

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 12/09/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33934-licenza-di-uccidere-licenza-di-menomare>

Autore: Gambino Massimo

Licenza di uccidere. licenza di menomare.

Studio Legale Gambino

Via Porto Salvo n. 15, (98121) Messina – www.studiolegalegambino.it

tel. 090/57998, fax 090/3689841, info@studiolegalegambino.it

Diritto Amministrativo - Civile - Commerciale - Tributario - del Lavoro Pubblico e Privato - Sindacale - Previdenziale

LICENZA DI UCCIDERE. LICENZA DI MENOMARE.

Nota a margine dello “schema di decreto legge recante disposizioni urgenti in materia sanitaria” portato all'esame del Consiglio dei ministri il 31.8.2012, il cui art. 12 attenua il grado di “diligenza” imposto all'operatore sanitario e modifica il regime giuridico della responsabilità sanitaria, escludendola ove l'illecita condotta sia connotata da “colpa lieve”.

Il decreto legge “sanità” di imminente emanazione riduce drasticamente gli *standard* di diligenza professionale imposti al personale sanitario rendendo lecito pressoché qualunque errore ed inadempienza, ad eccezione degli errori “grossolani”. Tale innovazione, che si vuole introdurre al fine di “tagliare” i risarcimenti da errore sanitario e garantire un più ampio lucro alle compagnie assicuratrici senza che sia necessario incrementare i premi o migliorare la qualità del servizio sanitario, mette gravemente a rischio la salute degli utenti del servizio sanitario, che vedranno di fatto peggiorare la qualità – già in molti casi discutibile – del servizio a loro prestato, e produce l'iniquo effetto di negare ai danneggiati il ristoro economico del danno subito, ossia l'unica forma di tutela per essi realmente soddisfattiva. Poiché il decreto interviene sullo *standard* di qualità della prestazione sanitaria, *id est* sulla condotta lesiva del sanitario, poco importa la gravità del danno patito dall'utente: anche se il danno è gravissimo, i sanitari che hanno errato (in misura “non grossolana”) saranno irresponsabili (e, di fatto, autorizzati ad errare: da qui il titolo, volutamente provocatorio, di questo scritto).

Il decreto legge in questione autorizza altresì il Governo ad emanare le “tabelle” per la liquidazione del danno alla salute patito per effetto di *malpractice* sanitaria, con la concertazione dei rappresentanti delle compagnie di assicurazione, dei medici e degli altri

professionisti sanitari, ossia di quei soggetti che cagionano il danno e che sono tenuti a risarcirlo, ma senza l'audizione di quei soggetti sociali ed istituzionali – associazioni dei consumatori, ordine degli avvocati – che rappresentano gli interessi dei cittadini utenti del servizio sanitario, danneggiati nella salute e che vantano il diritto al risarcimento. Tale asimmetria, indegna di uno Stato democratico, sottende l'intento del Governo di tutelare unilateralmente l'interesse economico delle compagnie di assicurazione, degradando il cittadino al ruolo di “suddito”, cui non resta che contentarsi di quanto graziosamente intendono concedergli i poteri forti.

Questo scritto, che mira a fornire i necessari chiarimenti in punto di diritto, è un primo commento alla normativa di imminente introduzione con finalità eminentemente informativa. Volutamente conciso, esso pone il *focus* sulle criticità dell'annunciata riforma, onde avviare su di essa il necessario dibattito. Attendiamo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del testo definitivo per approfondire, con taglio scientifico, le questioni che esso dovesse sollevare.

1. L'attuale regime giuridico della responsabilità medica, con speciale riferimento alla misura della “diligenza” cui è tenuto il professionista sanitario nei confronti del paziente, ed ai criteri di imputazione della condotta illecita lesiva che l'operatore sanitario abbia posto in essere (la “colpa” medica). Per fugare un equivoco: la valutazione della “colpa” prescinde dalla valutazione della “gravità del danno” e ne sta a monte.

La responsabilità sanitaria viene pacificamente ricondotta al paradigma della responsabilità contrattuale. Il rapporto che lega il paziente alla struttura sanitaria, o al singolo professionista sanitario, cui egli si rivolge per la diagnosi e la cura delle proprie infermità, ha sempre natura giuridica contrattuale, anche in assenza di un formale contratto sottoscritto dalle parti (c.d. responsabilità da contatto). La struttura sanitaria (ospedale pubblico, clinica privata) risponde del danno arrecato al paziente dai propri sanitari (si veda, a fugare ogni dubbio, l'art. 1228 c.c.).

In che modo la prestazione sanitaria va compiuta, e con quale grado di diligenza?

In cosa consiste dunque la “colpa medica”? In cosa si differenziano la “colpa lieve” e la “colpa grave”?

Premettiamo che i concetti di “diligenza” e di “colpa” sono intimamente connessi. Ricorre la “colpa” quando, nell'esecuzione della prestazione professionale, non sono stati osservati gli *standard* di “diligenza” imposti dalle norme (leggi, regolamenti, norme tecniche e scientifiche). Pertanto, “colpa” significa “condotta non diligente”.

Gli *standard* di “diligenza” imposti al professionista sanitario, e la correlata “colpa”

derivante dall'inadempimento di tali *standard*, nella duplice connotazione di “colpa lieve” e “colpa grave”, sono fissati da due ben precise disposizioni del codice civile: l'art. 1176 comma 2, e l'art. 2236.

L'art. 1176, comma 2, del codice civile definisce il grado di “diligenza” imposto a tutti i professionisti, compresi i professionisti sanitari che eseguono interventi diagnostici e terapeutici sul corpo del paziente: *“nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*.

Non si tratta della blanda “diligenza del buon padre di famiglia” – che è la generica diligenza dell'uomo comune – ivi codificata al comma 1, bensì di una più elevata e specifica diligenza: la diligenza dell'*homo secundum ejusdem generis et condicionis*, ossia, nello specifico, la diligenza del “bravo professionista sanitario ideale”, ossia del sanitario che, ben conoscendo tutte le regole della scienza e della tecnica, e tenendosi costantemente aggiornato, ne fa corretta applicazione.

La Cassazione è costante nel ritenere che la diligenza esigibile al medico deve essere *“superiore alla media”* (così fin da Cass. 3616/1972), che tale diligenza *“è quella del regolato ed accorto professionista, ossia del professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale”* (così fin da Cass. 1441/1979), che essa *“comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica”* (cfr. Cass. 2466/1995, 4852/1999, ordinanza 17694/2010).

Pertanto, il medico diligente secondo il parametro dell'art. 1176 comma 2 c.c. *“non è un medico mediocre, ma al contrario è un medico bravo, anzi molto bravo: un medico che si aggiorna, che va ai convegni, che studia... che consiglia al paziente tutte le alternative terapeutiche possibili e ragionevoli”* (Cassazione, Quaderni del massimario, n. 2/2011, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*).

In parole povere, si ritiene che il sanitario *debba* conoscere tutte le norme scientifiche e tecniche relative all'ambito disciplinare nel quale opera, e soprattutto quelle inerenti alle materie nelle quali è specializzato, e che *debba* farne applicazione a tutela della salute del paziente.

Ebbene, si qualifica in termini di “colpa lieve” la inosservanza delle regole scientifiche e tecniche proprie della scienza medica che presiedono all'intervento eseguito, note al professionista sanitario o che egli *debba* conoscere studiando ed aggiornandosi, ad eccezione delle regole basilari della scienza medica (la cui inosservanza è “colpa grave”); cioè la condotta del sanitario che non ha correttamente applicato i protocolli diagnostici e

terapeutici scientificamente accreditati al momento in cui opera, o che, senza informare il paziente ed ottenerne il consenso, ha fatto applicazione di un protocollo meno efficace o più invasivo in luogo di altro (di regola più moderno, o richiedente tecnologie avanzate) maggiormente efficace o che assicuri al paziente un minore grado di sofferenza.

La responsabilità (oltre che per colpa grave, anche) per “colpa lieve” costituisce dunque la regola, comunque si qualifichi la condotta inadempiente dell'operatore sanitario: negligenza (condotta omissiva di chi trascura di compiere un comportamento dovuto), imprudenza (mancata adozione delle necessarie cautele), imperizia (incapacità di compiere la prestazione professionale secondo la regola dell'arte).

L'art. 2236 del codice civile definisce il (diverso) grado di “diligenza” imposto al professionista laddove l'intervento che egli debba compiere sia connotato da “speciale difficoltà”: *“se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciali difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”*.

Questa limitazione di responsabilità non opera quando l'intervento è routinario, di facile esecuzione, o comunque quando esistono protocolli scientificamente accreditati (in tali casi il sanitario risponde già per colpa lieve). Opera solo nel caso in cui il caso affidato al sanitario sia assai complesso, o perché non ancora sperimentato e studiato a sufficienza, o perché la scienza medica non ha ancora messo a punto metodi terapeutici di provata efficacia o comunque sufficientemente affidabili (cfr. Cass. 7997/2005). Trattasi, in sintesi, degli interventi sperimentali o di altissima specializzazione.

In tale caso – intervento di speciale difficoltà – il sanitario risponde solo per “dolo” – ricorre tale figura allorché l'illecito sia stato commesso intenzionalmente – o per “colpa grave”. La limitazione della responsabilità alla ricorrenza della sola “colpa grave” opera, inoltre, in tale ambito, solo laddove si tratti di “colpa per imperizia”, non anche laddove il sanitario abbia posto in essere una condotta imprudente o negligente, giacché laddove l'intervento sia connotato da “speciale difficoltà” è naturale che il sanitario versi in situazione di minore “perizia” nell'eseguirlo, mentre nulla cambia quanto a “diligenza” e “prudenza” esigibili (che devono comunque rispettare i più alti *standard*, sì che la relativa “colpa” rileva anche se “lieve”) (Cass. pen. 23.8.1994; Cass. 11440/1997, 9085/2006).

Ricorre “colpa grave” allorché il medico compia un errore grossolano, consistente nella violazione delle regole generali e fondamentali della scienza medica, non anche di quelle specificamente attinenti al caso di “speciale difficoltà” su cui sta intervenendo.

In conclusione, quanto alla “diligenza” ed alla “colpa” medica: ricorre “colpa lieve” quando il sanitario abbia commesso la violazione – *sub specie* di negligenza, imprudenza, imperizia – delle norme scientifiche e tecniche che presiedono allo specifico intervento che

egli compie, ancorché specialistico, e che garantiscono il migliore risultato possibile sul piano diagnostico/terapeutico col minimo pregiudizio per il paziente quanto a sofferenza e conseguenze collaterali; ricorre “colpa grave” allorché il sanitario abbia violato le più generali e fondamentali regole della scienza medica, quando cioè l'errore sia grossolano.

Occorre infine notare che il piano della “diligenza” e della “colpa” medica è completamente diverso da quello della “gravità del danno”. Diligenza e colpa sono infatti riferiti alla condotta del sanitario: l'illecito commesso dal sanitario in situazione di “colpa lieve” potrà avere generato un danno grave o gravissimo, o addirittura la morte del paziente; così come la condotta illecita del sanitario ascrivibile a “colpa grave” potrebbe dare luogo ad un danno assai lieve. Insomma, attenzione a non commettere l'errore di ritenere che “colpa lieve” significhi “danno lieve”: non è affatto così, trattandosi di concetti diversi, di differenti elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito risarcibile.

II. Il dibattito politico volto alla riforma. Gli interessi in campo.

Da alcuni anni si discutono in Parlamento dei disegni di legge – fra loro assai simili – volti all'introduzione di nuove regole in materia di responsabilità sanitaria ed obblighi assicurativi degli enti ospedalieri: vedasi Camera dei Deputati, XVI Legislatura, proposta di legge n. 3194; nonché Senato della Repubblica, XVI Legislatura, disegni di legge nn. 50, 352, 1067, 1183 e relativo schema di testo unificato.

I disegni di legge fissano regole che, lungi dal ridurre gli *standard* di diligenza dei sanitari e dal renderli irresponsabili per gli errori commessi, rendono più effettiva la tutela degli utenti del servizio sanitario – favorendo l'individuazione dei soggetti responsabili del danno sanitario, introducendo strumenti idonei ad eliminare o quantomeno a ridurre tali danni, istituendo l'assicurazione obbligatoria tanto per gli ospedali pubblici che per le cliniche private – e, al contempo, offrono tutela al personale sanitario depenalizzando l'illecito sanitario colposo (l'imputabilità penale resta circoscritta all'ipotesi di dolo) e limitando sia l'azione disciplinare della struttura ospedaliera a carico del sanitario dipendente, sia l'azione di rivalsa a carico di quest'ultimo ove la struttura ospedaliera abbia pagato un risarcimento.

Nulla muta, come si è detto, nel rapporto tra struttura sanitaria ed utente del servizio, quanto al livello di diligenza imposto all'operatore sanitario ed esigibile dall'utente. Il d.d.l. 3194, addirittura, a fugare ogni dubbio, prevede espressamente che l'operatore sanitario risponde ai sensi dell'art. 1176 comma 2 del codice civile, con ciò confermando la regola esposta al paragrafo precedente.

Sul dibattito parlamentare, tuttora in corso, s'innestano le lagnanze delle compagnie di

assicurazione. In data 3 luglio 2012 il presidente dell'Associazione Nazionale Imprese di Assicurazione (ANIA), nella sua relazione annuale, dopo avere (ambiguamente) affermato che le compagnie di assicurazione hanno “pagato o accantonato”, per i risarcimenti dei danni sanitari, più di quanto non abbiano incassato a titolo di premio dalle strutture ospedaliere, conclude che “il numero delle denunce scenderebbe drasticamente” qualora la responsabilità del medico che ha osservato i protocolli fosse circoscritta “al dolo e alla colpa grave”, e che sarebbe opportuna l'introduzione di tabelle normative per la liquidazione del danno biologico, anche al fine di ridurre la discrezionalità valutativa dei tribunali.

Mostrando grande sensibilità alle istanze delle compagnie di assicurazione, il Governo Monti le ha subito recepite nell'art. 12 della bozza di decreto “sanità” oggetto di queste note, la quale non tiene in alcuna considerazione i disegni di legge oggetto di discussione parlamentare, e se ne discosta di larga misura.

III. L'art. 12, comma 1, dello “schema di decreto legge recante disposizioni urgenti in materia sanitaria” portato all'esame del Consiglio dei ministri il 31.8.2012. La drastica riduzione del grado di “diligenza” imposto all'operatore sanitario. La previsione della irresponsabilità dell'operatore sanitario laddove la sua condotta, pur obiettivamente illecita in quanto violativa delle “regole dell'arte”, sia qualificabile in termini di “colpa lieve”.

L'art. 12 dello “schema di decreto legge recante disposizioni urgenti in materia sanitaria”, portato all'esame del Consiglio dei ministri il 31.8.2012, rubricato “responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie”, al comma 1 così dispone: “fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a protocolli diagnostico-terapeutici risponde, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, dei danni derivanti da tale attività solo nei casi di dolo e colpa grave”.

Si noti che questa disposizione non si limita ad escludere la risarcibilità del danno sanitario cagionato per “colpa lieve”: a monte, stante il testuale riferimento all'art. 1176 c.c., essa abbassa lo *standard* di diligenza esigibile al sanitario, sì che l'utente non potrà più pretendere una prestazione sanitaria qualitativamente elevata come in passato.

Infatti, tenere ferma la responsabilità “per colpa grave” ed escludere la responsabilità “per colpa lieve” anche ai fini dell'art. 1176 c.c., equivale ad affermare che il sanitario è tenuto semplicemente a conoscere ed applicare le regole “basilari” della scienza e della tecnica, quelle che, se non osservate, integrano appunto colpa grave; non anche le regole più sofisticate complesse specialistiche che il sanitario, sino ad oggi, “deve” conoscere, all'uopo

aggiornandosi costantemente.

Unica condizione, posta dalla disposizione per l'esonero di responsabilità, è che il sanitario abbia operato nel rispetto “protocolli diagnostico-terapeutici”. Dunque, se un sanitario, nel diagnosticare una patologia o nel compiere un intervento terapeutico, segue l'*iter* fissato da un “protocollo”, ma lo esegue male, sarà pressoché irresponsabile; lo stesso dicasi del sanitario che, in presenza (come accade di norma) di più protocolli, vecchi e nuovi, connotati da maggiori o minori percentuali di successo, rischi specifici, effetti collaterali, ne applichi, in ipotesi, uno vetusto, che dà al paziente minori *chances* di guarigione o che gli reca maggiori sofferenze, in luogo di uno più moderno ed evoluto (ad esempio, un intervento chirurgico tradizionale in luogo di un moderno intervento mininvasivo). In buona sostanza, la bozza di decreto subordina l'esonero di responsabilità all'utilizzo di “protocolli”, ossia alla mera adesione del sanitario ad un *qualsiasi* procedimento diagnostico o terapeutico codificato, negando giuridica rilevanza all'errore del sanitario nella *scelta* del protocollo ed all'*errore* nell'esecuzione del procedimento diagnostico/terapeutico fissato nel protocollo.

Solo così ci sembra che possa essere interpretata la disposizione, se si vuole tenere fede all'intenzione del legislatore d'urgenza e, soprattutto, dare un senso al dato letterale, comprensivo dei richiami agli artt. 1176 e 2236 del codice civile. Ogni diversa interpretazione, volta ad ampliare l'obbligo di diligenza del sanitario e la relativa responsabilità, finirebbe di fatto col disapplicarla.

IV. Critica: estrema pericolosità della bozza di decreto legge. L'errore medico causativo di danno alla salute è quasi sempre riconducibile a “colpa lieve”. Fattuale irresponsabilità degli operatori sanitari, quale che sia la gravità delle conseguenze lesive patite dal paziente. Licenza di errare, di menomare, di uccidere data agli operatori sanitari. Violazione degli artt. 2 e 32 Cost. che qualificano come “inviolabile” e “fondamentale” il diritto alla salute. Violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevolezza. Violazione dell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza) e dell'art. 168 c. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che garantiscono un “livello elevato di protezione della salute umana”. Incoerenza con l'art. 168 Tratt. funz. U.E. e con le direttive che lo attuano, laddove tali norme impongono l'adozione dei più elevati standard qualitativi in ambito sanitario. Violazione della direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Già la mera esplicazione dell'art. 12 cit., fatta al paragrafo precedente, mostra la pericolosità della disposizione che si vorrebbe introdurre.

In ambito sanitario, stante la complessità della materia e l'enorme valore della salute e

della vita umana, ed anche per effetto del progresso scientifico e tecnologico, quasi tutti gli interventi diagnostici e terapeutici richiedono oggi competenze specialistiche, di livello elevato, superiori a quelle del “medico generico”. Ed è col tempo cresciuto il livello di specializzazione dei sanitari e delle strutture presso le quali operano.

Per tale ragione, in ambito sanitario, la maggior parte degli errori fonte di danno risarcibile sono ascrivibili a “colpa lieve”: perché si tratta di violazione di regole specialistiche, mentre è molto più raro assistere a violazione di regole basilari della scienza medica che sono patrimonio comune di qualunque medico e che, per loro natura, stanno a monte delle conoscenze specialistiche. Questo spiega perché le compagnie di assicurazione, per bocca dell'ANIA, abbiano preso di mira proprio la responsabilità in caso di colpa lieve.

Abbassare lo *standard* di diligenza del sanitario, per escluderne la responsabilità in caso di “colpa lieve”, significa autorizzare il sanitario a compiere un intervento specialistico senza quell'elevato grado di diligenza che sarebbe necessario, autorizzarlo cioè ad intervenire violando impunemente le complesse regole che presiedono allo specifico intervento: purché segua astrattamente un qualunque “protocollo”, e purché osservi le regole “fondamentali e generalissime” della scienza medica, egli ha facoltà di intervenire con licenza di errare, giacché la violazione delle regole specialistiche non sarà più motivo di responsabilità.

E ciò a prescindere dalla gravità delle conseguenze dell'errore sanitario, giacché da una condotta dell'operatore sanitario connotata da “colpa lieve”, lecita ed irrisarcibile, potrà anche derivare un danno gravissimo, in ipotesi anche la morte del paziente; ma, essendo giuridicamente irrilevante la “colpa lieve”, essendo cioè consentito al sanitario di intervenire con un modesto *standard* di diligenza, il fatto che ne sia derivato danno al paziente è altrettanto irrilevante, e il danno, per quanto grave, resterà irrisarcibile.

La norma che si vorrebbe introdurre col “decreto sanità” è costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 2 e 32 della Costituzione. Il diritto alla salute fa infatti parte del novero dei “diritti inviolabili dell'uomo” di cui all'art. 2 (v. Corte Cost., sent. n. 132/1985 e n. 227/1987), ed è qualificato come “diritto fondamentale” dall'art. 32 Cost. Pertanto, abbassare gli *standard* di diligenza dell'operatore sanitario sino a rendere irrilevante il mancato rispetto delle regole specialistiche, è cosa incoerente coi valori costituzionali. Sempre sul piano costituzionale, la cosa ci sembra altresì di dubbia coerenza col principio di ragionevolezza, sotto almeno due profili: perché in tal modo il regime giuridico dell'attività sanitaria, che è indubbiamente attività “pericolosa” per sua natura, si discosta nettamente dal regime cui il codice civile e le leggi speciali assoggettano le altre attività pericolose, senza che sussistano significative ragioni a sostegno di una tale

asimmetria; e perché l'abbassamento degli *standard* di diligenza professionale del sanitario è incoerente con la normativa espressamente finalizzata ad incrementare tali *standard*, in particolare con la normativa sulla formazione continua, sull'aggiornamento professionale e sulla formazione permanente in sanità (D.Lgs. 502/1992, D.Lgs. 229/1999).

Risulta parimenti violata la normativa europea, sotto diversi profili.

Innanzitutto, la disposizione criticata confligge con l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), e con l'art. 168 comma 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che garantiscono un *“livello elevato di protezione della salute umana”*. Inoltre, il medesimo art. 168, unitamente alle numerose direttive che lo attuano, impone l'adozione dei più elevati *standard* qualitativi in ambito sanitario. Non sembra dunque possibile, stante la perentorietà delle citate norme comunitarie, abbassare come vorrebbe il Governo gli *standard* di diligenza dell'operatore sanitario, perché ciò equivale ad abbassare la qualità del servizio sanitario e, con esso, il livello di protezione della salute umana.

La disposizione criticata contrasta altresì con la direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera. La direttiva prevede che gli Stati membri debbano predisporre meccanismi di tutela dei pazienti e di risarcimento dei danni sanitari, *“appropriati alla natura o alla portata del rischio”* (24° considerando). Il termine *“appropriati”* crea una relazione funzionale tra i *“meccanismi di tutela”* e la *“natura o portata del rischio sanitario”*: significa che i meccanismi di tutela devono essere idonei a garantire l'utente – anche col rimedio risarcitorio – dagli specifici rischi del servizio sanitario. Poiché il rischio sanitario, per fronteggiare il quale vanno predisposti i meccanismi di tutela, consiste nella violazione, da parte dei sanitari, delle norme scientifiche e tecniche che presiedono all'esecuzione di interventi diagnostici e terapeutici, gli strumenti di tutela sono *“appropriati”* quando consistono in misure di prevenzione e di reazione – anche risarcitorie – avverso *tutte* le violazioni il cui complesso integra il rischio sanitario predetto. Ciò comporta che il legislatore nazionale non può rendere – come il Governo Monti vorrebbe fare – irrilevante la violazione di norme scientifiche e tecniche specialistiche, e irrisarcibile il danno cagionato con detta violazione (c.d. colpa lieve), giacché questo significherebbe esporre l'utente al rischio sanitario senza predisporre alcuna misura di tutela in suo favore: ciò che la direttiva non consente di fare.

V. L'art. 12, comma 2, dello *“schema di decreto legge recante disposizioni urgenti in materia sanitaria”*, nella parte in cui esclude la consultazione del Consiglio Nazionale Forense e delle associazioni dei consumatori e degli utenti maggiormente rappresentative al fine dell'adozione, mediante D.P.R., di *“parametri oggettivi per il risarcimento del*

danno biologico” (c.d. tabelle per il risarcimento del danno sanitario). Critica.

Il comma 2 della disposizione qui commentata autorizza il Governo ad adottare, a mezzo D.P.R., *“sentiti l'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici (ANIA), le Federazioni Nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate”, “parametri oggettivi per il risarcimento del danno biologico”* (lett. c), oltretanto nuove “tabelle” per la quantificazione del danno sanitario in sostituzione di quelle da anni in uso presso vari tribunali – ed in particolare di quelle del Tribunale di Milano, cui la Cassazione ha recentemente riconosciuto la “vocazione nazionale” e la idoneità a fungere da parametro corretto ed equo di liquidazione del danno biologico.

Le compagnie di assicurazione – il cui interesse, non lo si dimentichi, è quello di minimizzare gli esborsi e massimizzare il proprio lucro – affermano che le tabelle milanesi garantirebbero risarcimenti “eccessivi” e “sovrastimati”, e chiedono al Governo l'adozione di tabelle più “miti” oltre che uniformi su tutto il territorio nazionale.

Senza volere qui affrontare la questione della “misura” del risarcimento – che non può comunque prescindere dal costituire un serio effettivo adeguato ristoro, a pena di incoerenza con la normativa comunitaria oltre che coi principi costituzionali – e dell'opportunità o meno di “ingessare” con un atto normativo ciò che invece dovrebbe potersi adeguare alla specificità del caso concreto, ciò che ci sembra francamente inaccettabile, perché contrario al più elementare principio di democrazia, è la mancata previsione della consultazione del Consiglio Nazionale Forense e delle associazioni dei consumatori e degli utenti maggiormente rappresentative.

In parole povere, la bozza di decreto legge prevede che il Governo regoli, con un proprio provvedimento normativo, l'assetto degli interessi dei cittadini la cui salute ha patito lesioni in modo unilaterale ed autoritativo, senza in alcun modo ascoltare quei soggetti istituzionali che hanno in cura e che rappresentano i cittadini danneggiati, i cui interessi si vogliono regolare.

Peggio: la bozza di decreto legge prevede la consultazione dei soggetti istituzionali che rappresentano le compagnie di assicurazione ed i sanitari, che rappresentano cioè i soggetti autori dei danni e tenuti al risarcimento. Solo con essi il Governo mira a concertare i contenuti del provvedimento, non anche con le rappresentanze dei cittadini utenti del servizio sanitario, soggetti passivi delle lesioni, che vengono del tutto estromessi dall'iter formativo del provvedimento, quasi fossero “sudditi” od “oggetti”, piuttosto che cittadini di un Paese democratico e soggetti di diritto.

VI. Le correzioni che bisognerà apportare al decreto legge di prossima emanazione

in sede di conversione.

Essendo inaccettabile sia la riduzione degli *standard* qualitativi del servizio sanitario, sia il diniego del necessario ristoro patrimoniale ai soggetti danneggiati da errore sanitario, occorre – coerentemente con lo spirito dei disegni di legge parlamentari – tenere ferma la responsabilità secondo l'attuale regime normativo, quindi anche per colpa lieve, delle strutture ospedaliere e dei sanitari nei confronti degli utenti, ed intervenire solamente sul procedimento disciplinare e sulla rivalsa delle strutture ospedaliere nei confronti dei sanitari dipendenti, limitando solamente questa ai casi di dolo o colpa grave, o di reiterate violazioni ascrivibili a colpa lieve, e ferma restando la possibilità, per la struttura ospedaliera, di esperire l'azione disciplinare e ricorrere al licenziamento laddove il sanitario abbia commesso reiterati errori od inadempienze, ciò a garanzia della qualità del servizio prestato all'utenza.

Occorre poi prevedere che, in sede di redazione delle nuove “tabelle” di liquidazione del danno alla salute, siano sentiti *tutti* i soggetti sociali ed istituzionali rappresentativi di *tutte* le categorie interessate, anche le associazioni dei consumatori ed il Consiglio nazionale forense, allo scopo di pervenire ad una soluzione rispettosa del principio di democrazia rappresentativa sostanziale, la quale, per essere largamente condivisa, sia socialmente accettabile, oltre che coerente con l'istanza di “effettiva” riparazione del danno patito imposta dal dettato costituzionale e dalla normativa comunitaria.

Messina, 1° settembre 2012

Avv. Massimo Gambino
dottore di ricerca in diritto amministrativo