

## LA RESPONSABILITA' MEDICA

\* \* \*

### **A) PROFILI GENERALI DI RESPONSABILITA' MEDICA**

Il medico può essere chiamato a rispondere, avanti alle competenti autorità giudiziarie, dei cosiddetti '*danni iatrogeni*', ossia dei pregiudizi alla salute, direttamente imputabili ad erronee indicazioni mediche. Per evitarlo, oggi il medico deve subordinare qualsiasi trattamento al preventivo consenso informato del paziente (al riguardo, si rimanda al prossimo paragrafo) e, quindi ad eseguire una prestazione professionalmente immune da errori, con la massima diligenza, prudenza e perizia.

Ma quando una prestazione può ritenersi corretta ed esente da colpa da parte del medico, sotto il profilo giuridico?

Si è osservato che non è ascrivibile al sanitario l'errore diagnostico o terapeutico, derivante soltanto da *errore scientiae*, cioè da mera incertezza della scienza medica, perché nozioni scientifiche attualmente ritenute valide possono non essere più reputate tali in futuro. Quello che rileva è, invece, l'errore professionale del medico. I parametri e i criteri, ai quali la giurisprudenza è spesso ricorsa, allo scopo di valutare la sussistenza o meno della colpa nella condotta del sanitario, sono stati la prevedibilità e la evitabilità, sia nella fase diagnostica che in quella terapeutica. L'opzione, da parte del medico, dello specifico trattamento, fra i vari possibili (nel caso clinico sottoposto alla sua attenzione) deve, in sostanza, essere preceduta da un preventivo e accurato giudizio di prevedibilità e conoscibilità sui vantaggi e sui rischi del trattamento in oggetto e, quindi, di evitabilità di tutti i potenziali pericoli insiti nel medesimo trattamento. Il medico, attingendo al proprio bagaglio professionale, fatto di conoscenze mediche, scientifiche e tecniche, deve *ex ante* valutare, con un giudizio evidentemente prognostico, i *pro* e i *contro* della prestazione effettuabile nel caso concreto e vagliare quali rischi possano o meno essere evitati. Ne deriva che se, in ragione delle peculiarità dell'ipotesi specifica portata al suo esame, sia stata oggettivamente impossibile la previsione del rischio o la sua evitabilità, la responsabilità del medico può, anzi deve, essere esclusa. Anche la non esecuzione del trattamento sanitario potrebbe essere una opzione possibile; al riguardo, devono tenersi in adeguata considerazione le conseguenze di tale scelta omissiva. Orbene, il bagaglio professionale cui il medico attinge per fondare il suo giudizio dipende ovviamente anche dalla sua professionalità (medico generico o in possesso di una specializzazione). La valutazione della responsabilità ne risulta inevitabilmente influenzata. E' stato, al

riguardo, affermato che: “*Non può essere trascurato che il convenuto non era un medico generico né un principiante ma un professore esperto di chiara fama*” (Tribunale Genova 29.11.2002); e che: “*ai fini della valutazione della colpa nel caso di prestazione mediche di natura specialistica ... non deve prescindersi dal considerare le cognizioni generali e fondamentali del medico specialista, non essendo sufficiente il riferimento alle nozioni minime di cultura ed esperienza, quali si pretendono da un medico generico*” (Corte App. Cagliari 10/4/1989). Effettuata la scelta del trattamento sanitario migliore e più idoneo alla luce dei criteri innanzi enunciati, la prestazione sanitaria deve essere eseguita con massima diligenza, prudenza e perizia. Anche se l'attività medica non è soggetta a rigide regole operative, essa discende comunque da un patrimonio costituito dalle conoscenze acquisite nel campo della comunità scientifica. Allorquando si parla del dovere di diligenza del professionista come un elemento essenziale della sua opera, si fa riferimento all'art. 1176 c.c. che disciplina la prestazione professionalmente corretta e diligente precisando che “*nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia*” e che “*nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*”. L'obbligo in questione si estrinseca per il medico nel pieno rispetto delle regole di buona pratica sanitaria, nell'esecuzione di qualsiasi attività essenziale per la realizzazione del risultato e nell'aggiornamento continuo, strumento indispensabile per garantire al paziente un trattamento sicuro. L'unica particolarità risiede, come facilmente intuibile, nella circostanza che la diligenza professionale, anziché essere commisurata all'uomo di normali capacità, è, secondo quanto previsto dal citato art. 1176 c.c., specificamente valutata in relazione alla natura dell'attività svolta. In buona sostanza, il modello di riferimento del generico ed indistinto *bonus paterfamilias* si evolve in quello ben più specifico del *buon professionista* e della specialità a cui appartiene il medico che si assume la relativa obbligazione nei confronti del paziente. Il parametro è, dunque, offerto dalle speciali cognizioni e abilità tecniche che caratterizzano quella determinata branca della medicina concretamente esercitata dall'operatore e dalla conseguente aspettativa del paziente. Da un punto di vista generale, dunque, il concetto di diligenza, come concepito dall'art. 1176, comma 1, c.c. che si riferisce all'adempimento di tutte le obbligazioni, riassume in sé il complesso di cure e cautele che dovrebbero fondare il comportamento di ogni debitore al momento di soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed alle circostanze di fatto che lo

caratterizzano. Esso rappresenta il criterio guida utile a valutare in quali limiti vi sia stata violazione della correttezza fondando così il proprio ruolo di criterio di responsabilità. In Italia, la dottrina giuridica ha osservato che le regole in tema di responsabilità medica stanno scivolando lentamente da una classica situazione di *under compensation* (in cui il risarcimento assicurato alle vittime della *malpractice* medica era assolutamente irrisorio, anche a causa della rigida applicazione delle regole dettate in tema di responsabilità) ad una situazione di *over compensation*, peraltro intesa più come sovrabbondante entità del contenzioso che come eccessiva misura dei risarcimenti concessi al paziente. L'evoluzione medico scientifica (che a volte ha ingenerato l'errata rappresentazione della forbice esistente tra ciò che la scienza medica ha raggiunto in termini di progresso e di risultato e ciò che nel singolo caso si può effettivamente fare) sta portando i giudici di merito e di legittimità a ritenere che la prestazione medica sia sempre meno una obbligazione di mezzi (ossia un'obbligazione in cui il medico si impegna ad operare con la massima diligenza ma senza poter garantire il risultato finale sperato dal paziente) ad una obbligazione di risultato (in cui appunto il medico è chiamato a rispondere tutte le volte in cui non raggiunge il risultato auspicato dal paziente). Il medico è colposamente inadempiente quando, così come innanzi rilevato, spende una condotta imprudente, imperita e negligente, ovvero omette di osservare leggi, regolamenti, ordini o disciplina. Nell'esercizio della sua professione il medico può, come è noto, incorrere in varie fattispecie di responsabilità, penale, civile e disciplinare, che conseguono a più o meno direttamente a: 1) inosservanza di obblighi o violazione dei divieti imposti dalle leggi e regolamenti che disciplinano espressamente l'esercizio della professione; 2) trasgressione dei doveri di ufficio o di servizio inerenti al rapporto di impiego subordinato da enti pubblici o privati; 3) inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di prestazione d'opera nei confronti del cliente privato; 4) errata applicazione delle regole diagnostico-terapeutiche da cui derivi un danno al paziente (lesione personale o morte).

## **B) VARIE FORME DI RESPONSABILITA' MEDICA**

Analizziamo, sia pure sinteticamente, le varie fattispecie di responsabilità che possono discendere dal delicato esercizio della nobile **ars medica**.

**Responsabilità penale.** La responsabilità penale del medico sorge allorché la violazione dei doveri professionali costituisce un reato previsto dal codice penale o sia

punita dalle disposizioni contenute nel T.U.L.S. o in altre leggi, quali le norme in materia di sostanze stupefacenti, di vivisezione, di interruzione volontaria di gravidanza, ecc.. Siffatto tipo di responsabilità può essere di natura dolosa o colposa, commissiva od omissiva, può configurare reati comuni (come nel caso della lesione personale e di un omicidio), oppure costituisce reati esclusivi e propri della professione (come la falsità ideologica o l'omissione di referto). Nello specifico, la responsabilità di natura **dolosa** è rappresentata da quelle trasgressioni volontarie e coscienti, tali da presupporre il dolo, collegate con l'esercizio della professione sanitaria: omissione di referto o di rapporto (art. 365 c.p.), interruzione illecita della gravidanza (art. 18 e 19 , legge 22 maggio 1978, n. 194), rivelazione del segreto professionale (art. 622 c.p.) o d'ufficio (art. 326 c.p.), falsità in atti (art. 476-493 c.p.), comparaggio (art. 170 T.U.L.S.), commercio di campioni medicinali (art. 173 T.U.L.S.), prescrizione illecita di sostanze stupefacenti (art. 43 legge 22.12.1975, n. 685), omissione di denuncia obbligatoria, uso illegittimo del cadavere (art. 413 c.p.) ed infine i ben più gravi reati di sequestro di persona, violenza privata, ispezione corporale arbitraria e incapacità mentale procurata mediante violenza che possono configurarsi anche in seguito a trattamenti medico-chirurgo-anestesiologici senza il consenso del paziente. La responsabilità **colposa** è, invece, la forma più tipica e frequente di responsabilità professionale: si realizza, ai sensi dell'art. 43 del c.p., quando un medico, per negligenza, imprudenza e/o imperizia (colpa generica) ovvero per la inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa specifica), cagiona, senza volerlo, la morte o una lesione personale del paziente. Nell'ipotesi di colpa specifica, la violazione di norme imposte per legge comporta la presunzione di colpa nei riguardi dei danni conseguenti, senza possibilità da parte dell'incolpato di fornire la prova del contrario (*cd. errore inescusabile*). La colpa generica, e quindi la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia, deve essere individuata in base ad alcuni precisi parametri: a) Criterio della regola tecnica. Si deve analizzare la prestazione professionale stabilendo, se e di quanto, si è discostata senza motivo logico dalle direttive teoriche e pratiche, scientificamente collaudate (iter diagnostico, somministrazione di farmaci, tecnica chirurgica, ecc.). b) Criterio della preparazione media. L'errore del singolo viene giudicato sul metro della preparazione media dei medici; perciò, si considera imperito non il medico ignorante in astratto, ma colui che non sa quello che un comune medico dovrebbe sapere; non è negligente chi omette senza conseguenze alcune norme tecniche, ma lo è chi trascura

quelle regole che tutti gli altri osservano nella stessa circostanza; non è imprudente chi usa metodi anche rischiosi, ma con le dovute cautele, mentre è tale chi li usa male o senza reale necessità. Il progresso delle scienze mediche, accrescendo il livello tecnico culturale di base, tende ad elevare la preparazione media del medico e, pertanto, rende più severa la valutazione medico - legale e giuridica dell'errore professionale. c)  Criterio delle circostanze soggettive e oggettive. Le condizioni soggettive devono essere valutate sulla base della posizione professionale del medico, del suo grado di intelligenza e di preparazione e dello stato psichico al momento del fatto. Non si può pretendere da un neolaureato o da un medico generico la stessa prestazione che può essere offerta in ambito diagnostico da un grande clinico o in campo terapeutico dal provetto chirurgo. La responsabilità da imperizia grava, come è ovvio, più sul medico specialista che su quello generico, allorquando l'errore verta su di un campo specifico; la responsabilità da imprudenza, può gravare più sul medico generico, se quest'ultimo si è avventurato in tecniche complicate e rischiose di cui non possedeva la necessaria competenza; la responsabilità da negligenza, infine, grava in eguale misura su ogni medico. Invece, le condizioni oggettive riguardano le diversità fra un caso clinico e l'altro, le circostanze di tempo e di luogo nonché le modalità proprie dell'intervento professionale. E' più facile sbagliare un caso clinico particolarmente raro o anomalo, in condizioni di estrema urgenza, in centri scarsamente attrezzati, con collaboratori non all'altezza.

La colpa può essere: 1) grave, allorquando non viene adottata la diligenza, prudenza e perizia propria di tutti gli uomini, tale da essere inescusabile; 2) lieve, allorquando non viene usata la diligenza, prudenza e perizia propria di ogni uomo di media capacità; 3) lievissima, quando non viene usata la diligenza, prudenza e perizia propria delle persone molto dotate di oculatezza e prudenza. L'esercizio della *ars medica*, a differenza di molte altre professioni, mette a nudo innumerevoli incertezze scientifiche, dubbi diagnostici, insufficienze dei mezzi curativi; essa, inoltre, si scontra frequentemente con dei rischi e delle complicità imprevedibili, che sono direttamente proporzionali alle difficoltà tecniche. Per tali precipui motivi, benchè in tema di responsabilità penale non si faccia distinzione circa il grado della colpa, è stato espressamente utilizzato, anche in sede penale il principio fissato nell'art. 2236 c.c., secondo cui se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave. Questo richiamo all'art. 2236 c.c. è stato

a lungo sfruttato per legittimare un orientamento abbastanza indulgente nei confronti della classe sanitaria, senza considerare che la limitazione della responsabilità alla sola colpa grave andava riferito esclusivamente all'imperizia e non alla imprudenza e negligenza. Acquista sempre maggiore rilievo la problematica della responsabilità penale del lavoro eseguito in *équipe*: la Costituzione afferma all'art. 27, 1 cpv, che la responsabilità penale è personale e, pertanto, ciascuno dovrebbe rispondere solo dei propri errori, senza avere obblighi di sorveglianza nei confronti degli altri componenti, neppure da parte del primario o capo-*équipe*, ma la situazione è ancora controversa.

**Responsabilità civile.** Sorge dai rapporti di diritto privato che il medico esercente la professione contrae col paziente (cliente). In primo luogo, si concretizza un rapporto di natura contrattuale allorché un paziente richiede una prestazione sanitaria ad un determinato medico o ad un Ente, che accetta di fornirla. L'inadempienza comporta, dunque, una responsabilità contrattuale. Se in seguito all'inadempienza si verifica anche un danno fisico o, addirittura, la morte del paziente si ha il concorso anche della cd. responsabilità extracontrattuale (la prestazione è fornita in via occasionale, in virtù di un turno di lavoro o in situazioni di urgenza). Da siffatta distinzione, discendono delle conseguenze che involgono diversi profili: a) onere della prova. Colui che affermi di aver subito un danno, deve comunque fornirne la prova, mentre la colpa sarà presunta nella responsabilità contrattuale e dovrà essere provata in quella extracontrattuale. b) grado della colpa. La colpa può essere grave, lieve o lievissima: in sede di responsabilità contrattuale si risponde soltanto per colpa grave o lieve, cioè almeno di media entità, in quella aquiliana si risponde anche per una colpa lievissima. c) termine di prescrizione. Il termine è di dieci anni per la responsabilità contrattuale e di cinque 5 anni per quella extracontrattuale.

Pertanto il medico è responsabile dei danni cagionati al paziente anche per colpa lieve, allorché, di fronte ad un caso ordinario, non abbia osservato le regole della comune preparazione professionale e della media diligenza; di fronte a casi straordinari o eccezionali risponde invece solo per dolo o colpa grave. La colpa grave nei casi difficili diventa equivalente alla colpa lieve nei casi facili. Sebbene la responsabilità per colpa venga mitigata dall'art. 2236 c.c. (*se la prestazione implica problemi tecnici di particolare gravità, il medico non risponde dei danni se non per dolo o colpa grave*), la giurisprudenza di legittimità ha affermato che detta fattispecie non opera in tutte le ipotesi di colpa professionale, ma

solo in quelle di colpa consistita in imperizia. Nel caso in cui la cattiva riuscita della prestazione è dovuta, invece, ad una imprudenza o negligenza, la ciambella di salvataggio dell'art. 2236 c.c. non opera ed il medico risponderà anche solo per colpa lieve. In sostanza, il professionista chiamato a risolvere un caso di particolare complessità è responsabile soltanto per dolo o colpa grave; se l'intervento invece non è particolarmente difficile risponde secondo i canoni tipologici più lievi della colpa. Pertanto, se l'intervento è semplice o routinario, la sua cattiva riuscita pone a carico del medico una responsabilità presunta *in re ipsa* e, se lo stesso vuole essere assolto, deve dimostrare che l'insuccesso vada ascritto esclusivamente a complicazioni imprevedibili insorte; se l'intervento è complesso la sua non riuscita non è sufficiente a fare emergere a responsabilità perché, in questo caso, il medico non è responsabile se prova che l'intervento era complesso, mentre il paziente se vuole ottenere la condanna del professionista deve provare che nonostante la complessità dell'intervento, l'insuccesso è ascrivibile esclusivamente ad imprudenza o negligenza del medico. Informato correttamente il cliente ed eseguito diligentemente l'intervento, il medico ha certamente adempiuto alle obbligazioni che informano il contratto di prestazione d'opera professionale eccetto che per un caso: allorché ha garantito al paziente il conseguimento di un determinato risultato (si pensi alla chirurgia estetica e, sotto certi profili, anche agli interventi nell'ambito della medicina sportiva). La più recente dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che in capo al chirurgo estetico esista nel contempo sia un'obbligazione di mezzi che una di risultato. La gradualità della colpa, infatti, non può assumere una valenza diversa a seconda della finalità dell'intervento e se il professionista garantisce un risultato, questo deve essere raggiunto affinché l'operazione sia definita congrua. In conclusione, il medico ha necessariamente due obblighi e, solo eventualmente (nel caso specifico del chirurgo estetico) tre. Ha sempre e comunque quello di informare il paziente e di eseguire la prestazione con perizia e diligenza. Solo allorché assume l'obbligo di garantire un determinato risultato, ha l'ulteriore terzo obbligo di conseguirlo. Il concetto della relatività della colpa, rispetto alle difficoltà dell'intervento, ha la sua rilevanza sul regime delle prove: per l'intervento facile (così come per l'obbligazione di risultato) il danneggiato non ha che da provare il danno presumendosi la colpa del medico mentre per l'intervento difficile il danneggiato dovrà provare, oltre al danno, la colpa del medico.

Tra il medico dipendente, l'Ente pubblico o privato di assistenza ed il paziente si possono creare tre distinti rapporti con la eventuale possibilità di un quarto: 1) di tipo contrattuale, tra il malato e l'Ente sanitario cui lo stesso si rivolge per assistenza. Una parte della dottrina ha, infatti, qualificato come contrattuale la responsabilità del medico dipendente ravvisando poi nel contratto di lavoro stipulato tra la struttura sanitaria e il professionista, un contratto a favore dei terzi ai sensi dell'art. 1411 c.c. In particolare, si osserva che la struttura sanitaria, nel momento in cui si assicura la prestazione professionale del medico, stabilisce anche che beneficiario della medesima sarà il paziente che successivamente la richiederà. L'impostazione, secondo la giurisprudenza più recente, non sembra fotografare la reale fisionomia dei rapporti che si instaurano tra il paziente, da un lato, e il medico o la struttura sanitaria dall'altro. Si osserva, infatti, che quando il paziente decide di adire le vie giudiziarie per richiedere il risarcimento dei danni subiti non fa valere il contratto esistente tra l'ente ed il medico, di cui egli sarebbe beneficiario, ma aziona il diverso contratto intervenuto tra lui e l'ente per ottenere la prestazione sanitaria ovvero propone un'azione di responsabilità extracontrattuale per lesione di un suo diritto soggettivo assoluto, quale appunto il diritto alla salute. Perciò, la Suprema Corte di Cassazione ravvisa nel *"contatto sociale"* che si instaura tra il medico e il paziente affidato alle sue cure, nonostante l'assenza di un contratto (ergo, di un obbligo di prestazione), la fonte di specifici obblighi di cura, la cui violazione genera responsabilità contrattuale. Al di là dei problemi interpretativi posti e delle perplessità destinate l'impostazione accolta dal supremo collegio ha il merito di garantire al paziente una tutela più efficiente. Come si è già rilevato, infatti, la qualificazione come contrattuale della responsabilità del medico dipendente comporta per il danneggiato l'applicazione di un regime più favorevole non solo sul piano del termine di prescrizione ma anche su quello probatorio. Tale ricostruzione della responsabilità del medico dipendente in termini contrattuali ha trovato riscontro nella successiva giurisprudenza. La Cassazione ha ribadito recentemente che *"l'obbligazione del medico dipendente dell'ente ospedaliero nei confronti del paziente, ancorché che non fondato sul contratto, ma sul "contratto sociale" ha natura contrattuale"*. La responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione ha dunque natura contrattuale ed è quella tipica del professionista, con la conseguenza che trovano applicazione il regime proprio di questo tipo di responsabilità quanto alla ripartizione

dell'onere della prova e i principi dell'obbligazione da contratto d'opera professionale relativamente alla diligenza e al grado della colpa.

2) Di tipo extracontrattuale, tra il malato ed il medico di turno che è tenuto al generale principio del *neminem laedere*; 3) di tipo contrattuale, tra l'amministrazione sanitaria ed il medico dipendente dal quale la prima ha diritto di ottenere un corretto adempimento dei suoi doveri e l'eventuale rivalsa economica; 4) di tipo contrattuale, tra il medico ed il paziente in occasione di prestazione libero professionale *intramoenia*. Dal verificarsi di un evento dannoso in sede di prestazione del servizio sanitario può prendere origine una duplice azione da parte del medesimo danneggiato: a) nei confronti della AUSL (allo interno della quale lavora il sanitario) per responsabilità contrattuale diretta (per attività od omissione dell'organo) o indiretta (per difetto di vigilanza) senza limitazione alcuna e, dunque, anche per colpa lieve; b) nei confronti del medico per responsabilità extracontrattuale diretta nei limiti di quanto previsto agli artt. 22 e 23 D.P.R. 3/1957 e cioè con esclusione dei casi di colpa lieve.

### **Responsabilità disciplinare.**

Tale ulteriore forma di responsabilità, marcatamente distinta da quella penale e civile, può essere così schematizzata: a) riguarda i medici impiegati, che esercitano alle dipendenze di enti pubblici o privati e deriva dall'inosservanza dei doveri di servizio o di ufficio (fedeltà, obbedienza, segretezza, imparzialità, vigilanza, onestà, puntualità). Essa è regolata dalle disposizioni speciali contemplate dal contratto del pubblico impiego, la cui violazione comporta sanzioni di carattere amministrativo, comminate mediante un procedimento disciplinare interno; b) deriva da trasgressione delle norme del Codice di deontologia medica e riguarda tutti i medici iscritti all'Albo professionale. Può concorrere con un illecito giuridico. La sanzione è applicata dal Consiglio dell'Ordine. c) per i medici convenzionati, la normativa disciplinare è prevista dalla Legge 29 giugno 1977, n. 349, che dispone le forme di controllo sulla loro attività e disciplina le ipotesi di infrazione, le conseguenti sanzioni (richiamo, richiamo con diffida, sospensione del rapporto convenzionato per la durata non superiore ai due anni, cessazione del rapporto) ed il procedimento per la loro irrogazione. 4. Il D.P.R. 27 marzo 1969, n. 128, nel disciplinare l'ordinamento interno dei servizi ospedalieri, detta disposizioni sulla compilazione, conservazione e rilascio delle cartelle cliniche di cui sono responsabili prima il primario poi il direttore sanitario di fronte

all'amministrazione ospedaliera. Non si escludono, naturalmente, le responsabilità penali, nell'ipotesi di omissione di atti di ufficio (art. 328 c.p.), di falsità materiale in atti pubblici (art. 476 c.p.), di falsità ideologica in atti pubblici (art. 479 c.p.) o di rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.), data la natura di atto pubblico riconosciuta alla cartella clinica e la qualità di medico pubblico ricoperta dal direttore sanitario, dal primario ospedaliero, dagli aiuti e assistenti.

### **Nesso di causalità**

L'individuazione in capo al sanitario di una responsabilità in ordine all'evento dannoso verificatosi è strettamente legata alla riconducibilità causale dell'evento all'azione od alla omissione del sanitario. Ai fini della corretta determinazione del rapporto di causalità, trovano applicazione, anche in sede civilistica, i principi espressi nelle norme penali di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., in conformità con quanto affermato dalla giurisprudenza della Cassazione (Sez. III, Civ. 15.01.1996 n. 268): *“Nel caso che l'evento dannoso si ricolleggi a piu' azioni o omissioni, il problema del concorso delle cause trova soluzione nell'art. 41 c.p., secondo cui, in presenza di una pluralita' di fatti imputabili a piu' persone, a tutti deve riconoscersi un'efficacia causativa ove abbiano determinato una situazione tale che senza di essi l'evento, sebbene prodotto dal fatto avvenuto per ultimo, non si sarebbe verificato. Qualora, invece, la causa sopravvenuta sia stata da sola sufficiente a determinare l'evento, questa puo' assurgere a causa efficiente esclusiva, in quanto, inserendosi nella successione dei fatti, toglie ogni legame tra le cause remote e l'evento. (Nella specie, sei uomini spingevano, di notte, lungo il ciglio della strada, una betoniera; sopraggiungeva un motociclo che, benché il trasporto fosse segnalato mediante una lampada bianca, andava a scontrare contro la betoniera; questa perdeva equilibrio e schiacciava uno degli uomini che la trasportava, causandone la morte. La S.C., in applicazione dell'enunciato principio, ha confermato la sentenza del merito, la quale aveva escluso che l'instabilita' propria della betoniera potesse costituire una causa sopravvenuta di per se' idonea a determinare l'evento e ad interrompere il nesso di causalita' con l'investimento ad opera del motociclista, attribuendo, pertanto la responsabilita' del fatto, per il 40%, a quest'ultimo e, per il 60%, alla vittima ed ai suoi compagni).”* Il nodo che il testo dei citati articoli lascia irrisolto, e sul quale sia la dottrina che la giurisprudenza hanno prodotto gli sforzi interpretativi più consistenti, è quello dell'esatta configurazione del rapporto tra evento dannoso e azione od omissione. Secondo la formulazione tradizionale della teoria della *condicio sine qua non* sono “causa” dell'evento gli antecedenti senza il verificarsi dei quali l'evento non si sarebbe mai prodotto, antecedenti individuati sulla scorta del processo

della c.d. eliminazione mentale secondo il quale la condotta è *condicio sine qua non* dell'evento "se non può essere mentalmente eliminata senza che l'evento stesso venga meno". Pertanto dovrà essere analizzato, sotto il profilo strettamente eziologico, l'iter eziopatogenetico, riferendosi al modello della c.d. sussunzione sotto leggi scientifiche, secondo il quale l'antecedente storico assume rilievo, dal punto di vista della ricerca etiologica, quando può affermarsi, sulla scorta delle risultanze scientifiche, che entra a far parte del novero di quegli antecedenti che, secondo una "successione regolare, omogenea e conforme ad una legge dotata di validità scientifica", determinano eventi del tipo di quello in concreto verificatosi. Il rilievo che l'art. 1223 cod. civ., relativo al risarcimento del danno da inadempimento limiti il risarcimento medesimo alla "conseguenza immediata e diretta", non attiene alla necessità di intravedere un criterio cronologico e di congruità, ma indica piuttosto i contorni del contenuto della responsabilità stessa. E di tale impostazione sembra essersi appropriata anche la Corte di Cassazione quando ha affermato che "ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il nesso di causalità tra fatto illecito e evento dannoso può essere anche indiretto e mediato, essendo all'uopo sufficiente che il primo abbia posto in essere uno stato di cose senza il quale il secondo non si sarebbe prodotto e che il danno si trovi con tale antecedente necessario in un rapporto eziologico normale e non fuori dell'ordinario". In conclusione il criterio della regolarità casuale fungerebbe da correttivo del criterio espresso dall'art. 1223 cod. civ., nel senso di ricomprendere nell'area dei danni risarcibili anche quelli che, pur essendo mediati e indiretti, "*rientrano tuttavia nella serie delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto (...)*". Sotto il profilo medico-legale il nodo della questione è il problema della discendenza dell'evento da un fattore causale di rilevanza giuridica. Se infatti il percorso tra l'evento dannoso e la sua eziologia, in talune circostanze risulta palese e scientificamente certo, in altri casi si consegue solo agli esiti di uno studio sui ritmi, tempi e modi di sviluppo. In tali casi, il compito del medico legale, nella sua funzione di ausilio alla decisione del giudice, è proprio quello di verificare la causalità materiale dal punto di vista etiopatogenetico, nonché la causalità giuridica sotto il profilo della responsabilità giuridicamente rilevante. Ma non potendosi conseguire di solito giudizi improntati alla certezza su detto iter, soccorreranno il medico legale e la successiva valutazione del giudice i criteri che discendono dall'applicazione del principio della probabilità statistica, al quale ha

attinto copiosamente la stessa giurisprudenza. Bisogna fare ricorso a dati discendenti da leggi di copertura a valenza universale o regole semplicemente statistiche o a massime di comune esperienza, considerando, altresì, tutti i fattori intervenuti nella fattispecie concreta, per giungere ad un giudizio di elevata credibilità razionale (“al di là di ogni ragionevole dubbio”), attraverso i normali parametri di valutazione della prova delineati per l'accertamento degli elementi costitutivi del reato. In conclusione, può affermarsi che il criterio della “*probabilità statistica*” è stato sostituito da quello della “*probabilità logica*” e, pertanto, per pervenire ad una pronuncia di penale responsabilità del sanitario in ordine ad illeciti penali colposi omissivi impropri non sarà più sufficiente una legge statistica che consente di accertare che il comportamento omissivo è stato, con una probabilità prossima alla certezza, causa dell'evento, ma sarà indispensabile che l'interprete, valutate tutte le risultanze probatorie, sia in grado di dichiarare che l'azione omissiva è stata condizione necessaria del risultato lesivo con “alto grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”.

**Responsabilità amministrativa.** Un altro aspetto da valutare adeguatamente è, infine, quello della responsabilità amministrativa, intesa come obbligazione di risarcimento dei danni cui soggiacciono gli amministratori e i dipendenti pubblici per i danni causati all'ente nell'ambito o in occasione del rapporto di lavoro di guisa che l'accertamento della medesima comporta la condanna al risarcimento del danno a favore dell'amministrazione danneggiata; due sono i presupposti in costanza dei quali un soggetto può essere chiamato a risponderne: il dolo e la colpa grave.

La limitazione della colpa alle ipotesi di dolo e di colpa grave, non deve essere intesa come una deroga al principio della colpa lieve, bensì come un elemento per precisare che la forma di colpa alla quale ci si deve riferire è quella in concreto, accertata in base ai canoni della prevedibilità e della evitabilità della serie produttiva di danni.

Dalla nozione sopra esposta di responsabilità amministrativa emerge il fatto che tale tipo di responsabilità medica opera su un piano diverso rispetto alla responsabilità civile, in quanto essa non è rivolta ad una pronuncia riguardante il rapporto tra medico e paziente, ma è diretta a tutelare i pubblici bilanci dalle lesioni che in conseguenza dell'azione dolosa o gravemente colposa dei medici possono essere depauperati in conseguenza di sentenze favorevoli ai pazienti danneggiati.

A tale proposito, si richiama la lineare sentenza della Corte dei Conti, Sez. Centrale d'Appello, n. 601 del 10.11.2004 nella quale si osserva che *“il giudizio civile di risarcimento e quello di responsabilità amministrativa per danni conseguiti all'attività sanitaria, si muovono su piani distinti, sia perché finalizzati a regolare rapporti giuridici soggettivamente ed oggettivamente diversi sia perché diversi sono i parametri normativi di riferimento (Sez. III<sup>^</sup>, 30 marzo 2000 n. 124). ... mentre nel processo civile la colpa dei medici viene richiesta in grado elevato solo quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.), e, quindi, per l'imperizia e non anche per la valutazione della prudenza e della diligenza per le quali è sufficiente la colpa lieve (art.1176 c.c.), nel giudizio di responsabilità amministrativa è sempre richiesta la colpa grave non solo per l'imperizia, ma anche per l'imprudenza e per la negligenza. Ed è alla luce di tali principi, che il ricordato recepimento da parte del giudice civile della perizia non può costituire preclusione per il giudice contabile ai fini di una diversa valutazione dei fatti nell'ottica della pronuncia che il medesimo è chiamato a rendere: il che, del resto, si inserisce nel più vasto contesto dei rapporti tra giudizio civile e giudizio amministrativo che esclude qualsiasi effetto vincolante dell'uno rispetto all'altro”*.

La giurisdizione in *subiecta materia* appartiene esclusivamente alla Corte dei Conti (in diverse pronunce la Corte di Cassazione (nn. 15288/2001 e 4634/988) ha affermato che *“quando una struttura ospedaliera pubblica viene condannata al risarcimento del danno di un suo paziente in conseguenza di un fatto colposo del proprio dipendente (ci si riferisce in particolare alle lesioni personali provocate da un medico nell'esecuzione di un intervento), e successivamente agisce in rivalsa nei confronti dello stesso dipendente, il giudice competente è la Corte dei conti)* ed il danno che viene contestato è di tipo indiretto, in quanto può essere richiesto soltanto quando di verifici a carico dell'amministrazione *“l'obbligo giuridico di risarcire il terzo, e tale obbligo emerge nella sua pienezza nel momento in cui si sia evidenziato nell'an e nel quantum con un negozio unilaterale (riconoscimento del debito), o bilaterale (transazione) o con una sentenza definitiva di condanna della pubblica amministrazione a risarcire a un terzo un danno prodotto per inadempimento contrattuale o per fatto illecito del proprio dipendente”*.

Ne consegue che il decorso del termine prescrizione, ai fini dell'esercizio della azione di responsabilità nei confronti dei responsabili, ha inizio con il momento in cui sorge l'obbligo giuridico di risarcire il terzo (in caso di *danno c.d. indiretto* l'esordio della prescrizione del diritto dell'Amministrazione al risarcimento del danno va fissato alla data in cui il debito della P.A. nei confronti del terzo è divenuto certo, liquido ed

esigibile in conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di condanna dell'Amministrazione o dalla esecutività della transazione).

Venendo ora in esame il problema della colpa grave assume rilievo il fatto che il giudice deve prefigurare nel concreto l'insieme dei doveri connessi all'esercizio delle funzioni cui l'agente è preposto, attraverso un'indagine che deve tener conto della organizzazione amministrativa nel suo complesso e delle finalità da perseguire, alla luce di parametri di riferimento da porsi come limite negativo di tollerabilità, dovendosi ritenere realizzata un'ipotesi di colpa grave ove la condotta posta in essere se ne discosti notevolmente.

Pertanto, nell'attività sanitaria, la condotta può essere valutata come **gravemente colposa** quando il comportamento del medico sia stato anomalo ed inadeguato, tale, cioè, da costituire una devianza macroscopica dai canoni di diligenza e perizia tecnica e da collocarsi in posizione di sostanziale estraneità rispetto al più elementare modello di attività volta alla realizzazione degli interessi cui gli operatori pubblici sono preposti.

In altre parole, per configurare ipotesi di responsabilità a carico del medico, non basta che il comportamento sia stato riprovevole in quanto non rispondente perfettamente alle regole della scienza e dell'esperienza, ma è necessario che il medico, usando la dovuta diligenza, abbia potuto prevedere e prevenire l'evento verificatosi; perché, quindi, possa parlarsi di responsabilità per colpa grave si deve accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione ovvero il difetto di quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione sanitaria e, comunque, ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle cure di prestatori d'opera”.

Il criterio di valutazione della condotta del medico deve quindi essere incentrato sul livello di diligenza da lui impiegato nello scegliere discrezionalmente mezzi e modi suggeriti dalla scienza medica in relazione alla gravità della patologia riscontrata sul paziente in quanto è necessario accertare se il medico abbia usato il metodo operativo più adatto al caso concreto ed alle circostanze contingenti.

Un ultimo problema riguarda il *quantum debeatur*, in quanto nella valutazione del danno è necessario tener conto anche della situazione ambientale nella quale l'operatore sanitario si è trovato a svolgere le sue mansioni. Appare pertanto palese il fatto che non

possano essere addebitate al medico le conseguenze dannose che sono da attribuire alla struttura sanitaria nel quale lo stesso si trova ad operare.

In ipotesi di questo tipo ricorrono le condizioni previste dagli articoli 52, comma 2, del R.D. n. 1214 del 1934 e 83 del R.D. n. 2440 del 1923 per la riduzione dello addebito.

A titolo esemplificativo il potere riduttivo dell'addebito può essere utilizzato qualora l'evento dannoso sia dovuto a riduzione dell'attenzione dell'operatore, indotto da incombenze di ordine materiale notevolmente gravose e ripetute nel tempo, oppure nelle ipotesi di giudizio di responsabilità per turni gravosi di lavoro, situazioni queste che possono essere ricollegate a difficoltà operative riferibili a soggetti diversi e che devono quindi portare ad una condanna limitata rispetto all'entità del danno subito dall'amministrazione.

Milano – Maratea, 6 ottobre 2007

**Avv. Paolo Vinci**