

Pubblicato il 31/01/2020

N. 00808/2020REG.PROV.COLL.

N. 10213/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10213 del 2019, proposto da ASST - Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Lodi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Leonardo Salvemini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Milena Conti in Roma, piazza Apollodoro n. 26;

contro

-OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Saverio Marini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Villa Sacchetti n. 9;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) n. 2396/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2020 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Milena Conti su delega di Leonardo Salvemini e Francesco Saverio Marini;

Sentite le parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza appellata, il T.A.R. Lombardia ha accolto il ricorso proposto dalla odierna appellata avverso la nota -OMISSIS- del 4 luglio 2019, con la quale l'Ospedale Maggiore di Lodi Distretti e Presidi Lodigiani - Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Lodi ha negato l'accesso agli atti e ai documenti richiesti con le istanze del 20 giugno 2019 e del 26 giugno 2019, concernenti: a) denuncia di sinistro all'assicurazione; b) perizia medico legale eventualmente espletata in relazione al decesso della -OMISSIS-; c) copia del contratto di assicurazione intercorrente con l'Ospedale Maggiore; d) verbale (o verbali) di valutazione del Comitato Valutazione Sinistri (CVS); e) lettera di massima esposizione eventualmente inviata dalla Compagnia assicuratrice all'Ospedale Maggiore di Lodi ; f) ogni altra documentazione e/o informativa relativa alla vicenda in questione.

Premesso che il diniego si fonda su due concorrenti ragioni, e precisamente (a) sul fatto che la responsabilità sanitaria non sarebbe stata ancora accertata e (b) sulla considerazione che i verbali del CVS e le perizie sarebbero da intendersi quali atti connessi a liti in potenza o in atto e perciò sottratti all'accesso al fine di salvaguardare il diritto di difesa dell'Amministrazione, il T.A.R., quanto al primo aspetto, ha osservato che "l'interesse della ricorrente è proprio quello di verificare se il decesso -OMISSIS- sia effettivamente imputabile alla responsabilità della

struttura sanitaria; sicché del tutto ininfluenza è la circostanza che tale responsabilità non sia ancora stata accertata”, mentre, quanto al secondo profilo, richiamato l’art. 4 l. n. 24/2017, a mente del quale <<le prestazioni sanitarie erogate dalle strutture pubbliche e private sono soggette all’obbligo di trasparenza, nel rispetto del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196>> e <<la direzione sanitaria della struttura pubblica o privata, entro sette giorni dalla presentazione della richiesta da parte degli interessati aventi diritto, in conformità alla disciplina sull’accesso ai documenti amministrativi e a quanto previsto dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, fornisce la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente...>>, ha evidenziato che “non possa essere negato l’accesso alle perizie mediche ed ai verbali dei comitati valutazione sinistri istituiti all’interno delle strutture ospedaliere”, imperocché “questi documenti vengono formati per istruire le procedure iniziate a seguito delle richieste di risarcimento danni avanzate da terzi e – seppur non funzionali all’attività di cura del paziente – hanno comunque natura affine alla documentazione medica giacché il loro scopo non è quello di definire la strategia difensiva dell’amministrazione (compito questo riservato ai pareri legali che vengono redatti anche sulla scorta delle risultanze di perizie e verbali del CVS), ma esclusivamente quello di accertare se, nello specifico caso concreto, all’interno della struttura siano state correttamente applicate le regole della scienza medica”.

Mediante i motivi di appello (cui resiste l’originaria ricorrente), la appellante A.S.S.T. Lodi deduce in primo luogo che il T.A.R., nell’affermare la sussistenza in capo alla originaria ricorrente dell’interesse all’accesso, avrebbe errato nel ricondurlo all’accertamento delle “reali cause del decesso -OMISSIS-” ovvero alla verifica “se il decesso -OMISSIS- sia effettivamente imputabile alla responsabilità della struttura sanitaria”: essa allega, in senso contrario, che dall’istanza di accesso

del 20 giugno 2019 si evince che l'interesse fatto valere attiene al procedimento finalizzato al perfezionamento di un eventuale accordo transattivo ed alle ragioni della sua mancata adozione, ciò che ne tradirebbe la connotazione esplorativa e la finalizzazione alla acquisizione di informazioni richiedenti una attività di elaborazione da parte della P.A..

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Dall'istanza di accesso del 20 giugno 2019 si evince infatti che la richiesta ostensione, pur scaturendo dalla mancata definizione in chiave transattiva della controversia concernente il risarcimento dei danni conseguenti al decesso (avvenuto -OMISSIS-aprile 2016) della -OMISSIS-, -OMISSIS- della ricorrente, è funzionale alla difesa in giudizio degli interessi della parte richiedente, una volta sperimentata la non fruttuosità della soluzione transattiva: sussiste quindi, come evidenziato dal T.A.R., la connessione strumentale tra l'acquisizione della documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela dell'interesse risarcitorio vantato dai proponenti, quali eredi -OMISSIS-.

Né, va aggiunto, la sussistenza di tale connessione funzionale può ritenersi inficiata dal fatto che, in data 31 luglio 2019, è stato iscritto a ruolo il ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c. con il quale è stata avanzata istanza risarcitoria dinanzi al Tribunale di Lodi in relazione ai fatti che hanno condotto al decesso della -OMISSIS-: invero, l'avvenuta introduzione del giudizio risarcitorio non priva di ogni utilità la domanda ostensiva (potendo i documenti richiesti essere travasati in giudizio nell'esercizio delle facoltà istruttorie della parte attrice, o comunque utilizzati nella predisposizione/aggiustamento della propria strategia difensiva), ma semmai corrobora il collegamento funzionale tra la richiesta ostensione e la tutela della suindicata posizione sostanziale di base.

Deduce ancora la parte appellante che la ricorrente non ha differenziato l'interesse diretto, attuale e concreto, eventualmente sussistente, in ordine a ciascuno dei

documenti indicati, altresì evidenziando che, anche se la controparte dovesse entrare in possesso dei documenti di cui ha richiesto l'accesso, non si comprende quali potrebbero essere gli effetti positivi nei suoi confronti, anche in relazione alla domanda risarcitoria che ha già proposto, tanto più che essa stessa ritiene che la CTU espletata nell'ambito del procedimento per accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 bis c.p.c.* abbia già positivamente accertato l'*an* della pretesa. Nemmeno tale (secondo) motivo è meritevole di accoglimento.

Deve invero ritenersi che, una volta acclarata - nei sensi illustrati - la sussistenza di un collegamento funzionale tra l'accesso ai documenti e la tutela della posizione sostanziale di cui è titolare l'istante (collegamento che, nella fattispecie in esame, trova idoneo fondamento nella inerenza dei documenti al decesso della -OMISSIS-, il quale non è smentito dalla parte appellante), siffatto collegamento non debba essere specificato, se non a pena di ridondanza della puntualizzazione, in relazione a ciascuno dei documenti richiesti.

Quanto invece alla dedotta inutilità dell'accesso, avendo allegato la stessa richiedente che in sede giudiziale sarebbe stata già accertata l'*an* della pretesa risarcitoria, deve osservarsi, da un lato, che la deduzione si fonda sulla mera dichiarazione della istante, dall'altro lato, che le modalità di causazione del decesso non possono ritenersi prive di influenza anche in ordine al profilo della quantificazione del risarcimento spettante: ciò senza trascurare che l'accertamento tecnico preventivo, che recherebbe l'accertamento dell'*an*, ha una valenza meramente istruttoria, essendo rimessa al giudice, in sede di definizione della controversia, ogni pronuncia in merito alla effettiva sussistenza (anche, quindi, per quanto riguarda l'*an*) della pretesa risarcitoria.

Deduce quindi la parte appellante che il T.A.R. ha completamente disatteso il fatto che il privato non ha una posizione di interesse legittimo tutelabile avanti al giudice amministrativo in ordine agli atti, tra i quali i verbali del CVS e le perizie

medico/legali, con i quali l'amministrazione sanitaria organizza e attua al proprio interno l'attività di prevenzione e gestione del rischio (c.d. *risk management*): come affermato infatti dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 3263 del 21 maggio 2019, "l'attività di c.d. *risk management* è, come noto, un concetto universale e trasversale, che ha trovato applicazione in ogni settore dell'economia moderna e, quindi, anche dell'attività pubblica, ed è definibile come quel processo attraverso il quale si identifica, si stima o misura un rischio e, successivamente, si sviluppano strategie mediante il coordinamento delle risorse per minimizzarlo e governarlo" e "tale dimensione esclusivamente collettiva del diritto della salute, in tale declinazione preventiva, prospettica, che guarda al futuro, e non già riparatoria, retrospettiva, che guarda al passato, impedisce che il privato possa ritenersi portatore di un interesse legittimo al suo corretto esercizio che, in ultima analisi, non coincida con un interesse al ristoro del danno subito".

Il motivo, nei termini con i quali è stato articolato (e salvo quanto si dirà *infra*, con riguardo all'ultimo e connesso motivo di appello), è inammissibile.

La parte appellante non ha infatti specificamente censurato la sentenza appellata – ma si è limitata a sostenere che il T.A.R. avrebbe "completamente disatteso il fatto che il privato non ha una posizione di interesse legittimo tutelabile avanti al giudice amministrativo in ordine agli atti, tra i quali i verbali del CVS e le perizie medico/legali, con i quali l'amministrazione sanitaria organizza e attua al proprio interno l'attività di prevenzione e gestione del rischio (c.d. *risk management*...) – laddove ha escluso la riconducibilità dei documenti oggetto dell'istanza di accesso alla suddetta sfera operativa, così testualmente statuendo: "non vale richiamare l'art. 1, comma 539, lett. a), della legge n. 208 del 2015, in forza del quale << i verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari >>. I verbali e gli atti cui fa riferimento questa norma sono, a parere del Collegio, quelli afferenti

all'attività di *risk management*, e cioè all'attività generale di raccolta delle informazioni effettuata allo scopo di prevenire l'evoluzione del contenzioso e di valutarne gli impatti legali ed assicurativi. Si tratta dunque di atti diversi da quelli presi in considerazione in questa sede i quali, come detto, sono adottati nell'ambito dell'attività istruttoria relativa a specifici sinistri in concreto verificatisi ed hanno come scopo quello di accertare se, nel caso concreto, la struttura abbia applicato correttamente le regole della scienza medica”.

Ribadisce quindi la parte appellante, ad ulteriore dimostrazione della sostenuta carenza di interesse all'accesso in capo alla appellata, che, contestualmente all'instaurazione del giudizio di accesso dinanzi al T.A.R. Milano, ovvero in data 31 luglio 2019 è stato iscritto a ruolo il ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c. con il quale è stata avanzata istanza risarcitoria dinanzi al Tribunale di Lodi in relazione ai fatti che hanno condotto al decesso della -OMISSIS-: essa evidenzia quindi che una domanda risarcitoria è stata già azionata a prescindere dai documenti di cui è stato richiesto l'accesso, a riprova del fatto che nessun accesso difensivo può configurarsi nel caso di specie.

Il motivo, per le ragioni già esposte, non è meritevole di accoglimento.

Deve infatti osservarsi che l'introduzione del giudizio risarcitorio non priva di ogni utilità l'accesso documentale, tenuto conto che la disponibilità dei documenti richiesti assume precipuamente rilievo nella fase istruttoria del giudizio, al fine di influire sulla formazione del convincimento del giudice in senso conforme alle aspettative dell'attore (solo enunciate nella fase introduttiva del medesimo giudizio).

Deduce ancora la parte appellante che l'istanza di accesso è priva dei necessari requisiti di specificità, recando un elenco di documenti senza l'indicazione quanto meno di elementi (spaziali e temporali) chiari per la loro individuazione ed in carenza di ogni elemento che consenta di verificare, anche solo in astratto,

l'effettiva attinenza di tale indeterminata (e ipotetica) documentazione con un'attività difensiva sia pure amplissimamente intesa.

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Deve infatti osservarsi che l'indicazione della tipologia di documento e della sua inerenza al decesso della -OMISSIS- offre all'Amministrazione gli elementi necessari e sufficienti ai fini della individuazione dei documenti richiesti, senza imporre oneri sproporzionati né conferire carattere generalizzato alla richiesta di accesso.

Né la specificità dell'istanza può ritenersi inficiata dalla carenza in capo alla richiedente di una piena certezza in ordine alla effettiva esistenza di quei documenti, atteso che, essendo gli stessi nella disponibilità dell'Amministrazione, solo questa potrebbe fornire elementi univoci al riguardo, declinando l'istanza laddove riferita a documenti non venuti ad esistenza (ma richiedenti, eventualmente, una ipotetica inesigibile attività di elaborazione *ex novo*).

Con ulteriore censura, la parte appellante deduce che il T.A.R. ha erroneamente respinto l'eccezione formulata in primo grado ed intesa ad evidenziare che i verbali del CVS e le perizie sarebbero da intendersi quali atti connessi a liti in potenza o in atto e, perciò, sottratti all'accesso al fine di salvaguardare il diritto di difesa dell'Amministrazione, obliterando la necessità di evitare un *vulnus* al diritto di difesa della ASST, in considerazione delle valutazioni di strategia processuale e difensiva contenute negli atti suindicati.

A sostegno della domanda di riforma, la parte appellante richiama altresì le previsioni delle deliberazioni -OMISSIS- e -OMISSIS-, con le quali la ASST Lodi ha previsto le valutazioni del CVS quale momento necessario della "istruttoria" relativa alla richiesta di risarcimento dell'utente, non inserendosi quindi le stesse - deduce sempre la parte appellante - in un procedimento amministrativo né essendo finalizzate alla assunzione di determinazioni provvedimenti *stricto sensu* intese,

bensì: i) alla definizione stragiudiziale di controversie già emerse; ii) eventualmente, anche alla individuazione della strategia difensiva da adottare da parte della Amministrazione in vista dell'incipiente contenzioso, aggiungendo che, accanto alla suindicata attività di gestione dei reclami, il CVS “nella valutazione dei casi, evidenzia gli aspetti salienti di prevenzione e riduzione del rischio clinico”, svolgendo una generale raccolta di informazioni, valutando le tipologie e le entità dei danni e disaminando tutti i casi di contenzioso, attuale e potenziale, con lo scopo di prevenire, ove possibile, l'evoluzione del contenzioso verso un impatto legale e assicurativo: in tale ottica, l'attività del CVS si iscrive nella generale funzione di *risk management*, volta alla prevenzione e alla gestione del rischio sanitario contemplata all'art. 1, commi 538 e 539, l. 208/2015, e dunque soggiace all'art. 16, comma 1, l. 24/2017, in forza del quale “i verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari”.

Il motivo è parzialmente meritevole di accoglimento.

Iniziando dal secondo profilo, è vero che, sulla base del Regolamento approvato con la delibera -OMISSIS-, il CVS assolve anche funzioni propriamente riconducibili alla funzione di *risk management* (come quella intesa, “nella valutazione dei casi”, ad evidenziare “gli aspetti salienti di prevenzione e riduzione del rischio clinico”), soggetta quindi al divieto di acquisizione o utilizzazione dei relativi atti e verbali “nell'ambito di procedimenti giudiziari” di cui all'art. 16, comma 1, l. n. 24/2017: tuttavia, a prescindere dal fatto che tale funzione qualifica solo in parte i suddetti atti, sì che, in relazione ad essa, potrebbe giustificarsi una solo parziale sottrazione all'accesso, l'accesso soddisfa una finalità più ampia rispetto a quella consistente nella produzione e/o utilizzazione in giudizio dei documenti *de quibus*, il cui divieto, quindi, non è idoneo ad elidere l'utilità dell'acquisizione per la parte richiedente.

Quanto invece al primo aspetto (inerenza dei documenti alla strategia difensiva dell'Amministrazione), deve in primo luogo richiamarsi l'orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2890 del 15 maggio 2018) secondo cui "la giurisprudenza costante del giudice amministrativo, con riferimento alla richiesta di accesso dei pareri legali, ne riconosce l'ostensione in accoglimento dell'istanza d'accesso quando tale parere ha una funzione endoprocedimentale ed è quindi correlato ad un procedimento amministrativo che si conclude con un provvedimento ad esso collegato anche solo in termini sostanziali e, quindi, pur in assenza di un richiamo formale ad esso (Cons. St., ord., sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4798); nega invece l'accesso quando il parere viene espresso al fine di definire una strategia una volta insorto un determinato contenzioso, ovvero una volta iniziate situazioni potenzialmente idonee a sfociare in un giudizio".

Nella specie, deve rilevarsi che gli atti del CVS, insieme alle propedeutiche perizie medico-legali, si inseriscono, come si evince dalle delibere richiamate dall'Amministrazione, nell'ambito di un procedimento funzionale alla individuazione di una soluzione compositiva della potenziale controversia risarcitoria: essi, quindi, pur non essendo direttamente funzionali alla difesa in giudizio dell'Amministrazione, possono effettivamente contenere valutazioni di ordine strategico-difensivo, sottratte in quanto tali al regime ostensivo sulla scorta della giurisprudenza citata, ulteriori rispetto a quelle di carattere strettamente ricognitivo (della dinamica degli eventi) o valutativo (dei profili medico-legali della vicenda).

Consegue, dai rilievi svolti, che l'appello deve essere parzialmente accolto, in accoglimento della domanda subordinata avanzata dalla parte appellante, nel senso che l'esibizione dei documenti in oggetto dovrà avvenire mediante l'impiego degli opportuni accorgimenti (stralcio, omissis ecc.), atti ad assicurare la salvaguardia del

diritto di difesa dell'Amministrazione appellante, accompagnati dalla attestazione da parte del responsabile del procedimento che le parti omesse o stralciate contengono effettivamente valutazioni di carattere difensivo dell'Amministrazione elaborate in funzione del contenzioso instaurato in sede civile.

A tale riguardo, deve precisarsi che, al fine di giustificare la mancata ostensione, tenuto conto del carattere eccezionale del limite, non sarà sufficiente che le valutazioni possano assumere potenzialmente rilievo ai fini della elaborazione della strategia difensiva dell'Amministrazione nell'ambito del giudizio civile, ma sarà necessario che siano state formulate in diretta ed immediata funzione della strategia difensiva da assumere in quel giudizio (e non, quindi, ai soli fini delle decisioni da assumere in sede di eventuale definizione extra-giudiziale della controversia, cui direttamente attengono, per quanto detto, le funzioni del CVS).

In sede esecutiva della presente sentenza, quindi, l'Amministrazione dovrà verificare che l'attività ostensiva posta in essere in data 23 dicembre 2019 sia conforme alle indicazioni che precedono ed eventualmente integrarla/modificarla al fine di garantire il pieno ed effettivo esercizio del diritto di accesso della parte richiedente.

L'appello deve quindi essere parzialmente accolto, nei termini esposti, mentre l'esito della controversia giustifica la compensazione delle spese relative ai due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei termini precisati in motivazione.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e all'articolo 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e all'articolo 2-septies del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO