

Dalla lezione tenuta all'Università di Bergamo il 22 marzo 2006

Master in Diritto Sanitario

INTRODUZIONE

Sono fortemente lievitate negli anni recenti le denunce alla magistratura e le richieste di risarcimento indirizzate alle imprese di assicurazione per gli eventi connessi con la responsabilità civile delle strutture sanitarie dei medici (cosiddetta “ *malpractice* ” medica, termine inglese che si può tradurre con “negligenza professionale”).

Sulla base dei risultati emersi da una specifica indagine effettuata dall'ANIA, è emerso che il numero dei sinistri denunciati alle imprese di assicurazione è nel complesso raddoppiato.

Alla base della forte crescita del numero dei sinistri, vi è il mutato atteggiamento sia dei pazienti che dei loro familiari, che sembrano non essere più disposti fatalisticamente ad accettare gli esiti negativi delle prestazioni e cure, ma tendono a valutare l'adeguatezza scientifica degli accertamenti e delle cure sostenute nonché l'operato dei medici e delle strutture sanitarie. E' stato sottolineato che, alla crescita delle richieste risarcitorie, ha contribuito anche l'ampliamento sia del novero dei soggetti da considerare danneggiati (non più solo il paziente ma anche i prossimi congiunti) sia dell'area della responsabilità del medico, avvenuto non attraverso modifiche normative, ma a opera della giurisprudenza sia di merito che di legittimità che ha interpretato le norme in senso più favorevole ai danneggiati.

In Italia taluni ritengono che i problemi della responsabilità civile nell'area medica e della relativa assicurazione possano essere avviati ad una soluzione introducendo l'obbligo di assicurazione in capo alle strutture sanitarie, assicurazione che dovrebbe coprire anche i danni causati dal personale medico appartenente alla predetta struttura. Proposte dirette a disciplinare una tale forma di assicurazione sono state avanzate anche in Parlamento da diverse parti politiche, proposte che, in più di un caso, prevedono addirittura un regime di tariffe amministrate, dimenticando la normativa comunitaria che vieta interventi autoritativi sulle tariffe dei premi assicurativi.

A ben vedere, la strada dell'assicurazione obbligatoria, da un lato, non risulta congrua in rapporto alla platea dei soggetti responsabili costituita da enti e professionisti e, dall'altro, non affronta il vero problema costituito dalla crescita della frequenza dei sinistri e del loro costo medio. Soltanto la diminuzione del numero e del relativo esborso può avere effetti sul livello dei premi rendendo questi non gravosi per le strutture sanitarie e sufficienti per le imprese di assicurazione che, quindi, non saranno indotte a uscire da tale settore di attività.

* * *

A. RECENTI INNOVAZIONI IN TEMA DI LEGISLAZIONE

Alcun valido contributo nel delicato settore della responsabilità medica è stato apportato dalla recente entrata in vigore del Codice delle Assicurazioni.

Eppure si sarebbero potute introdurre delle riforme semplici ma di grande efficacia, come l'estensione dell' azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicurazione che copre

il medico e/o la struttura sanitaria. L'azione diretta è, infatti, compatibile anche con un sistema ad assicurazione facoltativa, per di più in un settore come la responsabilità medica dove l'azione risarcitoria è diretta a soggetti (i medici, le ASL) che quasi sempre sono assicurati. L'estensione dell'azione sanitaria alla *malpractice* medica avrebbe semplificato e reso più celere i risarcimenti per un settore secondo solo alla responsabilità automobilistica per numero ed importanza dei sinistri. Ma questa riforma evidentemente non è stata ritenuta utile.

Curioso è poi il fatto che le norme sul risarcimento del danno patrimoniale (l'art. 137) e del danno biologico (artt. 138 e 139) si riferiscano soltanto agli incidenti stradali. Per fortuna, verrebbe da osservare, dato il tenore di norme dirette esclusivamente a ridurre l'ammontare dei risarcimenti, affidando per di più ad organo politico la predisposizione della tabella unica del risarcimento del danno biologico. Visto il precedente della L. 57/2001, c'è da temere il peggio, o sperare che il risarcimento del danno esistenziale possa sopperire al ridimensionamento del danno biologico che sembra prospettarsi all'orizzonte. Anche se il riferimento degli artt. 138 e 139 agli "aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato" è inquietante .

Ma questo ridimensionamento riguarderà anche la responsabilità medica, oppure in questo e negli altri settori della responsabilità civile il punto di invalidità avrà un valore diverso rispetto alla r.c. auto? Perché sorgono dubbi e perplessità sulla compatibilità costituzionale di un sistema risarcitorio dove l'infortunio sul lavoro ha un valore, l'incidente stradale un altro, l'errore medico un altro ancora.

Le uniche norme che interessano la responsabilità medica sono comunque gli artt. 173 e 174 sull'assicurazione di tutela legale. In particolare è interessante l'art. 174, che prevede il diritto per l'assicurato di scegliere un legale di propria fiducia . La regola, che conosce alcune eccezioni per i sinistri stradali, è di assoluta importanza perché sancisce un diritto che i medici coinvolti nelle controversie di malpractice dovrebbero sempre esercitare, per la migliore tutela dei propri diritti e dei propri interessi, che non sempre coincidono con quelli della assicurazione che li dovrebbe tutelare.

Art. 173 (Assicurazione di tutela legale)

1. L'assicurazione di tutela legale è il contratto con il quale l'impresa di assicurazione, verso pagamento di un premio, si obbliga a prendere a carico le spese legali peritali o a fornire prestazioni di altra natura, occorrenti all'assicurato per la difesa dei suoi interessi in sede giudiziale, in ogni tipo di procedimento, o in sede extragiudiziale, soprattutto allo scopo di conseguire il risarcimento di danni subiti o per difendersi contro una domanda di risarcimento avanzata nei suoi confronti, purché non proposta dall'impresa che presta la copertura assicurativa di tutela legale . 2. Qualora l'assicurazione di tutela legale sia prestata cumulativamente con altre assicurazioni, con un unico contratto, il suo contenuto, le condizioni contrattuali ad essa applicabili ed il relativo premio debbono essere indicati in un'apposita distinta sezione del contratto.

Art. 174 (Diritti dell'assicurato nell'assicurazione di tutela legale)

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. 3. Fermo restando il diritto dell'assicurato di avvalersi della facoltà di cui al comma 1, non è necessario che le condizioni di contratto prevedano espressamente la medesima facoltà quando sono cumulativamente soddisfatte le seguenti condizioni: a) l'assicurazione di tutela legale è limitata a controversie derivanti dall'utilizzazione di veicoli stradali nel territorio della Repubblica; b) la medesima è collegata ad un contratto di assicurazione di assistenza da prestare in caso di incidente o guasto relativamente allo stesso veicolo; c) né l'impresa di assicurazione della tutela legale né l'impresa di assicurazione dell'assistenza esercitano il ramo della responsabilità civile. 4. Nell'ipotesi di cui al comma 3, qualora l'impresa assicuri per la tutela legale entrambe le parti della controversia, queste devono essere assistite e rappresentate da avvocati, o altri soggetti abilitati dalla legislazione vigente, indipendenti dall'impresa di assicurazione. 5. 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.

* * *

B. "ERRARE E' UMANO "

Tutti commettiamo errori. Ma se a cadere nell'errore è un medico, le conseguenze possono essere anche molto serie. E, in questo caso, accade sempre più di frequente che ci si chieda se l'errore del medico può essere sanzionato da un giudice. Non è mai piacevole rivolgersi a un tribunale; non lo è per il cittadino che lamenta il danno (è assolutamente drammatico per i familiari di persona deceduta in seguito a un errore medico), lo eviterebbe volentieri il medico che vede messa in discussione la sua reputazione professionale. Ci sono, però, momenti in cui l'unica strada percorribile, a tutela del cittadino, è quella giudiziaria. Il cittadino, anche perché più consapevole che nel passato, non appare più disposto ad accettare come "fatalità" quanto di sbagliato accade in ospedale o in qualsiasi altra struttura sanitaria. In Italia il fenomeno dell'azione giudiziaria contro presunti errori medici (benché in aumento) è ancora contenuto. Siamo lontanissimi dall'esperienza statunitense, dove le cause sono milioni e le cifre dei risarcimenti sono, a volte, di centinaia di miliardi. Nel nostro Paese ammende considerevoli si registrano quasi esclusivamente nei casi di danni fisici e psichici gravi e invalidanti subiti da un neonato per responsabilità dei medici. Questo fenomeno ha una spiegazione: la medicina preventiva, che sempre più si sta affermando, sposta l'attenzione dalla persona malata a quella sana. E l'aspettativa della persona sana non è più solo la salute, ma una migliore qualità della vita: un "valore aggiunto" psicologico particolarmente presente nell'ostetricia, che opera in una dimensione d'aspettativa di gioia.

Il contrasto, sempre traumatico, tra attese positive e eventi di segno contrario è sufficiente a spiegare perché l'ostetricia, insieme all'ortopedia e alla chirurgia plastica a fini estetici, sia tra le specialità più segnate dai "presunti errori" e più costose, in termini di risarcimenti, della malapratica sanitaria. L'errore con gravi conseguenze per i pazienti è,

ormai, sufficientemente avvertito e temuto: si stima che siano sempre di più (erano 300mila tre anni fa) i medici e le strutture sanitarie che sottoscrivono una polizza di responsabilità civile professionale che copre eventuali danni involontari causati a terzi (e dunque ai pazienti) nell'esercizio dell'attività. La contesa sta diventando aspra. Mentre c'è chi chiede un "albo degli errori" per i professionisti che collezionano più di tre condanne penali definitive, i medici contrattaccano, denunciano la "campagna denigratoria" nei loro confronti e accusano la magistratura di comportamenti prevenuti.

Tra i tanti errori che vengono commessi ci sono quelli cosiddetti latenti. Si verificano, ad esempio, al momento della **prescrizione medica**. Di fatto, il medico scrive le ricette "meccanicamente", confidando nella memoria e nell'attenzione, che, invece, non sempre sono affidabili. E allora, può capitare di sbagliare medicina o dose. Ma, anche quando la ricetta è scritta bene, capita che sia letta male. Sempre di errori latenti si può parlare a proposito di apparecchiature mediche, realizzate e messe in commercio senza che le norme di funzionamento siano standardizzate, vale a dire uguali per tutti i modelli. All'elenco bisogna poi aggiungere i carichi di lavoro, pesanti, l'ambiente caotico, l'inadeguatezza della comunicazione tra medici. Insomma, le debolezze "di sistema". Spesso, infatti, il medico è l'ultimo anello di una catena che lo porta a sbagliare. Per cui più che sull'individuo, secondo gli esperti dell'errore, bisognerebbe puntare sull'intero processo, che deve essere esaminato più attentamente e corretto. Un errore ricorrente, anche se raro, è quello di operare il piede o il ginocchio sinistro anziché il destro (o viceversa). Un errore gravissimo, da licenziamento, dalle conseguenze penali e civili pesanti, che la simmetria bilaterale del corpo umano, peraltro, rende prevedibile.

Il 30% circa delle segnalazioni nazionali in tre anni (da giugno '96 a maggio '99) riguarda richieste di tutela legale o medico-legale per sospetti errori nella diagnosi o nella terapia. L'analisi dei dati fa emergere alcune linee di tendenza. La ripetitività degli errori all'interno della stessa area di riferimento: vuoi dire che esistono ragioni strutturali, quali che siano, e non episodiche e occasionali. La non differenziazione dell'area geografica di provenienza delle segnalazioni, fenomeno che smentisce il luogo comune secondo il quale gli episodi di malasanità si verificherebbero prevalentemente nel Sud d'Italia. Una lieve prevalenza degli errori nei piccoli ospedali e negli ambulatori dei piccoli centri, verosimilmente collegata a una minore abitudine all'osservanza rigorosa di protocolli e procedure standardizzate. Una forte percentuale di diagnosi tardive, soprattutto per l'oncologia e le patologie cardiovascolari, per sottovalutazione o mancato riconoscimento dei sintomi. Un aumento consistente di segnalazioni sui servizi di Pronto soccorso (in prevalenza traumi cranici trattati inadeguatamente, infarti del miocardio e accidenti cerebrovascolari non riconosciuti tempestivamente) probabilmente collegati ai ritmi spesso insostenibili ai quali gli operatori di questi reparti sono sottoposti e, più in generale, alle condizioni generali di lavoro raramente ottimali. Tra le aree specialistiche, quattro fanno registrare i dati percentualmente più rilevanti nella classifica dei presunti errori: l'ortopedia e la traumatologia, cui si riferisce il 18,19 per cento delle segnalazioni, la chirurgia generale (18,32); l'ostetricia e la ginecologia (10,95) e l'oncologia (10,12). Prendiamole in esame una per una.

B1. Ortopedia e traumatologia .

L'area è fortemente appesantita dall'incidenza della traumatologia della strada. Le strutture non sembrano in grado di far fronte ai notevoli carichi di lavoro e le liste di attesa per gli interventi chirurgici subiscono sovvertimenti continui legati alle emergenze. È elevata l'incidenza di segnalazioni e richieste di intervento per invalidità conseguenti a trattamenti

inadeguati e la percentuale di insuccessi per interventi sulla colonna vertebrale e di impianto di protesi.

Chirurgia generale. Le segnalazioni riguardano in massima parte interventi di routine, piuttosto che di altissima specializzazione, il che spiega anche la percentuale elevata.

B2. Ostetricia e ginecologia.

La casistica riguarda in massima parte gravidanza, parto, puerperio. Si conferma l'estesa medicalizzazione della gravidanza, trattata in genere come se fosse a rischio indipendentemente dal fatto che lo sia effettivamente o meno. Oncologia. La gran parte della casistica si riferisce a diagnosi tardive per inosservanza di elementari misure di prevenzione o per sottovalutazione o mancato riconoscimento dei sintomi: Una percentuale significativa dei casi registrati è classificabile nel secondo gruppo delle cause di morte collegate alla mortalità evitabile. Si tratta, in particolare, di alcune forme di tumore per le quali interventi di screening o diagnosi precoce, accompagnati da idonea terapia, sono considerati sufficienti a ridurre sensibilmente la mortalità: tumori della mammella, del corpo e del collo dell'utero, dell'utero (senza altra indicazione), del testicolo e il morbo di Hodgkin.

* * *

C. IL CORSO DELLA GIUSTIZIA

Cosa può fare il cittadino per incardinare una azione giudiziaria?

Distinguiamo la tutela penale da quella civile. Infatti, si può presentare un esposto penale oppure una citazione in sede civile. Quando si sospetta un errore medico si può agire in due modi: presentare un esposto in sede penale oppure ricorrere a una citazione in sede civile senza escludere un tentativo di transazione con l'assicurazione. Il fine di un esposto in sede penale è quello della punizione, eventualmente anche con la detenzione del colpevole; la transazione o la citazione in sede civile sono finalizzate al risarcimento del danno. Non sempre ovviamente il risultato negativo di una terapia o di un intervento è riconducibile alla responsabilità del medico o della struttura. Lo è se l'uno o l'altra hanno agito con imperizia, imprudenza, negligenza oppure nella inosservanza della legge. Oppure se il medico agisce con imprudenza, superficialità o disattenzione, se dimostra di non possedere la preparazione e l'esperienza minime richieste dall'esercizio della sua attività o se dimostra di non conoscere nozioni o tecniche consolidate, se non si attiene a regole di prudenza. Comportamenti di questo genere configurano inequivocabilmente una responsabilità personale o della struttura. Il tipo e l'entità del danno, o il fine che ci si propone, orienteranno il danneggiato verso l'azione civile o quella penale. Vediamo più in dettaglio.

Il profilo penale. Si persegue la via penale quando si ritiene di essere di fronte a un reato, vale a dire a un'azione punibile penalmente, compiuta con dolo o con colpa (come è per lo più nel caso di un errore medico). L'autorità giudiziaria penale (la Procura della Repubblica cui ci si rivolge) è competente solo nei casi in cui è stato commesso un reato per lesioni colpose, omicidio colposo, abbandono d'incapace, mancata assistenza. Solitamente ci si rivolge al magistrato penale in caso di morte, lesioni permanenti, malattie insanabili, fatti omissivi e commissivi gravi. È ovvio che c'è comportamento e danno: da una semplice lesione alla morte. Nella valutazione della colpa

di un medico influiscono diversi eventi: l'imperizia, l'imprudenza, la negligenza e l'omissione atti o regolamenti.

Si parla di **imperizia** quando un medico commette un errore per manifesta incompetenza. Ma quand'è evidente .e un medico è incapace? Quando un altro medico, nelle stesse condizioni operative e con le stesse competenze professionali (laurea ed eventuali specializzazioni), sicuramente commetterebbe quell'errore. Attenzione, però, non ci sono criteri oggettivi, validi sempre, per valutare l'eventuale imperizia di un medico. Facciamo un esempio: in un piccolo pedale di montagna arriva una persona con un coltello conficcato nel petto e non può essere trasportata in un ospedale attrezzato. Se il medico di turno tenta ugualmente l'intervento chirurgico, ma fallisce, non si può parlare di imperizia. Ci ha provato e non c'è riuscito. Ma per le condizioni oggettive in cui si è trovato a operare. L'articolo 2236 del codice civile considera l'imperizia a colpa meno grave della negligenza e dell'imprudenza, non perciò, di responsabilità attenuata, nel senso che il medico responsabile solo per colpa grave, quando cioè dimostri di non conoscere le nozioni fondamentali e di ignorare gli aggiornamenti clinici, diagnostici e terapeutici già sperimentati e consolidati nella prassi. Non è responsabile per imperizia quando il caso concreto presenta caratteristiche di straordinarietà o eccezionalità e non è stato ancora adeguatamente studiato in teoria o sperimentato nella pratica.

Quando si parla di **negligenza** si intende il contrario della diligenza. Un medico è negligente quando il suo comportamento, non sufficientemente attento, sollecito e accorto provoca un danno al paziente o lo mette in pericolo. È negligente un medico che agisce con trascuratezza o disattenzione. Potrebbe essere il caso di un medico che non dosando attentamente la velocità di una flebo, causa la morte di una persona per edema da sovraccarico. O del chirurgo che dimentica una garza nell'addome di un paziente.

È **imprudente** il medico che sottovaluta i rischi o che agisce con temerarietà sperimentale e non valuta adeguatamente i vantaggi e gli svantaggi dell'atto terapeutico o di una sua decisione. È il caso di un dottore che accorcia i tempi dell'intervento chirurgico perché ha fretta e non controlla come dovrebbe l'inesistenza di perdite di sangue.

Si parla di "**omissione**" quando il medico non rispetta l'orario di lavoro e si allontana dal suo posto negando così l'assistenza al malato che ne ha bisogno. È anche il caso del primario che non fa funzionare correttamente il reparto o del dottore che non informa il malato adeguatamente prima di un intervento.

La colpa del medico deve, in ogni modo, essere provata al di là degli esiti di un intervento o di una cura. Non è, infatti, sufficiente constatare l'insuccesso dell'atto terapeutico. Il cittadino che si ritiene danneggiato da un trattamento medico deve dimostrare che il danno che ha subito è la conseguenza di una condotta colposa determinata da insufficiente attività medica, difettosa esecuzione delle prestazioni dovute, non corrispondenza tra attività prestata e quella dovuta. La colpa può aversi in relazione a vari casi: diagnosi errata e conseguente terapia errata; diagnosi corretta e terapia errata; diagnosi corretta, terapia corretta ma esecuzione errata; terapia inadeguata per prognosi errata. In alcuni casi particolari, tuttavia; la colpa è presunta. Allora l'onere della prova spetta al medico, che deve dimostrare che il risultato sperato non è stato raggiunto per causa a lui non imputabile: ciò accade quando un medico promette un risultato (per esempio, con un intervento di chirurgia plastica a fini estetici) e quando la prestazione medica è considerata di routine, ossia di non difficile esecuzione, Dimostrare che un medico ha sbagliato, per colpa o per dolo, che ha provocato lesioni gravi o morte, non è impresa delle più facili. Per

farlo, il cittadino ha bisogno di prove e di testimoni. È la difficoltà maggiore. Accusare un medico appare ancora come la violazione di un tabù. È difficile anche perché si tratta di un processo "tecnico", nel quale giocano un ruolo determinante i periti. I periti sono medici e per loro mettersi, di fatto, contro altri medici non è così scontato. Inoltre, proprio perché si opera in un campo opinabile, il medico può sempre appellarsi alla soggettività della metodologia scientifica.

Le cose vanno poco meglio per il cittadino da quando viene riconosciuto il danno biologico, vale a dire la menomazione dell'integrità psicofisica della persona, come categoria autonoma rispetto al danno morale (il turbamento psicologico provocato dall'offesa subita) e patrimoniale (la diminuzione di reddito che il danno comporta). Un caso particolare di danno biologico è quello riconosciuto ai neonati che hanno subito lesioni da parto per colpa dei medici. Il diritto alla salute, è stato sancito, è inviolabile, anche quando le menomazioni non comportano perdite economiche o mancato guadagno (a pensionati e studenti, per esempio, il danno patrimoniale può essere negato o riconosciuto in maniera ridotta perché non producono).

Quando un cittadino ritiene di essere stato vittima da parte di un medico o di una struttura sanitaria di un comportamento perseguibile per via penale, la strada che deve percorrere è quella dell'esposto o della denuncia. L'esposto può essere presentato al comando dei carabinieri o direttamente alla Procura della Repubblica. Con l'esposto si segnala la violazione di un diritto, si elencano tutti i dati ritenuti necessari affinché la magistratura possa indagare, si chiede che i fatti siano accertati e gli eventuali responsabili sanzionati. La denuncia querela è l'atto con cui si informa di un possibile reato l'autorità giudiziaria. Prima di avviare l'azione legale è indispensabile assicurarsi che abbia un fondamento, consultando un avvocato e un medico legale, altrimenti la causa si traduce in uno spreco di tempo e denaro. E, anche se non è obbligatorio, è consigliabile affidarsi a un bravo avvocato, specializzato in questo genere di contenzioso sin dalla fase della stesura dell'atto, anche per evitare "espressioni" che possano esporre il querelante a una contro querela.

In sede penale, la denuncia-querela deve essere presentata dal diretto interessato (o da un familiare, se l'interessato è deceduto) entro 90 giorni dal fatto o da quando ne è venuto a conoscenza. Non vi sono termini per l'omicidio colposo. Ma in caso di decesso, è opportuno presentarla immediatamente prima della tumulazione della salma: potrebbe rendersi necessario per il pubblico ministero disporre un'autopsia che, in ogni modo, può essere disposta anche dopo la sepoltura). Una volta che l'avvocato ha presentato la querela il pubblico ministero avvia le indagini per valutare due possibilità: la proposta di archiviazione o la richiesta di rinvio a giudizio (del medico o della struttura sanitaria). Il pubblico ministero propone la richiesta di archiviazione al Gip (il giudice per le indagini preliminari) se ritiene che il fatto non sussiste; in caso contrario, propone il rinvio a giudizio. Se ritiene che ci sia *fumus* cioè che il fatto può sussistere, il pubblico ministero nomina un medico legale. In caso di morte, è quasi scontato che disponga l'autopsia.

Le indagini che il magistrato svolge in questa fase possono essere "ripetibili" e "irripetibili". Un'autopsia, per esempio, è irripetibile, l'esame di documenti cartacei è ripetibile. Un cittadino può nominare un medico legale di fiducia qualora il pubblico ministero disponga un atto irripetibile. Per gli atti ripetibili il querelante è informato del fatto che il magistrato sta effettuando indagini, ma non sempre può nominare un esperto di fiducia.

Una volta che il PM ha proposto l' archiviazione della querela o il rinvio a giudizio del medico, la pratica passa al GIP che decide se accogliere o no la richiesta. Non è escluso che il giudice possa decidere per un "incidente probatorio". In questo caso, convoca le parti che rispondono a tutti i chiarimenti richiesti. Anche le parti, in questa occasione, possono interloquire. Le cose verificate in sede di incidente probatorio hanno valore di prova. Se si va a giudizio, il processo si svolge come stabilito dalle leggi, secondo i codici penale e di procedura penale. Tutte le parti in causa designano il loro medico legale. Il giudice generalmente nomina i suoi periti di fiducia. Dopo il dibattimento in aula, arriva la sentenza di condanna o di assoluzione. Medici condannati, in Italia, per malasanità ce ne sono stati. Ma non si ricorda un medico finito in carcere in conseguenza di un reato commesso nell'esercizio dell'attività professionale. Per finire in carcere, il medico dovrebbe essere riconosciuto colpevole di un reato grave e doloso (omicidio, lesioni aggravate). In casi diversi gli viene riconosciuta la sospensione condizionale della pena. Il giudizio, in sede penale, riguarda sempre una persona che sarà giudicata colpevole o innocente e, se colpevole, meritevole di una pena. Questo però lascia aperto il problema del risarcimento del danno. Il cittadino leso ha due possibilità: si costituisce parte civile argomento dell'avvio del processo e chiede al tribunale di fissare, in sede di giudizio, anche l'ammontare del risarcimento, oppure intraprende la strada della causa civile.

Il profilo civile. Il diritto a ottenere un risarcimento del danno in caso di errore medico non viene mai meno, neppure quando è impossibile individuare il responsabile penale. In questo caso si parla di "responsabilità civile" e l'azione legale punta esclusivamente al "ristoro" (risarcimento) del danno subito (da parte del medico o della compagnia presso cui il professionista è assicurato). In questo ambito, regolato dal codice civile, i tempi per la citazione sono ben precisi: cinque anni dal momento lesivo contro un medico o una struttura ospedaliera privata, 10 anni contro una struttura pubblica. Gli anni decorrono da quando è avvenuto il fatto o da quando l'interessato ne è venuto a conoscenza. L'autorità giudiziaria civile (giudice di pace, tribunale, Corte d' Appello, Corte di Cassazione) tutela il singolo cittadino contro comportamenti lesivi di un diritto soggettivo. Significa che chiunque ritiene di aver subito la violazione di un diritto, da parte di un operatore sanitario o della Usl, può rivolgersi a un giudice civile per uno di questi tre motivi: a) chiedere il procedimento d'urgenza per il riconoscimento del diritto a una prestazione urgente; b) richiedere un risarcimento del danno in caso di errore di un operatore sanitario (diagnosi errata o tardiva, intervento sbagliato per imperizia, imprudenza e negligenza e così via); c) chiedere l'adempimento di una prestazione che è stata negata.

Le cause civili sono lunghe, costose e hanno esito incerto. Quando va tutto bene, in Italia, una causa civile dura mediamente cinque anni. Allora, prima di intraprendere questa strada, è preferibile tentare la soluzione più veloce: la transazione, cioè il risarcimento amichevole del danno ingiustamente subito. La somma può anche essere coperta dall'assicurazione della struttura ospedaliera. Se dalla perizia commissionata dalla parte lesa è evidente la responsabilità del medico, è interesse dello stesso medico o della sua assicurazione evitare il processo, La via dell'accordo amichevole tra le parti va sempre tentata per almeno due motivi: generalmente la transazione ha costi e tempi più ristretti della causa civile; o non è un tentativo vincolante, dal momento che se non si trova l'accordo sul nesso causale o sull' entità del danno, ci si può comunque rivolgere al giudice.

In tale ultima ipotesi, il danneggiato si rivolge a un avvocato ed a un medico legale: occorre, infatti, riconoscere il nesso causale, tra il danno subito e il comportamento del medico (il risarcimento non scaturisce dal fatto che il medico ha sbagliato, ma dalle

conseguenze dell'errore). L'avvocato contatta il medico o la struttura ospedaliera. Oppure, se sono assicurati, si rivolge direttamente alla compagnia, segnalando che il suo assistito ha subito un danno biologico in quella determinata circostanza e che intende promuovere una causa. Se vi sono gli estremi, l'assicurazione nominerà un proprio fiduciario che visiterà il cittadino interessato e valuterà la documentazione clinica in suo possesso e la valutazione del danno del medico legale: di fiducia. La compagnia assicuratrice, sulla base della relazione del proprio fiduciario, valuterà se sussistono o no le condizioni per il riconoscimento del danno biologico. Se riconosce la sussistenza del danno, avanza una proposta economica risarcitoria, che l'interessato può accettare o rifiutare. Se accetta, incassa la somma proposta e, contemporaneamente, firma un documento (liberatoria) che libera l'assicurazione da ogni altra richiesta economica per quel danno.

Se la proposta di transazione è respinta, la causa civile è inevitabile. In questo caso spetta al cittadino l'onere della prova, dimostrare cioè, la responsabilità del medico all'atto della citazione mediante un'esauriente relazione medico legale. È, perciò, indispensabile che l'interessato si procuri una relazione del medico legale che dimostri l'esistenza del nesso causale tra il comportamento del medico e il danno subito. Dipende dalla bravura dell'avvocato e del medico legale, ma non sono rari i casi in cui si riesce a invertire l'onere della prova, per cui tocca al medico o alla struttura sanitaria citata dimostrare che il nesso causale non sussiste. È fondamentale in questi casi rivolgersi a medici legali esperti di responsabilità professionale, per evitare il rischio oggettivo di promuovere azioni senza fondamento che possono, alla fine, obbligare chi ha fatto l'esposto a risarcire le persone ingiustamente citate. Quando si va in causa, anche il giudice nomina un suo medico legale. È in questa fase che si forma la Consulenza tecnica d'ufficio (la cosiddetta CTU). Alla Ctu, che può essere composta da un medico legale più, eventualmente, un collegio di consulenti, prendono parte anche il medico legale di chi promuove la causa, il medico legale della parte che ha procurato il presunto danno e il medico legale nominato dal giudice. In questa sede il confronto fra gli esperti è serrato. Una volta che i consulenti tecnici d'ufficio si sono fatti un loro convincimento, presentano una relazione medico-legale al giudice che, normalmente, la fa propria. Le parti interessate possono però presentare "note critiche" (su aspetti ritenuti non sufficientemente approfonditi o addirittura trascurati dai consulenti tecnici d'Ufficio). Allora il giudice, per decidere, chiederà chiarimenti al proprio consulente. Quindi si arriverà alla sentenza.

* * *

D. Il consenso "informato" : profili generali

Negli Stati Uniti è prassi da anni. In Italia il consenso informato è una realtà più recente. risale ai primi anni Novanta e rappresenta un bel passo avanti per la definizione di un corretto rapporto tra ospedale, medico e paziente. Per i malati, l'adesione volontaria alle cure proposte, previa informazione corretta ed esauriente circa i vantaggi e gli svantaggi del trattamento, è un diritto sancito dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (833/78), da leggi regionali, dalla Corte di Cassazione e dall'articolo 29 del nuovo codice deontologico dei medici. Per i medici, oltre che un obbligo professionale, è anche un modo per tutelarsi. Ma, attenti: il consenso è una "finzione giuridica", che non riduce e non modifica la responsabilità del medico e non lo esonera dal dover rispondere di eventuali errori. La tutela, invece, dal reato di lesioni personali, per complicazioni non legate all'operato diretto, Viceversa, il consenso di una persona che non è stata adeguatamente informata non ha valore, Come confermano non poche sentenze della Corte di Cassazione emesse nel corso degli anni Novanta, l'acquisizione del consenso informato

non è una semplice formalità burocratica da sbrigare se e quando se ne abbia voglia. L'obbligo dell'informazione da parte del medico riguarda anche i rischi specifici delle singole fasi del trattamento sanitario. Il paziente va informato dei possibili benefici del trattamento, delle modalità d'intervento, dell'eventuale possibilità di scelta fra cure alternative o diverse tecniche operatorie e, infine, dei rischi prevedibili di complicazioni post operatorie. Occorre il consenso informato anche per le trasfusioni di sangue, di emocomponenti e di emoderivati, poi che tale pratica terapeutica non è esente da rischi. L'obbligo di ottenere il consenso informato del paziente, inoltre; è del tutto autonomo rispetto alla riuscita del trattamento sanitario. Il medico che ha ommesso di raccogliero incorre in responsabilità anche se la prestazione sanitaria è perfettamente riuscita.

d.1 *Chirurgia estetica.*

La rilevanza del consenso effettivamente informato assume una particolare connotazione, in sede civile, per quelle che vengono chiamate "attività mediche non correlate a patologie intese in senso proprio". È il caso tipico della chirurgia plastica a fini estetici e delle protesi dentarie: il chirurgo estetico deve informare il paziente non solo e non tanto dei rischi in genere dell'intervento Programmato, ma anche delle concrete possibilità di conseguire il risultato sperato: è fondamentale, anche ai fini contrattuali. Il medico, intervenendo su un corpo sano, ha l'obbligo di chiarire al massimo livello tutti i possibili problemi che riguardano l'intervento. Aspetto, questo, sottolineato in una sentenza di Cassazione (dell'8 ottobre 1985, 4394): "Il dovere di informazione, gravante sul chirurgo estetico, ha contenuto più ampio rispetto al corrispondente dovere a carico del terapeuta, in quanto deve essere esteso alla possibilità di conseguire un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente nella vita professionale e in quella di relazione". In pratica, il chirurgo estetico deve mantenere quello che promette.

Prima di dare il suo consenso, scritto, all'atto medico, l'interessato deve dunque pretendere di essere informato esaurientemente (e in maniera comprensibile) su tutto: tipo di patologia, trattamento proposto, esami da effettuare, rischi e probabilità di riuscita del trattamento o dell'intervento; durata e possibili alternative. Il consenso può essere revocato in qualsiasi momento. Attenzione a non firmare mai moduli in cui siano contenute frasi del tipo: "Non desidero chiarimenti ulteriori " .Si ha sempre diritto a chiedere chiarimenti e si può ritirare il consenso se non si è convinti.

d.2 *Quando pagano medico e ospedale.*

La casistica, nel campo delle sentenze per malapratica medica, è sterminata e comprende anche casi in cui a rispondere dei danni sono chiamati sia il medico che la struttura ospedaliera. In Piemonte, per un intervento che aveva provocato lesioni cerebrali irreversibili a un neonato, l'errore è stato risarcito da ospedale e sanitari. Secondo la sentenza (n. 1058/1999) della Corte dei Conti, sezione giurisdizionale del Piemonte, un ospedale pubblico è condannato in sede civile a risarcire un paziente per errori od omissioni commessi dai suoi dipendenti, medici compresi. Se la somma da risarcire supera il tetto stabilito nel contratto di assicurazione stipulato dall'ospedale con l'assicurazione, la differenza "non coperta" può essere addebitata in un secondo momento ai medici responsabili, chiamati a risarcire l'ospedale dei soldi sborsati in più. Nel caso in questione, la Corte dei Conti era giunta alla conclusione che l'ospedale aveva dovuto pagare un risarcimento, non completamente coperto da assicurazione, per colpa dei medici (ostetrici) attraverso due ragionamenti. Il primo: esiste per ogni cittadino un diritto alla tutela della salute sancito dalla Costituzione; tale tutela è affidata all'ospedale

attraverso una forma di "contratto di prestazione professionale", sancito dall'accettazione del ricovero, che vede da quel momento la struttura, di fatto, agire come delegato dello Stato nella tutela del diritto stesso. La tutela vale anche per il nascituro, cui sono riconosciute tutte le prerogative del cittadino, ma con un diritto in più: "nascere sano". Nel caso della vicenda citata, tale diritto non era stato difeso: il bambino è nato cerebroleso. Il secondo ragionamento è questo: la legge (639/96) prevede che per condannare un dipendente pubblico a risarcire l'ospedale si deve dimostrare la "colpa grave". Secondo la Corte dei Conti, la colpa c'è quando il medico non interviene nonostante la prassi, l'esperienza professionale, la dottrina scientifica e la casistica preesistente che non può professionalmente ignorare prescrivano di intervenire. Oppure quando le azioni del medico non vanno nella direzione o non trovano riscontro nelle esperienze precedenti, nella sperimentazione medica, insomma non fanno parte del normale *modus operandi* del medico, che deriva proprio, secondo la sentenza, dall'insieme delle conoscenze e delle esperienze della comunità scientifica. La Corte dei Conti è intervenuta in quanto giudice dei danni causati alla pubblica amministrazione dai suoi dipendenti, quali appunto sono anche i medici ospedalieri pubblici, perchè incardinati in un rapporto di lavoro organico. La sentenza non riguarda il risarcimento del paziente per il danno fisico, bensì dell'ospedale per il danno economico. L'ospedale, o la Usl, rimane, infatti, il soggetto giuridico che può essere chiamato a risarcire il cittadino curato male. La condanna della Sezione giurisdizionale per il Piemonte, rientra nel filone più generale delle condanne per "cattivo comportamento professionale, che si configura come gravemente colposo per il funzionario pubblico.

* * *

E. POLIZZA CLAIMS MADE (= A RICHIESTA FATTA)

L'evoluzione commerciale concretizzatasi nel generalizzato passaggio dal sistema del *loss occurring* a quello del *claims made*, lungi dal risolvere i problemi di appostazione delle riserve premi, ne ha solo spostato i termini. La tecnica assicurativa (partendo da una evidente necessità di conformarsi al dettato dell'art. 1917 c.c.) ha predisposto due differenti tipologie di architettura contrattuale onde pervenire alla copertura di siffatta tipologia di rischio all'interno di un ben determinato lasso temporale: quella c.d. del *loss occurrence* (in italiano, "insorgenza del danno") e quella del c.d. *claims made* (in italiano, "a richiesta fatta"). La prima (più risalente ed ormai quasi interamente scomparsa dal mercato) prende a base, al fine di addivenire all'esatta delimitazione temporale dell'oggetto del contratto, la data di verifica del comportamento colposo posto in essere dall'assicurato, che pertanto, per essere ritenuto in garanzia, deve avvenire necessariamente nel periodo intercorrente tra il momento di inizio di efficacia e quello di cessazione degli effetti del contratto, indipendentemente dal fatto che la connessa richiesta di risarcimento del danno, da parte del terzo danneggiato, si manifesti in pendenza di siffatto periodo o, invece, successivamente. La seconda (che si concreta nelle polizze attuali di responsabilità civile professionale del tipo *claims made* presenti sul mercato) si basa invece su una diversa ed ugualmente corretta lettura dell'art. 1917 del codice civile, ove appunto si stabilisce che "...l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, dovrà pagare ad un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta in contratto...".

Ad un'apparente scarsa sinistrosità legata alla limitatezza del periodo di esposizione contrattuale (laddove non vengano concesse pregresse o postume) e alla definizione

stessa di sinistro recepita in polizza, fa seguito un'"esplosione" di sinistri negli anni successivi, ad una prima approssimativa ricognizione concentrati attorno al quinto anno successivo alla scadenza della polizza. E questo senza considerare altri ritardi, quali ad esempio quelli legati all'attività della delegataria nelle polizze in delega altrui, oppure - sia nei casi di delega altrui, sia nei casi di delega in proprio o di affari assunti al 100% - i ritardi legati alla gestione tecnica del sinistro, in ipotesi anche aperto immediatamente dopo il fatto lesivo. Questi fenomeni, infatti, sono sicuramente problematici e distorsivi delle dinamiche di appostazione delle riserve, ma appaiono afferenti a profili di criticità diversi da quello della forchetta tra data di accadimento del fatto lesivo e data di denuncia del sinistro; e in quanto tali, necessitano di essere affrontati con strumenti e in contesti differenti.

In via preliminare è utile ripercorrere cronologicamente i fatti più significativi nella sequenza di eventi che portano il Terzo danneggiato a richiedere il risarcimento all'Assicurato:

1. **Fatto generatore:** è il momento nel quale l'assicurato - per sua colpa - commette materialmente il fatto illecito (condotta lesiva) a causa del quale sorge la responsabilità verso il Terzo, il quale subisce o subirà successivamente un danno.

2. **Fatto dannoso:** è il momento nel quale si manifesta il danno e la sua potenziale connessione col fatto generatore.

3. **Richiesta di risarcimento:** è il momento nel quale il Terzo avanza la richiesta di risarcimento all'assicurato.

4. **Denuncia del sinistro:** è il momento nel quale l'assicurato denuncia il sinistro all'assicuratore.

In ambito "rischio sanità", i sinistri "tardivi" - intendendo per tali quei sinistri ove la distanza temporale tra fatto generatore e richiesta di risarcimento supera i 12 mesi - sono la maggioranza, osservandosi anche casi - non frequenti ma comunque statisticamente significativi - di "ritardo" intorno a 10 anni e anche oltre.

La clausola:

La clausola Claims Made delimita l'operatività della garanzia ai danni denunciati entro il periodo di vigenza della polizza e/o entro un determinato lasso di tempo dalla cessazione del contratto (quest'ultimo è detto "periodo di ultrattività" o di "garanzia postuma"), anche se il fatto generatore del danno o il danno stesso si sono già verificati al momento dell'inizio della copertura (il periodo temporale pregresso all'interno del quale sono garantiti i fatti in quel tempo accaduti è detto "periodo di retroattività" o di "garanzia pregressa").

Di contro, nella impostazione tradizionale precedente - ex 1917 primo comma C.C. Loss Occurrence - l'operatività della garanzia è limitata ai "fatti" avvenuti durante il periodo di vigenza della polizza, a prescindere dalla data di richiesta del risarcimento e di denuncia del sinistro e fermi comunque i limiti di temporali di legge per quanto riguarda la prescrizione del diritto.

La clausola claims made introduce quindi una definizione convenzionale di sinistro, conferendo rilevanza non già alla data di accadimento del "fatto" che è causa del danno - fatto che può essersi verificato anche prima della stipulazione della polizza - ma alla data

della richiesta di risarcimento - il claim appunto - del terzo danneggiato verso l'assicurato o, in casi meno frequenti, della denuncia di sinistro di quest'ultimo all'assicuratore.

Vantaggi:

La clausola Claims Made comporta vantaggi sia all'assicurato che all'assicuratore. All'assicurato perché, svincolando l'efficacia della copertura dall'accertamento di circostanze non sempre facilmente riscontrabili (quali l'accadimento del fatto o il manifestarsi del danno: si pensi ad esempio ai danni da inquinamento o danni da errata diagnosi) e vincolandola ad un dato obiettivo - la richiesta di risarcimento - elimina possibilità di contestazione sulla validità temporale della copertura rispetto al sinistro. Vengono altresì ad ridursi i rischi di "non capienza" del massimale assicurato (si pensi ad una polizza con la precedente impostazione stipulata 10 anni fa, con un sinistro generato da un fatto avvenuto all'epoca ma con richiesta di risarcimento presentata oggi: il massimale assicurato potrebbe rivelarsi assolutamente insufficiente).

All'assicuratore, perché soddisfa una fondamentale ed imprescindibile esigenza di natura tecnica: si evita di tenere in osservazione per molto tempo contratti scaduti (10 anni e oltre) prima di poter essere nelle condizioni di stabilire la tariffa corretta.

Nel caso di polizze con la precedente impostazione Loss Occurrence la tariffa viene ad essere prodotta con un ritardo di anni rispetto alle esigenze, risultando di fatto già inadeguata al momento della sua uscita, stante la dinamica dei sinistri (in notevole incremento sia come frequenza che come costo medio). Per l'assicuratore, la clausola Claims Made contribuisce in maniera determinata ad avere una maggiore certezza sui costi.

Svantaggi:

Ipotizziamo un "rischio sanità" assicurato nel tempo senza soluzione di continuità con una serie di polizze in regime di Claims Made basate sulle clausole che in maggioranza sono presenti oggi sul mercato assicurativo italiano: si può facilmente dimostrare che esiste un insieme di sinistri che potrebbero non trovare copertura in nessuna delle polizze di cui sopra.

Si pensi infatti alle clausole che prevedono una "retroattività" temporalmente limitata (es. 1, 2, 3 anni) quando le analoghe clausole presenti sui precedenti contratti non includono alcun periodo di ultrattività (non si registra alcuna scopertura, invece, nel caso in cui la polizza in regime di Claims Made succede immediatamente ad una tradizionale in regime di Loss Occurrence). Si pensi anche al caso in cui l'assicurato decida di cambiare assicuratore - in ambito di sanità pubblica, ad esempio, i contratti sono tutti senza tacito rinnovo ed emessi a seguito di gara d'appalto, per questi quindi l'ipotesi in parola è, di fatto, la norma - ed a fatti dannosi che si manifestino durante la vigenza di una polizza ma per i quali non sia ancora stata avanzata richiesta di risarcimento: per questi fatti, l'assicurato è tenuto a comunicare - pena l'applicazione degli art. 1892 e 1893 CC per dichiarazioni inesatte o reticenti - al nuovo assicuratore tutti gli eventi avversi a sua conoscenza prima della stipula del contratto e quest'ultimo potrebbe anche rifiutare la copertura per tali eventi o richiedere un premio esorbitante. Per contro, una successione di polizze tradizionali Loss Occurrence non lascia scoperture di questo tipo.

E' UNA CLAUSOLA VESSATORIA?

La sentenza n. 5624/05 della Corte di Cassazione si distingue per l'eshaustività della ricognizione dei modelli assicurativi (*loss assurance, claims made, sunset clause*) in tema di risarcimento di danni da responsabilità professionale, ricognizione operata in realtà solo in via negativa, mediante la confutazione delle ampie discettazioni della ricorrente compagnia di assicurazione. La Corte di Cassazione rileva tuttavia la natura atipica del contratto di assicurazione che prevede la clausola *claims made*, non rientrando infatti tale modello in quella astratta e tipica prevista dall'art. 1917 c.c.. Ed invero, contrariamente a quanto si è inutilmente prodigata di affermare l'impresa assicurativa, in quest'ultima richiamata norma il "fatto", del quale si chiede copertura, non può essere in alcun modo confuso con la "richiesta di risarcimento", la quale costituisce pertanto l'oggetto di un modello contrattuale diverso da quello normativo, ma comunque legittimo, non prevedendo l'art. 1932 c.c. l'inderogabilità del primo comma dell'art. 1917 c.c..

A fronte di tale natura atipica consegue la possibilità (da accertare però caso per caso) della vessatorietà della predetta clausola *claims made*. Nella specie la corte di appello di Napoli ha ritenuto vessatoria tale previsione, comportando un'evidente limitazione di responsabilità, che avrebbe dovuto quanto meno essere approvata specificamente per iscritto al fine di rendere edotto l'assicurato dello spostamento del rischio assicurato, rispetto a quello che solitamente viene munito di copertura assicurativa in caso di colpa professionale. La debolezza della decisione della Corte di Cassazione in commento è quella di aver semplicemente posto il problema sulla possibile natura vessatoria della clausola *claims made* ma di non aver invece approfondito (con la scusa del carattere di legittimità del giudizio) i presupposti generali per giungere a tale dichiarazione di vessatorietà, derogando tale attività ai giudici di merito, con evidente immancabile risvolti di incertezza.

Anzitutto non appare condivisibile la tesi in diritto (...) secondo la quale sarebbe la stessa legge ad identificare la "...richiesta di risarcimento..." con il "... fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione..."; e ciò in quanto:

- A) nel primo comma dell'art. 1917 c.c. il legislatore usa l'espressione "...fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione..." palesando così l'intento di far riferimento al fatto di cui l'assicurato deve rispondere civilmente (la lettera della norma appare evidente in tal senso);

- B) sempre nel primo comma di tale articolo si stabilisce che "...Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi..."; il che evidenzia in modo ancor più evidente che il "...fatto accaduto..." è il "fatto" di cui l'assicurato deve rispondere;

C) il precedente art. 1913 c.c. (facente parte della medesima sezione II, "DELL'ASSICURAZIONE CONTRO I DANNI"), allorquando impone all'assicurato l'onere di "...dare avviso del sinistro all'assicuratore o all'agente ... entro tre giorni da quello in cui il sinistro si è verificato o l'assicurato ne ha avuto conoscenza..." identifica indubbiamente detta data iniziale (dalla quale decorre il termine di tre giorni) facendo riferimento al fatto predetto (ed usando quindi l'espressione "sinistro" come sinonimo di "fatto" inteso nel senso ora esposto) e non alla richiesta di risarcimento da parte del danneggiato (tale interpretazione è sempre stata sostanzialmente pacifica);

- D) il precedente art. 1914 c.c. prevede per l'assicurato un obbligo di salvataggio che incontestabilmente sorge semplicemente in conseguenza del fatto (nel senso predetto) e

quindi prima della richiesta di risarcimento da parte del danneggiato ed a prescindere da questa.

Alle decisive argomentazioni fondate su tali norme non vale opporre il sopra citato contenuto dell'art. 2952 c.c. (evidentemente la parte ricorrente intende alludere al terzo comma) in quanto questa norma ha diverso oggetto e diversa ratio, essendo volta solo a stabilire la decorrenza del termine di prescrizione dei diritti dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore; non c'è quindi da stupirsi che a tali particolari fini il legislatore abbia scelto di dare rilevanza alla richiesta di risarcimento fatta dal danneggiato all'assicurato (od al fatto che sia stata promossa l'azione); e non si può pertanto da essa dedurre una nozione di "fatto" ovvero di sinistro (valida anche nell'ambito dell'art. 1917 c.c.) come quella sostenuta dalla tesi criticata.

Proprio in quanto il contratto di assicurazione per responsabilità professionale con la clausola claims made non rientra nella tipica fattispecie astratta prevista dal legislatore, ma costituisce un contratto atipico e quindi suscettibile di variare notevolmente da caso a caso, ogni questione al riguardo (compresa quella circa la vessatorietà o meno della clausola di cui al motivo di ricorso successivo) va affrontata caso per caso in relazione al concreto contenuto del singolo contratto in questione (e, tra l'altro, al particolare tipo di responsabilità professionale oggetto di assicurazione).

In via del tutto prudenziale dunque si può ritenere opportuno correggere i formulari delle relative polizze assicurative, prevedendo anche per le clausole claims made la doppia sottoscrizione dell'assicurato.

* * *

F. POLIZZA A PRIMO E/O A SECONDO RISCHIO

E' un elemento importantissimo. Per le strutture sanitarie è importante che la polizza copra i sinistri che sono occorsi durante la validità della polizza; in tal modo tali sinistri sono assicurati fino alla prescrizione decennale della Responsabilità civile dei sinistri ("Loss Occurrence"); Se invece la polizza copre i sinistri denunciati entro la durata della polizza (formula "Claims Made") si è nella necessità assoluta di continuare a rinnovare tale assicurazione chiedendo inoltre per quanti anni di copertura del pregresso essa garantisce (di norma 2-3 anni fino a 5, ma ben difficilmente 10). Inoltre alla fine della attività lavorativa è necessario garantirsi con un ulteriore premio (detto "tombale") per assicurarsi verso i sinistri che possono essere denunciati negli anni successivi.

Premio assicurativo e massimale sinistri?

Il premio assicurativo deve essere congruo al massimale garantito in relazione ai punti precedenti, e soprattutto alla mole e pericolosità della propria attività lavorativa; alla copertura assicurativa della Struttura ove si opera tenendo conto che, in caso di colpa grave o di dolo, vi è la rivalsa dell'Ente Pubblico. Inoltre è opportuno accertarsi che il massimale possa comprendere più sinistri fino al massimo importo previsto.

La formula secondo rischio consente di ottenere un pagamento di premio ridotto rispetto al primo rischio senza alcun "rischio" per l'assicurato. Prende atto che il medico dipendente è di norma già assicurato dalla struttura e pertanto il secondo rischio concorre allo innalzamento del massimale, esaurito quello della prima Compagnia.

Naturalmente nel caso che non ci sia Assicurazione della struttura la polizza diventa di primo rischio. Inoltre tale assicurazione copre il sanitario, in quanto è personale, dalla eventuale richiesta di rivalsa dell'Ente in caso di dolo o colpa grave.

* * *

G. OBBLIGO DELLA DENUNCIA DI SINISTRO

Art. 1913 c.c.: “ *L'assicurato deve dare avviso del sinistro all'assicuratore o all'agente autorizzato a concludere il contratto, entro tre giorni da quello in cui il sinistro si è verificato o l'assicurato ne ha avuto conoscenza. Non è necessario l'avviso, se l'assicuratore o l'agente autorizzato alla conclusione del contratto interviene entro il detto termine alle operazioni di salvataggio o di constatazione del sinistro* ”.

Nell'assicurazione contro i danni, quale è quella per la responsabilità civile di cui all'art. 1917 cod. civ., l'inadempimento dell'obbligo dell'assicurato di dare all'assicuratore entro tre giorni avviso del sinistro determina la perdita del diritto all'indennità nel caso di inadempimento di cui sia dedotto e dimostrato il carattere doloso, dovendosi in mancanza presumere un inadempimento colposo per cui l'assicuratore ha soltanto il diritto ad una riduzione dell'indennità in ragione del pregiudizio effettivamente subito, così come dispone l'art. 1915 cod. civ..

Qualora in un contratto di assicurazione le parti abbiano espressamente convenuto, per qualsiasi comunicazione, l'uso della raccomandata con ricevuta di ritorno alla direzione della società assicuratrice o alla sua agenzia competente, ogni altro mezzo di comunicazione che non sia almeno equipollente a quello convenuto, agli effetti della tutela dell'interesse alla certezza, manifestato dalle parti) deve ritenersi inefficace e inidoneo a sospendere la prescrizione del diritto alla prestazione assicurativa a favore dell'assicurato. Tuttavia, tale interesse deve ugualmente ritenersi soddisfatto quando l'assicuratore, con il suo comportamento in sede di esecuzione del contratto, manifesti la volontà di prendere atto della comunicazione irregolarmente effettuata dall'assicurato in forma diversa da quella prescritta.

* * *

H. PRESCRIZIONE E DECADENZA

Istituto giuridico

La prescrizione produce l'estinzione del diritto soggettivo in capo al titolare per non uso di questo protratto nel tempo (Es. il lavoratore dipendente che non richieda il pagamento di voci di stipendio non ottenute, entro 5 anni dalla conclusione del contratto di lavoro, non potrà più richiederle). Funzione della norma consiste nell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici in modo che il soggetto passivo dell'azione del titolare del diritto non rimanga in situazione d'incertezza sulla volontà di questo d'esercitare il diritto a tempo indeterminato.

In altri termini, a causa del protrarsi del mancato esercizio del diritto da parte del titolare, si deve presumere che questi vi abbia rinunciato.

Decorrenza (il trascorrere del tempo)

La prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui il diritto, pur potendolo, non viene esercitato e si realizza nel termine previsto dalla legge per quella specifica azione. In tema di prescrizione in materia di assicurazione della responsabilità civile, secondo la disciplina delineata dall'art. 2952, commi terzo e quarto c.c., il termine iniziale di decorrenza della prescrizione del diritto dell'assicurato va individuato nella data in cui per la prima volta, in forma giudiziale ovvero stragiudiziale, il danneggiato propone la sua richiesta con la conseguenza che, ove la richiesta del danneggiato sia formulata stragiudizialmente, il detto termine decorre dalla data di tale richiesta, da portare a conoscenza dell'assicuratore, senza che a tal fine sia necessaria l'ulteriore promozione del giudizio da parte del danneggiato. Peraltro, tale termine di prescrizione che decorre dalla data del verificarsi del sinistro (che segna il momento in cui il diritto stesso sorge e può essere esercitato), non può subire sospensione in relazione alla pendenza di processo penale.

Vicende della decorrenza (sospensione ed interruzione della prescrizione)

La decorrenza della prescrizione può subire delle sospensioni e delle interruzioni. La sospensione si realizza nei casi e alle condizioni tassativamente previste dalla legge e comporta che il periodo di tempo in cui risulta sospesa non si calcola, e, quando la causa della sospensione viene meno, la decorrenza riprende dal punto in cui era stata sospesa. Può essere paragonata ad una parentesi.

L'interruzione invece ha luogo quando il titolare esercita il diritto (ovvero si riserva di esercitarlo mettendo in mora il debitore) o quando il diritto viene riconosciuto dal soggetto passivo del rapporto. Facendo valere il diritto il titolare fa sì che il termine ricominci a decorrere dall'inizio annullando il tempo trascorso.

La prescrizione e la decadenza nel contratto d'assicurazione per la responsabilità civile. Relativamente alla decadenza l'art. 1913 comma 1 c.c., come detto, prevede: "L'assicurato deve dare avviso del sinistro all'assicuratore o all'agente autorizzato a concludere il contratto, entro 3 giorni da quello in cui il sinistro si è verificato o l'assicurato ne ha avuto conoscenza".

Premesso che il termine di 3 giorni è derogabile dalle parti che stipulano il contratto d'assicurazione, e può essere previsto un termine più ampio, il termine di 3 giorni comincia a decorrere non tanto dal giorno dell'avvenuto intervento bensì dal giorno della conoscenza che si è verificato un sinistro quindi, a seconda dei casi, può essere coincidente con il giorno dell'intervento (come nel caso di malfunzionamento del macchinario accertato) o essere successivo di vari anni.

L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione nei termini però produce la decadenza, solo in caso d'inadempimento doloso mentre, nel caso di mancata comunicazione per colpa (es. ignoranza del termine o dimenticanza) produce "solo" una riduzione del rimborso in proporzione al pregiudizio che l'assicurazione provi d'aver subito in conseguenza del ritardo. Nell'assicurazione della responsabilità civile (1917), il termine decorre dal giorno in cui il terzo ha richiesto il risarcimento all'assicurato o ha promosso contro di questo l'azione"

In conclusione risulta determinante, perché il medico e/o la struttura sanitaria siano certi che l'assicurazione risarcisca direttamente il paziente: 1 Che il medico, entro i giorni previsti nel contratto d'assicurazione, informi l'assicurazione dell'avvenuto sinistro, se certo che si sia verificato ovvero della comunicazione da parte del paziente che richiede il

risarcimento di danno in seguito a sinistro occorso in conseguenza del trattamento sanitario.

2. Che il medico ogni anno dalla prima raccomandata con avviso di ritorno, per un totale di 10 anni, invii all'assicurazione la medesima comunicazione (salvo che nel frattempo non sia arrivata richiesta di risarcimento danni da parte del paziente ovvero atto di citazione per lo stesso scopo)

3. Che il medico, entro i giorni previsti dal contratto d'assicurazione, invii alla assicurazione la comunicazione della richiesta di risarcimento da parte del paziente ovvero atto di citazione.