

## **Intervento Avv. Dario De Landro**

### **MASTER POST-UNIVERSITARIO PROCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE SANITARIA**

IV° Settimana: 9 – 10 giugno 2016

#### **Premessa**

Nel porgerVi i miei saluti, ringrazio la Presidente dell’A.GI.SA. di cui sono consigliere, dott.ssa Anna CHILLA’ e svolgo una breve precisazione e contestualizzazione in merito al mio piccolo contributo al presente incontro al “MASTER POST-UNIVERSITARIO: PROCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE SANITARIA”.

Come avvocato civilista, quale sono, riesco a dare all’esposizione un taglio solo prevalentemente da operatore della giustizia, con osservazioni, quindi, di carattere essenzialmente pratico.

In questa occasione, trattandosi dell’ultimo incontro del master che vi ha visto partecipi attivi di un’ampia discussione in merito alla documentazione medica ed alla sua relazione con gli istituti processuali, mi è stato chiesto di fornire una visione d’insieme (sia pur breve), che possa pur eventualmente favorire, ove ve ne sarà tempo, qualche spunto ad un dibattito successivo, specie in merito agli aspetti civilistici della certificazione clinica quale atto pubblico e quindi anche alle eventuali modalità di impugnazione della stessa, con un solo brevissimo accenno (perché altri relatori sono stati deputati a farlo sotto gli aspetti penale ed amministrativo) alle responsabilità conseguenti alla sua non corretta tenuta da parte del personale dirigente di strutture private e soprattutto degli enti del Servizio Sanitario Nazionale.

Pertanto, dopo aver brevemente tratteggiato (e ribadito) gli elementi essenziali della cartella clinica delle conseguenze in ispecie civili per la sua tenuta e della sua eventuale impugnazione, con qualche accenno anche alle responsabilità relative alla sua corretta tenuta, ivi compio, anche qui solo, un breve cenno alla problematica del consenso informato, non mancando di segnalare una recentissima sentenza in materia di corretta “informativa” al paziente (la sent. n. 4540 del 8.3.2016), vorrò sottoporre alla vostra attenzione una sentenza molto recente e particolarmente interessante della Suprema Corte (la n. 6209 del 2016) che, sebbene a voi certamente nota, merita senz’altro un minimo approfondimento per la sua portata chiarificatrice in merito al problema degli oneri probatori, ancora della responsabilità nella tenuta della cartella e, in particolare, sulle omissioni nella sua redazione. Poi assai superficialmente, per il motivo che ho detto, accennerò alla questione della responsabilità disciplinare del professionista sanitario laddove, ripeto, che vorrei fermare la Vostra attenzione (brevemente anche stante l’ampia portata della disciplina) più che altro sulle peculiarità del procedimento disciplinare nei confronti del dirigente medico nel settore del Servizio Sanitario Nazionale alla luce delle ampie riforme apportate prima con il d.lgs. 165/01 e poi, soprattutto, a far data dalla riforma del 2009.

Da ultimo, benché ne siate già stati resi edotti nel corso del presente master, anche onde rimarcare la fluidità della materia, vorrei tratteggiare con Voi alcuni degli elementi fondamentali della riforma in materia di responsabilità professionale nel settore sanitario, attualmente al vaglio del Senato (col Disegno di Legge “Gelli”), che, laddove approvata in via definitiva nell’attuale formulazione, comporterà enormi cambiamenti nel modello giuridico sinora conosciuto in materia di responsabilità medica.

In conclusione, lungi da ogni pretesa di esaustività per una materia tanto vasta e che ha già costituito oggetto di autorevoli interventi nel corso dei precedenti incontri, mi limiterò ad un mio piccolo contributo per cercare di dipanare qualche residuo dubbio eventuale, con anche casi concreti di responsabilità civile (di più), penale (di meno) ed amministrativa (ancor meno), in virtù della mia esperienza nel settore civile, proprie della quotidiana attività lavorativa dell'esercente la professione medica.

\* \* \*

Voglio, pertanto, iniziare il mio intervento ricordando a noi tutti che la **cartella clinica** è un documento cospicuamente oggetto di indagine da parte della giurisprudenza nell'ambito dei giudizi risarcitori da *malpractice* (uno per tutti, vedasi: Vittorio OCCORSIO, in *Cartella Clinica e Responsabilità Medica*; Giuffré Editore 2011).

La dottrina in più occasioni ha proposto una definizione della cartella clinica quale mero atto certificativo, cioè mera dichiarazione di scienza e verità da parte del medico, inidonea quindi a costituire nuove situazioni giuridiche, per la giurisprudenza, ma non può revocarsi in dubbio la sua efficacia di atto pubblico di fede privilegiata, a formazione progressiva.

È il principale strumento di lavoro per il personale sanitario operante in una struttura di degenza constando dei rilievi clinici, degli indirizzi diagnostici, dei dispositivi terapeutici, in sostanza di tutte le notizie anamnestiche e di tutti i dati sanitari, appunto progressivamente raccolti dal personale addetto in relazione al soggetto ricoverato, per tutta la durata della sua degenza ospedaliera.

Questo detto a beneficio eventuale non certamente dei medici, che sanno bene tutto ciò .

Tale documento è il presupposto indefettibile della prestazione sanitaria e si appalesa di straordinaria importanza sotto molteplici profili. *In primis*, sotto il profilo clinico, quale indispensabile strumento operativo per tutta l'*equipe* dedita alla cura del paziente; così come sotto l'aspetto storico-documentale oltre che didattico o di ricerca scientifica, costituendo uno dei principali strumenti per la valutazione della prestazione sanitaria erogata; o, ancora, sotto il profilo medico legale, specie per la sua efficacia probatoria; così come, da ultimo, ai fini dell'attestazione del consenso informato legittimamente prestato dal paziente, profilo ineludibile e sempre più rilevante in relazione alla prestazione sanitaria.

Sebbene le modalità interne di compilazione adottate dalle diverse strutture ospedaliere, o persino all'interno dei singoli reparti di uno stesso ospedale, possano sensibilmente variare, in linea di massima, sia pure con le dovute distinzioni legate alla tipologia del ricovero e della patologia sottesa, in dottrina si indicano come atti e documenti concorrenti alla costituzione della cartella clinica prevalentemente i seguenti: il foglio di accettazione/rapporto Pronto Soccorso (RPS); la copia dei referti inviati all'Autorità Giudiziaria; la copia della denuncia di malattia infettiva/notifica infezioni ospedaliere; la scheda di dimissione ospedaliera (cd. scheda RAD); la cd. scheda CEDAP in casi di parto; la scheda infermieristica; la scheda ostetrica; il cd. consenso informato; la copia del riscontro diagnostico in caso di decesso del paziente; la copia della lettera di dimissione; i referti di tutte le indagini di laboratorio e strumentali; la diaria; gli esami effettuati con i relativi referti, anche in dimissione protetta ed in preospedalizzazione; la scheda anestesiologicala; le eventuali comunicazioni delle autorità giudiziarie competenti (si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alle comunicazioni offerte dal Giudice di sorveglianza nel caso di pazienti provenienti dagli Istituti Carcerari);

ancora il cd. TSO (trattamento sanitario obbligatorio); le consulenze specialistiche effettuate; la scheda dell'intervento chirurgico; la domanda per lungodegenza e la domanda per riabilitazione.

Quanto alla compilazione della cartella, secondo quanto chiaramente esposto ormai in modo granitico dalla giurisprudenza medico-legale, la stessa non solo dovrà essere contestuale al verificarsi degli eventi (svolgendo la cartella clinica una funzione di diario del decorso della malattia e di altri fatti clinici rilevanti), ma altresì dovrà avvenire secondo i criteri di veridicità, completezza, diligenza, precisione e chiarezza (sia grafica che concettuale), sempre nel rispetto delle regole della buona pratica clinica. Inoltre, stante il suo rilievo di atto pubblico e le conseguenze da ciò derivanti sul piano giuridico (come meglio si vedrà in prosieguo), la stessa è contraddistinta da una sorta di "intelligibilità grafica" che comporta la necessità per l'operatore di adottare particolari accorgimenti anche laddove voglia procedere alla correzione di errori meramente materiali.

Interessante in tal senso, un'immagine offerta più volte dalla Suprema Corte laddove afferma che la documentazione clinica, stante la sua funzione pubblica, "non appartiene a colui che la redige" (*ex multis*, Cass. penale, sez. V, n. 13989 del 2004). Il che significa, appunto, che quand'anche la cartella resti di fatto nella disponibilità materiale del soggetto redigente, questi non dovrà modificarne il contenuto ma, in caso di errore, solo aggiungere successivamente l'annotazione corretta. Da un punto di vista pratico, quindi, laddove la "correzione" non sia immediatamente successiva, il medico potrebbe "evidenziare" l'errore, a tutto voler concedere, circoscrivendolo tra due parentesi, numerandolo e, quindi, dopo aver riportato il numero a piè di pagina, inserire una dicitura come "Leggasi: ..." o simile, seguita dalla correzione, che si ritiene doversi apportare (sempre,

accompagnata, ovviamente, dall'apposizione di firma, data e timbro di chi la redige).

La *ratio* sottesa a tale impianto sta nel fatto che la cartella clinica acquista carattere di definitività contestualmente alla sua redazione perché il suo contenuto esce dalla sfera di disponibilità del suo autore nel momento stesso in cui registra ogni annotazione. Ogni singola annotazione, cioè, assume un autonomo valore giuridico e documentale nel momento stesso in cui viene trascritta e, pertanto, ogni eventuale alterazione (da parte di un qualsivoglia compilatore) costituisce atto di falsità che va a violare le garanzie di certezza accordate agli atti pubblici e che risulta punibile per chiara previsione normativa, non rilevando in alcun modo neppure l'intento che muove l'agente.

In sostanza, quindi, l'eventuale correzione può sostanzarsi solo ed esclusivamente in una nuova annotazione che, oltre ad essere chiara in merito alle modifiche ritenute indispensabili, non alteri in alcun modo le precedenti annotazioni.

Pertanto, senza voler ovviamente sconfinare nel territorio non mio dell'ambito penalistico, stanti le predette premesse, senza addentrarsi nelle molteplici discussioni in materia offerte da dottrina e giurisprudenza e solo per completezza espositiva evidenzio che, in linea di massima, può rilevarsi che, mentre il mancato rispetto delle disposizioni afferenti la corretta tenuta della documentazione medica richiamata (cartella clinica) dovrebbe comportare il configurarsi in capo al soggetto agente del delitto di "*falso ideologico in atto pubblico*" (punito ex art. 479 c.p.), anche l'eventuale alterazione dell'essenza materiale della cartella clinica, quand'anche sostanziantesi in mere modifiche successive alla stesura, dovrebbe configurare specifico delitto, cioè di "*falsità materiale*" ex art.476 c.p..

\*

Prima di procedere ad una breve disamina del valore della cartella come atto pubblico e degli strumenti utili alla sua contestazione in giudizio, aprendo una brevissima parentesi, diciamo che ben diversa e, ovviamente, di rilievo nettamente inferiore alla cartella clinica è la **scheda sanitaria**, documento avente valore di strumento tecnico professionale a supporto di talune attività cliniche, avente rilievo essenzialmente certificativo o documentale.

Tuttavia, tutto ciò non tragga in inganno facendo ritenere che la tenuta della scheda sanitaria sia scevra da vincoli.

La compilazione e tenuta della scheda sanitaria, infatti, anche per il medico di medicina generale in regime convenzionato, è espressione di un chiaro dovere *ex lege*, oltre che contrattualmente imposto (*in primis*, ai sensi e per gli effetti dell'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale) e comporta un'espressa soggezione alle verifiche delle Aziende Sanitarie Locali, la cui violazione costituisce infrazione ed è motivo di contestazione.

Del pari evidenzio, ove mai necessario, che, ovviamente, ancora diverso è altresì il caso della **cartella clinica redatta dal medico libero-professionista**, appalesantesi quale mero promemoria privato del medico stesso in merito all'attività diagnostica e terapeutica posta in essere, non godendo di una posizione privilegiata nel novero della documentazione medica, cioè né di atto pubblico, né di certificazione dotata di particolare efficacia.

Infine, benché ormai superata, si ricorda la ben nota (benché in passato non pacifica) distinzione tra la documentazione delle **strutture private convenzionate e quelle non convenzionate** con il sistema sanitario nazionale. Infatti, occorre chiarire che nel caso in cui la casa di cura abbia in essere l'apposita convenzione con l'Azienda Sanitaria Locale, la natura giuridica della cartella clinica è la stessa della cartella clinica della struttura pubblica; laddove, viceversa, allorquando tale convenzione sia assente, il valore della cartella non potrà essere riconducibile nell'alveo dell'applicabilità dell'art. 2699 c.c., dovendo qualificarsi, invece, quale promemoria privato dell'attività diagnostica e terapeutica svolta dal medico curante della casa di cura privata. Il che, è bene evidenziarlo, non significa una sorta di deregolamentazione redazionale e conservativa delle cartelle cliniche nell'ambito delle strutture private, dovendo le stesse, comunque, rispettare gli specifici obblighi redazionali disposti dal legislatore (*in primis*, ex D.p.c.m. 27.6.86 e d.m. Sanità 5.8.77), così come di conservazione (da parte della Direzione sanitaria e, in caso di cessazione dell'attività, da parte dell'Ufficio di igiene).

\*\*\*

Venendo quindi al **valore giuridico della cartella** ed alle **modalità di contestazione della stessa**, occorre ribadire, come peraltro già sarà stato evidenziato nei precedenti interventi a questo Master, che di centrale importanza nell'analisi della documentazione medica è il ruolo che la stessa assume nel novero degli strumenti probatori, fugando il campo da qualsiasi dubbio in merito alla centrale problematica della contestazione della veridicità espressa attraverso l'atto pubblico (quale, appunto, la cartella clinica è). Si presume sempre, difatti, la veridicità di un atto pubblico.

Come già detto in precedenza, la cartella clinica è appunto un **atto pubblico di “fede privilegiata”** (art.2699 c.c.: “*L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato*”). Ciò significa che trattasi di atto che fa fede e costituisce prova fino a querela di falso della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

Il nostro ordinamento, infatti, riconosce l'atto pubblico come prova precostituita, storica e legale: un documento redatto con particolari formalità prescritte *ex lege*, da un notaio o da un altro pubblico ufficiale nell'esercizio di pubbliche funzioni certificative delle quali è investito dalla legge, che vincola la valutazione del giudice e la sua discrezionalità decisionale in merito al *thema probandum*.

Lo strumento tipico predisposto dal legislatore per contrastare l'efficacia di prova legale riconosciuta all'atto pubblico è la **querela di falso**, disciplinata dagli artt. 221 e ss. del c.p.c.

Al di là quindi del fatto che è una querela, è uno strumento civilistico. Ovviamente del reato di falso è perseguito anche penalmente il relatore che approfondisca gli aspetti penali interverrà al riguardo.

Qui approfondirò la querela di falso in sede civile.

L'art. 2700 c.c., infatti, chiaramente dispone che l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti. Quindi, perché un documento costituisca atto pubblico e abbia l'efficacia riconosciuta dall'art. 2700 c.c., occorre che lo stesso provenga da

un pubblico ufficiale e che sia formato nell'esercizio di una funzione specificatamente diretta alla documentazione (funzione questa che la legge espressamente riconosce, appunto, al personale medico nell'elaborazione della cartella clinica).

Quanto all'oggetto del giudizio per querela di falso, le posizioni in dottrina non appaiono univoche.

Benché non sia certo questa la sede opportuna per una disquisizione in merito alle diverse teorie prospettate dalla dottrina, è interessante notare che, a fronte di un primo orientamento secondo cui l'accertamento oggetto del giudizio sarebbe di “mero fatto” (cioè la verità o falsità del documento) e non la situazione giuridica (così, ad esempio, E. T. Liebman e G. De Stefano), un secondo orientamento ritiene che l'oggetto sarebbe costituito dall'efficacia probatoria del documento (cioè la sua capacità di vincolare il giudice a determinate risultanze), riconducendo il giudizio ad una sorta di processo di annullamento (così, ad esempio, F. Carnenutti e N. Attardi).

Tali orientamenti, tuttavia, hanno nel tempo mostrato i propri limiti soggiacendo, il primo all'obiezione per cui non è facilmente ipotizzabile nel nostro ordinamento un procedimento giurisdizionale di “mero fatto”, il secondo all'obiezione per cui si appaleserebbe in contrasto con le disposizione degli artt. 217 e 221 c.p.c. che sottendono sia un giudizio volto all'annullamento dell'efficacia del documento falso, sia un giudizio volto all'accertamento della verità (o veridicità) del documento.

Da tale evoluzione argomentativa ha trovato origine un terzo (e prevalente) orientamento dottrinale il quale vuole ricondurre l'oggetto del procedimento all'interno di una visione più ampia del giudizio e, in particolare, all'interesse e dovere dell'autorità giudiziaria di provvedere all'eliminazione dal novero della documentazione giuridica i documenti “falsi”, perché

chiaramente idonei a procurare un danno alla collettività, salvo ovviamente il rispetto delle differenze legate alla struttura del processo, condizionandosi all'*officium iudicis* nel processo penale ed all'impulso di parte in quello civile (così, ad esempio, V. Denti). A tale ultimo orientamento, peraltro, sembra riferirsi la giurisprudenza di legittimità. Interessante in merito, la sentenza della Suprema Corte n. 2524 del 2006 con cui la Cassazione evidenzia che la ratio sottesa al giudizio civile di falso ed al procedimento penale di falso è la stessa, consistendo nell'eliminazione dell'efficacia rappresentativa del documento impugnato a tutela di un superiore interesse collettivo, grazie alla sollecitazione di un potere-dovere di rilevanza pubblicistica atto all'eliminazione delle prove non genuine. In ogni caso, è bene precisare sin d'ora che non ogni rilevante errore redazionale è passibile di querela. Una granitica giurisprudenza, infatti, ha ormai evidenziato che laddove *“si controverta soltanto su di un errore materiale incorso nel documento (configurabile nel caso di mera “svista” che non incide sul contenuto sostanziale del documento, rilevabile dal suo stesso contenuto e tale da non esigere una ulteriore indagine di fatto), la querela di falso non è ammissibile”* (ex multis, Cass. n. 8925/2001).

Per costante giurisprudenza di legittimità, la querela di falso ha il precipuo fine di privare *“un atto pubblico (od una scrittura privata riconosciuta) della sua intrinseca idoneità a ‘far fede’, a servire, cioè, come prova di atti o di rapporti, mirando così, attraverso la relativa declaratoria, a conseguire il risultato di provocare la completa rimozione del valore del documento, eliminandone, oltre all'efficacia sua propria, qualsiasi ulteriore effetto attribuitogli, sotto altro aspetto, dalla legge, e del tutto a prescindere dalla concreta individuazione dell'autore della falsificazione”* (cfr., ex multis, Cass. n. 18323/2007).

La "piena prova" del documento difatti è riconducibile solo alla provenienza dal pubblico ufficiale che lo ha formato, al fatto che le dichiarazioni delle parti siano avvenute in sua presenza ed a quanto avvenuto in sua presenza, mentre la peculiare efficacia probatoria (cd. prova legale) non si estende al vero e proprio contenuto delle dichiarazioni delle parti (*ex multis*, Cass. n. 11012 del 2013 ove si evidenzia che l'efficacia probatoria privilegiata dell'atto pubblico è limitata ai fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza e alla provenienza delle dichiarazioni, senza implicare l'intrinseca veridicità di esse o la loro rispondenza all'effettiva intenzione delle parti).

In tal senso occorre precisare che la prevalente giurisprudenza ha più volte proposto una netta distinzione in merito al valore assunto dalle attestazioni contenute in una cartella clinica che saranno riferibili ad una certificazione amministrativa solo per quanto attiene alle attività espletate nel corso di una terapia o di un intervento, mentre, al contrario, relativamente alle valutazioni, diagnosi o comunque alle manifestazioni di scienza o di opinione in essa contenute, non hanno alcun valore probatorio privilegiato rispetto ad altri elementi di prova (*ex multis*, Cass. civ. sez. III, 27/9/99 n. 10695). In sostanza, in quanto atto pubblico, la cartella fa fede fino a querela di falso soltanto relativamente alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese ed agli altri fatti dal medesimo compiuti, non estendendosi tale efficacia probatoria anche ai giudizi valutativi eventualmente espressi.

Peraltro, la richiamata giurisprudenza ha altresì evidenziato che, stante il principio secondo il quale nessuno può preconstituire prova a favore di se stesso, in ogni caso, le attestazioni della cartella clinica, ancorché riguardanti fatti avvenuti alla presenza del medico P.U. o da lui stesso compiuti e non aspetti meramente valutativi, non possono costituire prova piena a favore di chi le ha redatte.

Ebbene, tutto ciò premesso, sempre senza soffermarci su tutte le differenze del caso, prima di passare alla disamina del procedimento dal punto di vista civilistico, si evidenzia che, mentre nel giudizio civile si tende alla prova della falsità del documento impugnato, in quello penale si vuole individuare (e, quindi, conseguenza punire) l'autore del falso (ex artt. 476 e ss. del codice penale); nonché, sempre in relazione ai rapporti tra processo civile e penale, che è ormai intervenuta l'abolizione del cd. "principio della pregiudizialità penale", ben potendo oggi i due giudizi svolgersi separatamente.

\*

Venendo alla disamina delle **modalità di proposizione della querela nell'ambito del processo civile**, ricordiamo a noi stessi che l'Articolo 221 del Codice di Procedura Civile chiaramente dispone che: *"la querela di falso può proporsi tanto in via principale quanto in corso di causa in qualunque stato e grado di giudizio, finché la verità del documento non sia stata accertata con sentenza passata in giudicato"*.

Quanto all'interesse ed alla legittimazione nell'azione, occorre rilevare che mentre è ormai pacifico che l'interesse vada riconosciuto in capo a tutti coloro nei cui confronti potrebbe essere fatto valere il documento (in tal senso la storica sentenza della Suprema Corte, n. 9013 del 1992), al contrario più problematica è la questione della legittimazione. La giurisprudenza di legittimità ha, in ogni caso, chiaramente rilevato che la legittimazione attiva alla proposizione della querela di falso è propria di "chiunque abbia interesse a contrastare l'efficacia probatoria di un documento munito di fede privilegiata in relazione ad una pretesa che su"

esso si fondi, non esclusa la stessa parte che l'abbia prodotto in giudizio”  
(cfr. Cass. n. 3305/1997; Cass. n. 11489/2008).

La querela dovrà sempre contenere, a pena di nullità, l'indicazione degli elementi e delle prove della falsità, dovrà essere proposta personalmente dalla parte oppure a mezzo di procuratore speciale, ed è obbligatorio l'intervento nel processo del pubblico ministero. In merito a tale ultimo inciso, che spesso ingenera non pochi dubbi nei non addetti ai lavori, occorre evidenziare che tale “*partecipazione obbligatoria*” del pubblico ministero è necessaria solo nella fase di accertamento del falso, laddove appunto viene coinvolto l'interesse generale all'intangibilità della pubblica fede dell'atto ed in ogni caso il requisito di legge è pienamente rispettato anche solo attraverso la regolare comunicazione all'ufficio del medesimo, onde consentire l'eventuale intervento nel giudizio.

Altra determinante indicazione offerta dalla disposizione codicistica è, come detto, relativa al contenuto della querela la quale dovrà contenere, a pena di nullità, “l'indicazione degli elementi e delle prove della falsità”, non potendo essere precisati o dedotti nuovi elementi successivamente alla proposizione della querela stessa (così, *ex multis*, Cass. n. 6383/1988).

A maggior riprova dell'importante ruolo riconosciuto dall'ordinamento a tale strumento, si noti che, a pena di inammissibilità, l'atto di querela deve sempre essere sottoscritto, senza possibile sanatoria “*successivamente con la sottoscrizione personale dell'atto di riassunzione dinanzi al tribunale*” (*ex multis*, Cass. n. 5040 del 2005). Dal punto di vista procedurale, occorre precisare che dove il giudizio è proposto in via principale, è previsto per il querelante l'onere di confermare l'istanza nella prima udienza davanti al G.I. (99 disp. att.), mentre nel caso in cui la parte proponga querela di falso in corso di causa, invece, le cautele procedurali sottese all'istituto

impongono al giudice di interpellare la parte che ha prodotto il documento per chiederle se intenda o meno valersene in giudizio (c.d. “*interpello*”).

Il procedimento proseguirà, *ex art. 223 c.p.c.*, con la redazione del processo verbale di deposito nelle mani del cancelliere del documento impugnato, il tutto sempre (ferme le precisazioni di cui sopra) alla presenza del pubblico ministero e delle parti. Quindi, onde consentire l'accertamento dell'eventuale falsità del documento, il giudice procede all'ammissione dei mezzi istruttori ritenuti idonei e rilevanti, provvedendo anche in merito ai modi e i termini della loro assunzione.

Quanto alla fase decisoria del giudizio, stando alla chiara previsione codicistica (art. 225 c.p.c.), è sempre rimessa al tribunale in composizione collegiale, quand'anche il processo si sia svolto davanti al giudice monocratico (che rimane comunque competente per la decisione sul merito).

Da ultimo, si rileva come ancora aperta sia la discussione in dottrina in merito alla sussistenza o meno di un'efficacia *erga omnes* della sentenza del giudizio di falsità. Tuttavia, stando alla più recente giurisprudenza di legittimità, comunque, dovrà concludersi che la sentenza avente ad oggetto la veridicità o meno del documento non potrà che avere efficacia *erga omnes* e non solo nei riguardi della controparte presente in giudizio avendo il fine precipuo di eliminare ogni incertezza sull'atto (*ex multis*, Cass. Pen. n. 49542 del 2014; conf. Cass. n. 8362 del 2000)

Stante lo straordinario rilievo della questione e un'attenzione in materia che spesso non è quella adeguata da parte del personale medico, appare opportuno qualche ulteriore spunto di riflessione anche in merito al cd. **consenso informato**, di cui sinceramente già si sarà parlato al master come di altro fondamentale strumento certamente rientrante nel novero di applicazione del più ampio concetto di “documentazione medica”.

Il consenso informato può essere definito come quella manifestazione di volontà che il paziente esprime onde ottenere la prestazione sanitaria, dopo essere stato esaurientemente reso edotto in merito alla natura ed ai possibili sviluppi del percorso terapeutico. Tale “consenso”, quindi, non può assolutamente limitarsi ad una mera elencazione di possibili complicanze, ma deve fornire una chiara spiegazione (cioè in modo comprensibile per il proprio uditore) in merito alle sue concrete condizioni ed alle caratteristiche della sua patologia, il tipo di intervento, i possibili effetti positivi e negativi, le possibili alternative e i possibili rischi, nonché fornire una chiara enunciazione in relazione all’effettivo margine probabilistico del loro verificarsi stanti le specifiche condizioni del paziente.

E’ bene precisare che la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell’illecito per violazione del consenso informato. La condotta omissiva dannosa e l’ingiustizia del fatto (sussistente per la semplice ragione che il paziente, a causa del *deficit* informativo, non è stato messo in condizioni di dare il proprio consenso al trattamento con volontà consapevole) sono del tutto slegate dall’esito terapeutico, stante la sussistenza di un autonomo pregiudizio dovuto alla mancata prestazione di un valido consenso (*ex multis*, Cass. sez. III, 14.3.2006 n°5444).

Come per le altre condotte sin qui rilevate, anche per la responsabilità professionale relativa alla corretta, completa e consapevole percezione del consenso ha natura contrattuale. Il che, come si è avuto modo di rilevare in precedenza, comporta importanti conseguenze tanto sul piano prescrizionale quanto sul piano probatorio (*ex multis*, Cass. sez. III 9/2/2010 n. 2847).

Il medico, inoltre, è bene precisarlo, incorrerà in responsabilità non solo laddove abbia omesso completamente di adempiere al proprio dovere di informazione, ma altresì laddove sia “generico” o comunque non elabori e faccia sottoscrivere al paziente un modulo dal quale si desuma con certezza che quest’ultimo abbia effettivamente ottenuto in modo esaustivo tutte le informazioni del caso (*ex multis*, Cass. sez. III 8 ottobre 2008, n. 24791), nonché laddove fornisca assicurazioni insufficienti o errate in ordine all’assenza di rischi o complicazioni derivanti da un determinato trattamento da eseguire, estendendosi l’inadempimento contrattuale anche alle informazioni non veritiere (*ex multis*, Cass. sez. III 28. 11. 2007 n. 24742).

Da ultimo, Vi cito una sentenza particolarmente interessante recentemente intervenuta in materia di obblighi informativi gravanti sul medico, che è quella della **Cass. n. 4540 dell’ 8.3.2016**, con cui si è evidenziata la sussistenza di un dovere in capo al medico di informare il paziente anche in merito ai *deficit* della struttura. In particolare, la Cass. precisa che, dove la struttura sanitaria non disponga di strumenti e/o delle tecnologie idonee a garantire una buona diagnosi, allora il medico è onerato di renderne edotto il paziente, anche informandolo della possibilità di effettuare nuovamente l’esame presso un centro dotato di idonee attrezzature. In sostanza, se è vero che dell’eventuale inadeguatezza della struttura o degli strumenti risponde esclusivamente la struttura stessa, ciò non toglie che il medico sia tenuto ad informare il paziente delle carenze stesse e della possibilità di rivolgersi a strutture adeguate alle sue necessità diagnostiche e, laddove non ottemperi a tale dovere informativo, pur esente da colpa professionale nella fase esecutiva del suo intervento, il medico resterà soggetto alla responsabilità per l’omissione informativa che abbia comportato nel paziente l’insorgere di un incolpevole affidamento in merito all’idoneità dell’esame strumentale.

\*

Venendo alla citata sentenza della Suprema Corte su cui vorrei ancora far soffermare la vostra attenzione, la **Sent. n. 6209 del 31 marzo 2016**, avente ad oggetto un caso di risarcimento danni derivanti da lesioni (subite da una minore in occasione del parto e comportanti una tetraparesi e una grave insufficienza mentale da asfissia perinatale), risulta particolarmente interessante sia perché appalesa come la Suprema Corte intervenga ancora in una materia tanto complessa e delicata a riforma di una giurisprudenza di merito spesso troppo poco attenta all'effettiva *ratio legis* sottesa alla specificità della materia (nel caso di specie riformando due gradi di giudizio conformi); sia perché ancora una volta **conferma la responsabilità contrattuale (ex art. 1218 c.c.) del medico nella tenuta della cartella clinica**; sia perché, infine, espone in modo chiaro il principio regolante la ripartizione dell'onere probatorio nell'ambito della predetta responsabilità del sanitario.

Ricordiamo, preliminarmente, che la giurisprudenza di legittimità ha più volte evidenziato che anche **l'omissione nella tenuta della cartella** non è priva di effetti ed anzi è potenziale causa di presunzione *juris tantum* di omissione a carico del medico, il quale avrà l'onere, onde andare esente da responsabilità, di provare di avere effettivamente compiuto l'operazione non annotata nella cartella clinica.

La Suprema Corte, evidenzia che la responsabilità afferente la tenuta della cartella rientra nel novero di applicabilità della cd. responsabilità contrattuale (ex art. 1218 c.c.).

Pertanto, ha precisato la Cassazione, **la prova liberatoria ex art. 1218 c.c., in tutte le ipotesi di “malpractice”, grava sulla struttura e sui sanitari** convenuti in giudizio, stante peraltro un ormai granitico principio in ordine alla distribuzione degli oneri probatori. In tal senso, laddove, come nel caso di specie, sia riscontrabile un “vuoto” nelle annotazioni della cartella clinica, il giudicante, nel rispetto dei criteri di distribuzione dell’onere della prova, alla luce della pacifica carenza di annotazioni nella cartella clinica, dovrà sempre e comunque applicare il principio secondo cui al paziente dovrà essere richiesta l’allegazione solo del fatto e del danno, mentre la prova liberatoria graverà interamente sul medico e sulla struttura, sempre fermo che *“l’imperfetta compilazione della cartella clinica non può tradursi in uno svantaggio processuale per il paziente (anziché per la parte cui il difetto di annotazione è imputabile), traducendosi in un inammissibile vulnus al criterio che onera la parte convenuta della prova liberatoria in merito all’esattezza del proprio adempimento”*.

\* \* \*

Sperando di fare cosa gradita all’uditorio e senza voler in alcun modo sottrarre tempo al collega che più nel dettaglio tratterà l’argomento, vorrei integrare il mio intervento con qualche breve notazione relativamente agli aspetti giuslavoristici afferenti la corretta tenuta della cartella relativamente al personale appartenente alla dirigenza medica presso le strutture del Sistema Sanitario Nazionale.

Senza dilungarsi sulle fonti del diritto che poco interesse hanno qui, prima di passare ai cenni sulle disposizioni disciplinari di cui al CCNL del 2010 (dopo quello del 2008), evidenzio come peso determinante nell'evoluzione della disciplina abbiano il D.Lgs. n. 165 del 2001 e i D.L. 150 del 2009. In particolare col secondo, si passa da un sistema basato sul "rinvio" al CCNL ad un ridimensionamento della funzione negoziale, anche in tema di responsabilità e procedimento disciplinare, con un forte radicamento anche procedimentale nelle disposizioni normative (cd. "principio di supremazia della legge"). Il CCNL del 2010 per i dirigenti medici del SSN (integrativo del precedente, dicevo, del 2008, specie alla luce della riforma del 2009), al Titolo II, Capo II, prevede una chiara enucleazione della disciplina applicata al personale dirigenziale dell'area medica in materia di responsabilità disciplinare, ferma la conferma del cd. "principio di supremazia della legge" di quelli che sono i principi cardine in materia disciplinare: la predeterminazione delle infrazioni e delle sanzioni, la loro pubblicità (con l'affissione del codice disciplinare), la preventiva contestazione dell'addebito, il rispetto del diritto di difesa del lavoratore, l'obbligatorietà dell'azione disciplinare (cui meglio si accennerà in prosieguo), la tempestività, la proporzionalità e la trasparenza. Per quanto riguarda la responsabilità del dirigente nella tenuta della documentazione medica, consta rilevare che il citato contratto, dopo aver eccepito che la condotta debba sempre e comunque orientarsi ai principi di diligenza e fedeltà (*ex artt. 2104 e 2105 c.c.*), nonché a quanto conseguente in ragione del suo ruolo nella gestione della cosa pubblica (che deve essere caratterizzato da "*impegno e responsabilità*"), all'art. 6 espressamente prevede tra le ipotesi di responsabilità professionale del dirigente di: "... j) assicurare la massima diligenza nella **compilazione e tenuta e controllo** delle cartelle cliniche, referti e risultanze diagnostiche".

A fronte delle chiare ipotesi sanzionabili ex art. 6 del CCNL di categoria, sono previste parimenti chiare ipotesi sanzionatorie al successivo art. 7, sostanziantesi, secondo un principio di progressione, in: censura scritta; sanzione pecuniaria; sospensione dal servizio con privazione della retribuzione; licenziamento con preavviso; licenziamento senza preavviso.

Ai fini dell'individuazione della sanzione effettivamente applicabile, il codice prevede che debba tenersi conto, non solo dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni in relazione alla gravità della mancanza, ma altresì di alcuni criteri di ampia portata secondo una applicabilità generalizzata (a titolo esemplificativo: *“l'intenzionalità del comportamento; il grado di negligenza dimostrata, tenuto anche conto della prevedibilità dell'evento; la rilevanza della infrazione e dell'inosservanza degli obblighi e delle disposizioni violate; le responsabilità connesse con l'incarico dirigenziale ricoperto, nonché con la gravità della lesione del prestigio dell'Azienda; ...”* ecc.), nonché dell'eventuale pluralità delle mancanze compiute, fermo, in ogni caso, il principio per cui l'eventuale recidiva potrà trovare applicazione in termini di un incremento della gravità della sanzione solo nell'arco di un biennio. Venendo quindi all'aspetto più propriamente sanzionatorio, senza volersi soffermare in questa occasione su tutte le ipotesi previste (il che richiederebbe una sessione dedicata), limitando la nostra attenzione all'oggetto del presente incontro, si rileva che per un *“... d) comportamento negligente nella compilazione, tenuta e controllo delle cartelle cliniche, referti e risultanze diagnostiche”* è prevista in prima battuta una *“sanzione disciplinare dal minimo della censura scritta fino alla multa da € 200 a € 500”*.

Interessante notare come il successivo comma 8 dell'art. 8 preveda, altresì, che la *“sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di 3 giorni fino ad un massimo di 3 mesi, si applica nel caso previsto dall'art. 55 sexies, comma 1 del d.lgs. 165/2001”*, cioè per tutti i casi di responsabilità disciplinare del dirigente medico per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione.

E' quindi prevista una sanzione sospensiva dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di sei mesi per: *“a) recidiva nel biennio delle mancanze previste nei commi 4, 5, 6, e 7 (nдр: compreso, appunto il *“comportamento negligente nella compilazione, tenuta e controllo delle cartelle cliniche, referti e risultanze diagnostiche”*) oppure quando le mancanze previste dai medesimi commi si caratterizzano per una particolare gravità; inoltre per... i) comportamento negligente od omissivo nella compilazione, tenuta e controllo delle cartelle cliniche, referti e risultanze diagnostiche, da cui sia derivato un danno per l'azienda o per i terzi”*.

Da ultimo, la sanzione disciplinare del licenziamento *“con preavviso”* è prevista per le ipotesi di: *“... b) recidiva plurima, in una dalle mancanze previste ai commi 4, 5, 6, 7 e 8, anche se di diversa natura, o recidiva, nel biennio, in una mancanza che abbia comportato l'applicazione della sanzione massima di 6 mesi di sospensione dal servizio o, comunque, quando le mancanze di cui ai commi precedenti si caratterizzano per una particolare gravità”*, nonché, *“senza preavviso”*, per le ipotesi di *“...b) gravi fatti illeciti di rilevanza penale, ivi compresi quelli che possono dar luogo alla sospensione cautelare...; ... f) per gli atti e comportamenti ..., di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 2119 del codice civile”*.

Quanto poi alla forma ed ai termini del procedimento disciplinare, così come in merito all'organo competente, restano ferme le modalità previste dall'art. 55-bis del d.lgs. 165/01, che prevede, oltre ad una serrata scansione temporale per la procedure, una bipartizione dell'organo disciplinare a seconda della gravità della sanzione applicabile.

L'organo deputato alla disciplina sarà il responsabile con qualifica dirigenziale ove si tratti di sanzioni di minore gravità, cioè non oltre la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni; mentre per tutti gli altri casi sarà responsabile l'apposito ufficio per i procedimenti disciplinari.

Interessante notare come la citata norma preveda altresì un'espressa responsabilità (con sanzione della sospensione fino a 15 giorni) in capo al *“lavoratore dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti”*. La norma è una lampante espressione della *ratio* sottesa alla riforma del 2009, volta in particolare a contrastare possibili forme di “malcostume” o “*mala gestio*” purtroppo talvolta rinvenute nella gestione del servizio pubblico.

Chiediamoci ora se sussista o meno un principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare. Ci si chiede, cioè, se il datore (o chi ne fa le veci nell'ambito dello specifico procedimento) possa discrezionalmente decidere di procedere o meno avverso il dipendente.

In realtà, la risposta alla domanda non è assolutamente univoca, ma trova la sua principale scriminante nella differenziazione del potere datoriale tra pubblico e privato.

Nessun dubbio può essere sollevato in merito alla sussistenza di una certa discrezionalità del datore di lavoro “privato” nell’esercizio del potere disciplinare. Ciò, tanto in considerazione del libero apprezzamento dell’iniziativa da parte dell’imprenditore (che incontra il solo limite del divieto di discriminazioni), sia in ragione di quelle prerogative datoriali di cui parla l’art. 2106 c.c. (c.d. valutazione costi-benefici) e nella libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost.

Più complessa, invece, la questione per il comparto pubblico. Mentre in passato si oscillava tra posizioni favorevoli alla sussistenza di un vero e proprio obbligo di esercitare l’azione disciplinare da parte del dirigente in presenza di segnalazione in merito, e posizioni più garantiste di un principio di discrezionalità attraverso una lettura analogica delle disposizioni proprie del comparto privato; con la riforma del 2009, si è senz’altro assunta una posizione favorevole all’obbligatorietà dell’azione quanto meno in presenza di un *fumus* in merito alla responsabilità del dipendente.

\* \* \*

Prima di concludere il mio intervento, stante la portata epocale della riforma, voglio ricordare a noi tutti quanto dicevo all’inizio e cioè che nel Gennaio 2016 la Camera dei Deputati ha approvato tal il disegno di legge “Gelli”, recante disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario.

Il provvedimento, attualmente, al vaglio del Senato (n. 2224/2016), secondo indiscrezioni più o meno fondate, dovrebbe trovare la sua approvazione in via definitiva entro l’estate.

Numerose le novità proposte dal predetto disegno.

Anzitutto l'introduzione (o meglio, l'estensione) del ruolo del "risk manager", anche per i dipendenti di strutture sanitarie aventi almeno tre anni di esperienza, figura in precedenza relegata al solo ambito di operatività degli igienisti o medici legali; di poi, ampie modifiche in materia di onere probatorio (con la sostanziale inversione dal medico al paziente) e l'introduzione di un nuovo art. 590-ter del codice penale (*"L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge"*); quindi (e ciò costituisce il perno rivoluzionario su cui ruota la riforma), **l'introduzione di una distinzione per le responsabilità civili di azienda ospedaliera e medico**, limitando solo alla prima il permanere di una responsabilità contrattuali ex. art. 1218 c.c., mentre in capo al medico è prevista l'applicazione di quella extracontrattuale ex. art. 2043 c.c. (quindi vedremo poi con anche l'inversione dell'onere probatorio e prescrizione quinquennale); inoltre, viene eliminata la previsione della mediazione come condizione di procedibilità, che viene sostituita da un tentativo obbligatorio di conciliazione a seguito di ricorso ex art. 696-bis c.p.c.; viene, quindi, enucleata una specifica normativa in merito all'azione di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti del proprio dipendente.

Inoltre la disciplina dell'obbligo di assicurazione “per tutti” (con l’obbligo di assicurare anche il periodo successivo alla cessazione dell'attività professionale queste polizze vengono definite a *sunset clause* cioè clausola del tramonto. È previsto difatti che: “*deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i 10 anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura*”) prevista pure l'azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia assicuratrice e altresì l’istituzione di un apposito Fondo di garanzia, presso la Consap, in favore dei soggetti danneggiati da responsabilità sanitaria volto a garantire il diritto risarcitorio degli stessi laddove, per ipotesi specificamente determinate, non sia garantito agli stessi l’effettivo soddisfacimento per il danno subito (ad esempio, sembrerebbero, per il momento, “garantite” le ipotesi in cui l’importo superi il massimale del contratto assicurativo, oppure, laddove la compagnia assicuratrice sia al momento del sinistro in stato di insolvenza o di liquidazione coatta).

Infine, altra importante novità, è incrementato e chiarito il ruolo delle cd. linee guida e delle cd. buone pratiche clinico-assistenziali, in particolare evidenziando un inedito equilibrio e contemperamento di interessi, così come l’obbligo di stesura delle linee guida da parte di società scientifiche e istituti di ricerca accreditati presso il ministero della Salute e dotati dell’*imprimatur* dell'Istituto superiore di Sanità.

Personalmente, senza voler qui entrare nel dettaglio di ogni singola questione sollevata dal predetto Disegno Legge ritengo di dover con forza evidenziare la portata dirompente di una previsione come quella dell’art. 7 del citato DDL che vi leggo integralmente stante, a mio avviso, il suo rilievo:

“1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, (contrattualmente) ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

3. L’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato extracontrattuale ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile” (fatto/reato).

Oltre ai dubbi che legittimamente sorgono in merito alla bipartizione delle responsabilità, evidente è la portata di una limitazione della responsabilità ex art. 1218 c.c., quindi contrattuale, alla sola struttura, riconoscendo in capo al medico solo l’applicabilità dell’art. 2043 c.c. (per fatto reato) .

Come ben noto, la distinzione tra le due forme di responsabilità previste dal nostro ordinamento è sostanziale da molteplici punti di vista.

In particolare avremo importanti ripercussioni in materia di onere probatorio, costituzione in mora, effetti giuridici relativi al risarcimento del danno e in materia di termine prescrizione.

Vorrei in particolare sottoporre alla vostra attenzione due dei citati aspetti.

Quanto all’onere probatorio, mentre l’art. 1218 c.c. (responsabilità contrattuale) impone una sorta di inversione dell’onere della prova in capo alla parte (presuntamente) inadempiente, con, meglio, un onere di molto alleggerito per il creditore (qui il paziente) inteso a provare solo il contratto

sanitario e il danno o maggior danno subito in conseguenza delle cure apprestategli.

Nelle ipotesi, invece, di responsabilità aquiliana (o responsabilità *ex delicto*), cioè la responsabilità civile conseguente al compimento di un fatto illecito, doloso o colposo, che cagioni ad altri un ingiusto danno (art. 2043 del c.c.), il danneggiato ha l'onere di provare il danno, la colpa (o dolo) dell'agente e il nesso di causalità tra i due (senza che intervenga alcuna delle presunzioni proprie dell'art. 1218 c.c. sino ad oggi ampiamente utilizzate dalla giurisprudenza in materia di responsabilità medica).

Quanto ai termini prescrizionali, mentre l'azione per il risarcimento contrattuale si prescrive in dieci anni, quella del danno extracontrattuale si prescrive in soli cinque anni (con evidenti ricadute sul piano dell'effettività della tutela).

In conclusione, pare evidente che trattasi di un provvedimento chiaramente orientato al tentativo di riduzione del contenzioso e di superamento della c.d. medicina difensiva.

Vedremo poi se il tentativo rimarrà tale e se vi saranno ricadute sotto il profilo di casi di giustizia denegata.

\* \* \*

### **Conclusioni e commiato**

E con questo ho concluso e Vi ringrazio per l'attenzione..