

Anno IX

n. 1 - 2013



PERIODICO DELL'ORDINE
DEGLI AVVOCATI
DI
CALTANISSETTA

In questo numero:

- ***Qualcosa si muove***
- ***Ancora tempi duri per l'Avvocatura***
- ***LA Riforma in pillole***
- ***La Scuola di specializzazione per le professioni forensi***
- ***Protesta e ricorsi***
- ***La legge 189/2012***
- ***La proposta di riduzione degli organici degli uffici giudiziari***
- ***Le mille e una notte del diritto***
- ***Agon 2012***

RIVISTA

DELL'

AVVOCATURA

L'Editoriale - "Qualcosa si muove"	pag.	2
di E. LIMUTI		
Il Consiglio dell'Ordine	»	3
di G. IACONA		
O.U.A.		
"Intervista all'Avv. Pizzino"	»	5
di M. RIGGI		
La Fondazione Scuola Forense Nissena	»	7
di R. ACCARDI, F. ROMEO E R. DI MARIA		
"La sede apostolica dopo la rinuncia del Sommo Pontefice..."	»	10
di C. ARIOSTO		
"Flussi migratori e la variabile normativa sulla restrizione della libertà personale"	»	12
di F. TAMPANELLI		
"Protesta e ricorsi"	»	14
di S. TAMPANARO		
Il medico legale - "La colpa medica: Legge 189/2012"	»	15
di V. MILISENNA		
"La proposta di riduzione degli organici degli Uffici Giudiziari..."	»	19
di G. TONA		
Commissione Pari Opportunità	»	21
di A. PECORARO		
"Anticipazione delle prove di ammissione ai corsi di laurea programmati"	»	22
di G. RAINERI		
"Sulla questione carceri"	»	23
di G. D'Acquì		
"Agon 2012"	»	24
di R. BRICCHETTI, F. GIUNTA ED E. RANDAZZO		
Il Vivaio	»	25
di C. M. MILISENNA E S. DIBENEDETTO		
Giuristi e Artisti	»	29
di A. SALERNO		
Il diritto tra il serio e il faceto	»	30
"Il destino dei giudici e degli avvocati"		
di A. SAIA		
L'occhio di Talejum Nelejum	»	32



LA COLPA MEDICA

LEGE 189/2012:

TIEPIDA DEPENALIZZAZIONE O ENNESIMO PACHWORK?

di Vito Milisenna



La Corte di Cassazione Civile (s.III), con sentenza n. 4030 del 19.02.2013, tra l'altro sanciva:

... Il procuratore generale ha concluso per lo accoglimento delle tre censure, con precisa e coerente argomentazione che tiene conto degli arresti di questa Corte di cassazione sulla complessa e delicata materia della responsabilità medica, che ha indotto il legislatore ad una recente novella depenalizzatrice della responsabilità penale del medico per il caso di colpa lieve. Il riferimento è allo art.3 comma primo del decreto legge del 13 settembre 2012 n.158 convertito nella

legge 8 novembre 2012, che esclude la responsabilità medica in sede penale, se l'esercente della attività sanitaria si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. **Ma la stessa norma prevede che in tali casi, la esimente penale non elide l'illecito civile e che resta fermo l'obbligo di cui all'art.2043 del codice civile, che è clausola generale del nemi-nem laedere, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute.**

Vediamo in dettaglio l'art.3 di cui alla legge n.189 del 08.11.2012 "DISPOSIZIONI URGENTI PER

PROMUOVERE LO SVILUPPO DEL PAESE MEDIANTE UN PIÙ ALTO LIVELLO DI TUTELA



DELLA SALUTE." Pubblicata sulla G.U.R.I. 263/2012, di cui si riporta qualche passo:

ART. 3 RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE DELL'ESERCENTE LE PROFESSIONI SANITARIE

1. *L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.*

2. *... al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, sono disciplinate le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti, in conformità ai seguenti criteri:*

a) *determinare i casi nei quali, sulla base di definite categorie di rischio professionale, prevedere l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie. Il fondo viene finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta, in misura definita in sede di contrattazione collettiva, e da un ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico-professionale, ...*

3. *Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo.*

4. *... Resta comunque esclusa a*

carico degli enti del Servizio sanitario nazionale ogni copertura assicurativa della responsabilità civile ulteriore rispetto a quella prevista, per il relativo personale, dalla normativa contrattuale vigente.

Già dalla prima stesura (dl n.158 del 13.09.2012), la rete si era scatenata sul recepimento della domanda di depenalizzazione, proveniente dalle categorie professionali ma caldeggiata (forse oltre misura) dal mondo assicurativo.

L'elefantessa aveva le doglie ma il prodotto del concepimento è stato un "topolino"

Voce fuori dal coro o pragmatica riflessione dal mondo della sanità?

Diverse le idee che si affastellano nel tentativo, speriamo non vano, di trovare spazio, ordine e sistematizzazione, de quo, entriamo nel merito di alcune perplessità che ci si augura essere *ingiustificate*.

A. *All'esposto denuncia della parte lesa, ob torto collo farà seguito un giudizio valutativo atto a stabilire se l'attività posta in essere dal sanitario sia o meno stata esercitata rispettando "... linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica ..."*

Vediamo chi, tra i grandi protagonisti della scena, si avvantaggia dell'innovazione:

IL PIANETA SANITÀ

Sin dalla stesura del CODICE ALBERTINO (1839) l'ambito penale ha rivestito il ruolo di prima donna rispetto all'ambito civilistico, fatto comprensibilmente connotato dalla posta in gioco che alla privazione della libertà contrappone un risarcimento.

La **differenza sostanziale** tra la pena (reclusiva o pecuniaria) ed il risarcimento (pecuniario), nel tempo è andata man mano elidendosi, vuoi per l'avvento della sospensione condizionale (nei cui termini rientrano

la quasi totalità delle pene per reati colposi), vuoi per la crescente presenza della copertura assicurativa.

Il combinato disposto di quanto sopra ha portato gli esercenti l'ars medica a temere la nuova gogna (mediatica) derivante dal ruolo di "inquisito/imputato" molto più del "risarcimento" (garantito dalle assicurazioni)

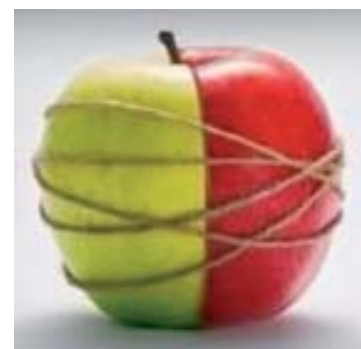
È a tutti noto come i servizi sulla **malpractice** facciano molta più "audience" di quelli, sempre più rari, in cui si tratta di **buona sanità**.



Sovviene spontanea una domanda:

Quali le tangibili differenze tra un comportamento colposo messo in opera da un operatore sanitario prima e dopo la legge n.189 del 2012?

Nella sostanza, **veramente modeste** in quanto, il sanitario, verrà parimenti indagato e magari anche rinviato a giudizio, basti a tal pro immaginare quanto flebili siano i confini tra una "**culpa levis**" ed una



"culpa", differenza che la parte lesa (condivisibilmente) cavalcherà con opposizioni, ricorsi in Appello e richieste di nuovi ed innumerevoli giudizi della Suprema Corte.

IL PIANETA ASSICURATIVO

Se Atene piange, Sparta certamente non ride.

Le compagnie di assicurazioni, dopo un fruttuoso decennio caratterizzato da una costante rincorsa a stipulare contratti inerenti la copertura di qualsivoglia rischio correlato alla responsabilità professionale sanitaria, hanno iniziato a rincarare i premi al punto che assicurarsi è diventato economicamente sconsigliato sia per il contraente (premi economicamente insostenibili) che per le compagnie (aumento del contenzioso con risarcimenti a sei zeri). Se a quanto sopra si aggiunge che il contratto di lavoro, ha fatto carico alle Aziende sanitarie della copertura assicurativa inerente il rischio professionale, si comprende come le pressioni dovevano aver superato il livello critico per cui il Legislatore, con la 189/2012 ha aperto una valvola di (pseudo)sfogo depenalizzando la colpa lieve, fatto che almeno nelle (pie)intenzioni dovrebbe indurre le compagnie a rivedere la tabella di rischio rendendo (in ipotesi) i premi più appetibili.

Ed infine, considerato che anche le retribuzioni stipendiali del pianeta sanità, non godono più la "buona salute" di un tempo:

✓ come verrà garantito il Paziente trattato da un sanitario che in base al dettato di cui all'art.3, comma2, sub a), non sia stato individuato tra gli esercenti cui porre obbligo della copertura assicurativa?

✓ come verrà garantito il Sanitario che per mera impossibilità alla spesa, non abbia fatto espressa richiesta di contribuire al fondo assicurativo costituito per il risarcimento dell'errore professionale di cui all'art.3, comma2, sub a) ?

✓ quale fine farà il contratto accessorio che, dietro un modesto compenso (circa _ 50,00 mensili), sino ad oggi ha tutelato ogni sanitario dalla ripetizione delle somme risarcite in caso di dolo o colpa grave, se come sembrerebbe ex

art.3, comma 4, *Resta comunque esclusa a carico degli enti del Servizio sanitario nazionale ogni copertura assicurativa della responsabilità civile ulteriore rispetto a quella prevista, ...*”

Non appare peregrino ipotizzare che tutti coloro i quali non saranno più nella possibilità di stipulare una polizza aggiuntiva "privata" quindi con premio sensibilmente diverso da quello contrattualmente concertato, finiranno con il dare "corpo" a comportamenti di "medicina difensiva" (facile da mettere in atto ma difficile da dimostrare), condizione che costa allo Stato (quindi a



noi tutti) circa 10 mld di euro/anno.

B. Stabilita l'esistenza di "colpa lieve", per sua stessa definizione connotante un comportamento "colposo", in che misura sarà risarcibile il danno scaturente da un fare non più "penalmente censurabile" ma pur sempre caratterizzato da "criticabilità scientifica"?

Si dovranno attendere anni ed anni lacchè i primi processi giungano alla Suprema Corte, per poi ancora attendere la consolidazione del giudizio (magari a sezioni riunite), per dirimere l'atroce dubbio.

Per altro, anche dal punto di vista dottrinale, l'aver escluso dalla connotazione "penale" la colpa lieve, se da un lato conduce all'assoluzione (perché il fatto non costituisce reato) dall'altro cristallizza l'aspetto "colposo" del comportamento, dando prova provata della sua esistenza seppur inquadrata nel

campo "levis".

Nell'alveo del "diritto" come interpolare l'esistenza di un comportamento criticabile (seppur "levis") con un dettame che ha tutto il sapore di indirizzo a calmierare il risarcimento della parte offesa (...Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo. ...), il cui "danno" può anche essere rappresentato dalla perdita della vita.

Ai posteri l'ardua sentenza!

C. Considerato che il legislatore ha citato l'art.2043 c.c. riferendosi quindi al mero "danno patrimoniale", cosa succederà per quanto scaturente dall'applicazione dell'art.2059 c.c.?

Il legislatore, ha sancito ... In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. ... viene spontaneo il chiedersi, in tale ambito, che fine fanno gli scaturenti di cui all'art.2059 c.c.

Considerato infatti che un



comportamento caratterizzato da "culpa levis" non incarna più alcuna ipotesi di reato, sarà ancora possibile risarcire il danno non patrimoniale (caratterizzato da lesioni di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica)?

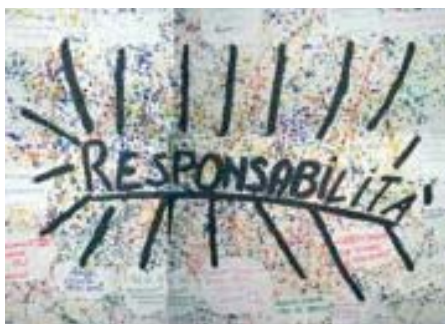
D. In tema di responsabilità professionale appare di primaria importanza anche il contenuto degli artt. 138 e 139 di cui al dlgt n.209 del 07.09.2005

Nulla quaestio per l'art. 139 (DANNO BIOLOGICO PER

LESIONI DI LIEVE ENTITÀ) il cui uso è ormai consolidato e la cui valorizzazione punto viene aggiornata con una certa periodicità (aggiornati dal Decreto del Ministero Sviluppo economico in data 15.06.2012).

Ben diverso è invece il problema inerente l'art. 138 (DANNO BIOLOGICO PER LESIONI DI NON LIEVE ENTITÀ), che "ad oggi" non ha alcuna tabella di riferimento ex lege, costringendo ogni valutatore ad avvalersi dei più accreditati barèmes medico-legali.

Se l'idea era quella di dare una "regola" universalmente accettata per i risarcimenti (fatto che farebbe almeno sperare nell'effetto dissuasivo ad incardinare lunghi e costosi contenziosi giudiziari), non si può certo dire che l'obiettivo sia stato centrato.



In buona sostanza riteniamo che il Legislatore con legge n.189 del 08.11.2012 si prefiggesse di:

- A. allentare la pressione insostenibile sulla perseguibilità della colpa medica;
- B. regolamentare ed uniformare i risarcimenti sul territorio;
- C. dissuadere il potenziale danneggiato dall'incardinare contenziosi giudiziari.

Abbiamo purtroppo modo di ritenere che l'infruttuoso esercizio:

- D. non abbia ottenuto l'agognata **deprocessualizzazione** della colpa medica;
- E. non abbia assolutamente uniformato i risarcimenti per "**danno biologico di non lieve entità**", in quanto non esistono

tabelle universalmente adottate *ex lege*;

F. abbia posto le basi per un ulteriore incremento del contenzioso giudiziale:

- vuoi per il sanitario cui viene ascritto un comportamento censurabile, condivisibilmente portato ad inseguire una **piena** assoluzione o in subordine la *culpa levis*;
- vuoi per la parte offesa che pur avendo avuto prova giudiziale di un comportamento del sanitario non esente da "**criticabilità scientifica**", non avrà certezze sul risarcimento ex art.2059 c.c. poiché il fare del sanitario, seppur colposo, non è più "**penalmente censurabile**".

Seppur taluni operatori del settore agognerebbero un "diritto" più moderno e votato alle mutate esigenze della *societas* (common law), non può negarsi che il nostro amato paese, rappresenti la "culla" del diritto.

CIVIL LAW e COMMON LAW rappresentano due concezioni diverse sia in tema di origini che di adeguamento ai tempi, potendosi anche azzardare un paragone con abiti sartoriali, confezionati a misura della *societas* che devono regolamentare.

Assumendo che qualsiasi cambiamento, tale non è se non genera sia critiche che approvazioni, credo possa comunque dirsi che non esiste cambiamento peggiore di una "copia mal riuscita".

Sarebbe molto più semplicemente bastato avere il coraggio di "depenalizzare" la colpa medica,



ferma restando la risarcibilità del

danno (patrimoniale e non) eventualmente causato.

Forse, rimembrando i trascorsi fasti giuridici, per noi europei risalenti all'antica Roma, dovremmo tornare alla "semplicità" (oggi erroneamente intesa come pochezza ma in verità espressione di intelligenza e profonda cultura, capacità infungibili nel dirimere con semplicità lessicale e non concettuale, questioni importanti).

In assonanza ai contenuti della



prima stesura (dl n.158 del 13.09.2012), abbiamo modo di temere che anche la legge di conver-



sione (n.189 del 08.11.2012), non rappresenti altro che una "pezza" in una *societas* in cui il PROGETTO viene via via reso sempre più nebuloso a fronte invece di una intollerabile visibilità assunta dal PACH-WORK che ci circonda e che agogneremmo non finisca con il connotare la nostra stessa esistenza.

⁽¹⁾ Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito.

Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

⁽²⁾ Art. 2059. Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.