

L'assenza dei decreti attuativi della legge Gelli-Bianco aggravano ancor di più la situazione

Responsabilità medica, il Covid espone i medici alle class action

Pagine a cura
di FEDERICO UNNIA

Allarme Coronavirus per la classe medica. «È probabile che l'elevato numero di decessi registrato nelle ultime settimane causa Covid-19 generi un aumento delle controversie da medical malpractice», segnala **Marco Dimola**, legal director litigation di **Dla Piper**. «Alcune iniziative in tal senso sono già state attuate. Il fronte più



Marco Dimola

critico potrebbe essere quello dei contagi contratti all'interno delle strutture sanitarie mentre le difficoltà di diagnosi e cura potrebbero scoraggiare le richieste risarcitorie conseguenti a possibili errori medici».

Torna ad essere caldo il tema della responsabilità medica, anche per il ritardo del legislatore nella stesura dei decreti attuativi della legge 24/2017, la cosiddetta legge Gelli-Bianco, in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie. Il ciclone Covid-19, sta rinviando *sine die* l'approvazione dei decreti attuativi mettendo sul tavolo nuovi problemi per la categoria medica. «Ad oggi», spiega Dimola, «sono stati emanati soli tre decreti attuativi, con i quali è stato istituito l'elenco delle società e associazioni scientifiche che hanno il compito di elaborare le linee guida cui gli esercenti le professioni sanitarie devono attenersi; è stato istituito l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche, che ha il compito di acquisire i dati relativi ai rischi e ai sinistri in ambito sanitario e, infine, è stato istituito il Sistema nazionale linee guida. Per la definitiva attuazione mancano i decreti sul Fondo di garanzia e sulle polizze assicurative per le strutture e gli operatori

Supplemento a cura
di **ROBERTO MILIACCA**
rmiliacca@italiaoggi.it
e **GIANNI MACHEDA**
gmacheda@italiaoggi.it

sanitari. Una bozza di decreto attualmente all'esame del Mise disciplina l'oggetto e l'efficacia temporale di tali garanzie assicurative, le soglie minime dei massimali in base alla tipologia di soggetto assicurato, il recesso dell'assicuratore, le eccezioni opponibili all'assicurato e le misure di autoritenzione dei rischi».

«La mancata emanazione dei decreti assicurativi con l'indicazione puntuale dei limiti di massimale e delle eccezioni opponibili non agevola l'ingresso nel mercato delle Compagnie ancora assenti», spiegano **Marco Capecchi**, partner, e **Michele Sprovieri**, co-founder e managing partner dello studio **Fga - Ferraro Giove Associati**. «L'assenza di regolamento per l'auto assicurazione al momento consente alle strutture sanitarie di poter trarre vantaggio dalla gestione del rischio in auto ritenzione, esponendole al rischio di non avere correttamente appostato i fondi destinati al risarcimento». Non è una possibilità remota il ricorso alla class action in quanto «consente l'accertamento della responsabilità inerenti la lesione di diritti individuali omogenei - quale è il diritto alla salute dei pazienti - promovibile da un'organizzazione o associazione senza scopo di lucro o da un singolo componente della classe nei confronti di un'impresa o un ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività».

«Tra le criticità evidenziamo

la difficile applicazione delle linee guida sulle raccomandazioni di comportamento clinico, il cui rispetto può avere grande rilevanza, soprattutto nei casi in cui l'evento dannoso si verifica a causa di imperizia, per



Andrea Papeschi

valutare la condotta degli esercenti la professione sanitaria e la loro eventuale responsabilità, sia civile che penale», commenta **Andrea Papeschi**, senior counsel dello studio legale **Dentons**. «Appreziamo i progressi fatti, ma le linee guida risultano a nostro avviso ancora insufficienti, tanto nel numero, quanto nell'ampiezza e tipologia delle problematiche trattate. Un'altra criticità riguarda la quantificazione del danno biologico c.d. «differenziale» (il pregiudizio alla salute consistente nell'aggravamento di una lesione o patologia preesistenti, ndr). Una delle dieci sentenze della Cassazione dell'11 novembre 2019, nota come San Martino 2019, ha finalmente stabilito un criterio di calcolo univoco di questa ri-

levante, e molto frequente, tipologia di danno. È uno sviluppo positivo, sia perché renderà più uniformi le decisioni giudiziali, sia perché aiuterà le parti e i legali coinvolti nelle vertenze a stimare in modo più preciso il rischio di causa e dunque favorire le ipotesi conciliative e auspicabilmente ridurre il contenzioso» e, sul rischio class action chiosa «Per l'emergenza Covid-19 la class action, se non può ritenersi una possibilità remota, presenta senza dubbio molteplici criticità sotto il profilo procedurale. I «bersagli» di questa azione, in via di principio, dovrebbero essere gli enti ospedalieri sia per loro eventuali carenze organizzative e/o strutturali sia per condotte negligenti (commissive e/o omissive) del relativo personale».

Secondo **Ugo Ruffolo**, già ordinario di diritto civile all'Università di Bologna, «una delle principali criticità attiene alla ripartizione delle responsabilità tra medico e struttura, e conseguentemente all'azione di rivalsa di quest'ultima nei confronti del primo, nei casi ai quali non trova applicazione la legge n. 24/2017. A tal riguardo, la Cassazione ha chiarito che, in caso di colpa esclusiva del medico, nei rapporti tra quest'ultimo e la struttura, la responsabilità dev'essere paritariamente ripartita tra gli stessi, eccetto che nell'eccezionale ipotesi di grave ed imprevedibile devianza del medico dal programma terapeutico cui la struttura si sia obbligata».

Quanto all'emergenza Covid-19 noto che una delle principali



Ugo Ruffolo

problematiche attiene all'accesso alle cure dei pazienti in condizioni di emergenza e di risorse sanitarie limitate, specialmente con riguardo all'accesso alle terapie intensive ed a trattamenti salvavita; tema del quale si è recentemente occupato anche il Comitato Nazionale per la Bioetica. Il medico che «discrimini» basandosi su criteri quali età, sesso, disabilità o malattie pregresse potrebbe esporsi, ed esporre la struttura sanitaria, a responsabilità. Sul ricorso alla Class action le ipotesi ventilate paiono, a mio avviso, remote, tanto più sulla base della disciplina attualmente vigente. Nuovi scenari potrebbero aprirsi con l'entrata in vigore della legge n. 31/2019, che ha riformato l'azione di classe ed azione collettiva, estendendone l'ambito applicativo oltre i limiti della tutela consumeristica. L'entrata in vigore delle nuove disposizioni è prevista per ottobre 2020. Occorrerà prestare attenzione al rischio di possibili utilizzi «strumentali» dell'azione».

MAURIZIO HAZAN, TAURINI & HAZAN

Il Coronavirus ha messo in scacco la legge Gelli

L'emergenza Covid 19 ha evidentemente stravolto l'ordine delle priorità normative, relegando i decreti attuativi nelle retrovie. Se ne sente la mancanza, dal momento che il sistema di protezione assicurativa della sanità non riesce del tutto a decollare in assenza della decretazione attuativa», dice **Maurizio Hazan**, partner dello studio legale **Taurini & Hazan**. «È interessante il chiarimento interpretativo circa la posizione degli esercenti che svolgono la loro attività all'interno delle strutture in regime di libera professione (le cd «partita Iva»): la loro posizione assicurativa viene infatti equiparata a quella dei dipendenti, salvo abbiano intrattenuto rapporti contrattuali francamente diretti con (loro) pazienti. In forza di questa equiparazione hanno diritto, tra l'altro, ad essere coperti dalla struttura, quanto ai loro rischi di responsabilità verso terzi. Altrettanto interessante il fatto che l'operatività della garanzia assicurativa sembra (l'ultima versione non brilla per chiarezza) condizionata al regolare espletamento degli

obblighi formativi da parte degli esercenti le professioni sanitarie.

Domanda. L'emergenza Covid-19 apre un nuovo fronte sul tema responsabilità medica?

Risposta. La difficoltà di padroneggiare la pandemia ha scompaginato ogni organizzazione e messo strutture e operatori di fronte a scenari che non erano pronti a fronteggiare. Il Covid, poi, nascondendo le proprie esatte coordinate, ha messo in scacco l'impianto della legge Gelli, in assenza di stabili linee guida o buone pratiche alle quali poter ragguagliare la misura della diligenza professionale. Naturalmente gli scenari emergenziali devono essere considerati con la giusta gravità, verificando l'esistenza di eventuali responsabilità al filtro della straordinaria difficoltà ambientale, operativa e tec-

nica di questi terribili tempi.

D. Si attende un'esplosione del contenzioso sanitario?

R. Purtroppo sì. La crisi e il numero di morti e sofferenze registrate in questi mesi aprono facili pertugi in cui l'industria della litigiosità cercherà di insinuarsi prontamente. Ed il pathos con cui si sono definiti i medici, gli infermieri e tutti gli altri operatori come i nuovi «eroi» del momento sembra già aver, in parte, lasciato il posto ad una caccia alle responsabilità. La crisi economica che ci attende potrà purtroppo fungere da detonatore di una conflittualità di cui credo non si senta il bisogno. Men che meno ora.



Maurizio Hazan

© Riproduzione riservata

L'emergenza pandemica porterà a una rilettura delle norme

«Ad oggi nessuno dei decreti attuativi previsti dall'art. 10, legge 24/2017 risulta emanato dai ministeri competenti, per cui al momento si parla di stato di (in)attuazione dell'art. 10 della legge Gelli», spiega **Benito De Siero**, dello **Studio Legale De Siero**.

Per l'avvocato **Simone Paolino**, responsabile del settore assicurazioni dell'Azienda ospedaliera dei Colli (Monaldi Cotugno Cto) di Napoli, «la bozza di decreto che negli ultimi tempi sta circolando presenta alcuni dubbi interpretativi di non poco conto. Il decreto pare non contempli la c.d. "Sir assistita" strumento utilizzato da molte aziende sanitarie che si assicurano per il rischio Rct/O ma che conservano un loro potere gestionale. Anche la questione della rivalsa in danno del medico pare possa essere esercitata solo nei confronti del sanitario non in regola con la formazione obbligatoria. Lo stesso dicasi per la responsabilità solidale, così come previsto tale principio avrebbe un grave impatto sulle casse aziendali. Un altro grande equivoco che emerge dalla bozza del decreto attuativo è la confusione che, all'art. 9, viene fatta tra Fondo Riserva Sinistri e Fondo Rischi, due fondi completamente diversi con finalità divergenti. Queste sono alcune delle molteplici criticità che ci auguriamo possano essere eliminate prima dell'approvazione del decreto attuativo».

Al manifestarsi da più parti di azioni strumentali volte ad accaparrare clienti per azioni di responsabilità, è dura la presa di posizione di **Vinicio Nardo**, presidente dell'Ordine degli avvocati di Milano secondo il quale «le condotte di accaparramento ledono l'immagine dell'avvocatura ma, quel che è peggio, minano la fiducia nella funzione difensiva e scoraggiano il cittadino al pieno esercizio dei propri diritti. Un danno per



Vinicio Nardo

la collettività, dunque. L'avvocatura lombarda è al fianco delle professioni sanitarie che stanno pagando un pesante tributo di vite umane».

Secondo **Filippo Martini**, socio fondatore dello studio **Mrv - Martini Rodolfi Vivori**, «l'emergenza Covid-19 ha messo a dura prova il sistema sanitario nazionale. Va evidenziato l'impatto che la equiparazione normativa della patologia ad infortunio sul lavoro (art. 42, dl 17 marzo 2020 n. 18) avrà per le vicende legate alla gestione della sicurezza sul lavoro e sulle coperture assicurative delle imprese, non solo sanitarie, per la Rco. L'equiparazione tra causa violenta (propria dell'infortunio) e causa virulenta (Covid-19) presenterà aspetti di criticità applicative anche per le polizze private infortuni. Quanto poi alla responsabilità sanitaria, la gravissima emergenza pandemica non potrà che portare, riteniamo, ad una valutazione della intera disciplina della responsabilità sanitaria in un contesto giuridico emergenziale, in cui i protocolli e le linee guida prevalenti potranno essere ritenuti superati e non adeguati per valutare la condotta dei sanitari, verso una sorta di deresponsabilizzazione della classe medica in ottica applicativa dell'art. 2236 cc. e quindi con perseguibilità del professionista solo in ipotesi

di dolo o colpa grave. Le aziende ospedaliere, di contro, andranno valutate sotto l'aspetto organizzativo e di erogazione del servizio di assistenza sanitaria con riferimento anche in questo caso alla assoluta eccezionalità della situazione ed alla reperibilità dei presidi clinici e ospedalieri».

Per **Rita Rossi**, titolare dell'omonimo studio a Bologna, «il problema più rilevante riguarda l'eccezione di inammissibilità dell'azione ordinaria nei casi in cui la stessa venga esperita dopo il decorso di 90 giorni dal deposito dell'elaborato peritale nel procedimento di Atp e oltre il termine di 6



Rita Rossi

mesi dal conferimento dell'incarico al consulente tecnico. Tale eccezione viene opposta dalle compagnie assicuratrici e dalle strutture per contrastare la prosecuzione della causa. Il pretesto per tale eccezione è offerto dall'art. 8, terzo comma, della legge n. 24/2017. Di impatto del Covid-19 in materia se ne è molto parlato quando è uscita la proposta di alcuni parlamentari del Pd di emendamento sul Decreto Cura Italia. La proposta era di introdurre uno scudo in favore dei medici e delle strutture sanitarie per esonerarli da responsabilità penale e civile salvo che per le ipotesi di dolo e colpa grave. Già in forza delle

regole ordinarie del codice civile, il giudizio sulla colpa deve avvenire mettendo a confronto la condotta sanitaria tenuta in concreto e quella che avrebbe dovuto essere tenuta sulla base delle nozioni di diligenza e prudenza esigibili dal medico. Un'emergenza, come quella in corso, in cui tanti aspetti della diagnosi e della cura sono ancora sconosciuti a livello scientifico generale e mondiale, mette al riparo le condotte mediche da addebiti di responsabilità per negligenza. In parole povere, il giudice che dovesse trovarsi a valutare la condotta del medico o della struttura accusato di malpractice nella gestione di un paziente affetto da Covid-19, non potrà non considerare con la massima indulgenza l'operato incriminato. Fanno eccezione, ovviamente, i casi di negligenza professionale grave ex art. 2236 c.c. Il vero nuovo fronte sarebbe a mio parere costituito dalla risarcibilità dei danni subiti dai medici dedicati in prima linea all'emergenza Covid, che hanno subito gravi danni o, addirittura, hanno perso la vita a causa della mancanza di dispositivi idonei a proteggerli. Non si può negare che l'emergenza Coronavirus offra i presupposti per poter fare decollare la class action anche in Italia. Per es. i cittadini italiani potrebbero dare vita a una class action contro il Governo cinese per il gap informativo e il grave ritardo con cui il Governo cinese ha divulgato la notizia dell'epidemia».

Per **Alessandra Fossati**, salary partner di **Munari Cavani**, «la mancata adesione dei decreti attuativi lascia aperti numerosi dubbi interpretativi sulla tipologia delle polizze, sui massimali e sull'ultrattività e retroattività delle polizze, e un regolamento del fondo di solidarietà per legge, complica ancor di più il quadro normativo. Ad esempio, l'art. 12 della legge, riguardante l'azione diretta

del danneggiato, subordina espressamente la propria efficacia all'entrata in vigore del decreto attuativo, con il quale sono determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e socio-sanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie. Nella pratica accade dunque che le compagnie di assicurazione eccepiscano la carenza di legittimazione. Tuttavia, alcuni giudici di merito hanno osservato che la mancata adozione del decreto attuativo ex art. 1, comma 6, al massimo avrebbe escluso la sussistenza dei presupposti per l'irrogazione della sanzione di cui all'art. 8, ma non faceva venir meno l'obbligatoria partecipazione al procedimento di tutti i soggetti coinvolti. A febbraio scorso il Tribunale di Venezia ha ribadito che non è dubitabile che l'impianto della legge 24/2017 sia connotato da un'esigenza di accelerazione, che non può essere frustrato dal ritardo nell'emanazione della normativa di attuazione».

In controtendenza infine **Laura Bellicini**, partner di



Laura Bellicini

Legalitax Studio Legale e Tributario che punta il dito, oltre che sulla mancanza dei decreti attuativi anche sul fatto che, «nonostante il Sistema nazionale linee guida (Snl) sia stato istituito da più di due anni, presso l'Iss, la valutazione, l'aggiornamento e la pubblicazione delle Linee guida sembra andare molto a rilento. Si apre poi il tema della congruità dell'articolata tempistica prevista per il completamento dell'iter con la velocità del progresso medico-scientifico». E aggiunge ricordando che, «come studio e nell'ambito della task force istituita per seguire le evoluzioni normative e gli sviluppi economici a beneficio dei clienti e della comunità in generale, stiamo studiando la possibilità di instaurare class actions non tanto nei confronti dei medici, ma nei confronti dei soggetti che possano essere ritenuti responsabili degli ingenti danni derivanti dalla diffusione dell'epidemia, dal gran numero di decessi ma anche dal lock-down che ha comportato una perdita secca di pil, a livello nazionale e locale. Stiamo in particolare studiando le iniziative che sono state promosse, ovvero sono in procinto di essere promosse, negli Usa, ed al riguardo i nostri rapporti con i colleghi di UsLaw ci sarà di ausilio».

Il Covid-19 costringerà le imprese ad adottare nuovi protocolli di gestione delle emergenze sanitarie

Quale futuro per la legge Gelli? «La pandemia da Covid-19 apre uno scenario davvero incerto perché le aziende sanitarie hanno dovuto affrontare una situazione imprevista adottando nuovi protocolli di gestione dell'emergenza senza alcun precedente nella storia della sanità moderna e il rischio è che queste scelte potrebbero diventare oggetto di contestazioni da parte degli operatori sanitari e dei pazienti, o loro eredi», spiega **Carlo Maria Bassi**, di **GBSapri**, uno dei principali player a livello italiano nel settore del brokaggio assicurativo. «A nostro avviso, sotto il profilo assicurativo, le modifiche, ovvero le integrazioni strutturali e procedurali (ad es. modifica della organizzazione ospedaliera, utilizzo di sanitari destinati a compiti non aderenti alla loro specializzazione, somministrazione di farmaci off-label) possono costituire una variazione più o meno sensibile del profilo di rischio in base al quale l'assicuratore aveva deciso di stipulare il contratto, fissandone

le relative condizioni. L'aggravamento del rischio potrà produrre risposte diverse da parte dell'assicuratore: da una semplice presa d'atto ad una ri-



Carlo Maria Bassi, Simone Paolino e Giuseppe Merola

chiesta di incremento del premio fino al caso estremo della cancellazione del contratto» chiosa. «Ad oggi, nonostante sia stato richiesto da più parti di poter procedere all'approvazione dei decreti attuativi ad opera dei ministeri com-

petenti, non si è avuto alcun riscontro. Del resto, il titolo del convegno organizzato con l'avvocato **Simone Paolino**, responsabile del settore assicurativo dell'Azienda Ospedaliera dei Colli di Napoli, lo scorso 29 gennaio a Napoli, era volutamente provocatorio: «Legge 24/2017 i decreti attuativi: dimenticanza o noncuranza». L'obiettivo era sensibilizzare ulteriormente gli organi competenti affinché si adoperassero a non lasciare monca la norma in questione. Fornire una risposta in termini di tempo, soprattutto alla luce della grave situazione sanitaria in cui versiamo a causa della pandemia da Coronavirus, è quantomai improbabile; tuttavia, possiamo affermare con certezza che il comitato organizzativo si adopererà a che venga profuso quell'impulso necessario volto ad ottenere, finalmente, l'approvazione dei decreti di attuazione» dice **Giuseppe Merola**, consigliere dell'Ordine degli avvocati di Santa Maria Capua Vetere.

© Riproduzione riservata

© Riproduzione riservata