relazionali personali” del danneggiato, per le lesioni lievi tale condizione non è richiesta. E’ irrilevante che si tratti (come probabile) di una ennesima “svista” del nostro legislatore, perché il problema qui si pone sul piano della condizione di procedibilità della funzione equitativa del magistrato (pur limitata alla percentuale concessa) ed è quantomeno curioso che laddove per le lesioni gravi sia richiesta una particolare analisi delle ripercussioni dinamico relazionali della lesione sul danneggiato, nelle micropermanenti questa analisi non sia richiesta, essendo il giudice

vincolato solo (come anche per le “macrolesioni”) alla motivazione delle condizioni soggettive rilevate in capo al leso e tali da determinarlo nel provvedimento di maggiorazione del compenso.

In questo caso, a nostro giudizio, la lettera della legge non consente particolari interpretazioni libere o pragmatiche : a differenza che per le micropermanenti, per le lesioni più gravi il magistrato (e solo lui : si noti il curioso demandamento della determinazione dell’equo ristoro del danno alla sola funzione giurisdizionale) dovrà accertare e motivare l’esistenza di un’incidenza rilevante della lesione su specifici aspetti dinamico – relazionali del danneggiato, prima di potere uscire dal contesto vincolante della “tabella unica nazionale” di futura emanazione ministeriale.

B. Un secondo aspetto, assai più rilevante sul piano interpretativo ed empirico, emerge dal raffronto terminologico ed ontologico tra le espressioni utilizzate dal legislatore per inquadrare il concetto di danno biologico di non lieve entità (art. 138 comma II, lett. a) e quelle adottate quali condizioni di procedibilità del maggior danno da liquidare (fino al massimo del 30%) rispetto alla tabella unica nazionale. Nel primo caso il legislatore definisce il danno biologico come una lesione che espliciti un’incidenza negativa “sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico –relazio-

nali della vita del danneggiato”.

Al successivo comma III la norma dispone che l’elevazione dalla tabella possa essere concessa in presenza di una menomazione che incida “in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico - relazionali personali” .

Come si nota apparentemente l’unica distinzione sta in quella richiesta di “rilevanza” e “specificità” della lesione accertata sulle estrinsecazioni dinamiche e relazionali del danneggiato, ma la applicazione pratica di tali strumenti appare a dir poco vaga se non inattuabile e certamente avulsa dalla realtà contestuale che si propone di disciplinare.

Uscendo da un’astratta ed equivoca terminologia semantica, per rendere chiare le difficoltà applicative di una tale disposizione legislativa basterà rammentare, come ci insegna la scienza medico – legale, che una lesione molto grave, che determini ad esempio un danno biologico accertato dell’80 per cento, comporta sempre una “incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita de danneggiato”, ma certamente la portata di tale incidenza sarà sempre “rilevante” e le componenti dinamiche e relazionali compromesse dalla lesione saranno tanto più specifiche quanto più sarà grave la lesione.

Ciò è per dire che costituisce una mera illusione, del tutto avulsa da ogni realtà medica e giuridica, la pretesa di disquisire e distingue-

re, in una situazione lesiva come quella determinata da una grave compromissione del bene salute, tra rilevanza della incidenza della lesione (del tutto pacifica) e specificità degli aspetti dinamico relazionali compromessi (come diversamente non potrebbe essere).

La assoluta vaghezza concettuale e la inapplicabilità oggettiva di condizioni normative che costituiscono gli elementi chiave per la riconoscibilità o meno della tutela di diritti soggettivi primari, costituisce una grave lacuna dell’ordinamento che, di fatto, lascia nell’incertezza interpretativa la regolazione di principi fondamentali del nostro sistema giuridico e quindi consegna alla funzione di tutela della persona uno strumento lacunoso ed iniquo.

Certamente, infatti, la assoluta confusione concettuale e l’indeterminatezza applicativa che si presenta agli occhi dell’interprete (a maggior ragione del magistrato chiamato a valutare la sussistenza o meno delle condizioni di risarcibilità del maggior ristoro monetario) si tradurranno, sul piano pratico, in un doppio fenomeno contrapposto: o la impossibilità di riscontrare una specifica rilevanza della lesione rispetto ad una realtà oggettiva media di tutte le lesioni parimenti gravi determinerà di fatto l’inapplicabilità del maggior compenso risarcitorio previsto dall’art. 138 comma III, oppure avverrà il contrario, dovendosi riconoscere la speciale peculiarità della incidenza

lesiva di tali gravissimi danni in tutti i casi di macrolesione del bene salute.

In entrambe le ipotesi, come si vede, risulta difficile pensare che lo strumento legislativo previsto dal terzo comma dell'art. 138 Cod. Ass. sia un efficace volano per una corretta ed equa liquidazione del danno soggettivo primario al bene salute.

Prescindendo dalla sensazione che (anche alla luce di una prima valutazione della prassi giurisprudenziale) con ogni probabilità tale incongruenza si risolverà in una disapplicazione dello strumento compensativo, resta il fatto che la norma non fornisce uno strumento di corretta parametrizzazione della liquidazione legislativa alla specificità del caso e che quindi certamente non risulta essere così stato superato in nessun modo (né sul piano effettivo, né su quello quantitativo, ove è pur vero che un limite del 30% costituisce comunque un limite alla funzione equitativa del magistrato) la censura di incostituzionalità della norma che si traduce in un ostacolo palese al principio della integrità del risarcimento e quindi in una violazione della tutela costituzionale accordata al bene salute dagli artt. 24 e 32 della nostra Costituzione³.

C. Un grave ulteriore problema di sintesi in-

terpretativa si pone ancora nel raffronto tra la disciplina legislativa del danno alla salute adottata dagli artt. 138 e 139 del D.Lgs n. 209 del 2005 e quella ordinamentale in tema di principi informatori (di fonte giurisprudenziale) del sistema attuale e moderno di risarcimento del danno alla persona.

Sono noti oramai i termini dell'ampia revisione della disciplina della tutela del danno alla persona consolidatisi nel nostro ordinamento in seguito alle recenti evoluzioni introdotte dalla Suprema Corte di Cassazione.

Infatti, con le sentenze datate 31.05.2003 n. 8827 e 8828, la Corte ha ritenuto di superare l'orientamento tradizionale della giurisprudenza (sia di merito che di legittimità) che faceva coincidere il danno non patrimoniale previsto dall'art. 2059 c.c. con il danno morale soggettivo. Nel quadro di un sistema risarcitorio del danno alla persona "bipolare" (e non più "tripolare") – contraddistinto dal danno patrimoniale e dal danno non patrimoniale – l'art. 2059 c.c., secondo la nuova interpretazione della Suprema Corte (poi condivisa anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza 11.07.2003 N. 233), ricomprende nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante

³ Si veda, con riguardo al divieto di limitazioni legislative del ristoro dei danni a tutela primaria: Corte Cost. n. 356 dell'11 luglio 2001: "mentre rientra nella discrezionalità del legislatore adottare discipline differenziate per la tutela risarcitoria di situazioni diverse, tale discrezionalità è invece esclusa allorché vengano in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente garantite. Per queste ultime, cioè, la garanzia costituzionale implica logicamente l'obbligo del legislatore di apprestare una tutela piena, ed in particolare - ma non esclusivamente - una piena tutela risarcitoria"

da lesione di valori inerenti alla persona, e dunque:

- sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima;
- sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psicofisica della persona, conseguente ad un accertamento medico;
- sia infine il danno (che viene delineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come danno esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Proprio la natura del così detto danno da compromissione di diritti primari della persona entra in evidente conflitto con la disciplina legislativa in argomento.

L'accezione assolutamente generica dei criteri legislativi di determinazione e di valutazione del danno biologico (dei quali si è detto) determina una evidente confusione interpretativa che non appare risolvibile se non ancora una volta disattendendo il contenuto astratto della norma per attingere gli elementi strutturali del danno alla persona dai principi giuridici dettati dalle decisioni delle corti superiori.

Un esempio per comprendere la difficoltà applicativa della disciplina legislativa introdotta con gli articoli 138 e 139 del Codice delle As-

sicurazioni: una lesione come la compromissione grave o totale del sistema neurologico spinale determina intuibilmente la perdita per la vittima di tutte quelle funzioni relazionali e vitali proprie di un qualunque individuo.

Da questo primo punto di vista, quindi, stando alla lettera dell'art. 138 comma II lett.a), siamo certamente di fronte ad una lesione che abbia inciso sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vittima.

E' innegabile però che (cosa se non in re ipsa, certamente di facile acquisizione istruttoria) tale gravissima lesione abbia determinato anche una incidenza rilevante su "specifici aspetti dinamico relazionali personali" dello stesso danneggiato, così rispondendo ai canoni legislativi indicati dal III comma dell'art. 138 Cod.Ass. : si pensi alla perdita delle funzioni dinamiche che consentono ad un padre di relazionarsi con i figli, o ad un coniuge di vivere pienamente il rapporto di coppia e così via.

Ebbene in questo caso nessun giudice, applicando l'art. 138 nella sua pienezza dispositiva, potrebbe negare la risarcibilità, oltre al danno biologico da tabella nazionale, anche della maggiorazione nella misura discrezionale e massima del 30%, riconoscendo facilmente la esistenza dei parametri disciplinanti la fattispecie.

Tuttavia – per restare nell'esempio tracciato – la vittima che perda il rapporto dinamico

e relazionale con un figlio o con il proprio coniuge, vede realizzata la compromissione di un proprio valore primario e di un diritto soggettivo la cui tutela non risiede nell'art. 138 della normativa in questione, bensì nel diverso precetto contenuto nella nostra Carta costituzionale (art. 29) ed al quale la disciplina dettata dalle corti superiori nel 2003 (come detto Cass. 8827 e 8828 e Corte Cost. 233) concede una forma di tutela diversa ed autonoma dal danno biologico in quanto tale ed anzi caratterizzato da una propria specificità da ricercare nel novero della tutela risarcitoria del nuovo danno non patrimoniale offerto dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c.

In buona sostanza la normativa generica ed astratta contenuta (in particolare) nell'art. 138 del Codice delle Assicurazioni si pone in grave antitesi con il concetto attuale di danno non patrimoniale, ovvero di danno relazionale, o da compromissione di diritti soggettivi primari della persona, ovvero, da ultimo, con il concetto moderno, consolidatosi via via in giurisprudenza, del così detto "danno esistenziale".

La più grave discrasia che riscontriamo in argomento è essenzialmente incentrata sul tentativo, dovremmo definirlo maldestro, operato dal legislatore di codificare all'interno di una struttura concettuale limitata, aspetti dinamici e particolarmente soggettivi del danno che,

esattamente al contrario, possono solamente costituire oggetto dell'indagine demandata al magistrato nel singolo caso, e che potranno essere acquisiti solamente in esito all'attenta disamina, tecnico medico legale e giuridica, delle istanze che saranno presentate in giudizio dal rappresentante legale del danneggiato.

In ogni caso il tentativo di preconstituire una griglia di contenimento acritico, rispetto a detta indagine istruttoria ed alla equa valutazione del magistrato, costituisce, oltre che una chiara violazione dei precetti costituzionali sopra richiamati, anche un provvedimento normativo del tutto avulso ed antitetico rispetto al moderno sistema di risarcimento del danno alla persona, come emerso gli anni recenti e come raffinato dalla dottrina e dalla giurisprudenza delle decisioni assunte dall'anno 2003 in poi.

* * *

La questione relativa al corretto inquadramento strutturale e giuridico del risarcimento del danno alla persona e, nella fattispecie, del danno biologico quale componente del danno non patrimoniale, si pone dunque anche sotto il profilo dell'onere della prova che è rimesso alla parte istante.

Semmai il problema è quello di comprendere, alla luce dei principi giuridici dettati in materia dalla giurisprudenza e degli aspetti normativi contingenti sopra riferiti, quale sia

la struttura del danno che debba essere richiesto, e quindi provato in giudizio, dal danneggiato in ipotesi di gravi lesioni che ne abbiano compromesso aspetti funzionali e dinamici di assoluto rilievo.

Da più parti si è osservato che il sistema di risarcimento del danno alla persona vive già oggi una sua stagione tutto sommato positiva e costruttiva, proprio alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi decenni sfociata nelle sentenze recenti sopra riferite.

In effetti, stante la autosufficienza del diritto vivente in materia, nessuna esigenza era percepita, prima dell'entrata in vigore del codice delle assicurazioni e, nello specifico, degli articoli 138 139 del testo unico, di una riclassificazione normativa dell'istituto .

Ancora una volta, probabilmente, la via per uscire dalla confusa situazione generata dalla volontà di trattare in modo schematico e superficiale tematiche giuridiche e di ampio spessore culturale e di grande contenuto tecnico scientifico, risiede nella ricerca degli stessi principi generali che nel nostro ordinamento sottendono il sistema del risarcimento del danno alla persona.

Ciò e per dire che la normativa contenuta nell'articolo 138 deve necessariamente cedere il passo ed integrarsi nel contesto di quelli che sono i principi generali dettati dalla giurisprudenza in tema di inquadramento strutturale e logico del danno a persona, della tutela del

bene salute e degli altri aspetti ed interessi legittimi soggettivi primari.

Si è già detto che da sempre la dottrina e la giurisprudenza hanno distinto tra danno biologico così detto "statico" e danno biologico "dinamico", distinzione in effetti caduta nel recente passato in disuso.

È possibile tuttavia oggi trarre le mosse ancora una volta da questa intuizione empirica che, alla luce della necessità di interpretare un coordinamento infelice tra norma e principio, potrebbe divenire nuovamente condivisibile e logica, attesa la sua funzione di sintesi tra incidenza oggettiva della lesione sugli aspetti dinamici e funzionali generali dell'individuo, e quelle che sono le conseguenze specifiche della lesione, oggettivamente verificata, che possano coinvolgere gli aspetti relazionali propri del danneggiato, non in un'ottica oggettiva, e quindi riferibile ad uno schematico preconstituito a livello normativo, ma bensì all'interno di quella che è la tipicità individuale, affettiva, sociale e quindi esistenziale della vittima.

È evidente che quanto disciplinato dall'articolo 138 del codice delle assicurazioni, non potrà che riguardare il primo aspetto delle conseguenze avute dalla lesione e l'incidenza della stessa sugli elementi oggettivi, riscontrabili in ogni individuo che abbia subito un'analogo lesione.

Qualora l'attore ritenesse di avere subito de-

gli ulteriori danni che possano esulare da un contesto indennitario oggettivo e già comprensivo di ampi aspetti dinamici e funzionali personali, e intenda allegare e provare in giudizio di avere subito anche la chiara compromissione di diritti soggettivi primariamente tutelati nel nostro ordinamento ed analiticamente indicati nei propri scritti difensivi, avrà dunque l'onere di provare l'incidenza (in quanto danno conseguenza) della lesione su questi ulteriori aspetti assolutamente personali, offrendo in giudizio innanzitutto l'elemento subiettivo ben delineato ed esercitato antecedentemente alla lesione (ad esempio lo svolgimento di attività relazionali sociali, come partecipazione attiva e rilevante nel nucleo familiare, in un contesto professionale, in ambiti di aggregazione sociale di rilevanza e spessore, e così via), avendo cura di riferire detti interessi soggettivi violati ad un contesto normativo di riferimento che offra tutela primaria agli stessi (come la nostra carta costituzionale, ovvero come la costituzione europea recentemente introdotta nel nostro ordinamento).

Occorrerà dunque distinguere tra quello che è stato correttamente definito dall'osservatorio della giustizia civile presso il tribunale di Mi-

lano⁴ il danno biologico relazionale "medio", da quello da compromissione di interessi primari che possono risiedere solo della specificità propria di ogni individuo, che andrà conosciuta dal giudice e, se e in quanto provata, separatamente liquidata.

Proprio la recente giurisprudenza del tribunale di Milano offre, ad esempio, una prima interpretazione all'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni, operando una distinzione che sembra voler "salvare" sia l'inquadramento schematico di un danno personalissimo come quello legato al bene salute, contenuto nell'articolo 138 del codice delle assicurazioni, sia al tempo stesso il potere dovere del magistrato di soggettivizzare il danno stesso riconoscendo, se allegato e provato in giudizio, specificità tipiche compromesse e quindi liberare la struttura complessiva del risarcimento del danno alla persona dal sospetto di una parametrizzazione tipica più delle polizze infortuni che conforme al nostro moderno sistema giuridico di risarcimento del danno persona⁵.

In una recente sentenza⁶ la suprema corte di cassazione è tornata a parlare di struttura della danno biologico rammentando il proprio consolidato orientamento di lunga data secondo

⁴ Vedi in Guida al Diritto de Il Sole 24 ore, fasc. n. 49 del 18 dicembre 2004, pagg. 12 e ss. e in Responsabilità e Risarcimento, fasc. n. 4/2005, pagg. I e ss..

⁵ Per una analisi dell'applicazione pratica del sistema liquidativo milanese si veda Responsabilità e Risarcimento fasc. n. 1/2006, pagg. 19 e ss..

⁶ Cass. n. 9514 del 20 aprile 2007, in Danno e Responsabilità, News letter Ipsos.it, 31.5.2007; conf Cass. n. 12423 del 25 maggio 2006, in Danno e Responsabilità, 3, 2007, pag. 292.

il quale gli aspetti propri relazionali legati in modo diretto alla lesione obiettiva, possono essere fatti rientrare tra le conseguenze proprie della compromissione del bene salute in quanto tale.

E così voci di danno elaborate dalla giurisprudenza nel corso degli anni quali “il danno alla vita di relazione”, “il danno estetico”, “la riduzione della capacità lavorativa generica”, e così via, hanno ancora oggi una propria collocazione sistematica della struttura del danno biologico, che non può certamente essere disattesa da provvedimenti normativi astratti e generici.

Si legge così nella sentenza 9514 del 20 aprile 2007 che “in presenza di una lesione dell’integrità psicofisica della persona, il danno alla vita di relazione (come il danno estetico o la riduzione della capacità lavorativa generica) costituisce una componente del danno biologico perché si risolve nell’impossibilità o nella difficoltà di reintegrarsi nei rapporti sociali per gli effetti di tale lesione e di mantenerli a un livello normale, cosicché anche quest’ultimo non è suscettibile di autonoma valutazione rispetto al danno biologico, ancorché costituisca un fattore di cui il giudice deve tenere conto per accertare in concreto la misura di tale danno e personalizzarlo alla peculiarità del caso (Cass. 26/02/2004 n. 3868)”.

“Ne consegue che, allorché si provvede al-

l’individuazione dell’entità complessiva del danno biologico subito, il giudice deve tener conto dell’apporto delle varie voci che lo compongono e del peso che esse svolgono nella figura unitaria del danno biologico. Tale accertamento complessivo rientra negli esclusivi compiti del giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità, se esente da vizi logici riservati”.

In buona sostanza si tratta di intendersi in ordine alla terminologia adottata e cercare di interpretare, nel contesto consolidato dei principi giuridici dettati dalla giurisprudenza, le conseguenze dell’introduzione di una definizione legislativa del danno biologico come quello operato dagli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni.

A nostro giudizio la soluzione non può che essere quella di includere nella tabella unica nazionale per le macro lesioni di prossima emanazione ministeriale, innanzitutto l’aspetto oggettivo della lesione biologica in quanto tale, pregiudizio che ben può adattarsi ad una schematizzazione di tipo pragmatico.

Qualora l’istante ritenga poi che oltre alla lesione in quanto tale il danno si sia propagato ad aspetti dinamico relazionali (che come detto il tribunale di Milano definisce medi) ed a quelle figure di danno che, secondo la sentenza appena riferita, rientrano nel contesto del danno biologico sul piano strutturale e logico, ben potrà chiedere ed ottenere la mag-

giorazione prevista dal terzo comma dell'articolo 138 e quindi compiere quella operazione matematica già nota giurisprudenza come "l'appesantimento del punto" che ben potrà essere contenuta anche a livello normativo in una percentuale di quanto liquidato a titolo di danno biologico primario⁷.

La struttura sopra evidenziata deve in ogni caso essere in grado di salvare la risarcibilità in astratto di quegli aspetti individuali e personalissimi del danno che solo l'analisi concreta da parte del magistrato, riferita agli elementi istruttori forniti in giudizio dalla parte, potrà determinare, avendo riguardo alla lesione di diritti primari della persona che ne denotino la sua esistenza e la sua specialità, ed al cui ristoro il nostro ordinamento non può sottrarsi se non a pena della violazione dei precetti costituzionali che regolano e disciplinano ed i principi cardine della struttura del risarcimento integrale del danno persona. Gli articoli 138 e 139, pertanto, possono avere una struttura giuridica che non si presenti contraria alle leggi fondamentali dello Stato, ma occorre che la disciplina normativa venga

interpretata e collocata all'interno della più ampia struttura del risarcimento del danno non patrimoniale, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 del codice civile, rammentando che il danno biologico (nella sua connotazione statica e dinamico relazionale "media") costituisce oggi solo una componente della più ampia categoria del danno non patrimoniale.

Analogamente l'inquadramento giuridico del complesso sistema di risarcimento del danno alla persona, integrato con il contributo normativo offerto dal codice delle assicurazioni, dovrà aver cura, e con esso il magistrato istruttore, di evitare duplicazioni risarcitorie, concentrando gli aspetti indennitari e compensativi all'interno di ben definite categorie di danno e di interessi primari della persona. La struttura che, a nostro giudizio, discende dal concerto razionale degli elementi giuridici e normativi oggi presenti nel nostro sistema, non potrà, dunque, che essere la seguente:

I. Danno biologico inteso quale compromissione del bene salute oggettivamente accertato in sede medico legale e liquidato sulla

⁷ In una inedita e recente sentenza il tribunale di Milano, a proposito di appesantimento del punto biologico, è stato affermato quanto segue (23 maggio 2007 giudice Dott. Fratelli): "la CTU ha accertato inoltre un'invalidità permanente del 10%... il CTU, pur avendo escluso la sussistenza di una incapacità lavorativa specifica, ha precisato 'che la menomazione residua, pur non incidendo sulla capacità lavorativa specifica dell'attore, può comportare una accentuazione di danno usurante'. Tenuto conto di ciò il giudicante ritiene equo aumentare di un punto la liquidazione del danno biologico per invalidità permanente, elevandolo all'11%".

⁵ Per una analisi dell'applicazione pratica del sistema liquidativo milanese si veda Responsabilità e Risarcimento fasc. n. 1/2006, pagg. 19 e ss..

⁶ Cass. n. 9514 del 20 aprile 2007, in Danno e Responsabilità, News letter Ipsa.it, 31.5.2007; conf Cass. n. 12423 del 25 maggio 2006, in Danno e Responsabilità, 3, 2007, pag. 292.

base dei sistemi tabellari nazionali (legislativi od empirici elaborati dalle singole corti dello Stato);

II. Danno biologico relazionale medio (quale compromissione degli aspetti principalmente dinamici dell'individuo allegati in giudizio e provati nel corso dell'attività istruttoria) che potranno determinare una maggiorazione (o appesantimento del punto) che la legge configura nella misura del 20 o 30%, a seconda che si tratti all'origine di una micro o di una macro lesione e che, in modo assolutamente analogo, il tribunale di Milano, nella propria tabella (vedi nota numero 4) ha identificato proprio nella misura del 30%.

III. Danno non patrimoniale inteso, innanzitutto, come *pretium doloris* o danno morale, ma che includa anche la eventuale tutela di interessi e diritti soggettivi della persona (al di fuori dunque da lesione del bene salute disciplinato dall'articolo 32 della nostra costituzione) ai quali comunque l'ordinamento riconosca una tutela primaria e che non possono in alcun modo contenere quegli aspetti dinamico relazionali "medi" già scontati e conteggiati nel contesto liquidativo del danno biologico.

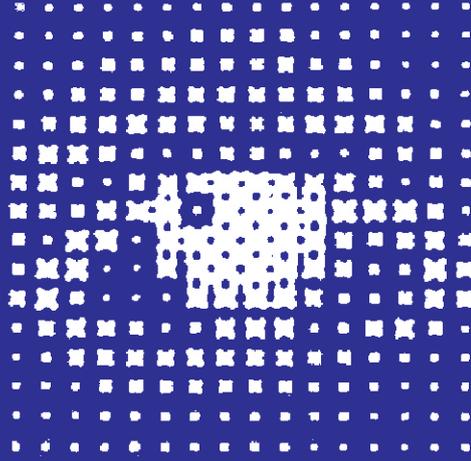
Tale ultima categoria può, per semplificazione empirica e semantica, essere definita "danno esistenziale", avendo cura di precisare (rispetto alle caratteristiche essenziali di tale figura di danno) che non ogni compromissione del fare reddituale (secondo quanto espressamente chiarito dalle sentenze delle corti superiori: vedi nota 8) costituisce danno in quanto tale, ma solo, ancora una volta, la seria compromissione di funzioni soggettive della vittima che possono essere ricondotte alla lesione di diritti ed interessi fondamentali della persona alla tutela dei quali l'ordinamento non può e non deve sottrarsi.

⁸ Circa la rilevanza del danno non patrimoniale e la sua risarcibilità in caso di lesione solamente di interessi primari della persona si veda da ultimo in tal senso: Cass. n. 23918 del 9 novembre 2006; Cass. n. 15760 del 12 luglio 2006; Cass. n. 13546 del 12 giugno 2006; Cass. n. 11761 del 19 maggio 2006; Cass. S.U. n. 6572 del 24 marzo 2006; Cass. n. 20324 del 20 ottobre 2005; Cass. n. 15022 del 15 luglio 2005 e così via fino alle note sentenze nn. 8828 e 8827 del 31 maggio 2003.⁵ Per una analisi dell'applicazione pratica del sistema liquidativo milanese si veda *Responsabilità e Risarcimento* fasc. n. 1/2006, pagg. 19 e ss..

⁶ Cass. n. 9514 del 20 aprile 2007, in *Danno e Responsabilità*, News letter Ipsoa.it, 31.5.2007; conf Cass. n. 12423 del 25 maggio 2006, in *Danno e Responsabilità*, 3, 2007, pag. 292.

medicina e diritto

sezione
assicurativa



Il ruolo dell'ufficio legale

Il ruolo dell'ufficio affari generali e legali dell'ente ospedaliero e l'assicurazione

Attilio Steffano, Lavinia Vercesi

PREMESSA

“Dopo anni di discussione, a volte ideologica, siamo ormai in presenza di una consapevolezza diffusa della esistenza di rischi connessi all’espletamento di attività mediche ed assistenziali. Le ragioni che sono alla base della accelerazione definitiva verso questa consapevolezza sono molteplici, alcune di origine finanziaria, altre legate ad aspetti deontologici e all’impatto sociale del fenomeno. Le problematiche più visibili con le quali facciamo i conti quotidianamente, ai diversi livelli, sono legate alla crescita del contenzioso medico-paziente, ed è evidente che i riverberi di esse non si limitano a quelli, pur rilevanti, di natura economica, ma comportano conseguenze assai più negative sul rapporto di fiducia tra medico e cittadino, per la crescita della medicina difensiva e la mancanza di serenità degli operatori”¹. Sono queste le parole dell’attuale Ministro della Salute, pronunciate alla Commissione Affari Sociali il 27 giugno 2006, ed è questa la sensazione diffusa e la percezione concreta di chi oggi lavora e si trova a contatto, a vario livello, con i soggetti e le strutture che operano nella Sanità.

L’evoluzione stessa della figura dell’Unità Sanitaria Locale (è storia ormai nota), con la nascita ed il conseguente affermarsi della loro configurazione sotto forma di Aziende,

ha modificato nel corso del tempo non solo la natura giuridica, ma anche il ruolo svolto all’interno di queste strutture in primo luogo dal personale sanitario; in secondo luogo, dal personale amministrativo e dirigenziale non medico.

L’analisi che ci si appresta a svolgere pone l’accento, in termini generali, sul ruolo che viene svolto dall’Ufficio Affari Generali e Legali all’interno dell’Ente ospedaliero, ove esso sia previsto, in relazione agli aspetti assicurativi dello stesso Ente.

A fini di chiarezza espositiva, onde non incorrere in eventuali fraintendimenti, occorre preventivamente circoscrivere l’ambito della nostra analisi.

L’Azienda Ospedaliera costituisce, infatti, una realtà organizzativa e gestionale a sé stante, del tutto peculiare rispetto a quanto si può riscontrare in qualsivoglia differente ambito aziendale. In primo luogo perché il “prodotto”, meglio, il “servizio” offerto alla collettività è diretto alla cura o alla prevenzione e riabilitazione (queste ultime in sinergia con le ASL) o, in termini omnicomprensivi, alla tutela della salute, come costituzionalmente garantita; in secondo luogo, poiché all’interno delle Aziende Ospedaliere pubbliche è necessario temperare da una parte le esigenze prettamente aziendali di “produttività” e,

¹ Audizione alla Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati (27 giugno 2006), *Un New Deal della Salute – Linee del programma di Governo per la promozione ed equità della salute dei cittadini*.

dall'altra, le esigenze proprie di una struttura che, seppur aziendalizzata, deve conformarsi alle regole della Pubblica Amministrazione.

Non volendo, in questa sede, prendere in esame le problematiche, seppur di grande attualità, relative alla responsabilità professionale del medico in senso stretto, con conseguente disamina della qualifica della stessa in termini di responsabilità contrattuale, extra-contrattuale o, come di recente definito, responsabilità da "contatto sociale", né tanto meno i profili di responsabilità in capo alla struttura sanitaria nella sua qualità di datore di lavoro, con conseguente eventuale *culpa in vigilando*, vediamo come queste stesse problematiche hanno influito a livello di macro-area sull'organizzazione interna delle strutture ospedaliere pubbliche.

Se, infatti, i D.Lgs. 502/92 e 517/93 (su delega della Legge 421/91) hanno aperto la strada all'aziendalizzazione della Sanità pubblica, le successive modifiche legislative hanno sempre più accentuato i livelli di autonomia organizzativa delle neo-costituite Aziende. Ciò è andato certamente a riverberarsi anche sulla funzione che la Direzione Generale delle Aziende Ospedaliere pubbliche ha nel corso del tempo affidato all'Ufficio Affari Generali e Legali.

IL RAPPORTO CON L'ASSICURAZIONE

L'Ufficio legale interno di un'Azienda Ospe-

daliera pubblica può essere variamente costituito e previsto in sede di Piano Organizzativo Funzionale Aziendale (così denominato in Regione Lombardia – Atto Aziendale per altre realtà regionali), configurandosi come Struttura semplice o Struttura complessa. Le conseguenze di una scelta o dell'altra si riflettono sui requisiti che deve possedere il soggetto cui affidare la dirigenza. In alcuni casi non potrà essere altri che un Avvocato, in altri casi a quest'ultimo potrà essere affiancata una figura professionale con caratteristiche differenti, riconducibili anche a profili prettamente amministrativi.

In tutti i casi, tuttavia, l'Avvocato incaricato della dirigenza dell'Ufficio legale dovrà prestare attenzione, da una parte, alle regole proprie della Pubblica Amministrazione, dall'altra alle norme di Deontologia dell'Ordine professionale di appartenenza. Vige per costui, infatti, il c.d. "principio di irresponsabilità amministrativa", che si sostanzia nell'impossibilità che a questi vengano affidate attività, funzioni o compiti che contrastino con il principio di indipendenza dell'agire professionale.

Il ruolo dell'Avvocato interno, in sostanza, non deve essere soggetto a vincoli gerarchici o di subordinazione, ai sensi anche dell'art. 10 del Codice Deontologico che così recita: "*Nell'esercizio dell'attività professionale l'avvocato ha il dovere di conservare la*

propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti esterni”.

Nel rispetto di tali regole è indirizzata l'attività di supporto e consulenza dell'Ufficio Affari Generali e Legali nell'ambito delle procedure di selezione del Broker e della Compagnia di Assicurazione.

Com'è noto, infatti, all'interno della Pubblica Amministrazione è necessario che vengano rispettati non solo i principi generali di pubblicità e trasparenza, ma anche la recente normativa in materia di appalti pubblici².

La scelta del Broker e successivamente dell'Assicurazione, pertanto, devono avvenire nel rispetto delle regole imposte dalla legge, non potendo affidare tale compito sulla base di scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione. Nella predisposizione del bando di gara l'Ufficio legale viene spesso chiamato ad esprimere parere circa la sua corrispondenza ai parametri normativi.

Relativamente, invece, all'individuazione dei requisiti e dei criteri di preferenza che i partecipanti al bando devono possedere, saranno gli Affari Generali a provvedere. Tale attivi-

tà, infatti, da una parte comporta l'assunzione di quella responsabilità amministrativa in cui il Dirigente avvocato non deve incorrere, dall'altra, esprime scelte strettamente discrezionali della Pubblica Amministrazione: è possibile, in questo senso, che l'Azienda Ospedaliera pubblica possa preferire un Broker che semplicemente rediga i capitolati tecnici, ovvero offra una consulenza a tutto tondo, ricomprendendo in ciò anche l'attività di gestione e liquidazione dei sinistri che possano eventualmente verificarsi all'interno della struttura. Nella generalità dei casi la scelta ricade su questa seconda soluzione.

Lo stesso discorso può farsi per la procedura selettiva della Compagnia di Assicurazione: la discrezionalità amministrativa, per esempio, può esprimersi individuando come discrimen dell'offerta del partecipante al bando una determinata soglia di franchigia (ovvero, in senso inverso, il requisito della mancanza di franchigia), un massimale per singolo sinistro (o un massimale complessivo per tutti i sinistri), oltre, ovviamente, all'individuazione del valore del premio da corrispondere alla Compagnia aggiudicataria³.

² La Legge 163/06, che recepisce le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, traccia il quadro delle procedure di affidamento, stabilendo che le procedure aperte e ristrette costituiscono la regola generale, pertanto sempre ammissibili. Il dialogo competitivo e le procedure negoziate, invece, sono ammesse solo nei casi previsti espressamente. Anche in questi ultimi, l'utilizzo di tali procedure derogatorie è solo facoltativo.

³ Si legge, infatti, all'art. 11 del D.Lgs. 163/06 – Fasi delle procedure di affidamento: “1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal presente codice o dalle norme vigenti. 2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”.

Appare chiaro che, anche in questa fase, il ruolo dell'Ufficio legale consisterà nell'attività di supporto e consulenza agli Affari Generali, senza sovrapporsi o sostituirsi in alcun modo con le scelte discrezionali espresse dalla stazione appaltante.

Terminato così la fase consultiva dell'Ufficio legale, è possibile prevedere che lo/gli Avvocato/i in organico siano chiamati a svolgere la loro attività sia nella fase del pre-contenzioso che nel contenzioso stesso, così cooperando con il Broker e l'Assicurazione nella gestione del sinistro.

Una collaborazione di questo tipo è auspicabile che venga già prevista in fase di stesura del bando di gara.

L'organizzazione gestionale testé indicata è stata ben interpretata, ad esempio, dalla Regione Lombardia, la quale, interpretando l'indicazione ministeriale volta al c.d. *Clinical Risk Management*, ha previsto, con la Circolare 46/SAN del 27.12.2004 ("Indirizzi sulla gestione del rischio clinico") e con le successive Linee Guida, l'istituzione di un Comitato di Valutazione Sinistri (CVS) in ogni Azienda Ospedaliera⁴: sono chiamati a far parte del Comitato, in modo permanente, oltre al Responsabile Affari Generali ed al *Risk Manager*, la Direzione Sanitaria del Pre-

sidio interessato al sinistro, il Medico legale, un rappresentante della Compagnia di Assicurazione ed il Broker. È chiaro che la *ratio* è quantomeno duplice: da una parte si è percepito il contenzioso giudiziario come vero e proprio rischio che, in quanto tale, deve essere gestito; dall'altra, offrendo la possibilità della partecipazione coordinata dell'Ufficio Affari Generali e del Broker, si è cercato di avvicinare le Assicurazioni alla realtà peculiare dell'Azienda Ospedaliera e viceversa, al fine di rendere più efficace l'interazione.

Non si è sottovalutato, inoltre, l'impatto economico del contenzioso sulla gestione dell'Azienda Ospedaliera, ritenendo pertanto di minimizzarlo attraverso una serie di attività volte ad incrementare l'efficienza operativa: si consente in questo modo una rapida valutazione, in presenza di richieste di risarcimento danni, delle eventuali responsabilità che, qualora non correttamente gestite, potrebbero sfociare nel contenzioso giudiziario (eventuale responsabilità professionale del medico e/o della struttura sanitaria per *mala gestio* organizzativa ovvero fortuità del fatto). Attraverso una costante valutazione degli eventi avversi e del contenzioso che ne deriva si procede anche alla mappatura e valutazione statistica della sinistrosità in Azienda andando così,

⁴ La Regione Lombardia ha cioè definito, per tutte le Aziende sanitarie, specifici obiettivi da raggiungere invitando le stesse a promuovere politiche di *Risk Management* sia in termini di prevenzione dei rischi che di gestione delle pratiche inerenti il contenzioso e, a livello di sistema, si è posta l'obiettivo di predisporre un programma di implementazione di indirizzi sulla gestione del rischio.

sotto l'aspetto gestionale, ad affinare forme di prevenzione degli errori che possono contribuire all'identificazione dei parametri necessari alla definizione della politica di copertura assicurativa aziendale. In alcune Aziende Ospedaliere, per esempio, è stato previsto che al di sotto della soglia di franchigia, il sinistro venga gestito e liquidato dall'Azienda stessa; mentre sopra franchigia vi sia la co-gestione pre-contenziosa e contenziosa⁵. Molto simile all'esempio anglosassone è il sistema di interazione tra il legale interno, il medico-legale e, in definitiva, anche l'Assicurazione, previsto dall'A.O. Universitaria Pisana dove, attraverso la gestione *web based* del *Risk Management*, è stata prevista una prima forma di *Online Dispute Resolution*⁶.

Ove, invece, non sia prevista una forma di partecipazione attiva dell'Ufficio legale in sede processuale, il Dirigente avvocato può assicurare

che la comunicazione di dati sensibili avvenga nel rispetto della normativa vigente. È necessario, infatti, in relazione alla richiesta di risarcimento danni, che costui autorizzi la trasmissione di documentazione sanitaria alla Compagnia di Assicurazione⁷.

VALUTAZIONI CONCLUSIVE

Dal punto di vista della sensibilità sociale, da una parte, l'evoluzione della scienza medica ha comportato la nascita di una fiducia illimitata nelle possibilità interventistiche e/o terapeutiche della stessa, dall'altra, ma in senso opposto, l'accanimento dei mass-media, al grido della presunta o reale *medical malpractice*, ha determinato la sfiducia diffusa nell'operato dei professionisti sanitari. Insomma, come ha avuto modo di sottolineare un Autore⁸: “è venuto meno anche il timore

⁵ Appare appena il caso di accennare che il ruolo dell'Ufficio legale, affiancato dal Broker, è di recente stato incentivato in alcune Regioni, in funzione deflativa della litigiosità, prevedendo forme di conciliazione stragiudiziale (c.d. *Alternative Dispute Resolution*).

⁶ Per avere un'idea di come viene attuata questa nuova forma di ADR nei Paesi di *common law*, tra gli altri: Katsh E., Rifkin J. *Online Dispute Resolution: Resolving Disputes in Cyberspace*. Jossey-Bass, San Francisco, 2001. Schultz T., Kaufmann-Kohler G., Langer D., Bonnet V. *Online Dispute Resolution: The State of the Art and Issues*. University of Geneva, 2001. Rule C. *Online Dispute Resolution for Business*. Jossey-Bass, San Francisco, 2002. Larson D.A. *Technology Mediated Dispute Resolution (TMDR): A New Paradigm for ADR*. 21 Ohio St. J. on Disp. Resol. 629, 2006. Tale sistema di risoluzione alternative delle controversie trae la sua ragion d'essere dalla necessità di deflazione del volume del contenzioso anche in sede di ADR, ottenibile con l'utilizzo delle odierne tecnologie informatiche.

⁷ I dati sanitari, infatti, sono stati definiti “dati sensibili” e, come tali, protetti, dalla Legge sulla Privacy: col Provvedimento 9 luglio 2003, in particolare, il Garante è intervenuto stabilendo che “Nell'ambito della più ampia categoria dei “dati sensibili”, riguardanti profili particolarmente delicati della vita delle persone (sfera religiosa, politica, sindacale e filosofica, origine razziale ed etnica), le informazioni relative allo stato di salute e alla vita sessuale sono oggetto di una specifica protezione. (...) Gli atti e i documenti nei quali vengono riportati dati sulla salute e vita sessuale sono a volte predisposti e raccolti non per finalità di cura dell'interessato, ma per scopi amministrativi connessi ad esempio al riconoscimento di particolari benefici o malattie professionali, all'accertamento di responsabilità o al risarcimento dei danni. (...) Il trattamento di tali dati da parte del soggetto pubblico è consentito solo se il diritto da far valere o difendere (...) è di rango almeno pari a quello dell'interessato”. Quest'ultima garanzia, come meglio specificato nel Codice (artt. 60, 71 e 92, co.2), riguarda sia il caso in cui il soggetto pubblico debba valutare una richiesta di terzi di conoscere singoli dati sulla salute o vita sessuale, ritenuti necessari per far valere il diritto di difesa, sia il caso in cui il soggetto pubblico riceva una richiesta di accesso a documenti amministrativi contenenti siffatti dati.

⁸ Giallongo N. Responsabilità professionale medica (sanitaria) e strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: contributo ad una riflessione. Il Bollettino della Corte Arbitrale Europea, Luglio 2005, 3.

reverenziale dei cittadini nei confronti della classe medica”.

Si sottolinea, inoltre, che tale stato di fatto è dipeso anche dal pregresso comportamento delle Aziende sanitarie stesse, le quali ritenevano sufficiente passare il “problema” all’Assicurazione con la illusoria certezza che *“tanto risarcisce la Compagnia”* (pensiero in buona parte abbandonato a seguito dell’introduzione di una cultura di gestione del rischio che include anche il rischio contenzioso). Oggi, invece, una delle realtà in crescita è *“la voglia delle strutture di far da sé, lasciando a casa le Assicurazioni accollandosi i rischi in proprio. (...) La forbice tra i premi e i sinistri liquidati indigna anche i Direttori Generali di ASL e Ospedali tra i quali la tentazione di accantonare risorse ad hoc, senza ricorrere alle Compagnie, diventa sempre più forte”*⁹.

È chiaro, invece, che *in medio stat virtus*.

Se, pertanto, si deve definitivamente abbandonare un modello di gestione del contenzioso solo ed esclusivamente nelle mani delle Assicurazioni, dall’altro non è neppure possibile pensare di far tutto da sé, accantonando risorse che possano poi andare a coprire l’impatto economico di tutta la sinistrosità aziendale. La via di mezzo, ad avviso di chi scrive, è di trovare il fulcro nella mappatura oggettiva dei sinistri che possono verificarsi nella realtà della singola Azienda Ospedaliera, an-

dando poi ad introdurre i necessari correttivi a livello di scelte strategiche e organizzative, in modo da rendere meno frequente l’esposizione a quel determinato errore (gestionale, sanitario, tecnico o professionale che sia). Al contempo, e relativamente al solo rischio contenzioso *latu senso* inteso, il supporto dell’Ufficio Affari Generali e Legali alla politica assicurativa aziendale può consentire, in via preventiva, una scelta del Broker e della polizza assicurativa più efficace e, in via successiva, ove questo insorga, una più efficiente gestione del contenzioso.

Il patto di gestione della lite

Pier Angelo Negri

LA RESPONSABILITÀ E L'ASSICURAZIONE

La nota vuole richiamare l'attenzione, in modo pragmatico, su alcune conseguenze che possono derivare dalle attività comunemente svolte nella vita di ogni giorno, sia nella sfera privata che in quella professionale.

Da queste attività, infatti, possono trarre origine conseguenze economiche qualora si compiano atti, o contrari alle regole o non improntati a principi generali di comune diligenza e prudenza, che siano causa di pregiudizio ingiusto ad altri.

È l'essere chiamati a rispondere del pregiudizio che si è causato, con il possibile interessamento della "giustizia" e con l'assoggettamento alle relative "sanzioni", che ci fa assumere le vesti di responsabili.

Per tutelare il patrimonio dalle conseguenze di un comportamento scorretto, ad esempio nella guida di un'automobile, piuttosto che di una condotta negligente in qualsiasi altra attività della vita privata o professionale, c'è il rimedio della copertura assicurativa, con il trasferimento sul patrimonio dell'assicuratore del danno causato.

L'AVVISO DI SINISTRO E L'OBBLIGO DI SALVATAGGIO

L'esistenza di un contratto di assicurazione, a protezione del patrimonio dell'assicurato, pur nel limite del cosiddetto massimale, apre le

porte a una serie di conseguenze giuridiche che non possono essere eluse dal diretto responsabile del danno, il quale intenda trarre completo giovamento dalle garanzie offerte-gli dal contratto stesso.

L'assicurato, infatti, ha l'onere di denunciare il sinistro (Avviso all'assicuratore in caso di sinistro, art. 1913c.c.) e di fare quanto gli è possibile per evitare o diminuire il danno (Obbligo di salvataggio, art. 1914c.c.), cioè deve compiere gli atti necessari per tentare di riparare le conseguenze della condotta negligente o imperita.

Si colloca certamente in queste previsioni normative la clausola di stile, che si trova, anche se variamente formulata, pressoché in tutti i contratti di assicurazione per la responsabilità civile, ivi compreso quello per la cosiddetta assicurazione auto. In tale clausola, si precisa che l'assicuratore *"assume, fino a quando ne ha interesse, a nome dell'assicurato, la gestione stragiudiziale e giudiziale delle vertenze in qualunque sede nella quale si discuta del risarcimento del danno, designando, ove occorra, legali o tecnici e avvalendosi di tutti i diritti e azioni spettanti all'assicurato stesso"*. In molti contratti la clausola si conclude con la precisazione che l'assicuratore *"ha altresì la facoltà di provvedere per la difesa dell'assicurato in sede penale, sino ad esaurimento del grado di giudizio in corso all'atto della tacitazione dei danneggiati"*.

Con ciò l'assicuratore ha il diritto di essere presente, a nome dell'assicurato, in tutte le sedi in cui si possa discutere del danno, e quindi anche nel processo penale, dove il danneggiato può trasferire l'azione risarcitoria con la costituzione di parte civile, e ciò perché l'interesse dell'assicuratore assorbe quello dell'assicurato, ed è onere di quest'ultimo consentire la tutela di detto interesse.

A questo proposito si consideri che, non di rado, l'esistenza del contratto di assicurazione ha l'effetto psicologico di indurre da un lato il danneggiato ad aumentare la sua pretesa e, dall'altro, una qual certa benevolenza nella valutazione del danno da parte dei giudici, che devono eventualmente riconoscere il suo diritto. Pertanto, con la clausola in esame, sottraendo all'assicurato il dibattito con il danneggiato, l'assicuratore tende ad evitare sia un possibile disinteresse dello stesso assicurato alla sorte della vertenza, sia, in alcuni casi, un senso di altruismo e di generosità probabilmente non presenti in mancanza del contratto di assicurazione.

Anche contrattualmente, quindi, viene ribadito l'onere dell'assicurato di cooperare con l'assicuratore per favorire la definizione dei rapporti con il danneggiato. In questa cooperazione, che sostanzialmente ribadisce l'onere di salvataggio previsto dall'art. 1914c.c., sono comprese tutte le attività utili per la difesa, quali l'indicazione di prove testimo-

niali e documentali, nonché la comunicazione all'assicuratore di ogni fatto successivo al sinistro, vale a dire: di richieste stragiudiziali o atti giudiziari, sia di carattere civile che penale, che traggano origine da iniziative promosse dal danneggiato nei confronti dell'assicurato (si pensi alla notizia di pendenza di procedimento penale per denuncia querela del danneggiato) o in quanto atti dovuti, ossia quando il fatto commesso costituisca reato perseguibile d'ufficio (ad esempio, nel caso di omicidio colposo) e l'assicurato venga invitato a nominare un difensore o venga informato del compimento di attività istruttorie e invitato a parteciparvi con la nomina di un consulente.

Ciò significa che l'assicurato, ove abbia a verificarsi un fatto coperto dalla garanzia assicurativa, non può limitarsi ad avvisare l'assicuratore mediante la denuncia del sinistro e poi passare le "carte" che successivamente riceve al compagno di liceo che ha scelto la professione forense, ma deve coinvolgere l'assicuratore affinché, nel comune interesse, dia alla vicenda il seguito più pertinente.

In tal modo, l'assicurato eviterà il rischio di perdere il diritto ad avvalersi dei benefici che gli derivano dal contratto di assicurazione e non si vedrà imputare dei pregiudizi per non aver permesso al proprio assicuratore la completa gestione della controversia con i danneggiati.

LA GESTIONE DELLA LITE E IL DOVERE DI DILIGENZA DELL'ASSICURATORE

Oltre a quelle già esaminate, si considereranno ora altre conseguenze giuridiche generate dal contratto di assicurazione.

L'assicuratore, assumendo senza alcuna riserva la gestione della vertenza, tacitamente rinuncia a ogni eccezione sulla validità ed efficacia del contratto e sull'esistenza del suo obbligo a risarcire, in quanto ne abbia diritto, il danneggiato. Detta rinuncia, tuttavia, riguarda situazioni che gli sono al momento già note, e non fatti o circostanze emerse nel corso della controversia e che potrebbero influire sulla natura e validità della garanzia contrattualmente prestata.

Il presupposto che condiziona l'intervento dell'assicuratore, infatti, è sempre il contratto, con i limiti e le pattuizioni ivi stabilite: il fatto che l'assicuratore assuma la gestione di una controversia giudiziaria senza alcuna riserva, non significa che l'assicurato sia esentato dal concorrere al risarcimento del danno, se il contratto di assicurazione preveda un simile intervento, in percentuale al danno liquidabile o con una somma predeterminata nell'ipotesi di assicurazione con franchigia fissa; allo stesso modo, se l'entità del danno supera il massimale contrattualmente stabilito, non per il solo fatto che l'assicuratore ha assunto la gestione della controversia può venir meno il

limite che è stato pattiziamente convenuto.

Su questo secondo aspetto è però bene osservare, prima di ogni altra considerazione, che il potere di disposizione concesso dall'assicurato all'assicuratore, con il mandato conferito ad un fiduciario scelto e nominato dallo stesso assicuratore, non esenta quest'ultimo da responsabilità verso l'assicurato, qualora abbia colposamente impedito o non accettato una favorevole transazione con il danneggiato.

L'assicuratore, con il patto di gestione della lite, infatti, tutela un interesse proprio, che diviene però anche interesse dell'assicurato se l'entità del danno (debito) accertato sia in misura superiore al massimale.

Nel conflitto di interessi che ne sorge, l'assicurato, non potendo dirigere la sua difesa, potrebbe rimanere senza tutela per la parte di danno eccedente il massimale.

Indubbiamente, a priori, non è possibile dire che l'assicuratore non è mai tenuto a rispondere del danno subito dall'assicurato se il debito risarcitorio supera il massimale né che, colpendo l'altrui interesse (quello dell'assicurato), l'assicuratore risponda comunque della lesione di questo interesse.

LA GIURISPRUDENZA ED IL PATTO DI GESTIONE DELLA LITE

Come si è osservato, il fondamento della responsabilità dell'assicuratore non può che

trarre origine da una condotta, nell'esercizio del mandato che gli è stato conferito dall'assicurato, improntata da dolo o colpa (ad esempio: non si è costituito nel giudizio; non ha prodotto documenti rilevanti per la difesa; non ha chiesto l'audizione dei testi a discarico; e così via). E fornire la prova della colpa, se non vi sono le evidenze richiamate nell'esempio, non è affatto facile.

In una recente decisione della Cassazione Civile (21 febbraio 2006, n. 3663), la Corte regolatrice, in conformità ai principi già stabiliti con sentenza 27 novembre 1993 n.11780 e, più recentemente, con sentenza 28 luglio 2004 n.14248 (anche se in questa decisione i Giudici si sono soffermati più sulle conseguenze della negligenza dell'assicuratore nella gestione della lite che sul possibile conflitto di interessi tra assicurato e assicuratore), ha testualmente affermato che *“Deve in conclusione affermarsi che l'attività di difesa congiunta tanto dell'assicurato quanto della compagnia non integra gli estremi del conflitto di interessi, nemmeno nell'ipotesi in cui si profili la possibilità che il comportamento tenuto dalla compagnia, sul piano sostanziale e processuale, possa integrare gli estremi della mala gestio in seno alla vicenda risarcitoria. Sono, in tali casi, riconosciuti all'assicurato gli ordinari rimedi posti a tutela della violazione di un obbligo negoziale di esecuzione del contratto in buona fede e di informazione,*

cui risultano tenuti, nei suoi confronti, rispettivamente, l'assicuratore e il professionista, rimedi consistenti nella facoltà di richiedere, all'uno e all'altro, l'integrale risarcimento dei danni subiti in conseguenza della mancata, tempestiva messa a disposizione del massimale”.

Le sentenze richiamate si riferiscono a controversie che hanno tratto origine da danni causati dalla circolazione dei veicoli, dove il danneggiato ha azione diretta nei confronti dell'assicuratore che, dunque, è comunque parte del giudizio. Ma i principi ivi stabiliti trovano applicazione anche nelle controversie derivate da responsabilità diverse, quale la responsabilità da negligenza professionale, dove l'obbligo di informazione e della verifica del possibile coinvolgimento degli interessi patrimoniali dell'assicurato dovrebbe essere esercitato dall'assicuratore con ancor più attenzione e diligenza, perché non sempre l'assicurato, al contrario di quanto avviene nei danni causati dalla circolazione dei veicoli, ha l'esatta percezione delle conseguenze che può aver provocato con la sua condotta.

LA CHIAMATA IN GARANZIA DELL'ASSICURATORE

L'ultimo capoverso dell'art. 1917c.c., con norma inderogabile a sfavore dell'assicurato (art. 1932c.c.), ammette espressamente che *“L'assicurato, convenuto dal danneggiato,*

può chiamare in causa l'assicuratore".

La clausola, con la quale l'assicuratore assume l'onere di gestire la lite in nome e per conto dell'assicurato, non vieta -né potrebbe vietarlo, perché vi osta l'art. 1932c.c. - all'assicurato, convenuto in giudizio dal danneggiato, di affidare la difesa a legale di sua fiducia affinché si costituisca in giudizio e chiami in causa, in malleva e garanzia, l'assicuratore. L'assicurato tuttavia non può pretendere dal proprio assicuratore, che contrattualmente si è assunto l'impegno di difenderlo, il rimborso delle spese che per sua scelta andrà a sostenere affidando la difesa a un legale di sua fiducia.

Anzi, la chiamata in garanzia dell'assicuratore da parte dell'assicurato è con frequenza scambiata dal primo come un atto di ostilità da parte del secondo, con l'effetto che l'assicurato può a volte vedersi sollevare tutte le eccezioni possibili anche in ordine alla validità ed efficacia del contratto di assicurazione, che con l'assunzione della lite da parte dell'assicuratore si davano come implicitamente rinunciate.

Al ricevimento dell'atto di citazione con il quale il danneggiato promuove la lite, è quindi opportuno trarne copia ed inviarla all'assicuratore, tramite raccomandata con avviso

di ricevimento, manifestando così la disponibilità ad affidare la difesa al fiduciario dello stesso assicuratore, del quale si attenderanno generalità e domicilio per conferirgli regolare mandato.

In mancanza di risposta dell'assicuratore, che dovrà giungere almeno trenta giorni prima dell'udienza di comparizione indicata nell'atto, si potrà incaricare un proprio legale di fiducia, informando l'assicuratore che si provvederà a chiamarlo in malleva e garanzia protestando le spese, per la rinuncia dello stesso assicuratore ad avvalersi del patto di gestione della lite.

Bibliografia.

- Giannini G, Pogliani M. La responsabilità da illecito civile. Giuffrè, Milano, 1996.
Donati A. Trattato del diritto delle Assicurazioni Private. Giuffrè, Milano, 1956.
Batà A., Spirito A. Osservatorio di legittimità. Danno e Responsabilità; 5:563;2006.

Le responsabilità del Dirigente Medico Ospedaliero e le Coperture Assicurative

Attilio Steffano, Francesca Mulliri

I casi di presunta malpractice del personale sanitario sono in continuo aumento e coinvolgono medici, Aziende Ospedaliere ma anche personale non medico. Nessuna attività medica risulta essere al riparo dal rischio di contenzioso poiché si è passati (anni 70) da una convinzione che l'atto medico si auto legittimasse, in sé e per sé, all'orientamento per cui l'omissione di consenso configura una colpa poiché lede il diritto di autodeterminazione. La responsabilità medica, infatti, è fondata su un sistema complesso e differenziato di responsabilità che muta e diviene con tale velocità che la giurisprudenza stessa mostra difficoltà e disomogeneità nell'inquadramento. Nell'esercizio della sua attività, il medico può incorrere in varie specie di responsabilità, penale, civile e disciplinare. La complessità del sistema giuridico, la mancanza di norme ad hoc (vedi consenso informato) sono il riflesso di un sistema sanitario critico perché in mutamento.

Il mutamento interno è indotto da una società sicuramente diversa, costituita da pazienti-clienti e da aspettative e conoscenze molto più elevate rispetto un tempo.

Agli effetti destabilizzanti insiti in tale trasformazione si accompagnano "bolle speculative" di vario genere, vedi i dati mostrati dalla stampa a dir poco allarmanti. Ma ci siamo mai chiesti se esistano dati scientificamente provati o comunque dotati di attendibilità?

Dei dati nazionali non si conosce né il metodo di raccolta né di censimento, di conseguenza ne deduciamo che non posseggano adeguata fondatezza poiché non supportati da un sistema omogeneo e noto. Tuttavia, per quanto probabilmente sovrastimati, evidenziano all'interno del sistema sanitario carenze e criticità non solo individuali ma anche organizzative.

Dall'organizzazione al Clinical Risk Management finalizzato all'identificazione, valutazione e riduzione dei rischi per i pazienti e per gli operatori. Attraverso la prevenzione e la protezione il Risk Management è orientato alla minimizzazione dei costi diretti e indiretti correlati agli eventi avversi.

Uno dei costi diretti indubbiamente più noti è il costo della copertura assicurativa che rappresenta, o meglio dovrebbe rappresentare, la sicurezza non solo per il danneggiato ma soprattutto per il danneggiante. L'assicurazione infatti dovrebbe, vista la difficile sostenibilità, trasferire non l'integrità del rischio bensì la parte residuale ad una attenta attività di risk management.

La difficile sostenibilità delle Compagnie della RC medica è legata a vari aspetti che non possono e non devono essere trascurati se si ha l'intento di effettuare un'analisi corretta e completa.

La prima difficoltà è indubbiamente correlata alla natura *long tail* dei sinistri, che vengono

denunciati e risarciti con un elevato differimento temporale rispetto all'avvenimento che ha cagionato il danno. Ciò comporta maggiore difficoltà nella valutazione del danno. Considerando la dichiarazione del direttore Ania Danni-non-auto e vita per la RC sanitaria i rapporti S/P di tutte le generazioni di denunce dei sinistri valutati in un determinato esercizio sono stati visti in netto rialzo nell'esercizio seguente. L'*hard market* non si mostra solo con la crescita esponenziale dei premi ma anche attraverso la modifica delle garanzie di polizza che consistono non solo in limitazioni e franchigie elevate ma soprattutto nel passaggio dalla formula *loss occurrence* alla formula *claims made*. Quest'ultima, consentendo alla Compagnia di rispondere solo per i sinistri denunciati e verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, consentono maggiore stabilità e controllo del rapporto S/P (sinistri/premi).

Davanti ad un panorama così composto, con un risk management emergente ma non ancora implementato, con coperture assicurative onerose e difficili da reperire, molti direttori di ASL e ospedali sentono forte la tentazione di autogestirsi e accantonare risorse *ad hoc* senza più dover ricorrere alle Compagnie. Soluzione coraggiosa ma allo stesso tempo rischiosa; l'assicurazione, infatti, deve costituire parte del processo di Risk Management, non lo deve né può sostituirlo, ma l'eliminazione totale può rappresentare, considerata l'aleatorietà

della materia, un onere futuro insostenibile.

Secondo il contratto collettivo nazionale dell'area della dirigenza medica ex art. 21, le aziende sono tenute a garantire una adeguata copertura assicurativa della responsabilità civile di tutti i dirigenti per eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie di terzi relativamente alla loro attività anche intramuraria, senza diritto di rivalsa, salvo nelle ipotesi di dolo o colpa grave. Viene però specificato nel 2° comma dello stesso articolo che le aziende, con trattenuta massima di 50 euro pro capite, coprono ulteriori rischi non compresi nella polizza generale. Per ulteriori rischi si intende, a quanto specificato nella nota esplicativa, la copertura dal rischio dell'azione di rivalsa da parte dell'azienda o dell'ente in caso di accertamento di responsabilità per colpa grave.

Infatti, se in regime di libera professione è indispensabile un'adeguata copertura personale per il medico chiamato comunque a rispondere in persona del primo rischio, in caso di regime di lavoro dipendente il medico è chiamato a rispondere solo nei casi specifici di dolo o colpa grave.

Sappiamo che le amministrazioni ospedaliere, sia pubbliche che private, sono tenute, solidalmente con il responsabile, al risarcimento dei danni subiti dal paziente e causati dagli operatori sanitari che agiscono per l'ente, salvo restando il diritto di rivalsa. Circoscrivendo il campo al solo servizio sanitario nazionale (ex

art. 22 del DPR 10.1.1957, n. 3, la Pubblica Amministrazione diritto di agire nei confronti del medico dipendente pubblico che abbia cagionato danni a terzi solo nei casi in cui il danno sia stato provocato dal dipendente con dolo e colpa grave. Nell'ipotesi in cui il danno sia stato provocato per colpa lieve la P.A. non potrà esercitare alcuna rivalsa. L'azione di rivalsa è demandata alla esclusiva giurisdizione della Corte dei Conti, in quanto si tratta di pregiudizi economici arrecati allo Stato o ad enti pubblici da persone legate da vincoli di impiego o di servizio.

Secondo il rapporto sulla prima rilevazione nazionale relativa agli aspetti assicurativi in ambito di gestione aziendale del rischio clinico, le condizioni aggiuntive previste nelle polizze RCT/ RCO vedono ancora come estensioni meno frequenti quelle per colpa grave e tutela legale.

RAPPORTO SULLA 1°RILEVAZIONE NAZIONALE RELATIVA AGLI ASPETTI "ASSICURATIVI IN AMBITO DI GESTIONE AZIENDALE DEL RISCHIO CLINICO"		
Tipologia di garanzie aggiuntive previste nelle polizze di assicurazione per RCT/RCO		
Garanzie aggiuntive	Nr.	% totale strutture rispondenti
per attività intramoenia	302	93,50
per danni e per eventi non clinici	284	87,90
danni a terzi per racc./utiliz. sangue	298	92,30
per borsisti/tirocinanti	289	89,50
per tutela legale	238	73,70
per estensione per colpa grave	233	72,10
Risultano meno frequenti le estensioni per colpa grave e tutela legale		

Considerato il ritorno all'esclusività per i dirigenti e le figure con responsabilità apicali all'interno degli enti, con la possibilità di esercitare l'attività libero professionale solo in intramoenia, è importante per il sanitario comprendere sino a che punto l'attività svolta sia garantita dalla copertura dell'ente e quando no.

In una realtà così configurata sarebbe opportuno valutare quali siano le reali necessità del medico per un adeguata copertura davanti alla legge ma soprattutto davanti al lesso, sia esso un paziente o lo Stato stesso.

Altro fattore per lo più assente ma necessario in seno ad una buona copertura del dipendente del SSN è indubbiamente l'estensione alla difesa legale.

La richiesta di risarcimento al sanitario è solitamente fatta attraverso una azione giudiziaria che può essere direttamente proposta sia innanzi al giudice civile e/o nel giudizio penale che vede il medico imputato (da solo o assieme ad altri colleghi) del reato di lesioni colpose o omicidio colposo.

La Compagnia di assicurazione solitamente mette in campo un proprio legale e, quando necessario, propri consulenti tecnici utili a rendere più idonea la difesa da attuare.

Il sanitario però è bene che si interessi della vertenza anche con un avvocato di propria fiducia dovendosi pertanto accollare le spese che, sicuramente, non saranno di lieve entità.

Per questa ragione sarebbe opportuno che chi intende fornirsi di una copertura assicurativa il più possibile adeguata in caso di eventi risarcibili, stipuli anche una apposita polizza per la tutela giudiziaria, che gli permetterà di difendersi, scegliendosi un proprio legale e, in caso di bisogno, un consulente tecnico senza costi aggiuntivi.

Con tale polizza la Compagnia di assicurazione si assume l'obbligo di farsi carico di tutte le spese legali anche per eventuali perizie e consulenze da esperirsi nei vari procedimenti in sede giudiziale ed extragiudiziale che possono coinvolgere il sottoscrittore.

Se poi il giudizio a cui l'assicurato è interessato non si chiudesse con esito favorevole, vengono indennizzate anche tutte le spese legali e di giustizia, sempre nei limiti del massimale contrattualmente previsto, liquidate a favore della controparte.

La copertura inizierà a decorrere dalle ore 24 del giorno in cui la polizza viene sottoscritta per le ipotesi di azioni promosse in relazione a responsabilità extracontrattuale e per i procedimenti con rilevanza penale.

Per tutte le altre ipotesi la copertura sarà operativa dopo un periodo (che tecnicamente in terminologia assicurativa viene chiamato di carenza) di 90 giorni.

La copertura sarà poi valida per tutti quelle azioni intervenute nel periodo assicurato o comunque presentate entro 6 mesi / 1 anno

dalla cessazione del contratto ma riferibili a fatti giudizialmente avvenuti nel periodo assoggettato a copertura.

Perché la copertura assicurativa sia concretamente operativa è comunque essenziale che la controversia giudiziale, che coinvolge l'assicurato, sia sorta dopo la stipula.

Allo scopo è bene chiarire che in sede penale la data del sinistro è identificabile con quella cui si fa risalire la commissione del reato e non quella in cui è stata notificata l'informazione di garanzia o qualunque altro atto informativo, perché questo può avvenire parecchi mesi dopo il fatto oggetto di procedimento.

Sotto il profilo civilistico la data è da intendersi quella in cui si è verificato l'evento qualificato come dannoso (potrebbe per esempio essere quello in cui è stato effettuato un intervento chirurgico contestato).

Una tale polizza comprende comunque alcune esclusioni che è bene che il sottoscrittore si faccia chiaramente specificare prima della sottoscrizione. Generalmente non rientrano in garanzia: il pagamento di multe, oblazioni, ammende e sanzioni pecuniarie in genere; gli oneri fiscali relativi all'azione legale quale la eventuale bollatura di documenti, le spese di registrazione delle sentenze o altri atti facenti parte del giudizio o della transazione. Categoricamente esclusi sono ovviamente le spese che derivano da fatti dolosi dello stesso assicurato.

Per le controversie di carattere fiscale (quelle innanzi alle commissioni tributarie e quelle relative ai successivi gradi) la copertura viene concessa solo se espressamente richiesta e previa corresponsione di un sovrapprezzo da concordarsi tra assicurato ed assicuratore.

E' bene poi, sempre che i costi non diventino eccessivi, e se il professionista opera a livello internazionale, estendere la territorialità della copertura anche per le azioni legali intraprese innanzi ad autorità giudiziarie ed arbitrali non italiane.

Molto spesso può accadere che il sanitario, che già possiede una copertura per la responsabilità civile, fruisca con questa di una, sia pur limitata, copertura per le spese di carattere giudiziario.

In questo caso, la polizza per la tutela giudiziaria interviene ad integrazione della stessa e sarà operativa dopo che l'assicurazione di responsabilità civile avrà esaurito la sua specifica copertura o qualora l'assicurato voglia utilizzare un legale di sua fiducia, diverso da quello fornito dall'assicurazione R.C.

Il sanitario che si garantisce con un tale tipo di polizza dovrà informare l'assicurazione (con la denuncia del sinistro) ogni volta in cui deve difendersi da una accusa o richiesta giudiziale o stragiudiziale che comporti un'azione legale, richiedendo alla Compagnia che sia la stessa a fornirgli l'assistenza di professionisti specializzati o segnalando il nome dell'avvo-

cato e/o consulente personalmente scelto.

Una volta interessata la Compagnia di assicurazione, l'assicurato non può, pena la perdita parziale o totale della copertura specifica, assumere iniziative autonome, come dar vita ad azioni legali, parallele o incidentali, o pervenire ad accordi transattivi in sede stragiudiziale o in corso di causa, senza il preventivo benestare della Compagnia di assicurazione. Lo scopo di una tale preventiva autorizzazione è facilmente individuabile nel fatto che le assicurazioni interessate a questo tipo di copertura vogliono evitare che il cliente giunga a transigere l'eventuale azione in corso, non curandosi delle spese da pagare alla controparte, sapendo che in ogni caso di questa si farà carico il suo assicuratore.

Qualora non vi sia accordo tra assicurato e impresa assicuratrice in merito alla gestione del sinistro, intervenendo valutazioni diverse in merito alla possibilità di affrontare o meno una vertenza, la decisione verrà demandata, in forza ad una espressa clausola presente in questo tipo di polizza, ad un apposito collegio arbitrale composto da professionisti della materia.

Norme per gli Autori

Ogni fascicolo della rivista, la cui frequenza di uscita è quadrimestrale, si articola in più Sezioni:

1. Focus
2. Sezione di Medicina Legale
3. Sezione Giuridica
4. Sezione Assicurativa.

Il Focus affronta argomenti di specifico interesse medico-legale e giuridico con un approccio multidisciplinare da parte del Gruppo di Studi Medicina e Diritto.

La Sezione di Medicina Legale si articola in tre sottosezioni dedicate a specifici ambiti della disciplina:

- Responsabilità Sanitaria: ove trovano spazio case report, contributi scientifici e dottrinali
- Valutazione del danno alla persona
- Prova Scientifica, per l'approfondimento di aspetti tecnici e pratici di scienze applicate in ambito forense (tossicologia, balistica, genetica, antropologia, istologia etc.).

La Sezione Giuridica, a cura di cultori della materia, propone analoga tripartizione:

- Responsabilità Sanitaria
- Risarcimento del danno alla persona
- Prova Giuridica

La Sezione Assicurativa tratta problematiche in ambito sociale e privato di interesse medico-giuridico ed assicurativo.

I contributi, redatti in lingua italiana, devono essere inviati alla Segreteria di Redazione, esclusivamente via e-mail utilizzando l'indirizzo di posta elettronica: medicinaediritto_riv@libero.it.

Il testo del lavoro deve essere accompagnato da una formale richiesta di pubblicazione nella quale specificare:

1. sezione e sottosezione di destinazione dell'elaborato
2. Autori: nome e cognome, qualifica, istituto/ente di appartenenza con relativo indirizzo
3. titolo (conciso ed esaustivo)
4. nominativo, recapito e-mail e telefonico dell'Autore referente per eventuali comunicazioni e/o correzioni al testo di primo invio.

Il contributo, redatto utilizzando il carattere Times New Roman punto 12 interlinea 1.5, deve riportare:

1. titolo
2. Autori: nome e cognome, qualifica e istituto/ente di appartenenza
3. abstract, nel quale descrivere sinteticamente il contenuto del lavoro (massimo 10 righe)
4. testo (massimo 15 pagine, non comprensive di tabelle, figure, riassunto, bibliografia)
5. tabelle e figure (disegni, grafici, fotografie): riportate su fogli separati con le rispettive didascalie numerate progressivamente con numeri romani da richiamarsi nel testo per l'individuazione del punto di inserimento, preferibilmente in bianco e nero
6. note bibliografiche: poste a fondo pagina con rinvio nel testo a mezzo di numerazione araba, secondo lo schema seguente:
 - per articoli: cognome ed iniziale del nome degli Autori. Titolo. Nome della rivista abbreviata secondo Index Medicus; volume: pagina iniziale; anno di pubblicazione.
 - per trattati, libri o monografie: cognome ed iniziale del nome degli Autori. Titolo. Edizione. Casa editrice e luogo di pubblicazione. Anno di pubblicazione. Volume e pagina.
 - per atti di congressi o convegni: cognome e iniziale del nome degli Autori. Titolo dell'intervento. Titolo del congresso/convegno. Luogo ed anno di svolgimento.
 - per note a sentenza: citazione secondo la normale prassi giuridica.

L'accettazione dei lavori è subordinata all'insindacabile giudizio del Comitato Editoriale, il quale può avvalersi del parere di revisori esperti.

Gli Autori accettano implicitamente che il proprio lavoro venga sottoposto all'esame del Comitato Editoriale.

L'avvenuta accettazione sarà comunicata all'Autore referente tramite posta elettronica.

L'eccessiva lunghezza dei contributi o l'inosservanza anche di una sola delle norme redazionali può costituire motivo di richiesta di modifiche per conformazione alle norme di cui sopra.

In caso di richiesta di modifiche, la nuova versione corretta deve essere tassativamente inviata alla Segreteria di Redazione entro 10 giorni dal ricevimento della richiesta. La mancata restituzione delle bozze entro predetto termine autorizza la correzione redazionale d'ufficio dell'originale pervenuto.

La Rivista non è responsabile per le opinioni espresse dagli Autori.

