

**AMAMI**  
**Associazione Medici Accusati di Malpractice**  
**Ingiustamente**

**Padova, 24 - 25 Febbraio 2006**

**3° CONGRESSO NAZIONALE SUL TEMA:**

**"LE REGOLE DEL GIOCO"**

**Relazione**

**LA SITUAZIONE ITALIANA DEL  
CONTENZIOSO PAZIENTE / MEDICO**

**Avv. Ugo Dal Lago**

## Sommario.

- 1) **I numeri dell'alluvione.**
- 2) **La *malpractice* nella giurisprudenza penale.**
- 3) **La *malpractice* nella giurisprudenza civile.**
- 4) **Azione penale o azione civile?**
- 5) **La difesa dalle azioni temerarie e la condotta del medico.**
- 6) **Le contromisure contro le denunce infondate.**
- 7) **Quando la colpa è del consulente tecnico.**
- 8) **I rapporti con la compagnia di assicurazione.**
- 9) **Conclusioni.**

## 1) I NUMERI DELL'ALLUVIONE.

L'analisi del contenzioso italico tra paziente e medico imperniata sui dati di cui disponiamo dà una sensazione febbrile in allarmante crescita; trattasi in effetti di una realtà che sta diventando rovente.

E difatti nel 2004 ben 46.000 (quarantaseimila) erano le controversie per *malpractice* pendenti avanti ai nostri Tribunali; un numero ingente, destinato ad una crescita esponenziale ove si consideri che, stando ai dati diffusi dall'ANIA (l'Associazione Nazionale Imprese Assicuratrici), il numero dei sinistri denunciati in ambito professionale medico è passato dai 3.150 del 1994 ai 7.800 del 2002 con un aumento del **148%**.

In particolare sono aumentate le cause nei confronti dei singoli medici (per ragioni ben intuibili) ed in proporzione minore quelle contro le strutture sanitarie, cresciute "soltanto" (si fa per dire) del 32%, pur essendo più facili da esperirsi sul piano probatorio.

Ciò significa che il paziente è sempre più orientato a fare causa al singolo medico piuttosto che all'azienda sanitaria; e ciò per un'inconfessabile ma evidente intento "terroristico".

Nel 1994, infatti, soltanto il 38% dei sinistri denunciati alle compagnie di assicurazione riguardavano richieste risarcitorie avanzate nei confronti del singolo medico, mentre nel 2002 questa percentuale è aumentata del 53%; nel contempo la percentuale delle richieste risarcitorie rivolte alle aziende sanitarie è specularmente diminuita dal 62% al 47%.

Non è azzardato ritenere che tra le cause di questo aumento vi siano le sollecitazioni verso i pazienti fatte con ogni mezzo da "compagini" interessate a speculare sulla pelle dei medici: organismi che utilizzano il paravento della difesa delle vittime di asseriti errori medici per svolgere attività di procacciamento di pratiche legali, senza curarsi se alla base di ogni caso vi sia effettivamente una qualche responsabilità medica.

E' interessante anche analizzare nei confronti di quali specialisti vengono avanzate le maggiori lamentele ed in relazione a quali -supposti- errori.

Nel 2004 la Commissione tecnica sul rischio clinico istituita dal Ministero della Salute ha elaborato una "classifica negativa" riguardante le cause per *malpractice*, che vede ai quattro primi posti:

- 1) l'ortopedia e traumatologia (16,5%),

- 2) l'oncologia (13%),

- 3) l'ostetricia e ginecologia (10,8%)

- 4) la chirurgia generale (10,6%).

Queste quattro specialità sono ai primi posti anche nella graduatoria contenuta nella relazione PiT salute 2004 di Cittadinanzattiva - Tribunale dei diritti del malato, che si riferisce alle segnalazioni ricevute da tale associazione. Anche secondo i dati del Tribunale dei diritti del malato ai primi quattro posti di questa classifica negativa troviamo:

- 1) l'ortopedia e traumatologia (18,5%),

- 2) l'oncologia (13,3%).

- 3) l'ostetricia e ginecologia (13,2%).

- 4) la chirurgia generale (12,0%),

Sia per l'una che per l'altra analisi dei dati, queste quattro specializzazioni superano da sole il 50% del totale; è quindi facile comprendere cosa vuol dire, in termini di maggiori premi assicurativi da pagare, essere ai primi posti di questa classifica.

Le conseguenze di tanta e tale emergenza sono negative per tutti, non solo per i medici direttamente interessati; ed invero l'irrefrenabile ricorso da parte di pazienti insoddisfatti o di loro prossimi congiunti all'azione giudiziaria privilegiando dissenatamente l'arma dell'azione penale finisce inevitabilmente per suscitare -come reazione inevitabile dei

medici- quella della c.d. "**medicina difensiva**" postoché i medici avranno sempre più la "**tentazione di tutelarsi**" prescrivendo troppi farmaci, molti dei quali inutili, con pesanti ricadute per il diritto alla salute dei cittadini e per le esangui casse della sanità pubblica.

Come se ciò non bastasse, un'altra specializzazione è sempre più sotto accusa: la medicina psichiatrica.

A questo proposito vanno ricordate due sentenze molto recenti, entrambe pubblicate sul lemma dedicato alla malpractice del sito **www.personaedanno.it**.

La prima è la decisione del Tribunale di Venezia del 19 Dicembre 2005, che ha condannato il medico e il sindaco che avevano disposto un Trattamento Sanitario Obbligatorio in un caso in cui sussistevano tutte le condizioni di fatto per disporlo ma non era stata seguita correttamente la procedura di legge; il risultato è stato una condanna a risarcire 100 mila euro al soggetto sottoposto al ricovero coatto.

La mancata richiesta di un Trattamento Sanitario Obbligatorio è invece uno dei motivi della decisione penale di condanna di altro medico psichiatra a quattro mesi di reclusione decretata in una sentenza del G.U.P. del Tribunale di Bologna del 19 Gennaio 2006, che ha ritenuto lo psichiatra colpevole per l'omicidio commesso da un paziente paraonico a causa della sospensione della terapia

farmacologica, per non aver ridotto i rischiosi contatti di terzi col paziente nonché -appunto- per non aver richiesto il T.S.O..

In un caso come nell'altro, è sempre lo psichiatra ad essere giudicato colpevole, nonostante la peculiarità delle malattie mentali.

## **2) LA MALPRACTICE NELLA GIURISPRUDENZA PENALE.**

Il secondo argomento da analizzare riguarda i principi che attualmente la giurisprudenza utilizza per giudicare la condotta del medico in sede penale.

Quando il medico è accusato di aver commesso un vero e proprio errore, la regola è semplice: il giudice deve verificare se l'errore è davvero tale e se abbia determinato un peggioramento delle condizioni del paziente.

Non è però questa la situazione che si verifica nella maggior parte dei casi, bensì quella in cui non si imputa al medico di aver agito male, ma di non aver agito quando e come era necessario.

Si tratta di "**responsabilità per omissione**", che si configura in presenza di un obbligo giuridico di intervenire a fronte del

quale si è rimasti inerti; ed invero spesso i medici vengono accusati di non aver utilizzato una determinata precauzione; di non aver effettuato un dato esame; di non aver adottato una determinata terapia o cura; e quant'altro.

Il problema che si pone in giurisprudenza è quello di stabilire a quali condizioni si possa affermare che esiste un nesso eziologico tra l'errore e il peggioramento delle condizioni del paziente. Su questo tema la giurisprudenza penale ha alternato varie fasi con differenti orientamenti: in alcune sentenze -invero- si è adottato un criterio molto punitivo nei confronti del medico ritenendosi bastevole per condannarlo **"serie ed apprezzabili possibilità di successo della condotta omessa"**, così arrivando all'assurdo (Cass. Pen., 12.7.1991, Silvestri) di condannare il medico anche in presenza del 30% di possibilità di successo; in altre decisioni si è invece affermato che:

**"il rapporto eziologico tra omissione ed evento deve essere sempre certo"**

(Cass. Pen., 1.9.1998, n.10929, *Riv. Pen.*, 1998, 1123)

così obbligando il danneggiato a fornire una prova praticamente impossibile, non essendo agevolmente attingibile nella scienza medica un dato di assoluta certezza.

Nel 2002, comunque, le Sezioni Unite penali hanno risolto la questione propendendo per una soluzione intermedia, precisando che in tema di reati omissivi il giudice deve verificare la validità nel caso concreto dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale

**"sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile**, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con **«alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica»"**

(Cass. Pen. Sez. Un. 11.9.2002 n. 30328, Franzese, in *Resp. Civ. Prev.*, 2003, 93).

Con questa chiara decisione il massimo consesso giudiziario penale ha prescritto che le decisioni non possono essere basate sui soli dati statistici, ma su un ragionamento logico per il quale si possa senz'altro affermare che la condotta omessa avrebbe attinto un risultato positivo, secondo un **"alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica"**; in buona sostanza ciò significa che il medico può essere condannato solo se sussiste alta probabilità (logica e

non statistica) che se avesse fatto quello che non ha fatto avrebbe ottenuto il risultato sperato.

### 3) LA MALPRACTICE NELLA GIURISPRUDENZA CIVILE.

Il principio penalistico dell' **"alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica"** è stato adottato anche dalle Sezioni civili della Cassazione, che l'hanno però **"ammorbidito"** a favore del paziente.

Pur avendo ripreso pari pari il criterio penalistico *ut supra* sancito con la sentenza Franzese, la Cassazione Civile con sentenza 4400/2004 ha precisato che:

**"con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità fra l'evento dannoso e la condotta colpevole (omissiva o commissiva) del medico, ove il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie qualora manchi la prova della preesistenza,**

**concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti"**

(Cass. Civ. 4.3.2004, n. 4400, *Resp. Civ. Prev.*, 2004, 1042).

Più recentemente, la stessa Cassazione civile ha preso le distanze dalla c.d. causalità scientifica, statuendo che:

**"la valutazione dal nesso di causalità giuridica**, tanto sotto il profilo della dipendenza dell'evento dai suoi antecedenti fattuali, sia sotto quello della individuazione del *"novus factus interveniens"*, **si compie secondo criteri:**

**a) di probabilità scientifica, se esaustivi,**

**b) di logica aristotelica, se appare non praticabile o insufficiente il ricorso a leggi scientifiche di copertura"**

(Cass. Civ., 18.4.2005, n. 7997, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)).

Quest'ultima sentenza è importante perché segna l'abbandono del piatto ossequio alle leggi scientifiche di copertura, che spesso significava l'abdicazione del potere giudicante della magistratura a favore dei responsi dei consulenti tecnici dell'ufficio.

I giudici di legittimità hanno così richiamato i giudici di merito al loro primo dovere di *periti peritorum*, cui incombe

il dovere di decidere sulla base dei pareri dei tecnici, senza però rinunciare a valutarli e vagliarli.

La più recente evoluzione giurisprudenziale è importante anche perché rivitalizza l'istituto della **perdita di chances**.

La stessa sentenza della Cass. Civ. 4.3.2004, n. 4400 specifica infatti che, quando non vi siano elementi sufficienti per affermare che la condotta del medico avrebbe ottenuto il risultato sperato con un'alta probabilità logica, ma comunque la sua omissione ha fatto perdere delle *chances* di guarigione al paziente, quest'ultimo può chiedere il risarcimento per queste *chances* perdute.

Se, cioè, la condotta omessa avrebbe avuto il 60% di possibilità di avere risultati positivi, il paziente ha diritto ad ottenere il risarcimento per la perdita di tali *chances*, determinabile per l'appunto nel 60% dei danni lamentati.

#### **4) AZIONE PENALE O AZIONE CIVILE?**

La suesposta disamina dei principi adottati dalla giurisprudenza penale e da quella civile dovrebbe indurre a pensare che la più parte delle azioni giudiziarie venga svolta in sede civile, dov'è più facile ottenere un risarcimento (eventualmente sotto forma di perdita di *chances*) specie per

il diverso ruolo dell'onere della prova: onere che in sede penale è a carico dell'accusatore mentre in sede civile è a carico della struttura ospedaliera attesoché fra azienda e paziente si instaura automaticamente un rapporto di natura contrattuale.

Ma così non è, perché fra coloro che chiedono ad un medico il risarcimento dei danni cagionati da un suo intervento asseritamente errato od omesso, preferiscono la strada dell'azione penale introdotta da una denuncia-querela (più o meno motivata) e quindi attivata prima come persona offesa e poi come parte civile nel procedimento penale.

I motivi di questa scelta sono vari; anzitutto è naturale che chi -senza pregiudizi- ritenga di essere vittima di una grave ingiustizia desideri l'intervento della giustizia penale, specie quando è morto un proprio caro, o si è rimasti gravemente invalidi; e così la prima mossa viene rivolta verso una giustizia punitiva del presunto colpevole, prima ancora che al risarcimento economico.

É peraltro indubbio che la strada dell'azione penale non è solo la più economica ma anche la più facile e deterrente.

Ed invero basta una semplice denuncia-querela per scaricare il lavoro più impegnativo (la ricerca delle prove, l'esame

delle questioni sotto il profilo tecnico) sulla pubblica accusa (la Procura della Repubblica) che oltretutto è tenuta a svolgerlo.

Dal canto suo la persona danneggiata si può limitare ad intervenire come parte civile in un processo avviato da altri, sollecitando il P.M. a darsi da fare.

Una condotta a rischio (quasi) zero atteso che -così come stanno oggi le cose- non sarà certo la parte offesa, costituitasi o meno parte civile, a rifondere le spese processuali (spesso ingenti) sostenute dall'indagato pur se prosciolto. Teoricamente l'art. 542 del Codice di Procedura Penale consentirebbe la condanna del querelante al rimborso delle spese processuali sostenute dall'imputato: ma questa, purtroppo, è una norma caduta nel dimenticatoio e di rarissima applicazione.

La scelta dell'azione penale da parte del paziente o dei suoi familiari non è però indolore, specie per chi la subisce: il medico indagato, sottoposto non solo al processo penale ma anche all'infamia dellaogna mediatica.

E difatti accusare un medico di negligenza professionale significa rivolgergli una grave accusa, come dimostra il significato della parola inglese *malpractice*, che il dizionario

Zanichelli traduce come "*malcostume*", "*illecito civile*", "*disonestà*", "*negligenza*", "*imperizia*", "*terapia sbagliata*".

Va poi evidenziato che l'arma contundente dell'azione penale viene -purtroppo- utilizzata spesso volte come deterrente ed in maniera temeraria per mire speculative ed avventate a danno dei medici, nella consapevolezza (attuale) da parte del denunciante di godere del beneficio della totale assenza di costi a suo carico e di altre conseguenze per lui negative.

All'incontro chi ritenga in buona fede di essere rimasto danneggiato dalla condotta (attiva od omissiva) di un medico dovrebbe valutare con prudenza e cautela se intraprendere la strada giudiziaria, viepiù quella dell'azione penale, tenendo ben presenti i criteri stringenti che le Sezioni Penali della Cassazione hanno fissato per ogni discussione sulla colpa professionale medica, sopra esaminati al paragrafo 2.

Ed invero il criterio dell'**elevato grado di credibilità razionale** (che come si è visto è stato adottato, seppure in maniera più elastica, anche dalle Sezioni civili della Cassazione) imporrebbe a chi pretenda il risarcimento (e soprattutto al legale cui questi si affidi) una ponderata e prudente valutazione dei presupposti dell'azione, che dovrebbe preventivamente essere sempre supportata da una seria consulenza medico-legale atta a stabilire se sussistano

nel caso di specie i presupposti per sostenere la responsabilità medica.

Ma la strada migliore e più agevole da seguire per il danneggiato dovrebbe essere quella dell'azione civile, anch'essa necessariamente preceduta da una ponderata consulenza medico-legale: e questo anche nei casi meno gravi (i più frequenti) laddove dovrebbe essere meno forte l'esigenza punitiva dovendosi preferire quella di ottenere un giusto risarcimento economico.

## **5) LA DIFESA DALLE AZIONI TEMERARIE E LA CONDOTTA DEL MEDICO.**

Prima di ogni altro è il medico che deve fare la sua parte onde prevenire, per quanto gli compete, il male dell'azione giudiziaria: **e ciò tenendo nei confronti del paziente una condotta che spesse volte deve proprio essere... paziente** per non far scaturire delle scintille da quei cortocircuiti che spesso traggono origine da un difetto di comunicazione tra medico e paziente e/o parenti di questo.

Una volta ricevuta la prima "dichiarazione di guerra" (lettera, citazione, avviso di garanzia) il destinatario

dovrebbe tutelarsi rivolgendosi ad un legale di comprovata esperienza in questa delicata materia piuttosto che a un suo amico o a quello della struttura cui appartiene oppure a quello indicatogli dalla sua compagnia assicuratrice. A sua volta il legale prescelto dovrà rispondere subito alle accuse dell'ex paziente, spiegandogli puntualmente quanto è avvenuto per ristabilire la verità traendo anzitutto da tale accurata disamina le dovute conseguenze ossia:

- a) la netta reiezione della domanda risarcitoria, quando questa risulti infondata, pretestuosa o speculativa;
- b) la legittima prospettazione in via riconvenzionale della propria domanda risarcitoria di condanna dell'attore alle spese ed al risarcimento dei danni per lite temeraria ex art. 96 II comma C.P.C. ed anche ex art. 2043 c.c.; ed al querelante la condanna prevista dall'art. 542 C.P.P..

**La prima contromisura è quindi quella di rispondere puntualmente ed analiticamente alle accuse di *malpractice*, smontandole una ad una e prospettando le reazioni testé indicate.**

E se la "**cura preventiva**" risultasse inefficace, non resterà che la "**cura difensiva**": difendersi nel processo senza limitarsi ad un ruolo passivo perché se si è convinti

dell'infondatezza dell'accusa occorre senz'altro agire in contropiede.

A questo effetto l'arma che l'ordinamento processuale mette a disposizione del medico ingiustamente accusato è anzitutto offerta dall'art. 96 del Codice di Procedura Civile, in forza del quale:

**"Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, a istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza".**

La decisione in ordine alla sussistenza di una responsabilità per lite temeraria si fonda sulla mancata osservanza di quelle regole prudenziali che devono sempre improntare la condotta di chi decida di incardinare un procedimento giudiziario.

Senonché i limiti della responsabilità processuale stanno nella difficoltà di provare i requisiti che fanno sorgere il diritto al risarcimento del danno subito dal medico alla quale troppo spesso si affianca l'atteggiamento mentale di molti giudici i quali per un malinteso senso di solidarietà nei

confronti dell'attore-paziente non ritengono di sanzionare la condotta di chi ha avanzato una domanda risarcitoria pur respinta. E così accade di frequente che anche quando sussistono tutti i presupposti per una condanna al risarcimento dei danni per lite temeraria, questa non venga concessa; per di più -come se tanto non bastasse- spesso i giudici compensano le spese di lite cosicché il medico e/o la struttura sanitaria devono accollarsi anche l'onere di pagare i propri legali pure quando risultino vittoriosi. La conseguenza è che anche il costo di un'azione civile intentata senza fondamento ricade, alla fin fine, sulla collettività in quanto -com'è noto- in forza dell'art. 41 del DPR 270/1987 le aziende sanitarie locali sono tenute a rifondere ai medici le spese legali sostenute per difendersi da accuse da cui vengano assolti. La compensazione delle spese di lite porta quindi a far crescere il debito del sistema sanitario: e così la comunità paga anche per l'azione infondata di pochi pazienti lamentosi!

Sarebbe quindi opportuno rinverdire l'istituto del risarcimento dei danni per lite temeraria ex art. 96 C.P.C.; prima ancora si dovrebbe rispettare il disposto dell'art. 91 C.P.C., in forza del quale la parte che ha torto deve rimborsare le spese della parte che ha avuto ragione, secondo il principio della soccombenza, che dovrebbe conoscere

eccezioni solo in casi particolari ben individuati. E difatti l'art. 92 C.P.C., che prevede la possibilità di compensare le spese di lite, è stato recentemente modificato nel senso di imporre al giudice di indicare esplicitamente nella motivazione i "giusti motivi" per cui ha ritenuto di compensare le spese di lite.

C'è da augurarsi che questa modifica serva di remora all'utilizzo della possibilità di compensare le spese tra attore e convenuto, frutto della propensione del giudicante sopra denunciata.

## **6) LE CONTROMISURE CONTRO LE DENUNCE INFONDATE.**

Il nostro sistema giuridico è ancora più avaro per quanto riguarda la vittima di un'azione penale ingiusta.

La Corte di Cassazione ritiene -ancora!- che la denuncia di un reato perseguibile d'ufficio (come l'omicidio colposo) non sia fonte di responsabilità per danni a carico del denunciante, anche in caso di proscioglimento o di assoluzione dell'imputato, se non quando essa possa considerarsi calunniosa (ex plurimis, Cass. civ., 20.10.2003, n. 15646).

Questa delicata questione è stata da parte mia già affrontata in un saggio intitolato "*Denuncia infondata: risarcimento dei danni solo in caso di calunnia?*", scritta con la collaborazione di due mie valide apprendiste di studio, nel quale sono state spiegate le ragioni per cui l'attuale orientamento dovrebbe cambiare perché superato dalle insopprimibili esigenze del diritto vivente. Si dovrebbero infatti ampliare le ipotesi in cui, a fronte di una denuncia infondata, viene esclusa l'operatività dell'esimente dell'esercizio del diritto potendosi quindi accogliere la richiesta di risarcimento dei danni da parte del medico che risulti ingiustamente accusato di *malpractice* da una denuncia infondata se non maliziosa, in quanto protesa ad ottenere un risarcimento speculativo non dovuto.

La soluzione migliore si proietta nell'affermare la responsabilità aquiliana del denunciante non solo quando la denuncia è presentata con dolo ma anche in presenza di colpa grave ancorché la Cassazione abbia escluso -**allo stato**- che si possa arrivare a tanto, affermando che:

**"quanto detto trova conferma nella previsione dell'art. 541 c.p.p., 2° comma, dal quale emerge con chiarezza che il semplice denunciante, in quanto tale, non può mai**

**essere condannato ai danni in favore dell'imputato assolto, anche se versi in colpa grave"**

**(Cass. Civ., 20.10.2003, n.15646, *Danno e Resp.*, 2004, 678).**

Ma questo è un "arresto giurisprudenziale" non condivisibile, così come lo erano diversi altri in un passato non certo remoto, che sono stati via via abbattuti per la forza travolgente del diritto vivente.

D'altronde senza ritenere chiusa la strada della responsabilità per colpa grave, resta purtuttavia la possibilità di fondare la responsabilità del denunciante su altri titoli di imputazione, intermedi tra la colpa grave ed il dolo specifico: ossia **il dolo eventuale e la colpa con previsione dell'evento**, titoli questi di responsabilità mai esplicitamente esclusi dal Supremo Collegio.

A prima vista la tesi della risarcibilità del danno derivante dalla denuncia-querela sporta con dolo eventuale e colpa con previsione dell'evento parrebbe in contrasto con il suindicato opinamento rigido della giurisprudenza di legittimità, secondo cui all'infuori dell'ipotesi di calunnia l'attività pubblicistica dell'organo titolare dell'azione penale si sovrapporrebbe all'iniziativa del privato togliendole ogni

effetto causale così interrompendo il nesso causale tra tale iniziativa ed il danno subito dal denunciato-querelato.

Trattasi però di contrasto in realtà non sussistente attesochè, sia nelle ipotesi di calunnia che in quelle di dolo eventuale e colpa con previsione dell'evento, il fondamento della responsabilità civile del denunciante è il medesimo: **ossia la non operatività della causa di giustificazione dell'esercizio del diritto privato di funzione pubblica.**

Alcuni giudici di merito hanno però superato queste diverse problematiche, ravvisando già da tempo la responsabilità aquiliana del denunciante non solo quando la denuncia è venga fatta con dolo, ma altresì con colpa grave (Trib. Napoli, 22.1.2000, *Giur. napol.*, 2000, 431) **affermando che anche qualora non possa configurarsi una calunnia, nel caso di una denuncia penale per un reato perseguibile di ufficio priva di fondamento** (con la conseguente assoluzione dell'incolpato), **la condotta del denunciante può essere fonte di responsabilità civile, non solo quando sia stata determinata da dolo, ma altresì quando sussista una colpa grave** (Trib. Bologna, 12.5.1994, *Giur. Merito*, 1995, 29).

Ed è su questo filone, aperto dalla più attenta Magistratura di merito, che occorre impegnarsi per arginare il fenomeno rovente denunciato in apertura di questo scritto.

## 7) QUANDO LA COLPA È DEL CONSULENTE TECNICO.

Nel surrichiamato saggio "*Denuncia infondata: risarcimento dei danni solo in caso di calunnia?*" ho evidenziato che anche il consulente tecnico di parte può essere ritenuto responsabile di un'azione infondata e delle sue ben note e gravi conseguenze.

Per il consulente tecnico d'ufficio la questione dovrebbe essere pacifica, datochè questo può essere giudicato colpevole del reato di falsa perizia previsto e punito dall'art. 373 C.P. e risponderne quindi civilmente; sul punto concordo appieno con il collega Marco Moretti il quale in un suo recentissimo saggio -cortesemente inviatomi- ritiene e dimostra che:

**"per il professionista sia assolutamente praticabile, seppur non agevole, la via dell'azione civile nei confronti**

**del consulente tecnico che si sia posto con condotte od omissioni, colpose o dolose, come causa esclusiva di un danno patrimoniale e non".**

Purtroppo non sembra che tanti giudici siano ben disposti nei confronti di questo tipo di azioni risarcitorie; ne è conferma la decisione del Tribunale di Roma 17 Gennaio 2005, che ha respinto la richiesta di risarcimento formulata nei confronti di un C.T.U., per mancanza di nesso causale tra il danno lamentato dalle parti del processo e la condotta di tale C.T.U. Si tratta, a mio avviso, di una decisione errata perché non tiene conto che la consulenza tecnica errata è stata in ogni caso una *conditio sine qua non* della sentenza (errata) con la quale il giudice ha accolto le tesi del C.T.U.

Situazione completamente diversa è quella che riguarda la responsabilità del consulente medico-legale di parte.

A questo proposito ritengo si possano individuare delle ipotesi di autentico abuso del diritto: non più abuso del diritto all'esercizio privato di una funzione pubblica (come nel caso del denunciante) **bensì abuso del diritto di difesa, nel cui ambito l'attività del consulente tecnico è la più autentica espressione.**

L'ipotesi di abuso del diritto di difesa da parte del consulente tecnico può verificarsi sia nei casi in cui egli abbia agito con dolo specifico, sia in quelli in cui egli abbia agito con dolo eventuale o con colpa con previsione dell'evento.

L'imputazione a titolo di dolo eventuale o di colpa con previsione consente di censurare la condotta del consulente che, pur nel dubbio di incorrere in errore e con la consapevolezza che tale errore potrebbe sicuramente arrecare un danno ad altri, pur tuttavia persista nella strenua difesa delle ragioni della parte che gli ha chiesto la sua prestazione.

L'intento di assecondare e/o giustificare a tutti i costi le richieste del proprio assistito appare peraltro contrario al rigore deontologico, che dovrebbe informare l'attività del consulente di parte, cui spetta il delicato compito di consigliare o meno l'avvio di un procedimento giudiziario e di valutare i dati a disposizione mantenendo un atteggiamento quanto più possibile oggettivo.

Va da sé che l'imputazione a titolo di dolo eventuale o di colpa con previsione non incide negativamente sul diritto di difesa della parte denunciante, dato che non induce a svilire per eccessi di prudenza le ragioni del proprio assistito -come avverrebbe nel caso dell'imputazione per semplice colpa- ma piuttosto a vigilare affinché le proprie valutazioni medico

legali non risultino dettate da un atteggiamento ostile o consapevolmente dannoso per l'altra parte processuale.

Qualora il consulente agisca in spregio alle regole di condotta che devono informare la sua attività, ossia con dolo eventuale o con colpa con previsione dell'evento, siffatta attività non sarà scriminata dall'esercizio del diritto di difesa, verificandosi in tal caso un chiaro abuso dello stesso diritto.

**Ne deriva per il medico denunciato sulla base di una relazione consapevolmente faziosa del consulente tecnico della controparte la possibilità di chiedere a questi in sede civile il risarcimento dei danni ingiustamente subiti.**

Sempre a proposito delle responsabilità dei consulenti di parte e d'ufficio è interessante l'accento sul tema della "qualità" della consulenza esposto in un apprezzabile testo del dott. Marco Rossetti (magistrato di spessore ed autorevole esponente della dottrina) intitolato "*Qualità della consulenza medico legale e "responsabilità" del consulente*".

Il dott. Rossetti da un lato evidenzia i requisiti minimi che dovrebbe avere una consulenza tecnica: **completezza, esaustività, terzietà, rigore metodologico, consequenzialità logica dell'argomentare**; e dall'altro

segnala gli errori più frequenti commessi dal consulente, che sono:

- (a) l'acquisizione impropria di documenti;
- (b) la formulazione di risposte non aderenti ai quesiti;
- (c) l'uso improprio delle linee-guida;
- (d) il ricorso al concetto di "complicanza".

Ad avviso del giudice Rossetti il consulente tecnico di parte che abbia svolto male il suo operato è responsabile anzitutto nei confronti della parte che ha mal consigliato.

Ma le stesse argomentazioni testé enunciate dimostrano -a mio avviso- che il C.T. di parte è vieppiù responsabile nei confronti di chi ha ingiustamente subito (come convenuto o - peggio- come imputato) l'azione giudiziaria incardinata su una relazione colposamente (o dolosamente) inesatta. E questa è una strada che abbiamo imboccato e che coltiveremo fino in fondo: vuoi per stroncare il malcostume sopra denunciato, fatto proprio da alcuni squallidi operatori che sobillano le denunce di *malpractice* per interessi di bottega; vuoi per scuotere anche i supremi giudici facendo calare i loro giudizi nella realtà rovente in cui siamo immersi.

## **8) I RAPPORTI CON LA COMPAGNIA DI ASSICURAZIONE.**

Quanto sopra scritto non esclude ovviamente che in molti casi l'azione risarcitoria prospettata risulti o quantomeno appaia verosimilmente fondata; in tali casi l'avvocato del medico deve farsi parte diligente nei confronti dell'assicurazione del personale del medico stesso e della struttura in cui questi opera assumendo così un ruolo che per ragioni fin troppo ovvie non può essere espletato dal legale officiato da parte dell'assicurazione alla difesa del medico stesso. D'altronde l'importanza di distinguere bene i rispettivi ruoli trova conferma nell'art. 174 del nuovo Codice delle Assicurazioni, il quale sancisce ai primi due commi il principio per cui

**"1. Il contratto di assicurazione di tutela legale deve espressamente prevedere in funzione di tutela dell'assicurato che il medesimo, qualora necessiti dell'assistenza di un professionista per la difesa o la rappresentanza dei propri interessi in un procedimento giudiziario o amministrativo oppure nel caso di conflitto di interessi con l'impresa stessa, abbia la facoltà di scelta**

**del professionista, purché quest'ultimo sia abilitato secondo la normativa applicabile.**

**2. In caso di disaccordo tra l'assicurato e l'impresa sulla gestione del sinistro, le parti possono o adire l'autorità giudiziaria o demandare la decisione sul comportamento da tenere ad un arbitro che provvede secondo equità. Tale seconda facoltà deve essere esplicitamente prevista nel contratto".**

Quel medico che (come spesso accade) abbia abbinato alla polizza che lo assicura contro le richieste risarcitorie anche quella che gli assicura la tutela legale, ha quindi sempre diritto alla scelta di un legale di propria fiducia.

Il quinto comma dell'art. 174 del nuovo Codice delle Assicurazioni prevede comunque che:

**"Ogni qualvolta sorga un conflitto di interessi tra l'assicurato e l'impresa di assicurazione o esista disaccordo in merito alla gestione dei sinistri, l'impresa richiama per iscritto l'attenzione dell'assicurato sulla possibilità di avvalersi dei diritti di cui al presente articolo ovvero sulla possibilità di avvalersi dell'arbitrato di cui al comma 2".**

Tale norma è di assoluta importanza, essendo accaduto che il legale fiduciario della compagnia abbia omesso di comunicare al medico assicurato l'esistenza di un conflitto d'interessi, con la conseguenza che gli interessi del medico assicurato sono rimasti senza tutela. Siffatta conseguenza può diventare anche molto grave, qualora il danno liquidato dal giudice ecceda il massimale della polizza: in questi casi infatti il medico rischia di dover pagare di tasca propria tutto ciò che eccede il limite del massimale. Tale rischio si può evitare solo se il legale del medico adduce nei confronti della compagnia di assicurazione la domanda di c.d. *mala gestio*: ossia la richiesta di essere tenuto indenne delle conseguenze della cattiva gestione della lite da parte della compagnia assicuratrice anche oltre il massimale di garanzia, quando si possa dimostrare che lo stesso sarebbe stato sufficiente a coprire le richieste risarcitorie se queste fossero state adeguatamente e tempestivamente valutate (sia in ordine al profilo della responsabilità che a quello dei danni da risarcire) e soddisfatte anche in via transattiva.

## Conclusioni

La soluzione del contenzioso paziente-medico passa anzitutto attraverso una valorizzazione dei **principi di autoresponsabilità** di chi ritiene di aver subito un'ingiustizia; egli può senz'altro promuovere una azione giudiziaria per rimuoverne gli effetti dannosi a condizione che preliminarmente ne faccia accertare i presupposti indefettibili da parte di chi sia effettivamente in grado di stabilirli.

Tale atteggiamento necessariamente propedeutico a qualsiasi azione giudiziaria può essere "conquistato" diffondendo e coltivando la consapevolezza che un'azione giudiziaria infondata può portare a gravi conseguenze sul piano economico per le giuste reazioni che possono essere innescate nel medico, vittima incolpevole e preferita di una infondata accusa di *malpractice*.

Per parte sua il medico ingiustamente accusato e poi prosciolto non deve limitarsi a "patire" l'ingiustizia comminatagli, ma mettersi fin da subito in posizione di **difesa attiva** con ogni mezzo a tal fine consentito, in particolare con l'assumere lui stesso il ruolo di attaccante "in via riconvenzionale" come suol dirsi in termini processualistici.-

E su questo scottante terreno non ci si deve appiattare sulle barriere tuttora fraposte dalla Suprema Corte di Cassazione che peraltro attengono a fattispecie ben diverse da quelle che oggi sono troppo spesso create ad arte per spillare quattrini.-

Vero è che ogni epoca ha le sue caratteristiche, i suoi bisogni, i suoi peccati.-

Oggi più che mai si deve convenire che "**ex facto oritur ius**"; e che la realtà rovente qui esaminata può essere arginata prima che dal legislatore, dal quotidiano impegno della Dottrina e della Giurisprudenza nella ricerca dei necessari mezzi di prevenzione di così preoccupante fenomeno: mezzi imperniati sugli eterni principi dell'"**honeste vivere, suum cuique tribuere, alterum non ledere**".

Vicenza, li 22 Febbraio 2006.-

**Avv. Ugo Dal Lago**

Domanda per questionario ECM

Qual è il requisito che attualmente la giurisprudenza della Cassazione richiede per affermare la colpevolezza del medico nel caso di responsabilità per omissione?

- a) **la cura che il medico non ha posto in essere avrebbe salvato il paziente con un elevato grado di probabilità logica;**
- b) la cura che il medico non ha posto in essere avrebbe salvato il paziente con certezza scientifica;
- c) quella cura che il medico non ha posto in essere avrebbe avuto possibilità superiori al 60% di salvare il paziente.