



**NUOVE
FRONTIERE
DIRITTO**

LE FRONTIERE DELLA SALUTE

SPECIALE SANITA'

In memoria di Luigi Caffaro

**Questo numero e speciale viene pubblicato in memoria del Collega e Collaboratore Luigi Caffaro, prematuramente scomparso nel mese di giugno 2013, a cui va il nostro pensiero e il nostro tributo, nonché la gratitudine per aver sposato il nostro progetto, creduto e collaborato ad esso preziosamente.
Ciao Luigi.*

NUMERO E SPECIALE MESE DI LUGLIO 2013

Associazione culturale non riconosciuta

Sito a carattere giuridico-scientifico

Anno 2013

**NUOVE
FRONTIERE
DIRITTO**

Direttore responsabile: Michela Pecoraro (michela.pecoraro@nuovefrontierediritto.it)

Fondatore e Direttore scientifico: Federica Federici
(federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Responsabile di redazione: Marianna Sabino (marianna.sabino@nuovefrontierediritto.it)

Comitato scientifico in materie giuridiche: Federica Federici, Marianna Sabino, Emanuela Loria, Barbara Carrara, Domenico Salvatore Alastra, **Luigi Caffaro***, Filomena Agnese Chionna, Piero Algieri, Domenico Di Leo, Rosalia Manuela Longobardi, Massimo Marasca, Alberto Eramo, Alessia Canaccini, Carlo Pilia, Donatella Rocco, Giancarlo Trovato, Domenico Arcuri, Valentina d'Aprile, Martino Modica

Specialisti in materie scientifiche: Paolo Capri (psicologo giuridico e criminologo) - Sergio Nucci (medico chirurgo) - Lanfranco Belloni (fisico) - Fabio Delicato (criminologo)

Webmaster: Riccardo Scannapieco

Hanno collaborato alla rivista del mese: Claudio Amato - Aurora Di Mattea - Danila D'Alessandro - Barbara Carrara - Francesca Lucchese - Angela Allegria - Salvatore Magra

Nuove frontiere del diritto è una rivista *on line* fruibile su www.nuovefrontierediritto.it

ISSN 2240 - 726X

Nuove frontiere del diritto non è un giornale registrato, al momento di questa pubblicazione è in attesa di registrazione presso il Tribunale di Roma. Si intende, invece, come un sito che pubblica da gennaio 2013 contenuti i cui responsabili, in sede civile, penale ed amministrativa, sono il nuovo proprietario del dominio web e l'attuale gestione. Le singole posizioni (proprietario e gestori) sono precisate nel 'Chi siamo' del sito.

Copyright 2013 - Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati

**Questo numero e speciale viene pubblicato in memoria del Collega e Collaboratore Luigi Caffaro, prematuramente scomparso nel mese di giugno 2013, a cui va il nostro pensiero e il nostro tributo, nonché la gratitudine per aver sposato il nostro progetto e collaborato ad esso preziosamente.
Ciao Luigi.*

Attenzione: La pirateria editoriale ed informatica sono reati. I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione ed adattamento (totale o parziale), con qualunque mezzo, sono riservati per tutti i Paesi. Sono consentite la riproduzione, stampa e copia per uso personale. Tutte le altre forme di riproduzioni *on line* ed analogico-digitali potranno avvenire solo col consenso scritto della redazione (redazione@nuovefrontierediritto.it) e con obbligo di citazione della fonte. In caso contrario sono fatti salvi tutti i diritti, i quali si faranno valere sia in sede penale che in quella civile.

NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

Mese di luglio 2013

S O M M A R I O

- Premesse generali in tema di responsabilità medica (Dott. Claudio Amato)
- La responsabilità medica alla luce della l. 182/2012 (Avv. Aurora Di Mattea)
- LA RESPONSABILITA' DEL DIRIGENTE SANITARIO E DEL PERSONALE INFERMIERISTICO: NATURA, ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ILLECITO E CRITERI DI VALUTAZIONE DELLA COLPA PROFESSIONALE (Avv. Danila D'Alessandro)
- Alcuni aspetti in tema di principio di affidamento nel lavoro medico di equipe nonché in tema di responsabilità penale del medico in formazione e del personale infermieristico (Avv. Barbara Carrara)
- RESPONSABILITA' MEDICA E NUOVO FILTRO IN APPELLO (Avv. Salvatore Magra)
- Decriminalizzazione della colpa lieve nella responsabilità medica (Avv. Teresa Giacovelli)
- IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA IL DIRITTO DEL PAZIENTE E IL DIRITTO DEL MEDICO A SVOLGERE LIBERAMENTE LA PROFESSIONE SANITARIA (Dott.ssa F. Lucchese).
- La banca del seme (Dott.ssa Angela Allegria)
- La colpa per negligenza ed imprudenza esclude l'applicabilità dell'art. 3 l. n. 189/2012 (Dott.ssa F. Lucchese)
- La questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 d.l. 158/2012 (Avv. Aurora Di Mattea)
- COMMENTO a Cass. civ. sez. III, 19 febbraio 2013 (Avv. Aurora Di Mattea)
- COMMENTO a Cass. pen. sez IV, n. 268/2013 (Avv. Aurora Di Mattea)
- Segnalazioni editoriali a cura della Libreria Guidoni

PREMESSA AL NUMERO

“La paura di essere perseguiti per negligenza è una delle peggiori tragedie della medicina moderna. Questa ladra della gioia nella pratica medica ha rubato l'umanità dei medici. La nostra società ci sta dicendo che non abbiamo il diritto di commettere errori. Dobbiamo avere il diritto di fare degli errori. La scienza medica è così imperfetta che è quasi impossibile sapere per certo, prima di trattare un paziente, quale sarà il risultato. Ogni terapia è sperimentale e ogni medico sollecito deve correre rischi, se vuole aiutare i suoi pazienti. L'incompetenza è un'altra questione: se un medico è incompetente, non dovrebbe praticare la medicina e basta.” (Patch Adams in Salute).

A CURA DI

GIURO PER APOLLO MEDICO E PER ASCLEPIO E PER IGEA E PER PANACEA E PER TUTTI GLI DEI E LE DEE, CHIAMANDOLI A TESTIMONI CHE ADEMPIRÒ SECONDO LE MIE FORZE E IL MIO GIUDIZIO QUESTO GIURAMENTO E QUESTO PATTO SCRITTO.

TERRÒ CHI MI HA INSEGNATO QUEST' ARTE IN CONTO DI GENITORE E DIVIDERÒ CON LUI I MIEI BENI, E SE AVRÀ BISOGNO LO METTERÒ A PARTE DEI MIEI AVERI IN CAMBIO DEL DEBITO CONTRATTO CON LUI, E CONSIDERÒ I SUOI FIGLI COME FRATELLI, E INSEGNERÒ LORO QUEST'ARTE SE VORRANNO APPRENDERLA, SENZA RICHIEDERE COMPENSI NÉ PATTI SCRITTI.

METTERÒ A PARTE DEI PRECETTI E DEGLI INSEGNAMENTI ORALI E DI TUTTO CIÒ CHE HO APPRESO I MIEI FIGLI DEL MIO MAESTRO E I DISCEPOLI CHE AVRANNO SOTTOSCRITTO IL PATTO E PRESTATO IL GIURAMENTO MEDICO E NESSUN ALTRO. SCEGLIERO' IL REGIME PER IL BENE DEI MALATI SECONDO LE MIE FORZE E IL MIO GIUDIZIO, E MI ASTERRÒ DAL RECAR DANNO E OFFESA.

NON SOMMINISTERÒ A NESSUNO, NEPPURE SE RICHIESTO, ALCUN FARMACO MORTALE, E NON PRENDERÒ MAI UN' INIZIATIVA DEL GENERE; E NEPPURE FORNIRÒ MAI A UNA DONNA UN MEZZO PER PROCURARE L'ABORTO.

CONSERVERÒ PIA E PURA LA MIA VITA E LA MIA ARTE.

NON OPERERÒ NEPPURE CHI SOFFRE DI MAL DELLA PIETRA, MA CEDERÒ IL POSTO A CHI È ESPERTO DI QUESTA PRATICA.

IN TUTTE LE CASE CHE VISITERÒ ENTRERÒ PER IL BENE DEI MALATI, ASTENENDOMI AD OGNI OFFESA E DA OGNI DANNO VOLONTARIO, E SOPRATTUTTO DA ATTI SESSUALI SUL CORPO DELLE DONNE E DEGLI UOMINI, SIA LIBERI CHE SCHIAVI.

TUTTO CIÒ CH'IO VEDRÒ E ASCOLTERÒ NELL'ESERCIZIO DELLA MIA PROFESSIONE, O ANCHE AL DI FUORI DELLA DELLA PROFESSIONE NEI MIEI CONTATTI CON GLI UOMINI, E CHE NON DEV'ESSERE RIFERITO AD ALTRI, LO TACERÒ CONSIDERANDO LA COSA SEGRETA.

SE ADEMPIRÒ A QUESTO GIURAMENTO E NON LO TRADIRÒ, POSSA IO GODERE DEI FRUTTI DELLA VITA E DELL' ARTE, STIMATO IN PERPETUO DA TUTTI GLI UOMINI; SE LO TRASGREDIRÒ E SPERGIURERÒ, POSSA TOCCARMI TUTTO IL CONTRARIO.

(IL GIURAMENTO DI IPPOCRATE, DALL'ORIGINALE DEL TESTO CLASSICO)

A distanza di secoli dalla redazione del testo, il giuramento ippocratico mantiene ancora oggi inalterata la sua profonda forza suggestiva e con essa rimane tuttora forte anche l'indubbia attrattiva suscitata dall'ars medica negli studenti chiamati a scegliere il loro percorso di studi.

E' notizia di questi giorni infatti che sono stati ben 84.165 i candidati presenti quest'anno per sostenere i test di ammissione ai corsi di laurea di Medicina ed Odontoiatria; numeri importanti, a testimonianza del forte richiamo che indubbiamente sempre viene esercitato sui giovani dalla nobile arte sanitaria.

La moderna formulazione del giuramento pronunciato dai nuovi medici, predisposta nel 2007 dalla Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi ed odontoiatri, tutt'ora si ispira agli stessi ideali, sia pure con termini e precetti diversi; ma chi affronta oggi la professione sanitaria deve purtroppo convivere con la radicata consapevolezza di quanto sia sottile e volatile il confine tra il risultato finale della salute del paziente e l'errore medico, tra successo ed errore e con tutte le conseguenze che questo comporta sia per il paziente stesso che per la vita professionale del curante.

La giurisprudenza civile e penale degli ultimi decenni in tema di colpa nell'esercizio della ars medica si è spostata così da iniziale posizione di benevolenza e comprensione per la difficile posizione del curante ad un progressivo orientamento di maggior rigore, sempre più attento alle esigenze ed alle istanze del malato.

Così, dalle più decisioni di legittimità più risalenti, volte a configurare la responsabilità del medico solo in caso di colpa grave e quindi di errore

inescusabile si è progressivamente pervenuti ad una più moderna concezione della colpa medica invece impostata sul rapporto medico – paziente, e quindi articolata sulle disposizioni in generali in tema di colpa enunciate nella parte generale del codice penale, senza alcuna indulgenza nei confronti della categoria professionale sanitaria.

Le azioni giudiziarie nei confronti dei sanitari, sempre più frequenti, hanno messo in luce alcune importanti questioni in tema di malpractice pure affrontate e risolte in modo spesso contrastante dalla giurisprudenza di merito e di legittimità: si rammentano in tal senso – solo per citarne alcune – le molte problematiche afferenti la responsabilità penale del lavoro eseguito in equipe, la difficile distinzione del grado della colpa, il ruolo del medico in tirocinio e dell'infermiere professionale.

In questo ambito, già di per sé estremamente complesso ed articolato, non può non tenersi conto dell'inquietante quanto inevitabile fenomeno della medicina difensiva, ossia di quel tipo comportamento tenuto dal sanitario che è diretto a prescrivere procedure diagnostiche o visite non tanto per curare il paziente quanto per ridurre il rischio di una esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice.

La prima ricerca nazionale sulla medicina difensiva condotta dall'Ordine dei Medici di Roma ha portato a risultati sconfortanti; sulla base di una raccolta di dati realizzata tra il 2009 ed il 2010, su un campione probabilistico di 2783 medici rappresentativo di tutte le categorie mediche ad eccezione di quella degli Odontoiatri, è emerso che circa il 53% dei medici ha dichiarato di prescrivere farmaci per medicina difensiva, come pure il 73% ha dichiarato di effettuare prescrizioni di visite specialistiche per lo stesso motivo; sul medesimo tenore le prescrizioni degli esami di laboratorio, effettuate dal 71% dei medici sempre per ragioni difensive e degli esami strumentali, anch'essi prescritti dal 75,6% dei medici intervistati per le medesime motivazioni.

E' in questo quadro generalissimo che deve essere intesa la novella introdotta dall'art. 3 della legge 8.11.2012 n. 189, il cd. Decreto sanità, ove prevede che non risponda per colpa lieve in ambito penale il sanitario che si attenga

nella sua attività professionale alle linee guida ed alle best practices accreditate presso la comunità scientifica internazionale.

Sulla base di tali considerazioni, si deve rilevare il radicale mutamento dell'impostazione del rapporto tra medico e paziente.

Partendo dalle disposizioni previste del Codice deontologico Medico, vanno evidenziati **l'art. 33 Informazione al cittadino** (Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostiche terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostiche terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta. Il medico deve, altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di prevenzione. Le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza. La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto all'informazione deve essere rispettata) e **l'art. 35 Acquisizione del consenso** (Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in

presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente).

In particolare, vanno poi rilevate le riflessioni giuridico-culturali in relazione al consenso informato della Corte di Cassazione nella celeberrima sentenza delle Sezioni Unite n. 2473 del 21 gennaio 2009. Nelle motivazioni della sentenza si legge che il consenso informato trova il suo fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e che la sua funzione è la sintesi di due diritti fondamentali della persona: " quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione. Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale".

Tale assunto, fondato sul pieno rispetto del diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione, sta a significare che il criterio della disciplina tra medico-paziente è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in pieno possesso delle capacità intellettive e volitive: secondo una totale autonomia di scelte.

Dall'analisi della recente giurisprudenza in materia e da una riflessione sociale, si può affermare che il rapporto tra medico-paziente dovrebbe basarsi in modo particolare sulla buona comunicazione.

Non va sottaciuto che in ambito medico si parla sempre più spesso di "alleanza terapeutica". Infatti, si ritiene di fondamentale importanza: che il paziente sia motivato ad un rapporto di piena apertura con il medico, che ci sia un coinvolgimento cognitivo e pratico tra i due partecipanti, che ci sia un consenso sulla strategia di lavoro e di mutua collaborazione mediante un accordo tra medico e paziente circa gli obiettivi dell'intervento e le strategie da seguire.

Pertanto, si auspica ad un'alleanza terapeutica costruita attraverso un percorso di continua "negoziazione e reinvenzione".

All'alleanza terapeutica non sembra ispirato il decreto Balduzzi, che, messe da parte riserve dottrinali e dogmatiche, ha operato "un'attività di chirurgia normativa", dall'esito non promettente.

Difatti, il ridimensionamento della responsabilità penale del medico per condotta colposa entro gli stretti confini della colpa lieve diventa la linea di orizzonte che il giudice penale deve osservare per contenere la risposta sanzionatoria. Ma il nuovo punto di osservazione suggerito dal legislatore non esaurisce né risolve una questione come la malpractice medica, che forse necessiterebbe di una riforma coraggiosa ed efficace, che fuori dai caratteri minimalistici delle linee guida pretenderebbe il recupero di un rapporto medico-paziente, in cui la primaria esigenza non è la costruzione di un modello di medicina difensiva intangibile ma la tutela della persona. A delineare lo spazio di intervento dell'autorità giudiziaria penale è il configurarsi di una colpa lieve. Il concetto di colpa levis affonda le sue radici nel diritto romano, come criterio generale di imputazione della responsabilità contrattuale, e assume nell'ordinamento attuale una qualificazione concettuale diversificata con riferimento al sistema civilistico e/o penalistico, all'interno dei quali ha assunto sfumature concettuali ed interpretative non riducibili a definizioni di principio, rispondendo comunque alla logica in cui si collocano. Che l'opzione legislativa adottata non abbia risolto la tematica della responsabilità è un dato non solo deducibile dalla questione di costituzionalità sollevata dal tribunale meneghino, ma soprattutto dall'infelice formulazione sintattica e fraseologica che apre un dibattito su concetti e

principi codificati nel tempo dalla giurisprudenza e che vengono totalmente ignorati dal legislatore. Il riferimento all'art. 2043 c.c. in materia di responsabilità medica, si rivela quasi anacronistico, in relazione agli approdi interpretativi sulla qualificazione della stessa come contrattuale. Ma anche il richiamo alle linee guida non consente di mettere sempre al riparo l'attività del medico, che in relazione alla diagnosi ed attività terapeutica spesso si trova di fronte ad indirizzi scientifici contrastanti, generici, e non sempre aderenti al contesto fattuale. Le care vecchie regole di diligenza perizia e prudenza contengono in sé il modello a cui il medico deve ispirarsi coniugando il proprio sapere con il rispetto della tutela della persona. Forse la cronaca e la prassi ci ha abituato alla grave piaga della malasanità, agli errori più grossolani, e così anche la coscienza pubblica tende più ad identificare ogni esito infausto con la disattenzione, l'imperizia e l'avventatezza del medico. Ma non sempre è così. Era pacifico e condiviso che la obbligazione del professionista non fosse di risultato ma di mezzi, ma anche questa distinzione è andata in soffitta, e chissà quando verrà rispolverata dalla giurisprudenza. Nelle pagine che seguono si offre una lettura, che ambiziosamente, vuole fornire allo studioso del diritto gli strumenti per comprendere una tematica, articolata, ed in continua mutazione, con l'auspicio di essere riusciti/e nell'intento.

Buona lettura!

Aurora Di Mattea

Barbara Carrara

Francesca Lucchese

Premesse generali in tema di responsabilità medica:

a cura del Dott. Claudio Amato

1. *Notazioni introduttive e cenni sulla natura della responsabilità contrattuale;*
2. *La distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Critica;*
3. *La natura della responsabilità medica. L'obbligazione senza prestazione;*
4. *La prestazione medica (nei confronti della struttura sanitaria);*
5. *Cenni sul consenso informato e su alcune ipotesi di danni risarcibili;*

1. La materia della responsabilità medica individua una tematica quanto mai attuale, soprattutto in ragione delle modifiche legislative intervenute di recente (si allude al c.d. decreto Balduzzi), e, per tale ragione, richiede una rimediazione. In tale lavoro si proverà ad offrire una ricostruzione in termini generali, rimandando l'analisi dei punti specifici agli altri contributi del presente numero.

Nell'ordine si tenterà di offrire una disamina generale sul tema della responsabilità contrattuale, per poi dedicarsi nello specifico alla responsabilità medica. Nel descrivere la natura di tale responsabilità non sarà eludibile la disamina della presunta, quanto ormai superata, distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato, e quindi muovere l'indagine in seno al contenuto dello specifico rapporto obbligatorio intercorrente fra professionista - "debitore" ed il cliente/paziente - "creditore"¹.

Ulteriormente, ultimato l'esame della questione testè accennata, dovrà valutarsi l'incidenza della costruzione del tipo di responsabilità sul riparto dell'onere probatorio. Analizzato il tema del nesso causale, con particolare attenzione al problema del consenso informato, l'ultimo profilo da trattare afferirà il tema del danno, o meglio dei danni, che la giurisprudenza ha provveduto ad enucleare

¹ I termini creditore e debitore sono stati virgolettati nel testo in quanto, nella ricostruzione che si offrirà nel seguito della trattazione non si potrà discorrere in senso proprio di credito e di debito.

proprio in tema di responsabilità medica. Nel procedere in tale opera non si potrà ovviamente non discutere della tematica dei c.d. contratti ad effetti protettivi, operando una distinzione (se distinzione vi è)² dalla teorica degli obblighi di protezione.

² Come sembra mettere in dubbio L.Viola, *Ok la giurisprudenza parla di contatto sociale...ma se fosse un contratto ad effetti protettivi?* . (dove oggetto del lavoro si rinvia nella ricerca – a nostro avviso non riuscita – di trovare in ambito contrattuale un appiglio che garantisca il risarcimento del danno non patrimoniale). Tale autore espone a dura critica la figura del contatto sociale, sostenendone l'inconfigurabilità in quanto priva di ancoraggio positivo. Si sostiene infatti che se e' innegabile che l'art 1173 c.c. detta un sistema aperto riguardo alle fonti dell'obbligazione, nel caso di "qualunque atto o fatto", al fine di prodursi dell'effetto, sarebbe necessaria la presenza di un giudizio di conformità con l'ordinamento giuridico. In altri termini, il *tertium genus* di fonti, non consentirebbe la riconducibilità ad esso di figure altre rispetto a quelle – diverse dal contratto e dal fatto illecito – già positivizzate dal legislatore (indebito, arricchimento senza causa, gestione di affari altrui). Il corollario di un tale ragionamento sarebbe il seguente: non esistendo alcun disposto normativo che preveda il contatto sociale come fonte di obbligazioni, tale figura dovrebbe essere espunta dal novero delle fonti medesime (o quantomeno da quelle aventi natura legale; cfr. A.Zaccaria, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts* (la resistibile ascesa del <<contatto sociale>>, Riv.Dir.Civ., 1/2013, p.103. *Contra* C.Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Europa e Diritto Privato, 1/2010, p.69). Con riguardo all'ipotesi di responsabilità medica, secondo Viola, più che parlarsi di obbligazione senza prestazione (aggiungiamo noi) sarebbe più corretto discorrersi di contratto ad effetto protettivo di terzi. Ovvero dal contratto fra struttura sanitaria e medico sorgerebbe un obbligo di protezione di questi verso il paziente, analogamente al diritto di credito previsto ex art 1411 c.c. nel contratto a favore di terzi (sul punto, nei medesimi termini, M.Fratini-A.Salerno, *Obblighi di protezione tra contatto e contratti ad effetti protettivi verso terzi*, in *Lezioni di diritto civile*, 1/2013, p.14). Le obiezioni ci paiono prive di fondamento per diversi ordini di ragioni. *In primis*, e' facilmente superabile l'obiezione riguardante la mancanza di indici di "positivizzazione" della figura del contatto sociale, che quindi "bypasserebbe" il giudizio di conformità richiesto dall'art 1173 c.c. rispetto alle fonti altre dal contratto e dal torto. Conformità all'ordinamento giuridico non vuol dire infatti che vi debba per forza essere un rinvio diretto ad una norma che disciplini quale fattispecie un istituto o una figura, quanto che l'atto o il fatto fonte del rapporto non appaia alieno alla logica del sistema (cfr. F.Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, 2011, p.682). E il contatto sociale nel sistema trova una sua precisa indicazione nell'art 1337 c.c. con riguardo alle trattative precontrattuali. Tale argomento proposto potrebbe risultare inconferente laddove si negasse che la disposizione su richiamata disciplini un rapporto, e che i soggetti impegnati nelle trattative sarebbero da considerare come due estranei, con conseguente responsabilità, in ipotesi di danno, da ricondurre alla fattispecie di cui all'art 2043 c.c. Ma tale impostazione non pare corretta e per ragioni di ordine sistematico (l'art 1337 c.c. e posto nella parte dedicata al contratto e non al fatto illecito) e per ragioni di ordine letterale (la norma parla di parti, e menziona la buona fede, da intendersi in senso oggettivo, la quale e' sicuro indice di un rapporto obbligatorio, sebbene diverso da quello che ha ad oggetto una prestazione (tale aspetto non pare essere stato colto da F.Caringella-L.Buffoni, *Manuale di diritto civile*, Dike, 2013, p.514). Inoltre la tesi aquiliana non e' in grado di spiegare coerentemente l'art 1338 c.c., facilmente inquadrabile nell'art 1218 c.c., dovendosi rifugiare in fantomatiche responsabilità speciali.). Quanto al riferimento del contratto con effetti protettivi dei terzi, la figura, per come e' stata teorizzata in seno alla dottrina tedesca, trova applicazione laddove tra le parti contraenti (ente, medico) sussista un dovere di protezione, che per effetto della prossimità della prestazione, sia estensibile anche al terzo. Ma nell'ipotesi *de qua*, tra medico ed ente non sussiste alcun dovere di protezione, di conseguenza il richiamo a tale figura rispetto alla responsabilità medica appare inesatto (cfr. A. di Majo., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, Europa e diritto privato, 1/2000, p.11, in particolare n.23) Inoltre e' il caso di aggiungere che tale figura, sorta per proteggere la situazione dei terzi c.d. qualificati, ha la sua ragion d'essere nell'ipotesi nella quale il terzo, che potrebbe essere toccato dalla prestazione, non abbia altro modo di difendersi da una sua inesatta o cattiva esecuzione nei confronti del destinatario. Nel caso della responsabilità medica invece, sia che si tratti di struttura pubblica che di struttura privata, il paziente ha un'azione contrattuale diretta, senza che sia necessario rifugiarsi nella figura del contratto ad effetto protettivo. Infine, laddove si volesse ricondurre la relazione struttura-medico-paziente al contratto a favore di terzi sarebbero paradossali le conseguenze in caso di rifiuto del terzo a ricevere la prestazione.

Tema quest'ultimo direttamente ricollegabile alla natura della responsabilità del medico operante in una struttura sanitaria, specificando se quest'ultima vada ricondotta ad una responsabilità da contatto sociale, fondata sull'affidamento che nel paziente si ingenera in forza dello *status* professionale del "debitore", quale violazione di un'obbligazione senza prestazione, compiendo però una disamina volta ad enucleare la reale portata dell'obbligazione senza prestazione³, che è figura non riducibile al mero contatto sociale, ovvero se si tratti di una figura meglio inquadrabile nella categoria dei rapporti contrattuali di fatto, e specificatamente, quale prestazione senza obbligazione⁴.

Come su enunciato, la prima tappa dell'analisi afferisce il tema della responsabilità contrattuale⁵, ed impone quindi un esame delle diverse teorie prospettate in dottrina quanto al suo fondamento.

Secondo un primo orientamento, originato dal testo dell'art 1224 c.c. 1865, la responsabilità da inadempimento, presupponendo una simmetria con la disciplina dell'illecito aquiliano, si fonderebbe sulla colpa. Secondo i sostenitori di tale indirizzo, dunque, il debitore risponderebbe dell'inadempimento nell'ipotesi di violazione della diligenza, mentre andrebbe esente da responsabilità nell'ipotesi in cui, seppur inadempiente, fosse provata l'assenza di colpa (che quindi assurgerebbe ad elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità).

Tale tesi non pare accoglibile in quanto, da un lato, assimila la responsabilità per violazione di un obbligo nascente da un rapporto preesistente alla responsabilità "del chiunque", eludendo il disposto normativo nonché le diversità strutturali che sovrintendono la disciplina dell'inadempimento e quella dell'illecito. Inoltre appare poco rispettoso della lettera dell'art 1174 c.c., che parla di prestazione volta a

³ C.Castronovo, *Tra contratto e torto: L'obbligazione senza prestazione*, in *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, pp. 443 ss, specificamente 486.

⁴ A.di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Corriere giuridico*, 1999, pp.441 ss.

⁵ Il tema, per la sua complessità ed estensione, non può che essere accennato nel lavoro che qui si presenta. Per approfondimenti si rinvia a L.Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, p.1 ss, (poi in *Enc.Giuridica*, vol.XXXIX. 1988), ora in *Scritti II, Obbligazioni e Negozio*, Giuffrè, 2011 (su cui *infra*); G.Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Jovene, 1979; e di recente F.Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, 2011, pp.509 ss; Id. *Sulla natura non colposa delle responsabilità contrattuale*, *Europa e diritto privato*, 4/2011.

soddisfare un interesse del creditore, limitando invece il contenuto di questa ad un mero dovere di diligenza, riconducibile al momento del “dover dare/fare” del debitore, ma dimentico del secondo momento, ovvero il “dover ricevere” del creditore.

Ad una siffatta ricostruzione, nei primi del '900 si oppose con forza la concezione c.d. oggettivistica⁶, propugnata in particolar modo da Giuseppe Osti.

Secondo tale autore il debitore era obbligato ad adempiere l'obbligazione fino al limite dell'impossibilità sopravvenuta, e poteva andare esente da responsabilità nel solo caso in cui fosse riuscito a fornire prova che l'impossibilità fosse stata oggettiva (nel senso che nessun altro debitore nelle medesime condizioni sarebbe riuscito ad adempiere) ed assoluta (ovvero materiale, o ancora meglio naturale: la prestazione veramente impossibile sul piano giuridico era tale perché impossibile anche *in rerum natura*). Tale autore però costruendo il contenuto del rapporto obbligatorio secondo i canoni dell'astrattezza, riduceva quest'ultimo al solo risultato atteso dal creditore, espellendo le modalità ed i mezzi attraverso i quali il debitore, in concreto, potesse addivenire al risultato medesimo.

Precipitato di tale enunciazione era dunque la distinzione fra tipi di obbligazione a seconda del contenuto, sia esso un risultato ovvero un comportamento (mezzo). Mentre nel primo caso, essendosi il debitore obbligato a procurare il risultato, il limite della prestazione veniva rinvenuto nell'impossibilità (assoluta e oggettiva), nella seconda categoria di rapporti il limite era rappresentato dalla mera violazione di un dovere di diligenza, dovere analogo a quello predisposto in materia di responsabilità extra-contrattuale (identificando l'inadempimento come colpa *in re ipsa*). Tale autore però, volendo mantenersi coerente con la concezione oggettivistica, giudicava la diligenza ex art 1176 c.c. nulla più che mero parametro di determinazione dell'obbligazione (o meglio di alcune obbligazioni), il quale non poteva mai assurgere a criterio integrativo della fattispecie ex 1218 c.c.

⁶ Cui in questa sede si può solo accennare, riportandone in maniera oltremodo sintetica e parziale, i passaggi che paiono utili per delineare i confini della tematica oggetto del presente articolo.

Seguendo tale ragionamento individuò il criterio di imputazione della responsabilità nelle obbligazioni di mezzi nella colpa ex art 43 c.p.

Sembra non potersi accedere a tale impostazione per un duplice ordine di motivi:

a) la colpa penale e' un parametro esterno da cui discende un giudizio di prevedibilità e quindi di evitabilità di un evento pregiudizievole, piuttosto che un criterio volto al conseguimento di un risultato dovuto (come dovrebbe essere la diligenza in un rapporto obbligatorio); b) la concezione non solo oggettiva, ma anche assoluta dell'impossibilità della prestazione trovava un insuperabile ostacolo nella disposizione di cui all'art 1257 c.c.⁷ che esonera il debitore da responsabilità nell'ipotesi in cui si provi lo smarrimento della cosa determinata, senza necessità di provarne anche il perimento. In tale ipotesi dunque il giudizio di responsabilità sebbene oggettivo, dimostra la non necessità del carattere anche assoluto dell'impossibilità perché, nei fatti, la prestazione sarebbe in astratto ancora possibile.

La rigidità di tale tesi, tuttavia ispiratrice dell'attuale disciplina della responsabilità da inadempimento dell'attuale codice civile, infatti è stata attenuata da una indirizzo successivo il quale, pur accogliendo la distinzione tra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato, propose una diversa valutazione del giudizio di impossibilità, mantenendo il canone dell'oggettività, ma sostituendo ad un giudizio di assolutezza uno di relatività, che imponesse all'interprete una ricognizione dell'effettiva possibilità in concreto per il debitore di adempiere.

In altri termini, il debitore andrebbe esente da responsabilità non solo in caso di oggettiva impossibilità di adempiere la prestazione, ma anche nell'ipotesi in cui una prestazione, ancora possibile "in natura", sia in concreto inesigibile perché l'adempierla comporterebbe un eccessivo sacrificio per il patrimonio o per la persona del debitore. La tesi appena enunciata ha trovato numerose conferme in giurisprudenza, sino alla pronuncia numero 15781 delle Sezioni Unite del 2005 (confermata da pronunce successive), la quale ha abbandonato la distinzione fra obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi.

⁷ Così L.Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit, p. 314 (Scritti, II, Giuffrè, 2011), il quale scrive che tale ipotesi estintiva dell'obbligazione non configura un caso di impossibilità logica della prestazione. Infatti, si tratterebbe non di vera impossibilità, ma di "inesigibilità" (figura assente dalla teorica di Osti).

A tale conclusione la Suprema Corte arriva recependo le idee e l'impostazione di un autore (ovverosia Luigi Mengoni)⁸ il quale, già nei primi anni '50 del secolo scorso, con i suoi studi sull'oggetto dell'obbligazione prima, e sulla responsabilità contrattuale poi, aveva già ampiamente dimostrato come fosse dogmaticamente improprio e positivamente scorretto distinguere le obbligazioni in due tipologie, ovvero mezzi e risultato, e del come una siffatta distinzione andasse ad incidere sull'unitarietà del giudizio di responsabilità come desumibile dal tessuto positivo del codice civile, cristallizzato nella disposizione di cui all'art 1218 c.c., secondo il quale il debitore risponde nell'inadempimento fino al limite dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, salvo non provi che tale impossibilità sia dovuta a causa a lui non imputabile.

2. A tal proposito dunque si tratta di esaminare la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato⁹. Ciò in quanto, tale argomento è strettamente connesso al tema oggetto del presente lavoro, ovvero la responsabilità del professionista, che è terreno elettivo della distinzione. Se la distinzione ha (ancora) ragion d'essere nel nostro ordinamento, la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale (ed in particolare il medico) dovrà essere trattata con una disciplina ed un regime probatorio diverso rispetto alle altre ipotesi codicistiche.

⁸ Ci si riferisce al c.d. tritico Mengoniano (secondo la felice denominazione data da Castronovo), ovvero allo scritto sull'oggetto dell'obbligazione, agli studi su obbligazione di mezzi e di risultato e infine alla voce "responsabilità contrattuale". Per la scrittura del presente lavoro l'opera di Mengoni ha rappresentato una bussola. In particolare lo scritto del 1956 sulla natura della responsabilità precontrattuale, lavoro nel quale viene affermata – in maniera ad oggi insuperata – la natura contrattuale della *culpa in contrahendo*, riaffermando (e migliorando) l'impostazione originaria dello Jhering (notizie in tal senso si ritrovano in C.Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo* (a cura di Castronovo e Mazzamuto), II, Giuffrè, 2007).

⁹ Sulla quale è d'obbligo il rinvio a L.Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, Studio critico, in riv.dir.comm. 1954 (ora riproposto in Scritti II, *Obbligazioni e negozio cit.* pp.141 ss, da cui i successivi richiami). Scrive Mengoni che la paternità della distinzione va attribuita alla dottrina tedesca (Bernhoft, 1889; Fischer, 1897) e che solo la denominazione è dovuta alla dottrina francese (Demogue, 1925). Tale notazione storica sembra essere sfuggita a R.D'Agostino, *Le obbligazioni*, Diritto&Scienza, 4/2013, p.43, n.117, la quale, nonostante il richiamo in nota dello scritto di Mengoni (da noi riportato, il quale chiaramente informa sull'origine in seno alla dottrina tedesca della distinzione), fa risalire la distinzione ad uno scritto del Demogue (del 1936). Di recente si è occupato della distinzione F.Piraino, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, Europa e Diritto privato, 1/2008, pp.83 ss., anche con riguardo ai progetti sovranazionali attinenti al diritto delle obbligazioni (Avant Projet Català, Principi Unidroit, P.d.e.c., e codice europeo dei contratti).

Viceversa, se tale distinzione non ha (come proveremo a dimostrare) più ragione di essere accettata, ne consegue che la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale soggiace al medesimo regime previsto ex 1218 c.c. per tutti gli altri tipi di obbligazione.

La prima critica che si può muovere alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato è nominalistica.

Infatti, nel nostro ordinamento, e la lettera dell'art 1174 c.c. ne è una conferma, non esistono obbligazioni solo di mezzi o obbligazioni solo di risultato¹⁰. In entrambe le tipologie infatti, un risultato vi è sempre e comunque, e tale ovvio assunto è intrinseco alla natura stessa del rapporto obbligatorio quale rapporto strumentale entro il quale un soggetto si obbliga verso un altro al fine di approntare un qualche utilità soddisfattiva di un interesse di quest'ultimo¹¹.

Or dunque è ora necessaria una precisazione su cosa si debba intendere per risultato: nelle obbligazioni che la dottrina tradizionale definisce "di mezzi", il risultato dovuto (ovvero il contenuto dell'obbligo del debitore) non è anche il risultato "finale" (o come è stato denominato in dottrina, il "risultato del risultato"), ovvero quell'utilità atta a soddisfare l'interesse primario del creditore, quanto invece un risultato "intermedio", inteso quale mezzo atto a provocare un mutamento (o una conservazione) di una situazione di fatto utile per il creditore. La differenza tra le due definizioni di risultato starebbe quindi solo sul piano della corrispondenza tra dovuto del debitore e atteso dal creditore¹²: mentre nell'obbligazione "di risultato", il

¹⁰ A.Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza alla distinzione fra obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi*, Europa e diritto privato, 2005, p.801.

¹¹ *"L'interesse – presupposto dell'obbligazione – è sempre orientato al mutamento o alla conservazione di una situazione di fatto iniziale."* Ma non sempre l'oggetto della qualificazione giuridica *"ossia il contenuto del rapporto obbligatorio"* coincide con la realizzazione di questo interesse definibile *"come primario"*. Ciò in ragione del fatto che *"la tutela giuridica, che è misura del dover avere del creditore"*, è circoscritta a *"un interesse strumentale, a un interesse di secondo grado che ha come scopo immediato un'attività del debitore capace di promuovere l'attuazione dell'interesse primario"*. In tali ipotesi *"il fine tutelato"* cioè appunto il risultato dovuto *"non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore"* (Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi cit.*, p.146).

¹² Magistralmente Mengoni (*loc.ult.cit.*) secondo il quale la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato può accettarsi solo con valenza descrittiva, al fine di separare i rapporti obbligatori in due categorie caratterizzate da una *"maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (il risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine"*.

debitore si obbliga a tenere un comportamento che realizzi pienamente il risultato finale atteso del creditore, perchè corrispondente all'interesse primario da cui origina il rapporto obbligatorio, nelle obbligazioni "di mezzi", il debitore si obbliga alla realizzazione di un comportamento strumentale volto al conseguimento di un risultato intermedio, che sia però prodromico al raggiungimento dello scopo finale atteso dal creditore¹³.

Seppur pleonastico, appare comunque opportuno precisare che nella seconda tipologia di obbligazioni il risultato finale non entra nel contenuto dell'obbligazione, quindi il creditore non potrà muovere alcun rimprovero al debitore per il suo mancato conseguimento, in quanto il debitore non si era mai obbligato a garantirlo¹⁴.

Ma tale critica, per quanto possa ritenersi persuasiva, non intacca però il nucleo fondante della distinzione, rinvenibile nella possibilità di rompere l'unitarietà del giudizio di responsabilità e in tal modo incidere sulla distribuzione dell'onere della prova.

Secondo la dottrina tradizionale, come si è su accennato, il regime di responsabilità sarebbe diverso a seconda che ci si trovi innanzi ad un'obbligazione di mezzi o ad un'obbligazione di risultato. Mentre nel secondo caso infatti, il debitore risponderebbe per il fatto stesso dell'inadempimento, quale fatto oggettivamente valutabile, nel primo caso egli risponderebbe nella sola ipotesi di colpa, bastando la

¹³ Tale tesi viene patrocinata da D'Amico, richiamato da Nicolussi. Tale ultimo autore si domanda retoricamente se siano paragonabili la responsabilità di chi violi un obbligo precedentemente assunto e chi violi una situazione di un soggetto con cui non ha alcun rapporto, dandosi risposta negativa. Come si avrà modo di dire nel testo, non pare, alla luce del contesto normativo in cui ci si muove, potersi parlare di un'unica responsabilità di diritto civile, poi suddivisa in responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, unificate ambedue sul dogma della colpa (nonostante tale approccio risalga all'autorevole dottrina del F.Carnelutti, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, Riv.dir.comm, 2/1912, pag. 744; di recente riproposta da N.Lipari, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, I Contratti, 7/2010, p.705, nonché (con sfumature diverse) da M.Giorgianni, *La responsabilità civile e la rivalutazione della figura generale dell'obbligazione*, in *Judicium* 11/2012, pp. 16-17).

¹⁴ Così F.Piraino, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* cit, p. 117-118; il quale richiama (n.85) Breccia, *Le obbligazioni* p.141, secondo cui utilità attesa dal creditore non va confusa con l'aspirazione di quest'ultimo a trarre dall'adempimento dell'obbligo ulteriori vantaggi non rientranti nel contenuto del rapporto (seppur operanti come ragioni "esterne" integrative dell'interesse creditorio; cfr Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* cit, p.146). Nell'ipotesi della responsabilità medica, il medico si obbliga ad approntare cure utili per la guarigione del malato, non a guarirlo. Perciò laddove sopraggiunga la morte del malato (o la sua non guarigione) il medico andrà esente da responsabilità non perchè "la guarigione è divenuta impossibile senza sua colpa", quanto perchè egli "ha adempiuto la sua obbligazione" (cfr Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* cit, p.147).

prova di diligenza per andare esente da responsabilità, anche qualora vi fosse stato inadempimento¹⁵.

Tale conclusione e' inaccettabile sia su un piano strettamente dogmatico che su un piano di diritto positivo.

Infatti, l'unica norma che sovrintende il giudizio di responsabilità contrattuale e' l'art 1218 c.c., rubricato non a caso "responsabilità del debitore", il quale stabilisce che il debitore risponde dell'inadempimento fino al limite dell'impossibilità. La lettera della legge e' chiarissima nel distinguere i due piani, ovvero quello del fondamento della responsabilità (che è ravvisabile nell'inadempimento di qualsivoglia obbligo previamente assunto), e quello del limite della responsabilità, ravvisabile nell'impossibilità sopravvenuta non imputabile. Quale che sia dunque il tipo di obbligazione, il creditore, in sede di giudizio di responsabilità, dovrà allegare il fatto dell'inadempimento, mentre sarà rimessa al debitore la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, e della non imputabilità di questa ricollegabile ad una sua condotta, e giammai la prova della sola diligenza.

La confusione in cui sono incorse dottrina e giurisprudenza per lungo tempo ha una duplice origine, ovvero la cattiva interpretazione della tesi del "dovere di sforzo" di origine tedesca da un lato, e l'*anfibologia*¹⁶ della parola diligenza dall'altro.

Quanto al primo motivo, e' il caso di rilevare come parlandosi di dovere di sforzo del debitore non si debba intendere che questi debba sforzarsi nell'adempire, prescindendo dal risultato che dal suo comportamento attende il creditore. In realtà il debitore, proprio nella fase dell'adempimento, dovrà sforzarsi (sotto il profilo dei mezzi, dell'attenzione, dell'impegno profuso) entro la misura desumibile dall'intero contenuto del rapporto obbligatorio, come determinato dalla buona fede. Infatti, qualora il debitore assuma un determinato obbligo, a liberarlo dalla sua attuazione non basterà la prova della mera diligenza, quanto la prova che

¹⁵ E quanto affermato da Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, Europa e diritto privato 1/2008, p.11.

¹⁶ F.Piraino, *Sulla natura non colposa* cit, p.1022.

nonostante l'utilizzo del massimo grado di diligenza richiesta, la prestazione sia divenuta impossibile o irrealizzabile per causa a lui non imputabile¹⁷.

Quanto al secondo motivo, al cui sostegno intervengono le fonti romane, e' il caso di stabilire la duplicità del significato della parola diligenza: l'art 1176 c.c. parla di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione. Dicendo ciò però non vuole dire che la sua violazione vada a configurare una colpa come la si intende sul terreno aquiliano.

La diligenza infatti, in ogni tipo di obbligazione, di mezzi come di risultato, non assurge a fondamento di responsabilità, ma esprime solo una qualificazione del comportamento¹⁸ che il debitore deve in forza dell'obbligo che in precedenza ha assunto. Tale comportamento diligente si concretizza nella conservazione della possibilità di adempiere. Perciò nel giudizio di responsabilità la prova della diligenza offerta dal debitore non rileverà sul piano dell'esonero della responsabilità, ma rileverà ai fini di escludere l'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta.¹⁹

Argomentare in maniera diversa comporterebbe non pochi problemi di ordine sistematico nonché di aggravamento della posizione creditoria in un eventuale e successivo giudizio di responsabilità.

Quanto al primo profilo, perchè, oltre alla rottura dell'unitarietà di giudizio di inadempimento, implicherebbe un'eclissi della distinzione fra responsabilità

¹⁷ In questo senso dunque si passerebbe dal *kraftenspannung* teorizzato da F.Mommsen, al *des intenzsität stoll* di G.Hartmann. Per riferimenti obbligatorio il rinvio a L.Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, già in *E.G.*,vol.XXXIX,1988; ora in *Scritti*, II, *Obbligazioni e Negozio*; rispettivamente pagg. 310 e 318.

¹⁸ Salvi i casi in cui (Piraino, *Sulla natura non colposa* cit, p.1035; e in nota 61) essa esprime la misura complessiva della buona fede dedotta in un rapporto obbligatorio. Vi sono ipotesi infatti nelle quali la diligenza, da qualificazione del comportamento opera come criterio determinativo del contenuto della prestazione. Ma come si avrà modo di indicare, neppure in tali ipotesi basterà la prova dell'assenza di colpa per scongiurare la responsabilità. Vedi anche Piraino, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* cit, p.124, n.93.

¹⁹ C.Castronovo, *Tra contratto e torto: l'obbligazione cit...*,p.450 scrive che "la colpa dunque non e' un criterio di imputazione della responsabilità contrattuale", ma criterio di esclusione della rilevanza dell'impossibilità "come limite della (oltre il quale si esclude la) responsabilità" e, prima ancora, "come causa di esclusione - ex art 1256 c.c. - dell'obbligazione". Si veda sul punto Scoditti, *L'obbligazione senza prestazione*, p.4. Va fuori segno R.D'agostino, *Le obbligazioni* cit, p.44, laddove discorre, con riguardo all'art 1176 c.c., di "indagine sulla colpevolezza". Come si e' tentato di spiegare nel testo, il requisito della colpa non gioca alcun ruolo nel giudizio di responsabilità per inadempimento, né tantomeno a tale riguardo si potrebbe discorrere di colpevolezza - quasi si trattasse di un illecito -. Ciò in quanto, nella responsabilità contrattuale, è la prova dell'assenza di colpa ad assumere rilievo, come qualifica atto ad escludere l'imputabilità dell'impossibilità al debitore.

contrattuale ed aquiliana²⁰, in quanto entrambe verrebbero edificate sul dogma della colpa. Sotto il secondo profilo perchè il creditore che voglia agire per l'inadempimento non dovrebbe limitarsi all'allegazione del fatto che tale inadempimento ha provocato, ma dovrebbe in più fornire una prova dell'elemento psicologico che connota il fatto medesimo.

Tali conclusioni appaiono ingiustificate quanto insostenibili sul piano positivo. Infatti responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana individuano fattispecie diverse, e ciò non solo rispetto alla disciplina dell'*onus probandi*, della prescrizione e della mora, quanto proprio per un discrimine strutturale. Infatti appare quanto meno singolare asserire che la responsabilità di un soggetto che leda un altro in una situazione di estraneità sia assimilabile al fatto del debitore che contravvenga ad un obbligo che egli stesso aveva in precedenza assunto²¹. La distinzione fra le due figure sta quindi nella relazionalità, che è categoria essenziale dell'obbligazione (e dunque anche nella responsabilità contrattuale)²², mentre manca nell'illecito.

²⁰ E' il caso di notare come un'obbligazione il cui contenuto si riduca ad un mero "dovere di sforzo", da un lato oblitera l'elemento dell'affidamento che lo *status* di medico ingenera nel paziente, dall'altro affievolisce la responsabilità proprio laddove lo scopo dell'obbligazione si risolve nella tutela di un diritto fondamentale quale è quello alla salute. Tra l'altro di un tale modulo argomentativo non sembra rinvenirsi traccia nel tessuto positivo del codice.

²¹ Ancora C.Castronovo, *ult.op.cit.*, pp.455 ss il quale afferma che "[L]a differenza tra responsabilità c.d. contrattuale (intendendosi con tale predicato la violazione di un obbligo derivante da un rapporto preesistente, quale che ne sia la fonte, secondo l'insegnamento di Mengoni, che non a caso parlava di responsabilità contrattuale come "sineddoche") e responsabilità extracontrattuale si asside proprio in questa diversità strutturale, che pone la prima in esito alla violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione del diritto e la seconda in esito alla lesione tout court di un diritto". La responsabilità ex art 2043 c.c. individua una sanzione di un danno che consegua alla lesione di situazioni soggettive diverse dall'obbligo. In ragion di ciò infatti, perché si abbia responsabilità aquiliana si dovrà ricercare in primo luogo l'esistenza di una situazione soggettiva che si assuma violata, al fine di integrare il requisito di ingiustizia del danno, a differenza che nella responsabilità contrattuale dove, venendo violato un obbligo in precedenza assunto, il requisito di ingiustizia è assente, concretandosi il danno nell'inadempimento dell'obbligo (Nello stesso ordine di idee S.Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, *Contratto e impresa*, 3/2009, p.622; A.Zaccaria, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts* (la resistibile ascesa del <<contatto sociale>>, *Riv.Dir.Civ.*, 1/2013, p.86). In tale secondo caso infatti, esistendo già il *vinculum iuris*, la responsabilità non sarebbe altro che un suo "stato allotropico". Tale distinzione strutturale spiega, inoltre, il perché in ambito aquiliano (salvo ipotesi tipizzate) non sia risarcibile il danno meramente patrimoniale (danno che difetta della lesione di una situazione soggettiva). Per approfondimenti si rinvia a C.Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, *Europa e Diritto privato*, 2/2008, pp.315; e S.Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, *ibidem*, pp.349.).

²² Con le parole – verrebbe da dire <<quasi>> poetiche- di Castronovo (*La relazione come categoria cit...*,p.66) "la vera essenza dell'obbligazione ... non consiste nel suo contenuto o oggetto che dir si voglia..." quanto nella relazionalità "come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro". Una relazionalità che "nel momento in cui caratterizza l'obbligazione" con o senza prestazione "si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione" si iscrive

E ciò appare a maggior ragione dimostrato dalla disciplina ex artt 2043 c.c. e seguenti. Nella responsabilità aquiliana infatti, per obliterare alla mancanza del rapporto, che sorge solo nel momento patologico (ovvero la violazione del “dovere generale” di *neminem laedere*²³), la fattispecie richiede la presenza di un danno “ingiusto”, interpretato come violazione di un interesse giuridicamente rilevante dall’ordinamento²⁴, qualifica di cui non abbisogna il danno contrattuale, che è ingiusto *in re ipsa*, poiché’ derivante dalla violazione di un obbligo. Presente il danno in dipendenza di una condotta, la colpa (o altro criterio nelle ipotesi di responsabilità oggettiva) opera come co-elemento necessario della fattispecie al fine di orientare il nesso di causalità materiale che tra condotta e danno viene ad essere.²⁵

In ragion di ciò si comprende bene perchè rispetto all’inadempimento non si possa discorrere correttamente di “illecito contrattuale”²⁶. In altri termini, l’unico ruolo assolvibile dalla *culpa-diligentia* ex art 1176 co 1 e’ quello di (non esclusivo, essendo il testo dell’art 1218 c.c. neutro con riguardo ai criteri di imputazione²⁷) criterio cui imputare l’impossibilità sopravvenuta.

“solo come una variabile possibile”. Sull’obbligazione come rapporto “fondamentale” si veda Castronovo, *ult.op.cit.*, p.67-68, in particolare n.27; nonché p.70 (in particolare n.31).

²³ Sul punto correttamente Mengoni, *L’oggetto dell’obbligazione*, (Jus, 1952, p.156 ss) ora in Scritti II –Obbligazioni e Negozio – Giuffrè, 2001, p. 93, n. 102, secondo cui, sulla scia del Carnelutti, il dovere di “neminem laedere” è “*la sintesi terminologica della serie indefinita di specifici doveri negativi, a noi derivanti da fatti costitutivi di situazioni giuridiche assolute a favore di altri*”. Sul punto recentemente F.Piraino, *Ingiustizia del danno e anti-giuridicità*, Europa e diritto privato, 3/2005, p.706, n.8.

²⁴ In piena adesione con l’orientamento dottrinale che individua nell’art 2043 c.c. non una clausola generale, ma una norma generale. Per una distinzione si rinvia a L.Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv.crit.dir.priv., 1986, pp. 5-19, ora in Scritti, I, Metodo e teoria giuridica, Giuffrè, 2011, pp.165 ss.

²⁵ C.Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, Europa e diritto privato, 1/2004, pp. 69 e ss, afferma che a differenza della responsabilità civile “*la responsabilità contrattuale non abbisogna di un criterio che abbia la funzione di fornire giustificazione alla responsabilità*” quali possono essere la colpa e il dolo. Infatti “[L’]obbligazione come tale e’ fonte di responsabilità nel momento e dal momento in cui non e’ adempiuta”. In tale ordine di idee anche Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza cit...*p.814 n.32, il quale richiama Mengoni, *Obbligazioni di risultato cit..* il quale, con riguardo al fondamento colposo della responsabilità da inadempimento, scrive che “*per fissare l’imputabilità soggettiva, il creditore dovrebbe provare non solo che l’obbligato non si e’ condotto secondo la misura di diligenza e di abilità tecnica dedotta in obbligazione, ma altresì che poteva comportarsi in questo modo oppure che e’ venuto a trovarsi colpevolmente nell’impossibilità di praticarlo. Ma una prova siffatta il creditore non e’ tenuto a darla*”. Così adesivamente E.Scoditti, *L’obbligazione senza prestazione*, in “Illecito aquiliano e ingiustizia del danno”, p.4.

²⁶ Come fa M.Franzoni, *L’illecito*, Trattato della responsabilità civile, Milano, 2004.

²⁷ C.Castronovo, *Tra contratto e torto cit...*p.450. Ma già vedi Id. *Problema e sistema del danno da prodotti*, Giuffrè, 1979, p.503 ss; L.Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, Jus, 1986, p.125.

Logica conseguenza di una diversa impostazione sarebbe quella di asserire che il debitore non risponderebbe per il fatto dell'inadempimento, quanto per il fatto che tale inadempimento non sia colposo, e ciò andrebbe contro il disposto di cui all'art 1218 c.c. (il cui fondamento e' invece oggettivo).

Il problema sembrerebbe però porsi in relazione al secondo comma dell'art 1176 c.c., che letto con lenti offerte dalla dottrina tradizionale non sarebbe nulla più che una specificazione del suo primo comma, relativizzato all'attività del "professionista". L'indirizzo che appiattisce le due disposizioni anche in tal caso sembrerebbe non centrare il nocciolo del problema, sia su un piano storico che sul piano positivo. Le fonti romane anche in tal caso, specificato il significato della parola "*diligentia*", con riguardo ad alcune obbligazioni, quelle consistenti in un "*facere*" che oggi diremo professionale, dicono qualcosa di più e di diverso. Quando in questa tipologia di obbligazioni si discorre di diligenza infatti, non si sta parlando della medesima diligenza che deve accompagnare l'adempimento di qualsivoglia obbligazione (1176 c.c. 1 comma) ma della perizia, intesa quale *bonitas* o *utilitas* dell'attività del debitore in relazione al risultato che si attende il creditore. In tali obbligazioni dunque il concetto di diligenza si allarga, spostandosi da una valutazione del *quomodo* della prestazione, all' *an* della medesima²⁸. Potremmo dunque dire che se generalmente la diligenza in senso tecnico, nel significato che nella generalità delle obbligazioni assume, è una qualificazione del comportamento dovuto in relazione all'adempimento, nelle obbligazioni professionali diviene – nelle forme della perizia – partecipe del contenuto della prestazione. In tali obbligazioni vi sarebbe una specie di contaminazione tra le due figure tali che il risultato dovuto sarebbe ontologicamente inscindibile dal comportamento che il debitore dovrà tenere per realizzarlo. E solo in ragione di tale specificazione che si possono spiegare norme quali quella del 2236 c.c., disposizione che in dottrina e giurisprudenza è stata utilizzata come leva volta a dimostrare l'esistenza di una distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Se il significato dell'art 1176 c.c. secondo comma non viene più ricondotto alla diligenza del primo comma, ma viene inteso (come appare dallo studio delle fonti romanistiche) come un qualcosa

²⁸ A.Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza cit.*.p.805-6.

che va oltre essa, ovvero come la perizia che il professionista deve esercitare nella sua attività, la logica conseguenza e' la disposizione su citata dell'art 2236 c.c., nella quale si legge che 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 di colpa grave", dove si scrive "colpa grave" si dovrebbe leggere "grave errore tecnico"²⁹, ovvero sia errore determinato da una violazione delle regole dell'arte cui dovrebbe attenersi il buon professionista. Sulla base di tale assunto dunque sarebbe più corretto affermare che tale norma più che stabilire un limite alla responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, stabilisce un limite all'oggetto dell'obbligazione.³⁰

²⁹ A.Nicolussi, *ult.op.cit.* p.807 ss scrive che l'art 1176, al suo comma primo intende la diligenza come "dovere di sforzo" che deve tenere qualunque debitore al fine di conservare la possibilità di adempiere. Al suo secondo comma il debitore, quando agisce per l'adempimento, dovrà attenersi a regole e parametri propri della professione. Da ciò ne deriva la non sovrapponibilità dei due concetti (cfr.n.16, neanche con riguardo al mandato gratuito dove l'obbligazione verrebbe a delinearsi come di "pura diligenza"). Se si accedesse infatti all'opzione interpretativa che ritiene il secondo co art 1176 come una specificazione del primo in alcuni tipi di obbligazioni, non si comprenderebbe il senso di disposizioni come l'art 1668 c.c. o dell'art 2236 c.c. Secondo Nicolussi (il quale offre una ricostruzione in tal senso anche sulle scorte dell'argomento storico "*imperitia culpa adnumeratur*", ritenendo la massima valida in ambito aquiliano, ma non anche in ambito contrattuale) le due norme si riferiscono rispettivamente all'imperizia o al grave errore tecnico, essendo fuor di dubbio che in ambo le obbligazioni il grado di diligenza del debitore deve comunque essere massimo.

³⁰Così correttamente Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* cit, p.169; cui *adde* A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. La responsabilità del medico*, in *Danno e responsabilità*, 8/9, 2008, pp. 871 ss. L'autore, sulla scorta dell'insegnamento mengoniano, dapprima critica l'impostazione che differenziava il regime di responsabilità medica dagli altri regimi di responsabilità contrattuale, in seguito spiega come la teorizzazione delle obbligazioni di mezzi in tale ambito fosse il frutto avvelenato di un inversione di metodo prospettata da dottrina in giurisprudenza. Se infatti il medico risponde sino al limite dello sforzo di diligenza, nella cornice di un proprio regime di responsabilità, non pare sensato discorrere di "alleggerimento", il quale sarebbe prospettabile solo nell'ipotesi in cui l'attività medica fosse assoggettata - come in realtà è - al regime di responsabilità come iscritto nell'art 1218 c.c. Inoltre, la teorica delle obbligazioni di mezzi aveva condotto ad una tripartizione di regimi di responsabilità che non sembra rinvenibile nel tessuto positivo codicistico (ovvero un regime per gli interventi normali, uno per gli interventi difficili uno per gli interventi facili). Infatti, come si e' già riportato su nel testo, e' lo stesso codice, che nelle disposizioni attinenti al contratto d'opera professionale discorre di risultato (artt. 2225 e 2237 c.c.), eliminando ogni dubbio con riguardo della distinzione fra mezzi e risultato. Secondo Nicolussi, in conclusione, per tutti i tipi di obbligazione, la regola di responsabilità e' quella dettata dall'art 1218 c.c., con un alleggerimento per le obbligazioni c.d. professionali per le ipotesi di errore tecnico, se la prestazione investe problematiche di non facile soluzione. Infatti, aggiunge l'autore, "*il risultato dovuto, in ogni caso, è richiesto in generale dall'art. 1218 c.c. che fissa l'impossibilità (in quanto non derivante da causa imputabile) come unica ragione di esonero dalla responsabilità del debitore: poiché infatti l'impossibilità soggettiva non è concepibile, va da sé che il riferimento a un elemento oggettivo è necessario*"(p.873). Tale tesi sembra preferibile rispetto alla tesi maggioritaria in giurisprudenza, riferibile all'opera di C.M. Bianca, secondo cui il debitore diligente, ma inadempiente, per il solo fatto di essersi sforzato nell'adempimento, andrebbe esente da responsabilità. Tale posizione, che pare riconducibile a quell'orientamento che ricostruisce la responsabilità da inadempimento come simmetrica all'illecito aquiliano, fondandola quindi sulla colpa, andrebbe più correttamente ricondotta nella teoria dell'impedimento soggettivo relativo (così C.Castronovo, *La responsabilità per inadempimento, da Osti a Mengoni*, in *Europa e Diritto privato*, 1/2008, p.12, n.38); in tale ipotesi il soggetto andrebbe esente da responsabilità non perché sia

Il regime di responsabilità rimarrà il medesimo di quello previsto per le obbligazioni cd di risultato, ovvero quello disegnato dall'art 1218 c.c. Inoltre a dimostrazione che anche l'obbligazione del prestatore d'opera intellettuale sia volta alla produzione di un risultato, intervengono due disposizioni, quali l'art 2225 c.c. e l'art 2237 c.c. che nella loro lettera parlano, rispettivamente, di "risultato ottenuto" e di "risultato utile".³¹

Tirando le prime somme dell'analisi, si può asserire che la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni non sembra avere più alcuna valenza prescrittiva nel nostro

stato diligente, ma perché l'impedimento, qualificato alla stregua della buona fede, avrebbe neutralizzato il *vinculum iuris*, rendendolo ineseguibile.

³¹ La ricostruzione qua offerta sembra trovare conferma in altre ipotesi di responsabilità in alcune tipologie di obbligazioni "storicamente" definite come di mezzi, ovvero quella dell'avvocato e quella del notaio. Nel primo caso si è sempre sostenuto, in forza della distinzione che qui si critica, che l'obbligazione dell'avvocato sia un'obbligazione di mezzi per definizione, non potendo la prestazione dell'avvocato garantire anche il buon esito della causa per il cliente. Ma sulla base di quanto sostenuto in precedenza a proposito del diverso risvolto semantico del sostantivo risultato, nonché della specificazione che si è data della c.d. diligenza di cui al secondo comma dell'art 1176 c.c., si dovrà sostenere che anche nell'obbligazione dell'avvocato vi sia un risultato. Risultato che non è ovviamente identificabile nella vittoria nella causa, risultato finale che dipende da un insieme di elementi altri di difficile controllabilità da parte del professionista, primo fra tutti il ruolo del giudice, quanto nella *bonitas* dell'opera prestata. Nell'obbligazione dell'avvocato dunque il risultato sarebbe nella perizia e nella buona cura da esso profusa nell'adempimento dell'obbligazione, quale condotta-mezzo rispetto al raggiungimento della vittoria nella causa-risultato finale, che è però scopo esterno al contenuto dell'obbligazione. Il regime di responsabilità dunque sarà il medesimo dell'art 1218 c.c., e la *diligentia* ex art 1176 c.c. primo comma opererà così come nelle altre obbligazioni da un lato come intensità dello sforzo, volto a conservare la possibilità di adempimento, e da un lato come criterio di imputazione dell'impossibilità sopravvenuta. Tale disciplina verrà completata poi dal disposto di cui all'art 2236 c.c., che pone un limite all'oggetto dell'obbligazione se esso si identifica con problemi tecnici di difficile risoluzione. In altri termini, e volendo mutuare il lessico di certa giurisprudenza, l'avvocato potrà essere ritenuto responsabile in caso di errori incompatibili con la perizia propria del buon professionista, mentre andrebbe esente nei casi di difficile risoluzione, perchè per esempio vi è una disciplina legislativa frammentaria e poco chiara ovvero perchè vi sono sul punto incertezze interpretative.

Sulle scorte di tale ricostruzione, volta a mantenere l'unitarietà del giudizio di responsabilità, non sembra il caso di accogliere quell'indirizzo che ricostruisce il danno in termini di perdita di *chance*, da calcolare secondo un giudizio prognostico in forza del quale se il professionista avesse agito in un modo, la causa sarebbe stata vinta. A parte la perplessità attinente ad una figura quale è quella della *chance*, che ha origine puramente pretoria e non legislativa, un tale orientamento sembrerebbe pletorico ai fini di una corretta impostazione inerente la responsabilità dell'avvocato.

Una conferma ancor più vigorosa dell'inesistenza della distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato si riscontra analizzando la responsabilità del notaio. Precisando che tale responsabilità è ovviamente contrattuale rispetto alle parti ed extra-contrattuale rispetto ai terzi, nella ricostruzione che la giurisprudenza più recente ha dato della figura si può notare come l'obbligazione del notaio sia propriamente un'obbligazione di risultato, in quanto questi si obbliga a compiere, secondo perizia, tutti gli adempimenti accessori, precedenti (per esempio le visure catastali) e successivi alla stipula dell'atto, al fine di consegnare alle parti un atto valido efficace ed esente da pesi od oneri. In ragion di ciò si considererà l'obbligazione del notaio tra le obbligazioni propriamente di risultato (con il limite in tal caso dettato dall'art 28 l.n. notarile con riguardo alla ricezione di atti invalidi).

ordinamento (nè rispetto al regime di responsabilità nè su quello dell'onere della prova), quanto al più descrittiva. E che inoltre una tale distinzione, oltre che foriera di confusione, appare come un impoverimento³² della disciplina generale delle obbligazioni in quanto da un lato priverebbe le obbligazioni c.d. di mezzi della presenza di un risultato, che invece vi è, e, espungendo i mezzi dalle obbligazioni di risultato, ridurrebbe quest'ultime ad un mero vincolo di garanzia, in quanto il debitore sarebbe costretto ad adempierle a prescindere dall'effettiva possibilità in concreto di farlo (pena la responsabilità).

3. Ricostruite le linee generali della tematica oggetto di tale contributo, e' ora necessario concentrarsi sulla responsabilità del medico.

In avvio, bisogna precisare che rispetto alle altre tipologie di professionisti di cui su si e' accennato in nota, nella responsabilità medica va affrontato un problema preliminare attinente alla natura della responsabilità³³. Nelle soluzioni paventate, la responsabilità del professionista era riconducibile alla disposizione di cui all'art 1218 c.c. E natura contrattuale ha anche la responsabilità del medico con il quale il paziente stipula direttamente un contratto. Il problema sorge nell'ipotesi di responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria. Mentre per l'ente la responsabilità e' contrattuale³⁴, sia che la fonte si rinvenga in un contratto stipulato nelle forme della proposta e dell'accettazione con scambio di dichiarazioni, sia che si perfezioni con il comportamento del paziente che entra nella struttura sia che (come sembra propendere la dottrina più recente³⁵) sia frutto dell'esercizio di un diritto potestativo da parte del singolo ad accedere al servizio sanitario nazionale, tali certezze non sembrano rivestire la responsabilità del medico dipendente, con

³² Così F.Piraino, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* cit...p.112-113.

³³ Problema che non si pone invece con riguardo all'avvocato e al notaio, dove la responsabilità ha indubbiamente natura contrattuale, sebbene, riguardo al notaio, non siano mancati tentativi giurisprudenziali volti a ricondurla al contatto sociale (per esempio Cass civ, III sez, 14934/2002). Tale impostazione è criticata da A.Zaccaria, *op.ult.cit.*, p.99.

³⁴ Sono da criticare quelle pronunce (su cui *amplius* A.Zaccaria, *op.ult.cit.*, p.97) che riconducono anche la responsabilità dell'ente alla violazione di obblighi derivanti da un contatto sociale, il quale però, nel caso di specie, non sembrerebbe sussistere.

³⁵ In tal senso L.Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti* (medici, avvocati, notai): *il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa e Diritto Privato*, 2/2000, pagg.514-515, in particolare nt.4.

riguardo alla responsabilità del medico in dottrina e in giurisprudenza sono state prospettate diverse soluzioni.

Secondo un primo orientamento infatti, mancando un contratto con il paziente, il medico verso di esso risponderebbe ai sensi dell'art 2043 c.c., ovvero sia per responsabilità aquiliana.

Tale tesi però è parsa non accoglibile³⁶ per un duplice ordine di motivi: 1) vi sarebbe un eccessivo aggravio per la posizione creditoria sotto il profilo della prova e del termine di prescrizione; 2) tale ricostruzione imporrebbe un'eccessiva dissociazione tra la forma giuridica e la realtà materiale, in quanto per ragioni anche di solo buon senso non si può immaginare il medico come un "chiunque" inqualificato.

Questa impostazione sembrerebbe aver però ripreso vigore in ragione del disposto contenuto nell'art 3 d.l 158/2012, cd. Decreto Balduzzi, ora convertito in legge, n.189/2012.

Tale disposizione stabilisce che *" l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per colpa lieve"*. Il secondo periodo aggiunge (ed è quello che più interesse l'oggetto di tale articolo) che *"in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art 2043 c.c."*. Secondo un primo orientamento proposto dalla giurisprudenza di merito³⁷ e avallato da voci minoritarie in dottrina, tale norma avrebbe un valore di "interpretazione autentica", e sarebbe volta a ricondurre la responsabilità medica nell'alveo della responsabilità aquiliana (così riabilitando l'orientamento che era stato maggioritario fino alla pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, n.589/1999), e quindi a sconfessare la teorica del contatto sociale.

Una tale impostazione desta però molteplici perplessità: a) accogliendo tale indirizzo, dovrebbe ravvisarsi una facoltà del legislatore di sconfessare, in relazione a

³⁶ Così Castronovo, *Tra contratto e torto cit.*, p.475-476.

³⁷ Trib.Varese, sent.n.1406/2012.

specifiche materie, indirizzi ermeneutici ritenuti ormai pacifici tanto in dottrina quanto in giurisprudenza; b) essendo la responsabilità medica un esempio tipico di responsabilità da contatto sociale (come si tenterà di spiegare nel seguito della trattazione), dovrebbe evincersi che verrebbero a ricadere nell'art 2043 c.c. tutte le altre ipotesi riferibili al contatto sociale (si pensi alla responsabilità dell'istituto scolastico per le autolesioni dell'alunno; alla responsabilità da prospetto; la responsabilità dell'intermediario finanziario etc...); nonché c) presumendo legittime le perplessità esposte nei punti precedenti, seguendo l'interpretazione che qui si critica, parrebbe complicato coniugare la nuova disposizione di cui all'art 3 d.lgs. cit. con la disposizione di cui all'art 1337 c.c., che è norma-prototipo dell'obbligazione senza prestazione³⁸ (e quindi anche del contatto sociale). Ritenendo fondati tali dubbi, sembra preferibile aderire all'orientamento che valuta il richiamo all'art 2043 c.c. effettuato dal legislatore quale richiamo in senso atecnico, ovvero come un richiamo all'obbligo di generale risarcimento del danno, nelle ipotesi in cui il soggetto esercente la professione sanitaria, assolto perché versante in una posizione di "colpa lieve" (seguendo l'indirizzo che ritiene la disposizione art 3 co 1 primo periodo configurante un'esimente speciale).

Una diversa lettura potrebbe condurre all'esito paradossale per cui, acclarato che l'art 2043 c.c. disciplini il solo danno aquiliano patrimoniale, il soggetto-vittima del danno non potrebbe agire ex art 2059 c.c. per il risarcimento del danno biologico, in quanto tal ultimo articolo non sarebbe espressamente richiamato dalla disposizione.

Secondo una terza impostazione invece, la disposizione farebbe riferimento al 2043 c.c. nel senso di consentirne l'applicazione nelle ipotesi di danni "esterni" alla violazione dell'obbligazione gravante sul medico di non peggiorare la salute del paziente. Una tale tesi, benchè non peregrina, pare non accoglibile in quanto l'art 2043 c.c. è norma generale che trova applicazione in tutte le ipotesi di danno

³⁸ Parla di "archetipo" del contatto sociale nel codice civile E.Scoditti, *ult.op.cit.*, p. 3; S.Rossi, *Contatto sociale* (fonte di obbligazioni), in Dig.disc.priv. (app.d'aggiornamento), Utet, p.347.

(extra-contrattuale) *ingiusto*, e dunque la disposizione di cui all'art 3 *supra* citata, non sarebbe altro che una ripetizione, tanto superflua quanto inutile.³⁹

Secondo un'altra ricostruzione la responsabilità del medico sarebbe riconducibile all'art 1380 c.c., ovvero la promessa del fatto del terzo. Ma in tal caso la norma non rintraccerebbe alcuna forma di responsabilità, statuendo solo che in caso di rifiuto del terzo, il soggetto che ne ha promesso la prestazione (in questo caso l'ente) sarebbe tenuto ad indennizzare il paziente.

Secondo un'altra tesi il medico andrebbe qualificato ex 1228 c.c. come ausiliario dell'ente, che risponderebbe per il fatto di questi. Tale ricostruzione non è accettabile per via della naturale diversità nonché indipendenza riconosciuta alle professioni liberali.⁴⁰

Non sono accoglibili inoltre né la tesi della responsabilità c.d. *transtipica*⁴¹ (mista di elementi contrattuali ed extracontrattuali) in quanto il nostro ordinamento non prevede un *tertium genus*, di responsabilità e le norme non sono liberamente manipolabili dall'interprete, né, tantomeno, la tesi fondata sull'art 28 cost⁴² in quanto tale articolo è inidoneo a rintracciare la natura della responsabilità medica. Alcuni autori hanno provato a ricostruirla sulle scorte della tesi del c.d contratto ad

³⁹ Si deve chiarire infatti che ricadono nell'alveo della responsabilità contrattuale le violazioni di obblighi che – vi sia o meno una prestazione – sono volti a tutelare lo scopo di protezione proprio del rapporto, e non anche quelle lesioni che dall'esistenza del rapporto sono solo "occasionate" (così L.Mengoni, poi seguito da Nivarra nonché da C.Scognamiglio)

⁴⁰ Va specificato che l'art 1228 c.c. è inidoneo a individuare la disciplina positiva della responsabilità diretta del medico, e non anche la responsabilità della struttura sanitaria in cui esso opera. Con riguardo alla responsabilità di quest'ultima infatti, l'art 1228 c.c. rappresenta la disposizione da cui coerentemente derivare la disciplina applicabile. Con ciò non si intende dire (come ha di recente fatto la Cassazione nella pronuncia 24791/08) che medico e struttura, data l'identità della natura delle rispettive responsabilità, rispondano solidalmente. La struttura infatti è il soggetto debitore del rapporto, e risponde dell'inadempimento della prestazione che si è obbligata a fornire nei confronti del paziente (sia o meno dovuto l'inadempimento ad un fatto del medico). Il medico invece è ausiliario di questa, che risponde per suo tramite anche dei fatti dolosi e colposi cagionati in relazione alla prestazione (inadempita o non esattamente adempiuta). La responsabilità diretta del medico invece ha una fonte diversa, ovvero sia l'affidamento, che permette analogicamente l'applicazione dell'art 1218 c.c. ove la condotta di questi viola un obbligo di protezione *ex fide bona* nei confronti del paziente. Ma dall'eguale natura contrattuale della responsabilità non pare corretto ricavare anche la solidarietà tra ente e medico. Nel primo caso infatti v'è un contratto da cui deriva una specifica prestazione, nel secondo un contatto qualificato, il cui contenuto si risolve nel comportarsi secondo correttezza, al fine di non provocare danni alla controparte. Sul punto si rinvia a C.Castronovo, *La responsabilità civile al passaggio del millennio*, Europa e Diritto privato, 1/2003, p.159-160.

⁴¹ V.Roppo, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contratto e Impresa*, 1993, pag.89

⁴² Così Cass 2-12-98 la quale, richiamandosi (più *ad auctoritate* che nel merito) al precedente di Cass 2144/98, prima afferma la responsabilità contrattuale diretta del medico, e successivamente discorre di applicazione analogica degli artt 1176 e 2236 c.c.

effetti protettivi (a favore) di terzo. Tale tesi mal si adatta all'ipotesi in esame, in quanto non e' estendibile ad un terzo (il paziente) un dovere di protezione che le parti del contratto non hanno rispetto a loro stesse (ovvero ente e medico).

Rimangono da analizzare le ultime due ricostruzioni, più attendibili sul piano dogmatico, ed inoltre, sebbene con non poca confusione⁴³, accolte dalla suprema giurisprudenza di legittimità in diverse pronunce.

Ci si sta riferendo alla tesi dell'obbligazione senza prestazione e alla tesi della prestazione senza obbligazione. Quest'ultima tesi⁴⁴, facendo leva su alcuni spunti giurisprudenziali, ricostruisce la responsabilità del medico come contrattuale non tanto sul piano del tipo di obbligazione, quanto sul piano delle fonti. Secondo tali autori invero il medico, obbligato verso l'ente, prestando il proprio intervenendo verso il paziente farebbe sorgere un'obbligazione di tipo contrattuale⁴⁵.

⁴³ Differenza che non emerge dalla lettura di Cass., III sez, 589/99, pronuncia che rappresenta il *leading case* in materia di qualificazione contrattuale della responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria. La stessa confusione sembra ravvisabile nello scritto di A.Ghironi, "Le prestazioni gratuite di fare tra contratto, contatto e patto sociale", in *Diritto e Scienza*,1/2012, pag.22-23,n.21.; e F.Caringella "Corso di diritto civile – Le obbligazioni", Dike, 2013, pag. 6. I due autori citati, aderendo pedissequamente alla pronuncia della suprema Corte, non distinguono fra la figura dell'obbligazione senza prestazione e la teoria della prestazione senza obbligazione. Inoltre secondo tali autori l'obbligazione senza prestazione dovrebbe ricondursi alla categoria dei rapporti contrattuali di fatto. Ma tale conclusione non appare corretta, data la diversità fra le figure (di cui si dirà *infra*). Il primo dei due autori citati, inoltre, scorrendo di obbligazione senza prestazione, richiama in nota, accostandoli, di Majo e Castronovo, senza però specificare che i due autori sulla figura hanno posizioni diverse. Da ultimi confondono obbligazione senza prestazione e rapporti contrattuali di fatto anche M.Fratini-A.Pensabene, *Compendio di diritto civile*, NelDiritto,2013, p.565.

⁴⁴Teorizzata in *primis* da di Majo (v. nota 3 *retro*) e' stata successivamente accolta da S.Mazzamuto, *Note in tema di responsabilità medica*, Europa e diritto privato, 2/2000, p.504. Pur accogliendo l'impostazione di Castronovo, richiama l'art 2029 c.c. anche Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* cit , p. 675..

⁴⁵ Così di Majo, *L'obbligazione senza prestazione cit...*p.450: "in principio...v'e' dunque la prestazione cui segue come effetto necessario l'obbligazione". Secondo di Majo infatti la sentenza 589/99 non andrebbe tanto ad incidere su un nuovo tipo di obbligazione (cioè l'obbligazione senza prestazione), quanto sulla fonte di essa. Il medico infatti sarebbe tenuto a fornire la medesima prestazione che risulterebbe doverosa in presenza di un contratto d'opera professionale direttamente stipulato col paziente; l'unica differenza risiederebbe nel fatto che tale contratto manca, e che l'obbligo di prestare deriverebbe dalla situazione di fatto in concreto venutasi a creare (a tale approccio accede anche Nicolussi, *Sezioni sempre più unite cit...*, p.874, n.16). Tale conclusione tuttavia non appare convincente. Il medico infatti, e' tenuto si ad attivarsi nel prestare cure idonee al paziente, ma non in ragione del "contatto" con quest'ultimo, quanto perché gravato dall'obbligo nei confronti della struttura entro cui presta servizio. E la presenza di tale identità empirica delle attività e del contatto sociale non sembrano elementi sufficienti a trasformare lui in debitore e il paziente in creditore di una prestazione in senso proprio. Se il modello dell'obbligazione senza prestazione si origina da un'*analogia iuris* con il rapporto precontrattuale, e in quest'ultimo – configurato come rapporto complesso – le parti non hanno pretese reciproche, se non un affidamento a che l'altra non provochi lesioni ai propri beni personali o patrimoniali, tale soluzione sembra calzante rispetto al rapporto medico-paziente. Scrive correttamente Castronovo (*La relazione come categoria essenziale* cit, p.64) che "la coincidenza tra la condotta del medico che esegue la propria prestazione e quella mediante la quale

Lo schema e' quello della *negotiorum gestio*, come descritto dall'art 2029 c.c. ("chiunque, senza esservi obbligato assume la gestione di un affare altrui...") e va ad iscriversi nella teorica dei c.d. rapporti contrattuali di fatto. Tale opzione interpretativa, per quanto suggestiva, non sembra però accoglibile poiché non idonea ad assurgere a modello generalizzante, ma descrittivo solo di ipotesi residuali.

Infatti, nel caso dell'obbligazione del medico, quest'ultimo non agisce "senza esservi obbligato", come nella gestione di affari altrui, ma proprio in forza di un obbligo che ha verso la struttura sanitaria nella cui organizzazione e' inserito.⁴⁶ Tale teorica appare invece applicabile nell'ipotesi in cui un soggetto si dovesse sentir male in un ristorante, e vi fosse un unico medico seduto ad un tavolo, che intervenisse per curarlo (non potendo il malato invocarne l'aiuto). In quel caso sì, il fatto della prestazione (fonte) farebbe sorgere l'obbligazione (effetto), parallelamente all'ipotesi delineata dall'art 2029 c.c.⁴⁷.

deve da lui essere rispettata la sfera di protezione del paziente" non consente che la si trasponga su un piano formale "identificando come creditore della prestazione" colui che altro non individuerebbe se non il "sostrato materiale della prestazione" medesima. In tale ordine di idee ci pare anche Piraino, *ult.op.cit.*, p.684.

⁴⁶ E' il caso di spendere qualche altra parola per provare ad inquadrare meglio la questione, data la complessità. Il comportamento del medico verso il paziente, mancando il contratto, non configura una prestazione. Ciò in quanto, una tale lettura del rapporto condurrebbe ad uno snaturamento della teorica degli obblighi di protezione. Per come inteso dalla migliore dottrina, e pacificamente interpretato dalla giurisprudenza, l'obbligo di protezione (del quale l'obbligazione senza prestazione rappresenta uno sviluppo "estremo") mira, avendo un presupposto "extra-contrattuale", alla tutela di ciò che un soggetto già ha, ovvero una situazione di *appartenenza* (quali sono i diritti assoluti). L'obbligo di prestazione, quale fulcro dell'obbligazione in senso "classico", e' volto invece a fornire un qualcosa che spetta ma che ancora non si possiede (integrando così la logica propria dei diritti i credito). Volendo focalizzare l'attenzione, come fa la dottrina che qui si critica, sulla prestazione, pure ove questa ontologicamente manchi (e debba mancare) si incorrerebbe nel rischio di snaturare una figura, quale quella dell'obbligazione senza prestazione) che è tale proprio in virtù del fatto che la parte del rapporto non deve alcunchè all'altra, se non il "non ledere" – tant'è che il paziente non ha alcuna pretesa da vantare nei confronti del medico, in un'obbligazione fondata sulla prestazione, sebbene inserita in un rapporto a fonte non contrattuale.

Quest'esito appare non accettabile. In un rapporto originato da un contatto sociale la prestazione non può esservi proprio con riguardo alla fonte del rapporto; le parti non potrebbero essere legate ad (e da) un vincolo di prestazione che le stesse non hanno voluto, non essendovi alcun accordo tra di esse a riguardo. Tale impostazione troverebbe una sua legittimazione parziale solo volendo spostare il rapporto medico-paziente nell'ambito dei c.d. rapporti contrattuali di fatto (come infatti spesso ha fatto la Suprema Corte, con non poche confusioni, e anche autorevole dottrina). Tale indirizzo però sembrerebbe confliggere da un lato con l'impalcatura teorica propria dei rapporti contrattuali di fatto, e dall'altro implicherebbe una differenziazione dogmatica ingiustificata dalla figura dell'art 1337 c.c., che come si e' già ribadito nel testo, e' la disposizione prototipo dell'obbligazione senza prestazione. Criticamente, si veda invece, A.Zaccaria, *ult.op.cit.*, p.90; 95.

⁴⁷ Cfr. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Europa e diritto privato, 1/2010, p.61; Id. *Il ritorno dell'obbligazione senza prestazione cit.*, p.705. Tale situazione sembra però non riscontrarsi nella normale dinamica ospedaliera. E per tale ragione il riferimento alla *negotiorum gestio* risulterebbe improprio: nello scenario che si e' tentato di

Esaminate la suddetta teoria, e non aderendo neppure alla tesi da ultimo proposta in dottrina⁴⁸ del collegamento negoziale in quanto inapplicabile all'ipotesi *de qua* per mancanza di negozio da collegare tra medico e paziente, l'unica impostazione adattabile al fenomeno e' ravvisabile nell'obbligazione senza (obbligo primario di) prestazione, che rappresenta il logico sviluppo della teoria degli obblighi di protezione.

Nell'analisi svolta dalla dottrina tradizionale vengono enucleate tre forme⁴⁹ di obblighi diversi da quello primario di prestazione : gli obblighi negativi, che sono il risvolto degli obblighi primari; gli obblighi integrativi strumentali, che sono obblighi accessori rivolti all'esecuzione della prestazione principale; ed infine gli obblighi di protezione, quali obblighi autonomi ma connessi alla prestazione consistenti in un *non facere* delle parti protettivo delle rispettive sfere personali o patrimoniali (beni solitamente protetti in via aquiliana) che potrebbero subire dei pregiudizi in occasione del contatto tra le parti dovuto all'esecuzione del contratto. Tali obblighi, quando non espressamente previsti in disposizioni di legge in relazione a taluni contratti (si pensi all'art 1681 c.c. in tema di trasporto di persone, o all'art 2087 c.c. in tema di rapporto di lavoro subordinato) trovano la loro fonte positiva nell'art 1175 c.c., norma sul dovere di correttezza gravante su ambo le parti, in materia di obbligazioni in generale, e nell'art 1375 c.c. in materia di esecuzione della prestazione contrattuale. Il ruolo di protezione da essi svolti dunque permetterebbe di ascrivere al regime della responsabilità contrattuale situazioni solitamente tutelate

delinare infatti il medico non agisce in forza ad un'iniziativa sua propria, ma all'interno di un "contratto-cornice" sussistente tra paziente e struttura, all'interno della quale il medico opera.

⁴⁸ P.Iamiceli, *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, Corriere giuridico, 3/2000, p.382.

⁴⁹ Ne da' notizia C.Castronovo, *Obblighi di protezione*, Enc.Giur, XXI, 1990, p.1-2.

in sede aquiliana⁵⁰, in relazione della loro connessione con la prestazione principale⁵¹.

Secondo l'impostazione prevalente quindi tali obblighi hanno piena validità e riconoscimento purchè vi sia però una prestazione contrattuale a cui riconnetterli⁵². La teoria dell'obbligazione senza prestazione però va oltre e, partendo dall'art 1337 c.c. (dovere di buona fede tra le parti nelle trattative pre-contrattuali) arriva ad immaginare un'obbligazione il cui contenuto si risolva nei soli obblighi di protezione, indipendenti ed autonomi da qualsivoglia prestazione⁵³, ma funzionali a quest'ultima. Tale schema però, lungi dall'adattarsi alla sola *culpa in contrahendo*⁵⁴,

⁵⁰ Così A.di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, n.20 secondo cui “[gli obblighi di protezione] non sono una pura conversione contrattuale dell’alterum non laedere che presiede quale principio alla responsabilità aquiliana” ma rappresentano “il completamento dello scopo positivo dell’obbligazione”. Scriveva già Mengoni che gli obblighi di protezione “ricevono la loro determinazione di senso non più dal dovere generico di neminem laedere, bensì dal rapporto specifico in cui sono inseriti”(La parte generale delle obbligazioni, riv.crit.dir.priv., 1984, p.2). Acutamente sul punto inoltre L.Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale. Un'incompiuta*, Europa e diritto privato 2/2012,p.483, n.10.

⁵¹ Secondo S.Mazzamuto, *Mobbing*, Giuffrè, 2004, pag 24 gli obblighi di protezione rappresentano “una delle ipotesi di concretizzazione del principio di buona fede” e onerano debitore e creditore del compito di impedire che “nel corso e a causa dell’esecuzione del rapporto obbligatorio” si producano reciprocamente “danni alla persona o alle cose della controparte”. In tale ordine di idee, per la manualistica, M. Di Pirro, *Manuale di diritto civile*, Simone, 2011, p. 1011.

⁵² Così di Majo, *ult.op.cit.*, p.65. Mengoni, *Obbligazioni di risultato* cit...,p.230,n.15.

⁵³ C.Castronovo, *Tra contratto e torto* cit, p.447. Scrive l'autore che nelle ipotesi in parola – tra cui spicca il caso della responsabilità medica – gli obblighi di protezione “non sarebbero accessori di un obbligo di prestazione che in realtà non sussiste, ma costituirebbero ugualmente un rapporto, di contenuto ridotto rispetto a quello dell’obbligazione ordinaria” a metà strada tra “l’assenza di rapporto previo che caratterizza la responsabilità extracontrattuale” e “il rapporto obbligatorio di prestazione all’inadempimento del quale in genere si riferisce la responsabilità contrattuale.”

⁵⁴ C.Castronovo, *Il ritorno dell’obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 3/2009, pag. 680- 681. Sempre Castronovo (*ult.op.cit.* pag.694) aggiunge che “se la trattativa contrattuale si configura come rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione”, ritenere che quest’ultimo “possa riferirsi soltanto a tale situazione e’ un mero apriorismo” (contra A.Di Majo, *L’obbligazione senza prestazione* cit...p.448, secondo cui la figura dell’obbligazione senza prestazione dovrebbe ritenersi ammissibile con riguardo alle sole trattative precontrattuali. Per una critica all’opinione di di Majo, si veda C.Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Europa e diritto privato, 1/2010,p.58,n.9. Per una critica radicale alla figura dell’obbligazione senza prestazione invece M.Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, 2003). Infatti, la natura “contrattuale” delle conseguenze connesse al rapporto non e’ frutto di una “**proiezione all’indietro**” del contratto ancora da stipulare (il quale non e’ detto che sarà stipulato), quanto dall’accertamento della presenza di situazioni da cui emergano analoghi “*indici di qualificazione*” individuabili alla stessa stregua di quelli che hanno reso manifesta la natura relazionale delle trattative precontrattuali e il rapporto obbligatorio quale essa prende forma giuridica (Castronovo, *Il ritorno dell’obbligazione* cit, pag.695). Tale –criticata- “proiezione all’indietro” viene utilizzata da C.M.Bianca (*Il contratto*, Giuffrè, 2000, pag 161) per criticare, da un lato, la teoria “contrattualistica” della *culpa in contraendo* prospettata da Mengoni (infatti Bianca e’ sostenitore della natura aquiliana della responsabilità ex art 1337, 1338 c.c.), dall’altro per giustificarne, eventualmente, l’applicazione del regime ex art 1218 c.c. anche agli obblighi c.d. precontrattuali (che Bianca fa derivare dalla diligenza, la quale però e’ figura correlata all’adempimento di una prestazione, che, nel caso ex art 1337 c.c., non c’è’). Eco di una tale visione sembra riscontrarsi, da ultimo, nelle parole di A.Guadagnino, *Le norme del terzo tipo, Applicazioni*, in *Diritto&Scienza*,

appare suscettibile di individuarsi anche in altre situazioni, quali appunto l'ipotesi del medico dipendente nella struttura sanitaria. Tale soggetto, in virtù del suo status professionale, fa sorgere nei confronti del paziente-creditore, che ha stipulato un contratto con l'ente entro cui il medico presta la propria opera, un affidamento legittimo che, in ragione della concretizzazione della buona fede, viene trascinato dal piano della relazione sociale a quella del rapporto giuridico⁵⁵. Da ciò si intuisce anche la differenza qualitativa rispetto al mero contatto sociale: mentre in tal ultima ipotesi il fatto-fonte sarebbe rappresentato integrato dal semplice contatto tra le parti, nel caso dell'obbligazione senza prestazione il fatto-fonte e' rappresentato dall'affidamento che in una delle parti viene generato dallo status dell'altra.

A tale forma di obbligazione⁵⁶, che rientra nel *tertium genus* delle fonti ex art 1173 c.c., si applicherà dunque il regime di responsabilità ex art 1218 c.c., non in via

7/2013, p.28,n.50. Secondo tale autore la buona fede sarebbe idonea a far sorgere obblighi "prima" del contratto, potendo intervenire solo successivamente alla stipula di questo (ma a questo punto bisognerebbe spiegarsi il senso di norme quali gli artt 1338, 798, 1578, 1812, 1821, cc., tutte disciplinanti ipotesi di obblighi pre-contrattuali. Inoltre, come ben esposto da P.Perlingieri, *Soggetti e situazioni soggettive*, Esi, 2000, p.211, il quale scrive che "Il fatto che i doveri di protezione siano positivamente previsti e disciplinati con riguardo a rapporti contrattuali tipici non impedisce la loro operatività in altri rapporti"). Ma tale affermazione pare frutto di un equivoco. La buona fede non e' la fonte di tali obblighi autonomi. E' l'affidamento il fatto-fonte che, ex art 1173 c.c., fa sorgere, *ex lege*, il rapporto obbligatorio (chiaramente C.Castronovo, *Tra contratto e torto cit*, p.468, n.58); presente il rapporto, opera la buona fede, che e' indice in forza del quale una relazione, esistente su un piano sociale, e' stata trascinata su quello giuridico. Quanto all'aspetto della proiezione all'indietro degli obblighi prospettata dal Bianca, tale impostazione non tiene conto del dettato positivo. Infatti, rilevava già Mengoni nello scritto del 1956 (*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, ora in Scritti II, pag. 278) un tale indirizzo verrebbe a scontrarsi con la disposizione dell'art 1718 co 4 c.c. in tema di mandato, che grava il mandatario di obblighi di protezione anche laddove il futuro contratto non venga poi stipulato (per mancata accettazione dell'incarico da parte del mandatario). Da ciò l'ovvio corollario secondo cui (Mengoni, *ult.op.cit*, p.276) "non può derivare dal contratto un obbligo che sussiste all'atto della formazione del contratto medesimo". Ciò in quanto "il principio logico di non contraddizione" e' "un limite impreteribile" per il legislatore.

⁵⁵ Testualmente Mengoni "quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò e' indice sicuro che questa relazione sociale si e' trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio" (*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, p.272). Tale argomento dovrebbe bastare a superare l'impostazione di dottrina (anche autorevole, si pensi a F.Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2011, p.877; o V.Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, p.177) e giurisprudenza che riconducono l'art 1337 c.c. nell'art 2043 c.c.. Correttamente sul punto P.Perlingieri, *Istituzioni di diritto civile*, Esi, 2011, p. 261. Di recente anche la Suprema Corte di Cassazione, oltre cinquant'anni dopo lo scritto di Mengoni, mutando orientamento, ha ricondotto la responsabilità ex art 1337 c.c., in ambito contrattuale (cfr. Cass civ, 27248/2011; Cass civ.24438/2011; con nota di C.Scognamiglio, *Tutela dell'affidamento violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, Resp.civ. e prev., 6/2012, p.1949 ss.; nonché C.Castronovo, *La cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, Europa e diritto privato, 4/2012, p.1233 ss.).

⁵⁶ Scrive S.Mazzamuto, *Mobbing*, Giuffrè, 2004, pag.24 che "Il nostro ordinamento, esaltando il ruolo della buona fede ha infatti abbandonato l'idea romanistica dell'obbligazione come rapporto lineare ai cui estremi si collocano il debito e il credito, a vantaggio di un rapporto complesso" ove "attorno alla prestazione principale si coagula una costellazione di obblighi di natura accessoria, la cui finalità e' di assicurare la piena realizzazione di tutti gli interessi per il soddisfacimento dei quali il vincolo e' sorto". Scrive C.Castronovo, *Il ritorno dell'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 3/2009, pag. 680, che "chiamarli – gli obblighi di protezione –

diretta, quanto in via analogica, essendo essa un figura che e' di più rispetto alla situazione protetta dalla norma ex art 2043 c.c., ma dal contenuto meno complesso⁵⁷ (data la mancanza della prestazione) rispetto all'obbligazione "romanistica", come solitamente viene intesa. Nell'obbligazione senza prestazione dunque non essendovi il termine medio della prestazione, vi sarebbe un più diretto legame tra inadempimento e danno⁵⁸, in quanto per aversi il secondo, basterà che un soggetto concreti una condotta ["attiva"] che violi l'interesse di protezione della controparte. In altri termini, la responsabilità da violazione⁵⁹ (più che da inadempimento) dell'obbligazione senza prestazione appare qualificabile come una responsabilità contrattuale (per via della relazione intercorrente fra medico e paziente) ma a presupposto extra-contrattuale, in quanto, a differenza che nelle obbligazioni "comuni", fonte del danno non sarebbe il venire meno della prestazione volta a far conseguire un risultato al creditore (ovvero l'interesse di spettanza) quanto, la violazione di un interesse di protezione a natura conservativa di una situazione che la controparte già possiede (ovvero l'interesse di appartenenza).⁶⁰

In ragion di ciò si può desumere come il carattere dell'obbligazione senza prestazione risieda nella mancanza di una "pretesa", quale tipico contenuto del

accessori e' un abuso linguistico", abuso in cui si può indulgere soltanto con riguardo alla configurazione normale del rapporto obbligatorio, la quale in quest'ultimo "prevede anzitutto un obbligo di prestazione"

⁵⁷ Pare il caso di riportare l'incipit dello scritto di Castronovo (*Tra contratto e torto: l'obbligazione senza prestazione, La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, pag.443-444) "C'e' un'area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, nella quale confluiscono una serie di ipotesi di danno connotate da profili che le accostano ora all'una ora all'altra senza riuscire a rendere persuasivo e soddisfacente l'inquadramento che se ne voglia fare nella prima o nella seconda. Ascriverle alla responsabilità contrattuale sembra frutto di un'enfaticizzazione, e ricondurle a quella extracontrattuale si rivela un impoverimento".

⁵⁸ Così F.Piraino, *Adempimento e responsabilità cit.*, il quale scrive che nell'obbligazione senza prestazione "la distinzione tra inadempimento e danno ... si fa meno netta rispetto a quanto accade nell'obbligazione (p.675). In essa "la luce tra inadempimento e danno ... si assottiglia fino al punto di scomparire e si assiste quindi alla sostanziale convergenza dei due momenti, poiché tanto l'una quanto gli altri si rivelano inadempiti soltanto quando si e' verificato un danno alla persona o al patrimonio dell'altra parte del rapporto" (p.677).

⁵⁹ Così Castronovo, *Il ritorno dell'obbligazione senza prestazione cit.*...p.707; F.Piraino, *ult.op.cit.*, p.678, secondo il quale non sarebbe legittimo, con riguardo all'obbligazione senza prestazione, discorrere di adempimento ed inadempimento, che sono categorie dell'azione "applicabili solo all'obbligo di prestazione". In ragion di ciò l'art 1218 c.c., con riguardo all'obbligazione senza prestazione, troverà applicazione non in via diretta, ma analogica (cfr. p 678;683).

⁶⁰ Così Castronovo, *Obblighi di protezione cit.*, p.4. Eco di una tale impostazione sembra ravvisabile nello scritto di M.Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, 2008, p.91-92, dove, con riguardo alla responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'obbligo ex art 2087 c.c. (che e' un esempio tipico di obbligo di protezione che da accessorio assurge al rango di obbligo primario), si discorre di responsabilità contrattuale "connotata da logica extra-contrattuale".

diritto di credito⁶¹, da parte del creditore il quale, in caso di mancato risultato “positivo”, non potrà manifestare alcuna doglianza verso il medico, che non era obbligato a farlo conseguire, quanto alla struttura sanitaria con cui si era obbligato.

Con ciò non si vuol dire che il medico debba tenere una condotta inerte⁶². Anzi, trattandosi di un rapporto *lato sensu* contrattuale, troveranno applicazione tanto le norme sul contratto d’opera intellettuale, quanto l’art 1176 c.c. sia in riferimento alla *diligentia diligenteris* del primo comma, quanto alla *diligentia-peritia* del secondo. Il medico dunque dovrà attivarsi, con libertà di mezzi non essendovi una specifica prestazione, a far sì che l’interesse di protezione del paziente-creditore non vada incontro a peggioramenti.⁶³

⁶¹ Così F.Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 2002 (rist.), p. 71; 73.

⁶² Secondo Piraino (*Adempimento e responsabilità contrattuale*, p.682) infatti anche nell’obbligazione senza prestazione e’ rintracciabile una condotta doverosa, la quale consiste “*negli obblighi volti a predisporre le misure necessarie a tutelari interessi ulteriori rispetto a quelli in vista della cui realizzazione due o più soggetti sono entrati in relazione*” la quale, anche se poi non sfociata in un rapporto contrattuale, ha ingenerato in una delle parti “*un affidamento obiettivo nella correttezza e nella professionalità della condotta dell’altro soggetto*” della relazione, in ragione di uno *status* particolarmente qualificato di quest’ultimo.

⁶³ Si deve criticare l’approccio patrocinato da giurisprudenza recente – anche di legittimità (*ex multis* Cass.civ.,III sez, 16394/2010) – secondo cui l’obbligazione del medico, lungi da essere di semplice protezione degli interessi del paziente, si trasformi in un’obbligazione di prestazione. Secondo tale approccio (che ci pare essere il corollario della teoria che riconduce la relazione medico-paziente nell’alveo dei rapporti contrattuali di fatto) dunque il medico, sebbene non negoziabilmente obbligato ad offrire alcunché al paziente, “di fatto” diventerebbe debitore (in senso proprio) di quest’ultimo. Da ciò deriverebbe che il paziente si ritroverebbe verso il medico una pretesa ad ottenere un qualche risultato (intermedio o finale) che coinvolga la sua guarigione o comunque un mutamento in positivo del suo *status quo ante*. Tale orientamento non sembra condivisibile per le critiche che si sono espresse e nel testo e nelle note precedenti (cfr.n.46). Un ragionamento così proposto infatti non solo non sarebbe rispettoso della teorica degli obblighi di protezione (sotto il profilo della loro natura e contenuto), ma implicherebbe un fraintendimento dogmatico tra la figura del contatto sociale qualificato (indubbiamente presente fra medico e paziente) e rapporti contrattuali di fatto. In questi ultimi infatti (si pensi al contratto di lavoro nullo) vi e’ in origine un negozio, il cui contenuto e’ dato da una prestazione in senso proprio che il debitore e’ tenuto ad adempiere (cfr. Castronovo, *Tra contratto e torto cit*, p.487- 488, n.96; Id., *La relazione cit...*p.62; Id. *La responsabilità civile al passaggio del millennio*, Europa e diritto privato, 1/2003, p.157; ma si veda sotto una diversa prospettiva R.Sacco, *I contratti di fatto*, in Sacco-DeNova *Obbligazioni e contratti II*, Trattato Rescigno, X, Utet, 1985, p.45). Viceversa, nel “contatto sociale”, ciò che viene a rilevare non e’ uno scambio di consensi (seppur in seguito giudicato invalido) ma un contatto, determinato da un’affidamento in uno *status* (professionale) altrui che, analogamente a quanto accade nella responsabilità ex art 1337 c.c., obbliga le parti a tenere un comportamento orientato alla buona fede, senza la presenza di una prestazione che l’una parte deve fornire all’altra. Inoltre un’assimilazione tra interesse di prestazione e interesse di protezione mal si concilia con la natura degli obblighi di protezione, i quali mirano a tutelare ciò che si ha, e non a fornire una nuova utilità. (per questa ricostruzione, *ex multis*, L.Nivarra, *ult.op.cit.*, p.484, n.10). Dovrebbe apparire chiaro dunque che, tanto l’ente quanto il medico che vi presta servizio, rispondono contrattualmente verso il paziente. Soltanto che mentre l’ente, in quanto obbligato a offrire la prestazione, risponderà anche in ipotesi di non miglioramento del paziente, il medico, che verso questi non deve nulla se non il non peggioramento, risponderà laddove la cura, oltre che inutile, si ravvisi dannosa (in tale ordine di idee Castronovo, *Il ritorno dell’obbligazione senza prestazione cit*, p.707). Tale conclusione ricalca in pieno il modello della *culpa in contrahendo* in forza della quale e’ possibile ottenere il risarcimento entro i limiti dell’interesse c.d. negativo

4.Quanto al contenuto della prestazione che il medico si e' obbligato a fornire nei confronti della struttura sanitaria, non appare, per i rilievi già svolti, potersi riproporre la distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Infatti, a voler forzosamente mantenere tale schema, la giurisprudenza (e la dottrina al seguito) sono giunte a soluzioni inaccettabili rispetto al dettato normativo, enucleando regole di responsabilità a seconda della tipologia di intervento da fornire in concreto. Ci si riferisce alla distinzione fra interventi *routinari* e interventi di difficile esecuzione. Già tale distinzione e' sintomo dell'insostenibilità della catalogazione dell'obbligazione del medico fra le obbligazioni di mezzi, in quanto, proprio con riferimento agli interventi *routinari*, il regime di responsabilità applicato era il medesimo delle obbligazioni di risultato. E la conseguenza di un tale sistema aveva implicato una diversità di giudizi di responsabilità, incidenti sull'onere della prova, di cui non v'è traccia alcuna nelle disposizioni codicistiche.⁶⁴

Impostando correttamente il problema, e tenendo a mente la distinzione semantica che il vocabolo risultato assume in seno alle diverse tipologie di obbligazioni, si potrà giungere alla conclusione che in determinati interventi medici, quelli di facile esecuzione, il concetto di risultato dovuto si sposti in avanti, andando a collimare con il risultato finale, ovvero sia quello pienamente soddisfattivo dell'interesse primario del creditore.

(compreso il lucro cessante, se presente) e non anche l'interesse positivo (dato il difetto della prestazione). Sul punto E.Scoditti, *L'obbligazione senza prestazione*, incontro di studio su "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno", 2008, p.7.

⁶⁴ Così A.di Majo, *Responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, p. 56 dove si legge che una distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazione di risultato sia assente nel codice civile; e dove viene sottolineata la difficoltà di immaginare l'esistenza di obbligazioni in cui manchi un risultato dovuto, anche solo sotto il profilo di un comportamento diligente. Perciò anche in relazione all'obbligazione medica va ricercato un risultato, sia esso "il substrato teleologico dell'azione terapeutica" ovvero, in via intermedia, come condotta "qualificata" del medico verso il paziente (cfr. Bertocchi, *Responsabilità del medico libero professionista*, Milano, 2004, p.35). La prestazione medica può configurarsi come un complesso di attività, di cure, volte a procurare la guarigione (e non con la guarigione), le quali si pongono come "mezzo" in una serie teleologica che ha come termine finale la soddisfazione dell'interesse creditorio. Con le parole di L.Mengoni "un fatto valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato, quando sia considerato in se stesso, come termine finale di una serie teleologica più limitata". Le cure mediche sono un mezzo "per la guarigione del malato", ma sono un risultato "se lo scopo preso in considerazione e' quello di essere curato". (*Obbligazioni di mezzo e obbligazione di risultato*, p.145; 148, n.21 (in Scritti, II).

Tale critica mossa inoltre rende manifesto il reale motivo di ripudio della distinzione, ovvero sia la mancanza di presupposti specifici tali da poter cristallizzare un tipo di obbligazione in una delle categorie definite obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato.⁶⁵ Ciò perché in una determinata obbligazione, il concetto di risultato può avere confini mobili, alle volte risolvendosi nella perizia, ovvero un *quid pluris* rispetto all'attività debitoria, oggettivamente valutabile (risultato intermedio), altre volte invece può concretare nel risultato finale, ovvero in un *opus* corrispondente allo scopo finale del rapporto obbligatorio.

Da tale ultimo assunto possono trarsi due conclusioni, l'una rilevante in materia di giudizio di responsabilità, l'altra in tema di onere della prova. Quale che sia il tipo di prestazione del medico, essa contiene in sé sempre un risultato, rappresentato o dalla perizia o dall'opera, ed il giudizio di responsabilità in entrambe le ipotesi rimane immutato, applicandosi l'art 1218 c.c. L'unica differenza è data dallo modo con cui tale articolo trova applicazione⁶⁶: mentre nelle obbligazioni di risultato si applicherà la deduzione sillogistica, facilitata dalla presenza di un risultato "finale" auto-evidente (ovvero l'errata protesi dentaria ad esempio), nelle obbligazioni di mezzi il giudizio non sarà improntato tanto alla deduzione sillogistica, quanto alla valutazione teleologica a posteriori, in quanto il risultato fornito dal debitore andrebbe ricostruito rispetto al risultato in astratto dovuto, senza però che funga da parametro anche il risultato finale, non dedotto in obbligazione. Secondo tale sistema, non essendo individuabile a priori il risultato in astratto dovuto dal debitore di mezzi, ugualmente non sarà individuabile il termine finale della prestazione in concreto offerta dal debitore. Tale aspetto sarà ricostruibile procedendo dal risultato dovuto in concreto offerto, sino al risultato in astratto attendibile dal creditore. Solo procedendo ad una tale valutazione, orientata dal criterio di buona fede, si potrà valutare se in concreto il debitore abbia adempiuto o meno. Ciò in quanto rispetto all'attività fornita dal debitore potrebbero inserirsi dei fattori altri che

⁶⁵ Scrive correttamente C.M.Bianca, *L'obbligazione*, 1990 (rist. 2009), p.72 ss. che non sono riscontrabili obbligazioni in cui sia dovuto soltanto il risultato e non già lo sforzo diligente per realizzarlo. Tale sforzo è necessario per qualunque tipo di obbligazione, ivi compresa quella di risultato. Anche in queste ultime infatti, sebbene non sia dovuta una specifica attività strumentale, non si omltera al fatto che il debitore sia comunque tenuto a conformarsi ad un dato standard di comportamento, e per conseguire il risultato dovuto, e per evitare l'inadempimento (*rectius*: per conservare la possibilità di adempiere).

⁶⁶ F.Piraino, *Obbligazioni di risultato*..cit.p.136 ss.

potrebbero impedire, nonostante la diligenza e la perizia, il raggiungimento del risultato dovuto (si pensi ad esempio al rifiuto a cooperare del creditore nell'adempimento ad esempio). Tale diversità di ricostruzione del giudizio di inadempimento (modellata sullo schema dell'art 1218 c.c.) ha delle ricadute in campo probatorio, ma non tanto sulla diversa distribuzione dell'*onus probandi*, quanto sul tema di prova che in concreta le parti possono offrire all'attenzione del giudice. Infatti, mentre nell'ipotesi di inadempimento della prestazione di risultato, il cui fatto va allegato dal creditore, il debitore non ha altro modo di difendersi che denunciando l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e provando la non imputabilità di questa al suo operato, nell'obbligazione di [mezzi] il debitore avrà una duplice modalità difensiva esperibile. Infatti questi potrà in prima battuta eccepire l'esattezza dell'adempimento (che in lessico processualistico rappresenterebbe una mera difesa, in quanto volta alla sola contestazione della pretesa attore, non introduttiva di fatti nuovi), e in seconda battuta provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa a lui non imputabile (che è eccezione in senso stretto, in quanto introduttiva di un fatto impeditivo o estintivo della pretesa vantata dal creditore).⁶⁷

In tal caso si potrebbe più correttamente parlare non tanto di una distinzione fra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, quando di ipotesi di inadempimento controvertibile (nelle obbligazioni di mezzi) e incontrovertibile (nelle obbligazioni di risultato).

Tale specificazione non va ovviamente ad incidere sulla prova della c.d. causa ignota. Come si è su esposto infatti, la prova della causa ignota sembrerebbe gravare, alla luce del disposto dell'art 1218 c.c., sempre sul debitore e mai sul creditore.

5. Per ragioni di completezza vanno esaminati in conclusione due argomenti, ovvero il tema del consenso informato ed alcune ipotesi di danno risarcibile in seno alla responsabilità medica. Quanto al primo elemento, ci si è chiesti se in seno

⁶⁷ F.Piraino, *ult.op.cit*, p. 150 ss. In tale ordine di idee anche A.Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza ...cit.* p.803.

all'obbligazione del medico sussista un obbligo strumentale di informazione al paziente che se violato, sarebbe fonte di un danno perché lesivo di un autonomo diritto all'autodeterminazione del paziente, distinto dal diritto alla salute che la prestazione mira a preservare.

Il problema pare affrontabile sul piano della causalità. Infatti, il nesso causale, quale relazione tra termini, svolge un ruolo di collegamento tra inadempimento (evento) e danno (conseguenza). Quindi l'incidenza del consenso informato⁶⁸ rileverà solo in quanto da una sua violazione sia derivato un serio pregiudizio al diritto alla salute del paziente. Il momento informativo, infatti, può essere rilevante sul piano empirico, ma si risolve quale punto di un segmento, sul piano giuridico esaurendosi comunque nella tutela del diritto alla salute. Perciò nell'ipotesi di mancata o errata acquisizione del consenso, con medico adempiente, ed esito fausto dell'intervento, non sarà lamentabile alcuna violazione, per difetto di nesso causale tra il fatto della non acquisizione del consenso e il danno (che non vi è stato). Nell'ipotesi opposta (mancata informazione, inadempimento, esito infausto) a rilevare non sarà la violazione dell'obbligo informativo, quanto l'inadempimento *tout court* della posizione attribuibile al medico. Ipotesi più problematica quella in cui alla mancata informazione ed all'esatto adempimento segua l'esito infausto. Anche in tal caso però non sarebbe corretto discorrere di inadempimento dell'obbligo informativo, quanto di inadempimento dell'obbligazione, in quanto il diritto ad autodeterminarsi non è diritto autonomo ma è solo un "momento" del diritto alla salute. Opinando diversamente si addiverrebbe, da un lato, ad un eccessivo aggravio di prova per il creditore (che dovrebbe fornire la duplice prova dell'esistenza di cure o metodi alternativi nonché il fatto che se ne fosse venuto a conoscenza avrebbe optato per essi, ovvero che se anche non ci fossero state alternative, si sarebbe rifiuto di sottoporsi all'unica cura disponibile) e, dall'altro, ad un abuso della responsabilità contrattuale in quanto non si vede però come ciò vada ad influire sul profilo del

⁶⁸ Si segnala sul punto Trib Milano, 29-3-2005, richiamato da Piraino, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* cit, p.122, n.91.

danno risarcibile, salvo non si voglia ammettere l'esistenza di un autonomo diritto ad autodeterminarsi.⁶⁹

Tale aspetto offre spunto per collegarsi alla tematica dei danni risarcibili, ovvero all'ipotesi del cd. diritto a non nascere se non sani, e all'ipotesi del danno da nascita indesiderata⁷⁰. Mentre nel primo caso si deve nettamente negare la possibilità di offrire un risarcimento per la lesione di una posizione che è adespota, perché il soggetto titolare non sarebbe ancora venuto ad esistenza al momento del danno, e perché inoltre la lagnanza andrebbe rivolta non tanto verso il medico (dato che la malattia preesiste alla sua diagnosi) quanto verso la madre, paventando una specie di obbligo di aborto, sconfinante nell'eugenetica⁷¹. Nell'ipotesi del danno da nascita indesiderata l'azione risarcitoria andrebbe concessa alla madre se viene provato il nesso causale tra mancata informazione e scelta abortiva. Provato tale nesso il rimedio risarcitorio appare utilizzabile. Inoltre, in tale ipotesi, esistendo un dovere di protezione per ambo le parti, legittimato a richiedere il risarcimento sarebbe anche il padre, il quale legato da un vincolo di prossimità con la madre, vedrebbe estendersi alla sua persona l'effetto protettivo del contratto, in deroga ai principi di relatività degli effetti contrattuali ex art 1321 c.c. e di indifferenza ex art 1372 c.c. Secondo alcuni autori⁷² si tratterebbe, di un applicazione analogica del

⁶⁹ A meno che non si voglia prospettare un risarcimento in via aquiliana per lesione del diritto ad autodeterminarsi. La responsabilità contrattuale si fonda sull'inadempimento, ovverosia un fatto che, rompendo il *vinculum iuris* tra le parti, importa un danno al creditore. Ove il creditore non possa lamentare alcun danno, perché la prestazione offerta dal debitore ha conseguito il risultato cui era preordinata, sarebbe paradossale attribuire un'ulteriore pretesa ad essere informato correttamente, laddove tale informazione non abbia alcuna rilevanza rispetto alla corretta esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione.

⁷⁰ Configurandosi, in senso proprio, un contratto ad effetti protettivi verso terzi, la cui elaborazione in Italia è dovuta a C.Castronovo, in *Problema e sistema del danno da prodotti*, Giuffrè, 1979, p.247. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass.civ, III sez, 16123/2006. Tale figura (diversamente dall'interpretazione che si è criticata in nota 2) sorta in seno alla dottrina tedesca per ovviare ad alcune lacune derivanti dal sistema di tipicità degli illeciti propria di quell'ordinamento, ha trovato cittadinanza nel nostro ordinamento, divenendo uno strumento per offrire una tutela ai soggetti terzi in qualche modo coinvolti nel contratto. Potrebbe ben accadere infatti, che in un contratto con pluralità di prestazioni, sia presente anche un obbligo accessorio di protezione del terzo, che se violato, legittima quest'ultimo ad agire sulla base del contratto stesso. È stato affermato che "il presupposto dell'estensione ai terzi della tutela" si rinviene nel fatto che essi "si trovino esposti al rischio di danni in occasione dell'esecuzione del contratto" in ragione della "loro particolare posizione rispetto ad una delle parti", ovvero laddove "il creditore della prestazione principale abbia un interesse alla loro protezione", ma al di fuori dello schema proprio del contratto a favore di terzi. (così A.Amatucci, *I contratti ad effetti protettivi*, incontro di studi 28/04/2010, p.8, che rinvia a E.Moscato, *I rimedi contrattuali a favore di terzi*, Riv.dir.civ. 1/2003, p.357).

⁷¹ F.Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2011, pp. 125-127. Medesima opinione si ritrova in Amatucci, *ult.op.cit.*, p.10.

⁷² C.M.Bianca, *Il contratto*, 2000, Giuffrè, p.371 ss. In realtà la soluzione proposta da Bianca pare valida da un certo punto di vista, e manchevole sotto un altro. Lo schema dell'analogia al fine di giustificare la figura del contratto di protezione a favore di terzi descrive un

combinato disposto fra il secondo comma dell'art 1372 c.c. e il 1411 c.c. sul contratto a favore di terzi, da cui deriverebbe un'estensione degli effetti favorevoli di un contratto concluso tra le parti verso un terzo nei limiti della possibilità di rifiuto degli stessi da parte di quest'ultimo. Secondo una diversa impostazione⁷³ – che qui si predilige – si tratterebbe di una concretizzazione del principio di solidarietà ex art 2 della Costituzione.

lato del fenomeno, ovvero l'ipotesi in cui due parti stipulino tra loro un accordo che ha come contenuto il fornire esplicita protezione ad un terzo, che come nel contratto a favore di terzi tipico, può vantare una pretesa a ricevere una prestazione volta alla protezione. Tale schema però non si adatta a quelle ipotesi ove non v'è un'esplicita attribuzione di un diritto alla protezione verso il terzo, quanto solo il rischio che a questi, dall'esecuzione della prestazione del debitore verso il creditore, possa derivare un danno. In tale caso la soluzione che si fonda sull'art 1411 c.c. non appare come la più (o, meglio, la sola) idonea ad inquadrare il fenomeno. In ausilio, dunque ci si deve rivolgere alla tesi fondata sulla concretizzazione dell'art 2 Cost, che in virtù di un'applicazione "concretizzante" del principio di solidarietà consente la protezione a soggetti terzi del contratto, che rispetto ad alcuna delle parti non possano vantare qualsivoglia pretesa. Si tratta di due approcci parimenti validi, e a nostro dire, complementari.

⁷³ C.Castronovo, *loc.ult.cit.*; L.Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Diritto e Valori*, Laterza, 1985, p.95, n.54, scrive che - con riguardo al contratto ad effetti protettivi - la soluzione affermativa (di accoglimento nel nostro sistema) "viene fondata ermeneuticamente", da un lato, per quanto attiene alla portata del principio di relatività degli effetti contrattuali "sul valore della solidarietà sociale di cui all'art 2 Cost ... interpretato come "criterio di responsabilizzazione anche dei singoli individui privati per l'esistenza sociale e ... per il benessere degli altri", dall'altro, sul principio della buona fede contrattuale "per quanto attiene alla fondazione dell'obbligo di protezione nell'economia del contratto".

LA RESPONSABILITA' MEDICA ALLA LUCE DELLA L. 189/2012

a cura dell'Avv. Aurora Di Mattea

Con il decreto legge n. 158/2012 convertito in legge n. 189/2012, il legislatore interviene sulla responsabilità medica e con uno scarno ma incisivo dettato normativo definisce i confini della rilevanza penale della malpractice medica. L'art. 3 della citata legge statuisce che *"l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"*.

Prima facie le coordinate indicate dal legislatore per escludere l'ipotesi di una responsabilità penale sono l'osservanza delle linee guida accreditate ed il conseguente profilarsi di un grado di colpa lieve.

Per comprendere appieno l'esatta portata della disposizione è necessario preliminarmente esaminare la nozione di linee guida, lo spazio di rilevanza nell'ambito delle norme cautelari di carattere medico, e di seguito la nozione di colpa lieve. In effetti l'analisi che ci si accinge a compiere, involge aspetti e profili concettuali non solo propri del sistema penale ma anche civilistico. Se si sollecita l'attento lettore ad estendere il piano di osservazione anche all'espressa previsione in seno alla norma in esame del residuo obbligo di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043, come obbligazione extracontrattuale derivante dalla responsabilità medica, si richiama la parallela disciplina civilistica e la diversità di principi a cui è informata. Ma prima di proseguire oltre, con l'effetto di rendere oscuro e incomprensibile il dettato normativo, è in primo luogo fondamentale comprendere cosa effettivamente muta in seno alla disciplina penale. Viene in primo luogo in

rilievo il concetto di colpa quale elemento soggettivo essenziale per integrare le ipotesi di reato contestate, e nelle sue articolazioni, colpa generica e colpa specifica, e nelle sue graduazioni. Con riguardo al primo aspetto, è propedeutica all'applicazione del dettato normativo l'analisi della nozione di linee guida e di buone pratiche e la configurabilità di queste come regole cautelari atte a prevenire e prevedere le conseguenze dannose. Mentre in ordine al secondo profilo il livello della colpa grave/lieve perde la sua originaria funzione, come assegnata dal codice Rocco, di determinazione del trattamento sanzionatorio per divenire linea di confine tra la responsabilità penale e civile. Ai sensi dell'art. 43 c.p. il delitto colposo si verifica quando anche se preveduto, non è voluto dall'agente, a causa di negligenza imprudenza e imperizia, ovvero per inosservanza di leggi regolamenti ordini e discipline. Alla rimproverabilità ed esigibilità da parte del soggetto agente della condotta dovuta e non commessa, si accompagna la inosservanza della regola cautelare generale, perizia, prudenza e diligenza, o speciale costituita dalla violazione di leggi, regolamenti ordinamenti o discipline. La vocazione ontologica della regola cautelare è di natura preventiva, atta a prevenire il verificarsi di un evento pericoloso. All'interno del mare magnum delle attività socialmente pericolose, le norme cautelari regolamentano le modalità di azione necessarie per evitare e prevenire i rischi insiti nella condotta stessa. Presupposto imprescindibile per il formarsi della regola cautelare è la prevedibilità delle conseguenze dannose, ma il fine ultimo deve essere rappresentato dal grado di evitabilità dell'evento pericoloso. La regola cautelare assume quindi carattere modale se indica quali sono le condizioni ed i mezzi per esercitare quell'azione, ma non è escluso che possa avere anche carattere meramente proibitivo, l'astensione dall'agire. Corre l'obbligo di precisare che il contenuto la specificità della regolamentazione si articola in modo diverso in relazione al tipo di attività pericolosa e socialmente utile preso in considerazione e al

grado di progresso scientifico raggiunto. Il rischio consentito si misura in maniera differente in relazione al grado di conoscenza raggiunto dalla migliore scienza ed esperienza nello specifico settore. Le regole cautelari possono trovare fondamento in norme generali ed astratte quali leggi e regolamenti, o in prescrizioni emananti da un organo privato o pubblico deputato a regolamentare le modalità di svolgimento delle azioni. Secondo autorevole dottrina le discipline sono atti normativi differenti dalle leggi e regolamenti emanati da un'autorità pubblica o privata, mentre gli ordini sono regole individuali rivolte ad una categoria determinata ed anch'essi disposti da organo disciplinare⁷⁴. Le regole cautelari si distinguono in proprie ed improprie: le prime mirano ad evitare il pericolo, le seconde a contenerne gli effetti. L'assenza di discipline regolamenti o altri fonti normative cautelari, può far sorgere la responsabilità a titolo di colpa generica, che si sostanzia nell'inosservanza di norme di natura sociale o tecnica dettate dall'esperienza collettiva. Il proliferare di attività socialmente utili non è automaticamente seguito da un corpo normativo cautelare, esponendo gli esercenti ed i vari addetti ai lavori alla responsabilità a titolo di colpa generica.

Si è diffusa nella prassi l'esigenza di intervenire con regolamenti anche privati che sostituendosi alla genericità del dettato legislativo definiscono lo spazio di intervento e i parametri precauzionali atti a definire lo spazio del rischio consentito. Ma nel progressivo formarsi di un corpus normativo cautelare ad hoc, teso a restringere gli spazi affidati alle norme generiche della diligenza perizia e prudenza, la risposta normativa precauzionale deve assumere, secondo dottrina, i caratteri della tipicità e della determinatezza. Con riguardo all'attività medica, si è registrata una tendenziale e progressiva crescita dei cosiddetti protocolli operativi redatti dalle istituzioni scientifiche più accreditate, che definiscono le prassi operative da adottare in ambito

⁷⁴ F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*,

terapeutico, chirurgico e farmaceutico, in relazione alla singole patologie accertate. L'ingresso delle cosiddette guidelines ha sollevato in dottrina quanto in giurisprudenza dubbi sulla esatta individuazione degli spazi di intervento e la identificazione di queste con le regole cautelari. L'assoluta carenza di una fonte legislativa o regolamentare unitaria in grado di conformare l'attività medica a principi e direttive comuni, idonee a contenere gli effetti rischiosi, ha spesso ingenerato in diversi organismi di autogoverno l'esigenza di dotarsi di un corpus normativo. Tale esigenza importata nel nostro ordinamento da quello americano ed anglosassone, si è spesso concretata in previsioni che non rispondono solo alla individuazione di parametri scientifici ma anche alla determinazione dei modelli organizzativi e gestionali. I modelli di comportamento, le prescrizioni suggerite in relazione alle patologie hanno sollevato in seno al nostro ordinamento un dibattito in ordine alla reale natura da attribuire alle cd guidelines. Secondo una parte della dottrina, i protocolli tracciano il contenuto del comportamento doveroso richiesto, se presentano gli estremi propri della regola cautelare. Tale orientamento ha trovato spazio nella giurisprudenza di legittimità, che ha accreditato il peso scientifico delle linee guida nella misura in cui prescrivono le modalità di azione in ordine al tipo di patologia da curare⁷⁵. Tale modus arguendi finisce per inserire l'apporto epistemologico delle linee guida nella analisi della derivazione causale dell'evento, così da qualificarle quali fonte di cognizione la cui inottemperanza ha con elevato grado di probabilità portato alla produzione dell'evento finale. L'automatismo difformità dalla linee guida- responsabilità penale determinerebbe un ingiustificato appiattimento della valutazione giudiziale, che limitandosi a decifrare la rilevanza causale della linea guida nella seriazione causale escluderebbe le varianti legati alla peculiarità del caso, all'evolversi del sapere scientifico nel settore interessato, che

⁷⁵ Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2007, Duce.

soppianterebbe quel modello di riferimento per accreditarne un altro. A tale considerazione va aggiunto altresì la considerazione che le cosiddette *guidelines* non definiscono esclusivamente le modalità di azione alla luce dell'aggiornamento scientifico ma anche la identificazione dei modelli di gestione delle strutture ospedaliere, ispirate ai criteri di efficienza e di economicità. Invero gli organismi e le istituzioni che li introducono sono in alcuni casi portatori di interessi economici, essendo finanziati dalle case farmaceutiche. Non è affatto insolito che il contenuto scientifico delle linee guida sia approssimativo o comunque non richiami le principali e recenti ricerche empiriche, così da non adattarsi facilmente alle situazioni concrete. Non è da escludere che sullo stesso settore scientifico sussistano contrastanti e paralleli modelli scientifici, che inducano al destinatario prima di qualunque attività terapeutica di valutare secondo i comuni canoni della prevedibilità ed evitabilità ispirate dall'esperienza comune quale delle misure applicare⁷⁶. Accanto ai criteri guida attenta dottrina ha ammesso la possibilità di estendere il concetto di norma cautelare alle norme di carattere deontologico⁷⁷. Ed in particolare, nonostante la giurisprudenza non abbia offerto in tale senso un riscontro degno di nota, non avendo tali prescrizioni il carattere proprio delle regole cautelari, si segnala che l'art. 13 del codice di deontologia impone al medico il dovere di adeguare le proprie decisioni ai dati scientifici accreditati. Anche tale prescrizione non può assumere natura cautelare, trattandosi di un mero principio a cui l'attività medica deve informarsi nulla anticipando sul piano modale⁷⁸. Invero in ordine alla riconducibilità delle norme di carattere deontologico nell'alveo delle previsioni cautelari, in dottrina si sono contrapposte due diverse letture. Secondo un orientamento che qualifica come cautelari solo le norme che

⁷⁶ Fiandaca Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2006.

⁷⁷ P. Venenziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, Milano, 2003.

⁷⁸ Si rinvia alla pronuncia Cass. pen. sez. IV, 14 marzo 2007, Pagano. La colpa specifica è stata riscontrata nel non avere il medico adeguatamente informato il paziente sulle condizioni di salute.

hanno carattere prescrittivo di divieto⁷⁹, in quanto atte a disciplinare le fonti di rischio, i principi deontologici esulano dal piano regolamentare preventivo che il medico deve osservare. Di diverso avviso è invece quella parte della dottrina che con riguardo alle norme deontologiche concernenti la condotta del sanitario nei confronti del paziente, non nega una stretta inerenza allo spazio di valutazione della correttezza dell'operato⁸⁰. Si tratta in particolare dell'art. 8 del codice che disciplina la doverosità degli interventi medici d'urgenza, l'art. 13 di cui sopra, l'art. 19 che impone il dovere di aggiornamento e formazione professionale permanente e l'art. 23 che ha stabilito il principio di continuità delle cure. È tuttavia in continuo fieri il dibattito sulla determinazione delle regole deontologiche nella costruzione dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*.

Last but not least sono le regolamentazioni ISO, introdotte per certificare la qualità e la sicurezza garantita di alcuni macchinari. Sebbene questi ultimi possano ritenersi non rientranti nell'art. 3 in esame, è pur vero che l'idoneità tecnica e la funzionalità degli stessi è determinante per le cure e l'integrità fisica dei pazienti, con le conseguenti ricadute in sede di responsabilità penale. Ritornando all'argomento principe ed in particolare alla rilevanza delle linee guida, resta ancora aperta la questione di sussumibilità di quest'ultimi nella nozione di discipline, e soprattutto se da queste possa discendere una vincolatività giuridica. Proprio per il carattere controverso e di non facile catalogazione un'attenta dottrina ha preferito optare per la definizione della colpa medica, come generica, ricorrendo alle care nozioni basilari dettati dall'esperienza comune della perizia prudenza e diligenza, relegando i protocolli, le indicazioni standardizzate quali fonti di cognizione delle *leges artis*, che perdendo quel carattere di norma di immediata

⁷⁹ Marinucci e Dolcini, "Manuale di diritto penale, Parte generale." Milano, 2009.

⁸⁰ Iadecola, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv. It. med.leg.* 2007, p.554.

applicazione, rientrano nel più ampio panorama cognitivo ed empirico che il medico deve valutare, nel salvaguardare la vita del paziente⁸¹.

Invero il legislatore, nonostante le remore espresse dalla giurisprudenza e dalla dottrina in merito, ha comunque ritenuto, superando il dibattito dogmatico appena esposto, che l'allineamento della condotta alle guidelines ed alle buone pratiche rende immune il medico da responsabilità se è addebitabile solo una colpa lieve. L'automatismo inottemperanza linee protocollari - responsabilità medica, scongiurato dalla giurisprudenza di legittimità, è invece oggetto di espressa previsione nella norma in esame. Ma il legislatore nel tentativo di contenere gli effetti dirompenti di tale binomio nella prassi giuridica ha indicato il parametro della colpa lieve, quale confine oltre il quale l'adeguamento agli indirizzi di guida e buona pratica non consente l'immunizzazione dalla responsabilità penale. Senza alcuna aggiunta esplicativa sulla nozione di colpa lieve, il dettato legislativo ha condotto l'interprete alla ricerca della nozione di colpa lieve nell'ordinamento penale. Come già anticipato la misurazione del grado di colpa non incide sulla rilevanza penale ma solo sulla commisurazione della pena. La distinzione tra le gradazioni di colpa è rilevante ai fini del trattamento sanzionatorio in sede di responsabilità civile. Ai sensi dell'art. 1176 c.c. comma 2° relativo all'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività esercitata, la diligenza deve correlarsi con la natura dell'attività esercitata. Con riferimento alla prestazione professionale, il prestatore d'opera risponde dei danni, se la soluzione implica problemi tecnici di speciale difficoltà, solo per dolo o colpa grave. secondo la giurisprudenza consolidata. La diligenza richiesta al medico è di natura superiore rispetto quella generica del *bonus pater familias*. Il legislatore del '42 nel determinare il contenuto della prestazione professionale ha adottato una nozione di diligenza che si qualifica come *exacta diligentia dell'homo*

⁸¹ Cfr. Cass. pen. Sez. IV, 23 novembre 2010, P.C., in proc. Grassini, in *Cass. pen. n. 2, 2012*, p. 542.

eiusdem condicionis et professionis. La diligenza richiesta impone al medico di agire secondo la migliore scienza in relazione al caso concreto. Secondo un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato il medico nello svolgimento della professione deve comportarsi come un accorto professionista agendo con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale⁸². Al medico è imposto una soglia di diligenza proporzionale al grado di preparazione e di conoscenza dovuto in relazione alla attività professionale svolta. A delimitare lo spazio di responsabilità civile soccorre il principio esposto dall'art. 2236 c.c. che esonera il professionista se lo svolgimento della propria attività richiede la risoluzione di questioni di una elevata difficoltà, per cui lo sforzo richiesto esorbita dal bagaglio scientifico a lui proprio e di seguito è responsabile dell'esito infausto solo per dolo o colpa grave. Il concetto di colpa grave è stato introdotto proprio con il dichiarato intento, come si legge nella relazione ministeriale che accompagnò l'entrata in vigore del codice civile, di comporre due opposte esigenze "quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista".

Già allora era chiara e perfettamente prevedibile il rischio di esposizione del prestatore d'opera a facili richieste di risarcimento per inadempimento o esatto inadempimento. Senza dilungarci in argomento che di per sé richiederebbe una monografia intera, ma limitandoci in questa sede a sottolineare come la connessione dei profili civilistici e penalistici della materia in sede di responsabilità medica non è stata al centro della riforma legislativa adottata con il decreto Balduzzi, è da segnalare l'evoluzione, seppur in maniera sintetica, interpretativa della nozione di colpa grave e del contestuale restringimento del concetto di speciale difficoltà, sottolineando che diversamente dalle altre categorie professionali a cui è destinata

⁸² Cass. 8.3.1979, n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1494

l'applicazione dell'art. 2236 c.c., la professione sanitaria presenta caratteristiche e peculiarità, che la separano e la differenziano dagli altri esercenti attività professionali. Nel tempo le speciali difficoltà insite in alcune prestazioni professionali sono state oggetto di un ridimensionamento legato alla progressiva e continua ricerca scientifica, delimitando così il concetto di colpa grave. Viene introdotta la categoria degli interventi routinari, di facile esecuzione, per i quali il raggiungimento del risultato sarebbe soggetto a responsabilità civile. Ne discende che l'esenzione di responsabilità riguarda esclusivamente le ipotesi di straordinaria complessità, per cui la prestazione richiesta è al di fuori della portata media ovvero è ancora oggetto di conflittuali e non sempre accreditati metodi scientifici⁸³. Ne consegue che il limite della colpa grave è afferente esclusivamente alle ipotesi di speciali difficoltà, e quindi all'area della perizia. Diversamente la immunizzazione da responsabilità civile per colpa lieve non opera con riguardo alle ipotesi di negligenza ed imprudenza, che si collocano al di fuori delle condizioni di straordinaria ed eccezionale complessità della prestazione. Talaltro è sempre più ristretto l'ambito applicativo dell'art. 2236, non tanto perché previsto in seno al contratto d'opera professionale, ma attualmente esteso anche alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, quanto per il proliferare degli interventi di carattere routinario, per i quali rimane la responsabilità per culpa levis.

Negli interventi di facile esecuzione, il danneggiato sarà chiamato a provare il nesso causale, la facilità di esecuzione e la colpa lieve viene presunta dall'esito peggiorativo dell'intervento. Diversamente, l'onere della prova ricadrà, in caso di colpa grave, sul medico.

Come un continente alla deriva, la prestazione professionale comincia a staccarsi dalla nozione di obbligazione di mezzi, per acquistare sempre più la veste di obbligazione di risultato, con notevole ridimensionamento degli spazi

⁸³ Cass. civ. sez III, 19 aprile 2006 n.9085.

lasciati alle ipotesi di difficoltà straordinaria. La culpa levis non è quindi un salvacondotto per il medico imprudente e negligente e meno che mai può esserlo in ambito penalistico, dove i riflessi dell'art.2236 sono stati nella giurisprudenza più risalente sono stati al centro di un vivace dibattito. Secondo un filone giurisprudenziale, risalente, si è affermato che la " *colpa grave rilevante nell'ambito della professione medica "si riscontra nell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio"*⁸⁴. La ragione di sottofondo che conduceva la dottrina e la giurisprudenza ad ammettere l'applicabilità del limite di cui all'art. 2236 c.c. si è sostanziata nella volontà di rintracciare una coerenza interna nell'ordinamento tra le norme civile e penali, e di seguito di non sanzionare a livello penalistico ciò che non assume rilevanza in ambito civilistico. A conforto di tale considerazione la Corte Costituzionale con la sentenza n. 166 del 1973 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2236 c.c. in combinato disposto con gli art. 589 e 43 c.p., nella parte in cui esclude la responsabilità penale del medico nelle ipotesi di colpa lieve. Il giudice delle leggi ha sostenuto che la deroga alla regola generale ha un'adeguata ragione di essere, ed è operante solo con riguardo alla perizia. Inizialmente la giurisprudenza concepiva l'art. 2236 c.c. quale criterio di riferimento nel definire il concetto di colpa penale, con un ingiustificato e a volte incomprensibile estendersi della nozione di colpa grave, in effetti sotto l'ombrello della particolare complessità del caso clinico, si facevano rientrare situazioni di facile ed immediata soluzione, con diniego di giustizia per la vittima. Punto di riferimento nell'elaborazione giurisprudenziale era il medico, e l'insossidabile ed incrollabile fiducia nel suo agire operoso, il paziente era relegato ad una posizione secondaria. Sul finire degli anni '80 si

⁸⁴ Cass. 5.4.2011 n. 16328

è recuperato un concetto di colpa penale, scevro dalle limitazioni concettuali della colpa grave, e fondato esclusivamente sui principi di cui all'art. 43. La dottrina e la giurisprudenza sottolineava che diversamente dai principi dell'ordinamento civile dove l'illecito assumeva ed assume particolarmente una connotazione economica, la lesione di beni primari, quali l'integrità fisica la salute e la vita di una persona, che trovano tutela nell'ordinamento penale richiedono una valutazione della condotta secondo i principi promananti dal sistema e non da altro ramo del diritto⁸⁵. Esclusa la diretta applicabilità, il principio espresso in seno alla norma può assumere valenza di regola di esperienza, cui il giudice può fare riferimento per definire la nozione di particolare complessità.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale di maggiore rigore, non solo è esclusa l'applicabilità dell'art. 2236 come ipotesi di non punibilità ma la nozione di gravità della colpa incide solo sulla determinazione della pena⁸⁶.

A margine di tale breve ricostruzione dogmatica e giurisprudenziale, si comprende come la norma in esame si presterebbe facilmente ad una ingiustificata e per certi versi illegittima restrizione dell'area del penalmente rilevante, nella misura in cui la nozione di colpa lieve richiamata unita all'ottemperanza delle linee guida e buone pratiche esclude la sussistenza di una lesione all'integrità fisica, alla vita e alla salute del paziente, escludendo qualunque espresso richiamo al concetto di colpa grave di cui all'art.2236 c.c. e con esso allo spazio applicativo che questo articolo ha avuto e la funzione di regola esperienziale acquisita nel procedimento penale. Sono diversi i quesiti e gli spunti riflessivi generati dalla novella legislativa, resta ancora da comprendere quale sarà il tipo di risarcimento del danno garantito in sede civile per danni da colpa lieve, considerata altresì

⁸⁵ Cass. pen. sez. IV, 10 maggio 1995, Salvati.

⁸⁶ Cass. sez. IV, sent. 28.10.2008, n. 46412.

l'evoluzione della giurisprudenza civile sul risarcimento del danno non patrimoniale. Allo stato degli atti, si attende come la disciplina troverà piena attuazione nelle aule del tribunale e il sentiero interpretativo che verrà adottato per evitare le discrasie e le incoerenze dogmatiche.

**LA RESPONSABILITA' DEL DIRIGENTE SANITARIO E DEL PERSONALE
INFERMIERISTICO: NATURA, ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ILLECITO E CRITERI DI
VALUTAZIONE DELLA COLPA PROFESSIONALE**

A cura della Avv. Danila D'Alessandro

Sommario: 1) Introduzione; 2) Natura, elementi costitutivi dell'illecito e criteri di valutazione della colpa professionale; 3) Responsabilità del dirigente sanitario; 4) Responsabilità del personale infermieristico; 5) Conclusioni; Bibliografia.

1) Introduzione

Il sistema di regole, che disciplinano l'attività medica sul piano civilistico, è stato definito in dottrina e giurisprudenza come un vero e proprio **"sottosistema della responsabilità civile"** (De Matteis, 1995), data la specificità e la razionalità che lo caratterizzano, nonostante la molteplicità di figure professionali e delle prestazioni riconducibili a tale ambito.

In effetti, la medicina è sicuramente la scienza più antica, che tenta di analizzare l'essere umano e, nel suo continuo evolversi, si spinge verso nuovi confini, cercando di vincere la morte e di replicare la vita. Questa continua ricerca ha portato sinora per l'uomo indiscutibili benefici, ed i medici, che in qualsiasi epoca hanno praticato tale scienza, hanno a ragione sempre goduto di grande rispetto essendo il loro fine quello di preservare il bene più prezioso, ossia la salute.

Tale alto scopo ha comportato inizialmente una certa benevolenza di giudizio nei confronti dell'errore medico, cosicché nel tentativo di contemperare gli interessi in gioco, emergeva un sostanziale "favore per il medico, in quanto, esercitando una libera professione, propria di una scienza

pratica in cui non vi sono certezze, il risultato a cui tendeva la prestazione si considerava necessariamente solo tendenziale e le eventuali negligenze o imperizie erano da valutarsi secondo il metro della difficoltà della prestazione; se questa risultava difficile, il medico rispondeva solo in caso di colpa grave o di dolo, ma non di colpa lieve, e raramente per colpa media al pari degli altri soggetti esercenti una professione liberale o no" (Alpa, 1999).

Successivamente, la natura complessa dell'attività medica, che può avere contenuti e applicazioni assai diverse, nonché la progressiva trasformazione del rapporto medico- paziente, che hanno visto la sostanziale parità delle parti, ha portato a discutere sia la dottrina sia la giurisprudenza sull'adeguatezza della categorie civilistiche per la definizione della natura della responsabilità e per l'individuazione dei criteri di valutazione della colpa medica.

2) Natura, elementi costitutivi dell'illecito e criteri di valutazione della colpa professionale

Nell'individuazione della responsabilità medica, ciò che si esclude fermamente è la possibilità di riconoscere in capo al medico una responsabilità oggettiva sia perché questa è riconosciuta nel nostro ordinamento solo in casi eccezionali, sia perché storicamente è collegata alla responsabilità d'impresa, sia perché al legislatore ripugna ricollegare ipotesi risarcitorie non determinate da dolo o colpa, sia perché, infine, un siffatto riconoscimento scoraggerebbe un'attività fondamentale nell'ambito dell'organizzazione sociale (Alpa, 1999, 322).

Inoltre, è necessario affermare che la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità, in base ai principi generali delle obbligazioni, dipende dalla preesistenza o meno di un contratto che regoli il

rapporto medico-paziente, a seconda dei casi, come reazione dell'ordinamento all'inesatta esecuzione delle prestazione medica concordata (art. 1218 c.c.), o come lesione tout court di un diritto fondamentale della persona, qual è il diritto alla salute (art. 2043 c.c.).

Invece, il vincolo che s'instaura tra il medico come libero professionista e il paziente trova la sua regolamentazione nel contratto d'opera intellettuale, previsto dalle norme di cui agli artt. 229-2238 c.c.. La visione tradizionale dottrinale, prevede che l'obbligazione derivante dal contratto d'opera professionale sia una tipica "obbligazione di mezzi", in quanto il professionista s'impegna a prestare la propria opera con la dovuta diligenza, ma non può garantire il risultato della guarigione. Perciò, l'inadempimento delle prestazioni si verifica quando il comportamento tenuto dal medico non corrisponde allo standard della media diligenza nell'esercizio dell'attività medica, secondo la norma sancita dall'art. 1176 c.c., 2°co., in base al quale " nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata".

Dunque, "il rapporto tra medico e paziente è tradizionalmente costituito come rapporto contrattuale di diritto privato, in cui la regola dell'adempimento risiede nell'usare la diligenza del buon padre di famiglia: se si tratta però di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata (art. 1176 c.c.)". Ma, più specificamente, tale contratto è di prestazione professionale: ne deriva che, in applicazione dell'art. 2236 c.c., se la prestazione è tecnicamente facile si esigono dal professionista tutti gli atti idonei a perseguire il risultato prefissato; se essa invece è difficile si possono pretendere soltanto quegli atti che rientrano nella capacità del buon professionista della sua categoria" (Stanzione, 2000, 465, Cass. 9471/2004).

La diligenza dovuta dal medico, quindi, non è solo quella del buon padre di famiglia, ma è quella più specifica del debitore qualificato, che determina il rispetto di tutte le regole e delle conoscenze necessarie per l'esercizio della professione medica. Vi è, dunque, un'ulteriore limitazione che è dettata dall'art. 2236 c.c., che circoscrive la responsabilità ai soli casi di dolo o di colpa grave se "la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà". La diligenza, quindi, diviene il criterio di valutazione dell'esatto adempimento della prestazione medica e di determinazione del contenuto dell'obbligazione (Cass. 4852/1999). In particolare, ove ricorra un intervento di cd. routine, la prestazione finisce per assumere natura di obbligazione di risultato, dove è sufficiente per il danneggiato fornire la prova del nesso causale fra la condotta materiale e il peggioramento delle proprie condizioni di salute e della non difficile esecuzione dell'intervento. In tale ipotesi, quindi, il professionista potrà essere considerato esente da responsabilità solo se dimostrerà che l'esito infausto è stato causato o dalla sopravvenienza di un evento imprevisto ed imprevedibile, oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile con il criterio dell'ordinaria diligenza.

Invece, quando il medico vuole avvalersi della limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c., deve dimostrare che l'intervento era di difficile esecuzione, pertanto, è necessario per affrontarlo un grado elevato di abilità e che esiste elevato margine di rischio nella realizzazione dello stesso. In questo caso, sarà onere del paziente fornire la prova che le modalità di esecuzione della prestazione sia inidonee e causative del danno (Cass.10297/2004).

La gradazione della colpa integrante l'inadempimento, perciò, muta in base al contenuto della prestazione medica: è sufficiente la colpa lieve se si è in presenza di operazioni di facile realizzazione; è richiesta la colpa grave,

nell'ipotesi in cui la prestazione medica presenti problemi tecnici di elevata difficoltà e sia necessario un elevato tasso di specializzazione del sanitario.

In particolare, la diligenza necessaria per la realizzazione dell'intervento medico, quindi, diviene, un criterio fondamentale da osservare nel giudizio di responsabilità medica indipendentemente dalla fonte da cui deriva l'obbligazione. In effetti, l'esistenza di un contratto potrà essere rilevante solo al fine di stabilire se il professionista sia obbligato all'esercizio dell'attività medica e se sussista la relativa pretesa del paziente tutelata dal nostro legislatore. La natura extracontrattuale dell'illecito, secondo giurisprudenza consolidata, non ostacola l'applicazione per analogia dell'art. 2236 c.c..

Però, la giurisprudenza più recente ha ribadito che in tema di responsabilità medica, sul paziente incombe soltanto l'onere di dimostrare il mancato raggiungimento del risultato, mentre il medico, per giustificarsi dalla presunta colpa, dovrà provare la corretta esecuzione della prestazione. Quindi, il danneggiato è tenuto a provare il contratto e ad allegare la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello normalmente realizzato da una condotta improntata alla dovuta diligenza; mentre al debitore, presunta la colpa, incombe l'onere di provare che l'inesattezza della prestazione dipende da causa a lui non imputabile, e cioè la prova del fatto impeditivo. L'inadempimento del medico, tuttavia, non può essere desunto ipso facto dal mancato risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutata alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale (Cass., Sez. Civ. III, 9 ottobre 2012, n. 17143).

Recentemente il legislatore è intervenuto in materia, soprattutto nell'accertamento dell'eventuale responsabilità penale del medico, con l'art. 3 della legge 8 novembre 2012, n. 189 (di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute), il quale dispone che **"l'esercente le**

professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo". Con questo intervento normativo si introducono due innovazioni di grande rilievo:

- a) la valorizzazione, in tema di colpa nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica, delle linee guida e delle pratiche terapeutiche virtuose corroborate dal sapere scientifico;
- b) la distinzione, nell'ambito dell'elemento psicologico del reato, tra "colpa lieve" e "colpa grave".

Infatti, la giurisprudenza aveva inizialmente considerato le linee guida come dei "suggerimenti atti ad orientare i sanitari nei comportamenti che devono porre in essere in relazione ai casi concreti" (Cass., sez. IV, 14 giugno 2006 n. 24400), ed aveva ammesso la valenza probatoria delle linee guida, quanto all'esistenza della colpa professionale (nella specie costituita "dalla grossolana violazione delle regole dell'arte medica psichiatrica"), ove esse fondino su "autorevoli studi svolti anche a livello internazionale" (Cass., sez. IV, 11 marzo 2008 n. 10795).

Si era anche evidenziato che, in presenza di una situazione di particolare gravità, "non esenta da responsabilità il fatto che siano state seguite linee guida o siano stati osservati protocolli guida e protocolli interni (Cass., sez. IV, 16 marzo 2010 n. 10454). In molti casi le linee guida, "pur rappresentando un importante ausilio scientifico, con il quale il medico è tenuto a confrontarsi, non eliminano l'autonomia del medico nelle scelte terapeutiche", e non eliminano, di conseguenza, neanche la discrezionalità insita nel giudizio di colpa. Infatti, **"il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze**

concrete esigessero una condotta diversa da quella prescritta dalle linee guide stesse". Pertanto tali linee guida sono per il giudice unicamente "uno strumento per valutare la condotta del sanitario", ammettendo peraltro che "alle raccomandazioni cliniche scritte, provenienti da fonti autorevoli e caratterizzate da un adeguato livello di scientificità, non può non attribuirsi un ruolo importante quale atto d'indirizzo per il medico e quale punto di partenza per il giudice, chiamato a "misurare" la diligenza del medico" (Cass.,sez. IV, 19 settembre 2012 n. 35922). Infine, la giurisprudenza e la dottrina hanno stabilito che le linee guida possono assumere rilevanza ai fini dell'accertamento della responsabilità del medico soltanto quando indicano *standards diagnostico-terapeutici*, conformi alla regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non risultino ispirate esclusivamente a logiche di economicità della gestione, per contenere le spese in contrasto con le esigenze di cura del paziente. Tali strumenti potranno, inoltre, essere utilizzati come parametro per l'accertamento dei profili di colpa ravvisabili nella condotta del medico soltanto se le linee guida risultino conformi alle regole della migliore scienza medica. In tal caso, proprio con l'ausilio delle indicazioni fornite dalle linee guida, il giudice potrà individuare eventuali condotte censurabili, se necessario avvalendosi di perizie per verificare la sussistenza di eventuali particolarità del caso concreto, che avrebbero potuto imporre o consigliare un percorso diagnostico-terapeutico alternativo rispetto a quello indicato dalle linee guida (Cass., sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493, per il cui commento rinviamo a *Guida al diritto*, 2013, n. 17, pagg. 33 ss.).

La giurisprudenza ha stabilito, anche che "le linee guida e i protocolli, proprio in ragione delle peculiarità della attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'articolo 43 c.p. - "leggi, regolamenti, ordini o discipline", come risulta evidente "dal carattere

non tassativo (in quanto è la situazione individuale del paziente il punto di partenza della valutazione clinica) e non vincolante (in quanto non possono prevalere sulla libertà del medico nelle scelte terapeutiche) sia delle linee guida sia dei protocolli”, oltre che “dal rilevato rapporto tra il medico e gli stessi, laddove il medico è sempre tenuto a prescegliere la migliore soluzione curativa per il paziente”. Per poter effettuare una valutazione giudiziale della legittimità o meno della condotta del medico assume, pertanto, rilievo, pur sempre “il rispetto delle regole di prudenza che l'ordinamento impone, la cui inosservanza può ragionevolmente collocarsi nell'ambito della colpa generica”. (Cass., sez. IV, 19 settembre 2012 n. 35922).

3) La responsabilità del dirigente sanitario

Nell'ambito della responsabilità medica tra i soggetti posti in una particolare posizione si deve ricordare il ruolo del dirigente medico, che, proprio a cagione della sua posizione apicale, sottostà a regole più stringenti rispetto al semplice medico.

Infatti, il dirigente sanitario, in quanto medico, è tenuto non solo ad osservare le normali regole che disciplinano la professione, ma deve pure esercitare una'attenta vigilanza sull'operato dei suoi sottoposti, nonché preoccuparsi di emanare istruzioni e direttive per il corretto svolgimento dell'attività e verificare che siano attuate. In passato, l'art. 76 del D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, definiva come figure apicali della gerarchia medica: il direttore sanitario, il primario e il medico dirigente. Tali figure svolgevano attività e prestazioni medico-chirurgiche, attività di studio, di didattica e di ricerca, di programmazione e di direzione dell'unità operativa o dipartimentale, servizio multizonale o ufficio complesso affidatogli. **A tal fine questi soggetti curavano la preparazione dei piani di lavoro e la loro attuazione ed esercitavano funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura**, nel rispetto dell'autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli,

impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse (art. 76 D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761).

Successivamente, con l'art. 13 del D. lgs.vo 19 giugno 1999 n. 29, **la dirigenza sanitaria è identificata in un unico ruolo, distinto per profili professionali, ed in un unico livello**, articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e gestionali.

Pertanto, **al dirigente sanitario sono affidati compiti professionali con precisi ambiti di autonomia da esercitare nel rispetto degli indirizzi del dirigente responsabile della struttura** e sono attribuite funzioni di collaborazione e corresponsabilità nella gestione delle attività. A tali fini il **dirigente responsabile della struttura predispone e assegna al dirigente un programma di attività finalizzato al raggiungimento degli obiettivi prefissati ed al perfezionamento delle competenze tecnico professionali e gestionali riferite alla struttura di appartenenza**.

Il primo dovere di carattere generale, che grava sul dirigente sanitario è quello di informarsi della situazione generale del reparto. Invece, il secondo dovere è di carattere specifico, in quanto, venuto a conoscenza, o comunque avendo la possibilità di venirne a conoscenza, di una situazione in cui le *leges artis* necessitano di una particolare competenza per la complicità del caso, sia essa dovuta alla difficoltà terapeutica ovvero al pericolo non trascurabile per la salute del paziente, deve fornire **il proprio contributo determinante** per la migliore assistenza medica che il caso richiede

La carica di dirigente medico in una struttura sanitaria comporta, quindi, l'obbligo di vigilanza sulla struttura mediante un comportamento che sia teso a predisporre tutte le misure, passive e attive, affinché non si verifichino violazioni di norme, anche deontologiche. Tale vigilanza, dunque, non può limitarsi a verificare la correttezza del materiale informativo predisposto e distribuito.

In particolare, il dirigente di strutture di assistenza e cura è investito di compiti che trascendono quelli meramente sanitari, estendendosi la sua competenza e i suoi doveri alla vigilanza sul corretto andamento di tutte le attività e delle iniziative che si svolgono nella struttura medesima.

Nel caso in cui il dirigente abbia affidato l'ammalato ad un medico collaboratore. In virtù del principio dell'affidamento si determina la responsabilità del medico affidatario per gli eventi a lui imputabili che colpiscano l'ammalato, ma non si esime il medico dirigente dall'obbligo di assumere, sulla base delle notizie acquisite o che aveva il dovere di acquisire, le iniziative necessarie per provocare in ambito decisionale i provvedimenti richiesti da eventuali esigenze terapeutiche" (cfr., a contrario, Cass. pen., n. 11696/94; Cass. civ. 16.5.2000, sez. III, n. 6318, CD Rom La legge, Milano, 2003).

Il dirigente medico deve avere la puntuale conoscenza delle situazioni cliniche che riguardano i degenti nonché delle iniziative intraprese dagli altri medici cui il paziente sia stato affidato, a prescindere dalle modalità di acquisizione di tale conoscenza (con visita diretta o a mezzo d'interpello degli operatori sanitari) e indipendentemente dalla responsabilità di questi ultimi, e tanto allo scopo di vigilare sulla esatta impostazione ed esecuzione delle terapie, di prevenire errori e di adottare tempestivamente i provvedimenti richiesti da eventuali emergenze. (Cass. Civ. sez. III, 29.11.2010, n. 24144 – nello stesso senso, ex multis confr. Cass, civ. 30.6.2005, n. 13979; Cass. civ. 18.5.2001, n. 6822).

Perciò al dirigente sanitario competono ampi doveri, per evitare un suo possibile coinvolgimento in un'attività omissiva del sanitario collaboratore:

a) il potere-dovere di fornire preventivamente le informazioni di carattere programmatico per un efficiente svolgimento dell'attività sanitaria, e, quindi, l'esercizio di direttive tecnico organizzative;

b) il potere di delega in favore dei sanitari collaboratori per quei casi sicuramente risolvibili in base all'espletamento dei poteri organizzativi di carattere generale;

c) il potere-dovere di verifica, vigilanza ed eventuale avocazione in situazioni che assumono particolare importanza, o perché trattasi di patologie non frequenti e che richiedono una particolare conoscenza della professione medica, o perché vi è grave pericolo per la salute del paziente (Cass., Sez. IV, Sez. pen., sent. 23.12.2005, n. 47145).

4) Responsabilità del personale infermieristico

Infine, non dobbiamo trascurare in materia di responsabilità nell'esercizio dell'attività medica, il ruolo sempre più rilevante ricoperto dal personale infermieristico. In particolare, con l'abrogazione (l. 26 febbraio 1999 n. 42) del cd. Mansionario (D.P.R. 14 marzo 1974 n. 225), è venuta meno la distinzione tra le professioni sanitarie principali e quelle cd. ausiliarie. In effetti, oggi gli infermieri devono farsi carico di una responsabilità più completa e complessa. Questa evoluzione è frutto di una serie d'interventi legislativi, che hanno profondamente mutato gli aspetti fondamentali delle professioni sanitarie non mediche. Con il D. M. 14 settembre 1994, n. 739 ("Profilo professionale dell'infermiere"), l'infermiere diviene una figura sempre più autonoma e responsabile dell'assistenza generale infermieristica ("Profilo (art. 1, D.M. n. 739/1994). In effetti, al 3°co. dell'art. 1, del decreto si definiscono i compiti che spettano all'infermiere. Tali compiti vengono identificati in tal modo:

a) partecipare all'identificazione dei bisogni di salute della persona e della collettività;

b) identificare i bisogni di assistenza infermieristica della persona e della collettività e formulare i relativi obiettivi;

- c) pianificare, gestire e valutare l'intervento assistenziale infermieristico;
- d) garantire la corretta applicazione delle prescrizioni diagnostiche terapeutiche;
- e) avvalersi, nell'espletamento delle sue funzioni, se necessario, di personale di supporto;
- f) svolgere la sua attività professionale in strutture sanitarie pubbliche o private in regime di dipendenza o libero professionale.

Inoltre, l'infermiere deve contribuire alla formazione del personale di supporto e concorrere direttamente all'aggiornamento relativo al proprio profilo professionale e alla ricerca. Con la legge 10 agosto 2000, n. 251 (*"Disciplina delle professioni sanitarie infermieristiche, tecniche della riabilitazione, della prevenzione nonché della professione ostetrica"*), poi, si è sancito che l'accesso alla professione infermieristica avvenga con il conseguimento di un diploma di laurea breve, secondo un percorso formativo uniforme e in regola con la normativa Ue. Perciò,

l'infermiere risponde dell'assistenza generale infermieristica che lui stesso, in autonomia, ha deciso di attivare nel caso concreto. La responsabilità dell'infermiere, quindi, alla luce delle recenti modifiche normative, si connota:

- a) per la "competenza", espressione del processo di formazione, addestramento e continuo aggiornamento;
- b) per l'"autonomia decisionale", ovvero per l'indipendenza dell'infermiere nelle scelte assistenziali.

Nel caso di esito negativo di una terapia, l'infermiere non può addurre a sua discolpa, come accadeva in passato, la necessaria competenza medica nella scelta del trattamento terapeutico, sostenendo di essere il semplice esecutore di quanto disposto dal medico. In ipotesi di *"nursing malpractice"*, infatti, assume un'importanza primaria, il

nuovo ruolo dell'infermiere quale professionista autonomo, dotato di notevoli poteri decisionali, in quanto ricopre la funzione di collaboratore del medico nella cura del paziente e non di semplice esecutore di ordini. Al fine di ridurre al minimo il rischio di errori sono stati elaborati per il personale infermieristico dei protocolli operativi nei quali vengono dettagliatamente descritte le diverse fasi dell'assistenza infermieristica. Inoltre, i tutti i dati relativi ai pazienti devono essere raccolti costantemente dall'infermiere nella cartella infermieristica, che registra le variazioni apportate nel "piano di assistenza infermieristica", nel "diario infermieristico", nelle schede della terapia, dei parametri vitali e degli esami diagnostici. Tale cartella infermieristica diviene uno degli strumenti fondamentali per valutare la condotta assistenziale dell'operatore sanitario. In effetti, una cartella clinica incompleta o lacunosa, oltre a fonte di responsabilità professionale, può costituire nel corso di un giudizio di nursing malpractice una prova difficilmente superabile contro l'operato dell'infermiere (in tal senso, Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2005). La maggior parte dei casi di responsabilità, che coinvolgono il personale infermieristico, si verificano nell'ambito della somministrazione dei farmaci e nell'uso dei mezzi di contenzione. In particolare, nella pratica della cd. farmacoterapia, in passato il Mansionario, ora abrogato, attribuiva all'infermiere la responsabilità della corretta esecuzione della somministrazione del farmaco, ma non del risultato finale del processo in cui era inserita la prestazione. Con l'intervento del legislatore è stata introdotta una nuova disciplina, che delinea maggiori competenze per l'infermiere, che deve garantire la corretta applicazione delle prescrizioni diagnostico terapeutiche. Però, continua, anche sussistere la responsabilità del medico, che deve prescrivere i farmaci in maniera esclusiva e determinare la terapia farmacologica a luce della sua efficacia e durata. Ma, l'infermiere deve verificare anche nella somministrazione dei farmaci, che siano adeguati e non lesivi della salute del paziente oppure si troverà rispondere, in concorso

con il medico, delle eventuali conseguenze sul malato per errato dosaggio del farmaco. Per ridurre al minimo i rischi derivanti dall'uso scorretto dei farmaci vengono dettate linee guida relative a tutto il processo di gestione del farmaco. Un altro ambito dell'attività infermieristica, che apre ampie discussioni, è l'uso dei mezzi contenzione, ovvero di dispositivi applicati al corpo o nello spazio circostante la persona al fine di limitarne i movimenti volontari. La limitazione della libertà individuale mediante strumenti di contenzioni pone evidenti problemi di legittimità costituzionale, poiché contrasta con i principi fondamentali della tutela della libertà individuale e del diritto alla salute del paziente. Però, tali strumenti, in alcuni casi, risultano essere l'unica soluzione possibile per evitare conseguenze dannose per il paziente e i terzi che vengono a contatto con lo stesso. Pertanto, l'infermiere si deve adoperare affinché il ricorso alla contenzione fisica e farmacologica sia evento straordinario e motivato, non metodica abituale di accadimento. L'infermiere, quindi, partecipando attivamente alla scelta del medico di fare ricorso alla contenzione, deve avere la facoltà di manifestare il proprio dissenso, riportando per iscritto nella cartella del paziente di essere dissenziente, poiché l'operatore sanitario diviene direttamente responsabile dell'attuazione, nei singoli casi concreti, di misure di contenzione fisica. Perciò, allo scopo di evitare il configurarsi di una responsabilità, a titolo di colpa, per le lesioni arrecate al paziente, all'infermiere si richiede l'adozione di tutte quelle regole di prudenza e diligenza atte a evitare che il degente subisca danni fisici dall'uso dei mezzi di contenzione (lesioni traumatiche, asfissia ecc.).

5) Conclusioni

Alla luce di quanto sopra riportato è possibile rilevare come le recenti modifiche normative nella materia, hanno inciso non poco sulla responsabilità nell'esercizio dell'attività medica. Innanzitutto, la modifica più

radicale è registrata con l'art. 3 del cd. Decreto Balduzzi, il quale prevede che: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del c. c.. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo». Con tale intervento legislativo, si è voluto incidere maggiormente nella disciplina penalistica, introducendo una sorta di "esimente" da colpa lieve per l'esercente, che dimostri di essersi attenuto alle linee guida accreditate. Invece, il richiamo ai parametri risarcitori previsti dall'art. 2043 c.c. appare un semplice affermazione del principio, per cui la non imputabilità nel procedimento penale non può escludere l'obbligo di risarcimento del danno derivante dall'errore professionale. Inoltre, non solo il medico, ma anche l'infermiere diviene una figura personalmente e direttamente responsabile delle scelte assistenziali adottate sui singoli pazienti.

Bibliografia

- **A.A. V.V (a cura di Peccenini)**, *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007;
- **Benci**, *Manuale giuridico professionale per l'esercizio del nursing*, II, Firenze, 2001;
- **Bianchetti Zanetti**, «**La rete dei servizi**», in **Zanetti**, *Il nursing delle demenze*, Lauri Edizioni, Milano;
- **Cass.**, Sez. Civ. III, 9 ottobre 2012, n. 17143;
- **Cass.**, Sez. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2005;
- **Cass.**, Sez. Civ., Sez. III, 29 novembre 2010, n. 24144 ;
- **Cass.**, Sez. Civ., 30 giugno 2005, n. 13979;
- **Cass.**, Sez. Civ., 18 maggio 2001, n. 6822;

- **Cass.**, Sez. Pen., n. 11696/94;
- **Cass.**, Sez. Civ., Sez. III 16 maggio 2000, n. 6318;
- **Cass.**, sez. IV, 19 settembre 2012 n. 35922;
- **Cass.**, sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493;
- **Cass.**, Sez. IV, Sez. pen., sent. 23 dicembre 2005, n. 47145;
- **Cass.**, sez. civ., sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318;
- **Cass.**, sez. IV, 11 marzo 2008 n. 10795;
- **Cass.**, sez. IV, 14 giugno 2006 n. 24400;
- **Cantarelli**, *Il modello delle prestazioni infermieristiche*, Milano, 1996;
- **Comper**, «Chi paga il conto dei danni dell'infermiere "maldestro"?, in *Pubblico Impiego*, n. 1/2006;
- **Decreto-legge** 13 settembre 2012, n. 158
- **De Luca , Galione, Maccioni** "La responsabilità medica" , Il Sole 24ore, 2011;
- **D. M.** 14 settembre 1994, n. 739;
- **D.P.R.** 14 marzo 1974 n. 225;
- **Farnetti Cucci Scarpati**, *Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano, 2006;
- **Fresa**, *Colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008;
- **Greco**, «Brevi note in tema di responsabilità professionale del personale sanitario per accertata colpa grave», in *Il Foro Toscano*, n. 1, 2003;
- **Hellevisk**, «L'evidenza scientifica nell'assistenza infermieristica verso il terzo millennio», *Atti del Convegno "Verso una nuova dimensione culturale infermieristica"*, Milano, 2000;
- **Legge** 10 agosto 2000, n. 251
- **Legge** 26 febbraio 1999 n. 42
- **Nucchi**, *Responsabilità infermieristica ed educazione alla speranza*, Milano, 1996;

- **Rocco Stivano**, *«L'infermiere e i nuovi bisogni di assistenza dei cittadini»*, in L'Arco di Giano, n. 52, 2007;
- **Soprani**, *La riduzione dell'errore umano in sanità: indagini, modello teorico di analisi e prevenzione*, professioni infermieristiche, IV, 2002.

Alcuni aspetti in tema di principio di affidamento nel lavoro medico di equipe nonché in tema di responsabilità penale del medico in formazione e del personale infermieristico

a cura dell'Avv. Barbara Carrara

Il medico condotto è oramai un retaggio d'altri tempi: forte delle sue esperienze professionali sul campo e di una innata dose di buon senso, il buon dottore che il più delle volte poteva far fronte ad ogni genere di malanno più o meno grave in cui versassero i suoi pazienti è stato certamente il baluardo su cui ha poggiato la salute di diverse generazioni, ma da tempo ha lasciato il campo ad un tipo di professionista sanitario molto diverso; a quest'ultimo vengono oggi richieste competenze specialistiche decisamente più approfondite rispetto al passato, ma è senz'altro innegabile come il medico odierno possa in definitiva sicuramente contare sull'ausilio di un apparato diagnostico e preventivo di tutt'altro livello rispetto alla figura professionale che lo ha preceduto.

Sia in campo medico che propriamente chirurgico è quindi oggi ben raro che la diagnosi e la terapia del paziente vengano affidate ad un solo operatore: l'assistito viene seguito da distinte figure professionali che devono fornire il loro apporto specialistico alla gestione del paziente stesso ciascuna per il proprio ambito ed, al contempo, devono rapportarsi oculatamente con i colleghi per una gestione ottimale della terapia.

Per converso, il lavoro di equipe è divenuto il campo per eccellenza della cooperazione colposa in ambito di responsabilità penale del personale sanitario ⁸⁷: ad avviso della giurisprudenza e della dottrina dominanti, poichè

⁸⁷ Art 113 c.p. "Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso. La pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'articolo 111 e nei numeri 3 e 4 dell'articolo 112

la condotta dei singoli partecipanti al gruppo di lavoro multidisciplinare è propriamente caratterizzata dal comune obiettivo del benessere e della salute del paziente, quel che differenzia la cooperazione colposa dal concorso di cause nel reato colposo è proprio la consapevolezza da parte del sanitario di svolgere un lavoro di equipe, ovvero della presenza di altri operatori nel medesimo gruppo la cui specifica attività è finalizzata al medesimo fine della salute del paziente⁸⁸.

Negli organi di stampa si è molto parlato di “malasanità” come pure si è persino giunti ad utilizzare il termine “crimini bianchi” per definire quelle ipotesi di responsabilità professionale che sin dagli anni '70 in poi hanno registrato un aumento esponenziale in ambito sanitario.

Gli interessi ed i costi economici e sociali sottostanti ad un fenomeno di tal fatta sono tuttavia assolutamente evidenti: a fronte di richieste risarcitorie sempre più numerose ed elevate si è inevitabilmente innalzato anche il costo delle polizze assicurative riservate ai lavoratori della sanità ed, inevitabilmente, si è maggiormente diffuso l'utilizzo della cosiddetta medicina difensiva.

Occorre tuttavia riflettere sul fatto che l'ipotesi di collaborazione multidisciplinare in ambito medico possa essere articolata in livelli differenti sia di gerarchia che di complessità e che questa differenziazione è basata propriamente sulla tipologia del singolo apporto professionale⁸⁹: ciò nonostante, i membri del gruppo di lavoro sono comunque tutti portatori di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, sulla base di quanto

⁸⁸ Cass. SU 25.11.1998 n.15; conforme Cass. Pen. IV sezione 10.12.2009; Cass.pen. IV sezione 29.04.2009 n.26020.

Sul legame psicologico con l'agire altrui si veda anche Cass. Pen. IV sezione n.15.11.1986.

⁸⁹ Una recente dottrina distingue compiutamente la tipologia di collaborazione o cooperazione medica pluridisciplinare in *contestuale* e *successiva*: nella prima i singoli apporti collaborativi di tipo scientifico od ausiliario si integrano a vicenda, mentre nella seconda ipotesi il percorso diagnostico terapeutico è unitario e si snoda attraverso apporti successivi.

Sulla base di questa articolazione, per il concorso di apporti tecnico scientifici ed ausiliari diversi comporta che agli operatori vengano attribuiti obblighi *divisi di diligenza*, ossia differenziati in base alle singole norme di riferimento. (Garofoli – Vaccaro.)

sancito dagli artt. 2 e 32 ⁹⁰della Costituzione che tutela i cittadini da ogni minaccia alla salute.

Nel nostro ordinamento, il generale principio di personalità della responsabilità penale comporta necessariamente che ciascuno risponda solitamente per il fatto proprio e non per la condotta altrui: d'altro canto, ben evidenti sono i rischi di alcuni percorsi argomentativi che partendo dalla posizione di garanzia del sanitario potrebbero pervenire, con passo fin troppo breve, ad una sorta di responsabilità da posizione.

Il corretto temperamento in tema di delimitazione dell'ambito della colpa viene in tal modo ad essere individuato grazie alla applicazione del principio di affidamento nella responsabilità del lavoro medico pluri disciplinare, sia pure con alcune limitazioni.^{91 92}

Una giurisprudenza di legittimità – piuttosto risalente, a dire il vero – individuava il principio di affidamento in quel canone per cui *“ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio della attività che di volta in volta viene in questione”* (Cass. Pen. 6.12.1990 n. 4793 ⁹³).

Secondo la migliore dottrina, se pur non legislativamente previsto tale principio si fonda in definitiva sul canone dell'autoresponsabilità; il principio in esame, che presuppone i cosiddetti *obblighi divisi* tra più soggetti, persegue

⁹⁰ Cost. Art. 32. *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.*

⁹¹ *“ Nelle sempre più frequenti ipotesi nelle quali interagiscono, per la tutela di un bene giuridico, quali posizioni di garanzia, le condotte ed i doveri di diligenza di più soggetti, il problema della colpa va risolto in base al principio dell'affidamento del corretto comportamento degli altri soggetti”* Mantovani, Colpa, in DDP, II, 311.

⁹² Una importante ricostruzione della genesi e della evoluzione del principio di affidamento nell'ordinamento italiano si ritrova in F. Foglia Manzillo “ Il principio di affidamento nel lavoro medico di equipe, pag 204 e ss.

⁹³ Conforme Cass. Pen. IV sezione 26.05.1999 n. 8006 per cui *“ significa semplicemente che di regola non si ha l'obbligo di impedire che realizzino comportamenti pericolosi terze persone altrettanto capaci di scelte responsabili”*

infatti la duplice finalità di conciliare il principio della responsabilità penale con la specializzazione e la divisione dei compiti, comporta in via primaria la responsabilità per ciascuno per il proprio "obbligo diviso" ed infine impone in seconda battuta la responsabilità di vigilare ed adottare le opportune misure di cautela per ovviare alle altrui scorrettezze.⁹⁴

Indicativa in questo senso è una recente sentenza della Corte di Cassazione (sezione IV, n.46961/2011), nella quale - in riforma di una sentenza di appello assolutoria - la Corte di legittimità ha ritenuto responsabili i due medici endoscopisti, rispettivamente primo e secondo operatore, per aver causato gravi lesioni al nervo accessorio spinale del paziente tramite una biopsia non eseguita correttamente.

Secondo la Corte territoriale non era stato possibile giungere ad una affermazione di responsabilità per i due sanitari perchè dall'istruttoria dibattimentale non era emerso con sufficiente certezza quale dei due operatori avesse effettivamente eseguito la manovra contestata.

Ad avviso invece del giudice di legittimità, il corretto inquadramento del caso nell'ambito della cooperazione colposa avrebbe portato senz'altro a definire la responsabilità dei sanitari come un non corretto approccio chirurgico nei confronti del paziente e quindi alla affermazione di una responsabilità penale attinente le scelte di fondo degli operatori e non il compimento dei singoli atti da imputare all'uno oppure all'altro dei medici presenti al momento dell'intervento.

Come si è già accennato, il principio di affidamento è un canone sorto nell'ambito della elaborazione dottrinarie tedesca per definire tematiche attinenti alla circolazione stradale; nella sue prime formulazioni il

⁹⁴ Così Mantovani F. "Diritto Penale" ed.1992 pag. 353.

Si veda anche F. Mantovani, "Il principio di affidamento della teoria del reato colposo", Milano, 1997.

Uno dei primi e più rilevanti contributi scientifici sull'argomento è di G. Marinucci – V. Marabini, "Profili penalistici del lavoro medico – chirurgico in equipe in Temi, 1968, 217 ss.

principio veniva sviluppato sull' indispensabile premessa della necessarietà del rispetto delle norme da parte di ciascun consociato e, di conseguenza, sulla inaccettabile indulgenza nei confronti di chi tali norme non rispetti; non veniva ritenuto accettabile tollerare colui che aveva violato le regole a scapito invece del consociato rigoroso, che avrebbe dovuto prevenire anche l'irregolare altrui comportamento.⁹⁵

Il primo pregio nella applicazione di un canone siffatto consiste sicuramente nella possibilità per l'operatore di concentrarsi sul proprio obiettivo senza doversi necessariamente distogliere per verificare che anche gli altri colleghi stiano svolgendo correttamente il proprio: tuttavia questo vantaggio incontra un primo limite nella distinzione tra posizioni paritetiche e posizioni gerarchicamente prefissate.

Se è infatti vero che detto principio trova il suo fondamento nella ripartizione delle competenze, il suo primo limite è ovviamente reperibile nella posizione gerarchica del capo equipe o di colui che si trova comunque in una posizione apicale, su cui incombono ovviamente obblighi di coordinamento e sorveglianza di diverso livello e che, parimenti, riveste una posizione di garanzia qualificata e diversa rispetto agli altri membri del gruppo di lavoro.⁹⁶

Come si vedrà in seguito più dettagliatamente a proposito della figura del medico in tirocinio, il peso della funzione di controllo del medico o chirurgo in posizione apicale è tanto più rilevante in proporzione alla inesperienza dei suoi membri della equipe.

⁹⁵ M. Mantovani “ Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo, Milano, pag.11 e ss.

⁹⁶ Alcune voci dottrinarie hanno rilevato come un obbligo di controllo eccessivamente rigido e quindi una altrettanto stretta “culpa in vigilando” in capo al responsabile della equipe possa di fatto vanificare, più che temperare, i vantaggi del principio di affidamento, poiché il capo equipe potrebbe rischiare di trovarsi concretamente a verificare continuamente l'operato altrui trascurando infine il proprio. Così Foglia Manzillo, op. cit. pag.204.

Quindi, anche se pure a ciascun componente del gruppo di lavoro vengono richiesti il massimo scrupolo e la massima attenzione nell'eseguire i compiti a lui affidati dal capo equipe, ovviamente nell'ambito del settore di propria competenza e nel livello di conoscenza raggiunto dal proprio percorso professionale, al responsabile dell'equipe spettano comunque comunque compiti di sorveglianza e coordinamento tali da comportare necessariamente una sua responsabilità sui compiti altrui, a meno che dette attività non siano svolte ad un tale livello di specializzazione da far sì che si debba andare oltre il campo delle conoscenze esigibili dalla ordinaria ars medica.

Pertanto, se pure non è raro che il capo equipe si allontani dalla sala operatoria quando l'operazione volge al termine, lasciando ai suoi collaboratori di terminare le attività routinarie, tuttavia risponderà penalmente qualora si manifestino complicanze successive alla sua uscita dalla sala operatoria, perchè è suo obbligo vigilare sull'operato dei colleghi anche in condizioni di assoluta normalità, come pure incombe allo stesso di porre in essere tutte le cautele necessarie affinché queste complicanze non si verificino.⁹⁷

Anche nella fase di assistenza post - operatoria permane la responsabilità del capo equipe, che deve vegliare - anche tramite interposta persona - sulla salute del suo paziente (si veda in tal senso Cass. Penale 30.03.2005 n. 12275 in cui il paziente era deceduto per non essere stato sottoposto a terapia intensiva, ed ancora Cass. Pen. 11.03.2005 n. 9793, ove è stato ritenuto responsabile il capo equipe sia per non aver correttamente seguito il decorso post operatorio del suo paziente sia per aver imprudentemente deciso di effettuare un intervento altamente specialistico nell'ultimo turno pomeridiano, precostituendo le condizioni per

⁹⁷ Cass. Penale 23.01.1989 n. 790; più recente Cass. Pen. IV sezione 1.06.2007 in CED Cass. 236726 ed ancora Cass. Pen. IV sez. 14.11.2008 in Cass. Pen. 2010, 12.

una prevedibile carenza di assistenza notturna che aveva poi determinato il decesso del paziente).⁹⁸

L'obbligo di verifica da parte del capo equipe sussiste anche in fase pre - operatoria; egli è infatti il responsabile del gruppo che deve infatti informare ciascuno dei componenti di ogni fatto od elemento rilevante in merito alla salute del paziente di cui egli sia a conoscenza, e che potrebbe in qualche modo mutare l'orientamento dei colleghi (Cass. Pen. 8.04.1993 n.3456);

Di estremo rilievo, nell'ambito delle problematiche sino ad ora trattate, è la posizione del dirigente con incarico di direzione di struttura complessa, ovvero quel medico in posizione apicale che in passato veniva identificato con la figura del "primario" e che si trova nell'attuale sistema sanitario al vertice di una divisione ospedaliera o di reparto.

A seguito della riforma della dirigenza ospedaliera realizzata prima tramite il Dlgs 30.12.1992 n. 502 e poi con il D.lgs 19.06.1999 n.209 si è passati da una prospettiva interamente incentrata sulla gerarchia ospedaliera ad una organizzazione più specificamente aziendalistica ed orientata quindi verso una maggiore autonomia professionale dei singoli medici, anche attraverso lo status del dirigente sanitario.

Così, all'originario ruolo del primario è poi subentrato il dirigente medico, che oggi l'art. 13 del dlgs 229/1999 prevede per due possibili tipi di struttura, semplice e complessa; con questo diverso sistema organizzativo, a ciascun medico viene oggi sicuramente riconosciuto un diverso spazio di autonomia gestionale rispetto al passato

⁹⁸ Questo provvedimento del giudice di legittimità riveste un rilievo particolare in tema di responsabilità del sanitario, perchè affronta compiutamente anche la complessa tematica del rapporto fra medico di guardia interfivisionale, medico tirocinante e personale infermieristico, di cui si vedrà più avanti. Si veda, per una compiuta disamina del provvedimento, la nota di G. Mommo "*Posizione di granazia e responsabilità per il fatto del medico e dell'infermiere*" su Altalex.

La diversa formulazione normativa non ha tuttavia inciso – ad avviso della Suprema Corte di Roma – sulla posizione di garanzia del dirigente apicale.

Sin dalla sentenza n. 47145 del 2005 la Corte ha effettivamente ribadito come, almeno per quel che concerne il sistema delle responsabilità, le modifiche normative attinenti alla figura del primario siano state piuttosto a livello terminologico che non propriamente sostanziale⁹⁹

Quindi, al dirigente medico in posizione apicale sono ancora attribuiti il potere – dovere di direttiva tecnico – organizzativa, di delega e di verifica e vigilanza della attività autonoma o delegata dei suoi medici subordinati che lavorano con lui nel reparto. Sono questi tre poteri – doveri che delimitano il campo di responsabilità del dirigente medico di reparto, che solo qualora venga meno a questi ultimi potrà essere chiamato a rispondere della condotta colposa dei medici cui è preposto.

In particolare, risponderà penalmente il dirigente medico che non abbia sottoposto ad adeguata verifica l'andamento generale della sua struttura, come pure il dirigente stesso che sia venuto a conoscenza di un caso di tale particolarità da richiedere competenze specifiche e non si sia attivato per fornire il suo determinante contributo.

Così, secondo quanto statuito nel decusum in esame, solo attraverso l'esame dei singoli casi concreti sarà possibile rinvenire possibilità di esonero da responsabilità da parte del dirigente medico apicale.

In forza tuttavia del criterio della inesigibilità di un controllo continuo di tutte le attività terapeutiche, il dirigente non può rispondere di ogni evento

⁹⁹ La citata sentenza, pur di estremo rilievo, si è occupata – giova precisare – di un caso che ricadeva tuttavia nella disciplina prevista nel 1992 e non in quella successiva del 1999.

dannoso avvenuto in reparto in sua assenza (Cass. Penale 25.02.05 n. 4058)¹⁰⁰¹⁰¹

Occorre a questo punto brevemente soffermare l'attenzione sulla responsabilità del medico subordinato al dirigente in posizione apicale; si tratta quindi di individuare i profili colposi del medico che supinamente si adegui alla scelta diagnostica e chirurgica del primario che poi si riveli errata.

In linea generale bisogna rammentare che, al di là del rapporto gerarchico, un importante limite al principio di temperamento viene introdotta sia dalla presenza di obblighi comuni ed indivisi, ossia di regole di condotta che gravano indistintamente su tutti i medici e sul personale sanitario in genere, sia dal caso di errori compiuti dallo specialista che tuttavia siano *ictu oculi* evidenti anche agli altri operatori, ai quali corre l'obbligo di attivarsi tempestivamente per porvi rimedio e per impedire che si protraggano ulteriori gravi conseguenze.¹⁰²

E' significativa, in questo senso, la decisione della Corte n. 24036 del 2004, in tema di errori evidenti: *"In tema di colpa professionale, nel caso di "equipes" chirurgiche e, più in generale, in quello in cui ci si trovi di fronte ad ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, sia pure svolta non contestualmente, ogni sanitario, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, è tenuto ad osservare gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di*

¹⁰⁰ Zambiano, La responsabilità del primario, Roma, 2008 pag 200.

¹⁰¹ Cass.Pen. 24.11.1994 n. 11696 " L'esercizio dei poteri di cui al 5 comma dell'art 63 (al contrario di quanto accade in caso di avocazione, ai sensi del 6 comma del medesimo articolo) lascia spazio alla autonomia professionale di altre professioni funzionali (Cass. Pen. 13.05.1989 n.7162), sicchè non si può addossare al primario la responsabilità per atti per i quali la legge chiama invece a rispondere altri soggetti, una volta che l'affidamento determina la responsabilità del medico affidatario per gli eventi a lui imputabili che colpiscono l'ammalato, ma non esime il primario dall'obbligo di assumere, sulla base delle notizie acquisite o che aveva il dovere di acquisire, le iniziative necessarie per provocare inn ambito decisionale i provvedimenti richiesti da eventualie sigenze terapeutiche."

¹⁰² Secondo un autorevole commentatore, si tratta di una posizione giurisprudenziale volta in un certo senso ad evitare un eccessivo frammentamento di responsabilità.

*tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio o facendo in modo che si ponga opportunamente rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio".*¹⁰³

Nel medesimo ordine di idee si pone quindi quell'orientamento giurisprudenziale in cui il medico viene inteso non come un mero esecutore di ordini, bensì come un operatore a tutti gli effetti, al quale viene imposto dalla stessa sua posizione di garanzia nei confronti del paziente di porsi eventualmente anche in posizione critica dei confronti del suo superiore, a cui deve comunicare il proprio dissenso e proporre eventualmente un trattamento alternativo.¹⁰⁴

Il medico con qualifica funzionale di assistente ospedaliero non è un mero esecutore di ordini, ma gode di una autonomia vincolata alle direttive ricevute; questo significa che il medico in posizione superiore può imporre la sua scelta terapeutica, anche se sia in contrasto con quanto rilevato dal medico sottoposto che ha tuttavia il dovere di porre in rilievo quei profili della scelta che – a suo avviso – potrebbero comportare un rischio per il paziente. Adeguarsi supinamente alle scelte del primario significherebbe poi dividerne la responsabilità (Cass. Pen. 17.11.1999 n. 554).

Affrontare, sia pur brevemente, le diverse questioni attinenti al trattamento sanitario, realizzato tramite le differenti tipologie di collaborazioni scientifiche od ausiliarie, impone senz'altro che l'attenzione si soffermi anche

¹⁰³ Nello stesso orientamento si veda anche cfr. Cass.Sez.IV, 24 gennaio 2005 n. 18548; Cass.Sez.IV, 6 aprile 2005 n° 22579; Cass.Sez.IV, 2 marzo 2004 n. 24036; Cass.Sez.IV, 1 ottobre 1999).

¹⁰⁴ Cass. Pen. 28.06.1996 IV sezioni.1067.

sugli aspetti concernenti sia il medico in formazione che l'infermiere professionale.

Per quanto riguarda il primo profilo, è ben noto come non siano purtroppo mancati casi in cui il danno al paziente nel corso di un intervento di *equipe* sia stato cagionato da un medico in corso di tirocinio; per quel che concerne la figura e la attività del medico in corso di specializzazione, è opportuno qui premettere che le fonti normative sono da ravvisarsi sia nel decreto legislativo 8 agosto 1991 n.257¹⁰⁵, emesso in attuazione della direttiva 82/76/CE relativa alla attività del medico non strutturato, che - in parte - dal Decreto Legislativo n.502/1992,¹⁰⁶⁻¹⁰⁷ nonché, ovviamente, dagli ordinamenti didattici propri di ogni singola specialità.

A questi devono essere aggiunte poi le innovazioni apportate dal D.Lgs. 17 agosto 1999, n. 368 (Titolo VI, Formazione dei medici specialisti) il cui art. 20, comma 1, lett. e) che prevede che l'ottenimento del diploma di medico chirurgo specialista sia subordinato, oltre che ad altre condizioni, alla "partecipazione personale del medico chirurgo candidato alla specializzazione, alle attività e responsabilità proprie della disciplina".

Uno dei primi problemi che l'interprete si trova a dover affrontare nel circoscrivere il campo di operatività della responsabilità del medico in formazione, è propriamente dato dal suo peculiare ruolo di tirocinante e dal suo altrettanto rilevante rapporto con il tutor; a fronte quindi di un apporto che potrebbe apparire solo di secondo piano, l'analisi della normativa di

¹⁰⁵ D.Lgs. 8 agosto 1991, n. 257 Attuazione della direttiva n. 82/76/CEE del Consiglio del 26 gennaio 1982, recante modifica di precedenti direttive in tema di formazione dei medici specialisti, a norma dell'art. 6 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (Legge comunitaria 1990). (*GU n.191 del 16-8-1991*)

¹⁰⁶ D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 recante:
"Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art.1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421" .

¹⁰⁷ Il Decreto legislativo n. 368 del 17.08.1999 ("Attuazione della direttiva 93/16/CEE in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli e delle direttive 97/50/CE, 98/21/CE, 98/63/CE e 99/46/CE che modificano la direttiva 93/16/CEE") prevede una generale sistemazione dei rapporti fra azienda sanitaria e medico in formazione specialistica, (*GU n.8 del 12-1-2000 - Suppl. Ordinario n. 10*)

settore configura invece il medico specializzando come un elemento a tutti gli effetti della struttura medica in cui viene inserito; ed infatti, secondo quanto disposto dal Dlgs 257/91 viene prevista la fissazione di un impegno a tempo pieno degli specializzandi, almeno pari a quello previsto per il personale medico del S.S.N. (art.4) ¹⁰⁸.

Non è mancato chi, in dottrina, ha condivisibilmente rilevato come sia assai caratteristico che la disciplina di settore per verso esalti il momento formativo del medico specializzando, ribadendo così la necessità della graduale assunzione dei compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolata alle direttive ricevute dal medico responsabile e, nel contempo, puntualizzi come la formazione comporti necessariamente l'assunzione delle responsabilità connesse alla attività svolta¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Art. 4. Diritti e doveri degli specializzandi

1. La formazione del medico specialista a tempo pieno implica la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio di cui fanno parte le strutture nelle quali essa si effettua, ivi comprese le guardie e l'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione dei compiti assistenziali in modo che lo specializzando dedichi alla formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intero anno.

2. Gli specializzandi sono utilizzati in attività di assistenza per il tirocinio pratico connesso alla specializzazione.

3. L'ammissione e la frequenza alla scuola, finalizzate alla formazione di medico specialista dell'iscritto, non determinano la costituzione di alcun rapporto di impiego.

4. L'impegno richiesto per la formazione specialistica è almeno pari a quello previsto per il personale medico del Servizio sanitario nazionale a tempo pieno. Le modalità di svolgimento delle attività teoriche e pratiche degli specializzandi, nonché il numero e la tipologia degli interventi pratici che lo specializzando deve avere personalmente eseguito per essere ammesso a sostenere la prova finale annuale, sono determinate nei regolamenti didattici di cui all'art. 11 della legge 19 novembre 1990, n. 341.

5. Per ogni anno di corso è prevista una prova di esame finale, che può essere ripetuta una sola volta purché entro l'anno.

6. Lo specializzando, che al termine di ciascun anno non sia in regola con gli esami e con lo svolgimento delle attività pratiche previste, non è ammesso a proseguire il corso degli studi, fatto salvo il disposto di cui al comma 3 dell'art. 5.

7. Il diploma di specializzazione costituisce titolo da valutare separatamente, con specifico punteggio, fra quelli valutabili nei concorsi di accesso ai profili professionali medici.

8. Le università sono tenute alla copertura assicurativa per i rischi professionali e gli infortuni connessi all'attività di formazione degli specializzandi. L'importo del relativo premio è

detrato dalla borsa di studio di cui all'art. 6, spettante a ciascun specializzando.

¹⁰⁹ Art 16 D.lgs 502/1992 Art. 16. Formazione 1. La formazione medica di cui all'articolo 6, comma 2, implica la partecipazione guidata o diretta alla totalità delle attività mediche, ivi comprese la medicina preventiva, le guardie, l'attività di pronto soccorso, l'attività ambulatoriale e l'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolata alle direttive ricevute dal medico responsabile della formazione. La formazione

Nondimeno, la stessa normativa ritiene di estremo rilievo il ruolo di controllo del tutore, poiché in capo allo specializzando viene appunto riconosciuta una "autonomia vincolata".

La posizione della giurisprudenza in merito alla responsabilità del medico in formazione è univoca ed è volta ad affermare la sussistenza di una posizione di garanzia del medico specializzando per le condotte professionali da quest'ultimo poste in essere sia per sua autonoma iniziativa che su disposizione del tutor.

Centrale, in questo senso, è il concetto di responsabilità *per assunzione*; se al medico specializzando vengono assegnati compiti che non è in grado di eseguire è suo obbligo non accettarle e non assumerne quindi la relativa responsabilità.

Su questa linea si è mossa la Corte di Cassazione con un provvedimento del 2008, che ha interessato peraltro tanto la responsabilità del medico in formazione che quella – cui si farà più diffusamente riferimento in seguito - del personale infermieristico.

Nel caso affrontato dai Giudici di legittimità, sono stati chiamati a rispondere di omicidio colposo i sanitari che ebbero in cura un bambino di sedici mesi deceduto a cagione della somministrazione per via endovenosa di un farmaco che avrebbe invece essere somministrato per via esclusivamente orale.

Secondo la ricostruzione della vicenda effettuata dai giudici di merito, il bimbo era stato ricoverato in una clinica milanese per problemi connessi alla alimentazione: prima del ricovero il piccolo aveva assunto un farmaco

comporta l'assunzione delle responsabilità connesse all'attività svolta. Durante il periodo di formazione è obbligatoria la partecipazione attiva a riunioni periodiche, seminari e corsi teorico-pratici nella disciplina.)

per via orale, l'Isoprin, contenente il principio attivo Verapamil per compresse da 20 gr per via orale.

All'ingresso presso la struttura sanitaria, il medico aveva confermato la terapia; poiché in reparto non erano presenti che le compresse da 40 mg del farmaco stesso, il medico - in presenza della collega in tirocinio e della infermiera - aveva contattato la farmacia interna, dove gli veniva confermata la sola disponibilità del farmaco in fiale da 20 mg da somministrare per via endovenosa. Il foglio di terapia, mai ritrovato, era stato compilato dal medico in tirocinio e l'infermiera aveva somministrato al bimbo il farmaco per via endovenosa con conseguenze purtroppo letali.

Premesso quindi che il decesso del piccolo paziente doveva senz'altro essere attribuito per avvelenamento da Verapamil, dal punto di vista dell'addebito oggettivo dell'evento, la Corte rispose positivamente la questione attinente alla posizione di garanzia dello medico in formazione.

Partendo dal dato normativo già esaminato, la Cassazione infatti prima di ogni altra considerazione specificò che *" il medico specializzando non è un mero spettatore esterno, un discente estraneo alla comunità ospedaliera; egli infatti partecipa alle "attività e responsabilità" che si svolgono nella struttura dove si svolge la sua formazione" ed ancora "L'espressione che meglio fotografa questo rapporto è quello, usato dalla legge, dell'"autonomia vincolata": si tratta di un'autonomia che non può essere disconosciuta trattandosi di persone che hanno conseguito la laurea in medicina e chirurgia e, purtuttavia, essendo in corso la formazione specialistica (soprattutto per quei settori che non formano bagaglio culturale comune del medico non specializzato), l'attività non può che essere caratterizzata da limitati margini di autonomia e svolta sotto le direttive del tutore. L'autonomia riconosciuta dalla legge, sia pur vincolata, non può dunque che ricondurre allo specializzando le attività da lui compiute; e se lo*

specializzando non si ritiene in grado di compierle deve rifiutarle perchè diversamente se ne assume la responsabilità (c.d. colpa "per assunzione").

Ad avviso del giudice di legittimità sarebbe riduttivo contenere l'apporto dello specializzando a mero esecutore delle direttive del suo tutore: pur con le opportune differenziazioni, dovute al diverso peso che può avere un medico al termine del suo tirocinio rispetto al collega che lo abbia appena iniziato, il principio normativo di autonomia vincolata impone che il tirocinante debba assumere una posizione di garante rispetto a quelle scelte diagnostiche che è chiamato a compiere oppure a condividere; pertanto anch'egli posto dinanzi ad una terapia palesemente incongrua è chiamato a non avallare semplicemente le scelte del suo tutore, ma rilevarne le criticità sia pure nei limiti delle sue competenze ed esperienze.

In tale senso è nello stesso decism che vengono richiamati due precedenti provvedimenti posti sulla medesima linea interpretativa; si tratta di Cass.Pen. 6 ottobre 1999 n. 2453, Tretti, rv. 215538, relativa alla responsabilità dello specializzando per aver proseguito un intervento operatorio di settoplastica nasale, con una equipe composta dal chirurgo plastico, lo specializzando e l'anestesista, ove l'intervento veniva iniziato dal capo equipe il quale poi aveva lasciato la sala operatoria incaricando lo specializzando di concludere l'intervento che aveva avuto esito mortale per un sanguinamento rilevante cagionato da una manovra non effettuata correttamente da parte dello specializzando. Analogamente, Cass.pen. 20 gennaio 2004 n. 32901, Marandola, rv. 229069 : in questo caso il medico specializzando anestesista aveva effettuato con modalità inidonee l'iniezione epidurale ad una partoriente, senza prima somministrare alla partoriente dei farmaci vasopressori, cagionando così un calo ipotensivo non adeguatamente contrastato tanto da provocare danni irreversibili al feto; infine, Cass., 2 aprile 2007 n. 21594, Scipioni, rv. 236726, relativa ad un caso di

anticipato abbandono della sala operatoria da parte del chirurgo prima che venisse suturata la ferita chirurgica.

Il punto rilevante riconosciuto dai provvedimenti appena menzionati è quindi che, sia pur operando in un ambito di autonomia limitata, il medico in formazione che concretamente assuma su di sé la responsabilità di espletare una attività operatoria assume nel contempo sempre una posizione di garanzia nei confronti del paziente e quindi l'obbligo di osservanza delle *leges artis*, a meno che egli stesso non si ponga in una posizione diversa, ponendosi nell'ambito dell'equipe come mero spettatore estraneo ad ogni scelta diagnostica.¹¹⁰

Parimenti, risponde penalmente il medico in formazione che prenda in carico la cura e la diagnosi del paziente pur sapendo di non avere le specifiche competenze professionali previste per affrontare il tipo di patologia presentata dal paziente.

Anche in questo caso, I giudici di legittimità, con la decisione n. 6981 del 22.02.2012 della IV sezione penale, pongono in rilievo il ruolo della responsabilità per assunzione, che trova il suo fondamento del più generale dovere di diligenza, così che costituisce senz'altro violazione di una regola cautelare assumersi un compito cui non si è in grado di far fronte.

Qualora quindi il medico in tirocinio, che non abbia ancora completato il suo percorso formativo ed abbia la reale possibilità di far eseguire un intervento che richieda peculiari competenze ad un collega più esperto, risponderà penalmente con l'imputazione della condotta soggettiva a titolo di colpa.

Tornando invece al primo caso esaminato, per quel che riguarda poi la responsabilità dell'infermiera, la Corte specificò che la sua colpa trovava il

¹¹⁰ Così anche Cass. Pen. IV sezione 16.02.2010 n. 6215.

suo antecedente logico e causale sicuramente nell'errore dei due medici che avevano richiesto alla stessa infermiera di somministrare per via orale un farmaco che – come espressamente indicato nella confezione – avrebbe essere somministrato per via endovenosa.

Tuttavia, dalla sua posizione di infermiera specializzata, anche quest'ultima non avrebbe dovuto accettare acriticamente quanto richiesto dai medici, che pure contrastava con le prescrizioni riportate anche sulla confezione del medicinale che non poteva infatti essere somministrato per via orale.

Anche in questo caso, come per il medico in formazione, si ripropone quindi il principio della posizione di garanzia nei confronti del paziente.

Nel caso della responsabilità del personale infermieristico, i riferimenti normativi sono il D.M. 739/1994 (G.U. 9.01.1995 n.6) relativa al profilo professionale dell'infermiere, la legge 42/1999 (Disposizioni in materia di professioni sanitarie) tramite la quale è stato abolito il mansionario e definito il campo di attività, nonché la legge 251/2000 (Disciplina delle professioni sanitarie infermieristiche, tecniche, della riabilitazione, della prevenzione nonché della professione ostetrica, Gazzetta Ufficiale n. 208 del 6 settembre 2000) il cui art.1 ribadisce il principio di autonomia professionale¹¹¹, la Legge

¹¹¹ Art. 1.(Professioni sanitarie infermieristiche e professione sanitaria ostetrica)

1. Gli operatori delle professioni sanitarie dell'area delle scienze infermieristiche e della professione sanitaria ostetrica svolgono con autonomia professionale attività dirette alla prevenzione, alla cura e salvaguardia della salute individuale e collettiva, espletando le funzioni individuate dalle norme istitutive dei relativi profili professionali nonché dagli specifici codici deontologici ed utilizzando metodologie di pianificazione per obiettivi dell'assistenza.

2. Lo Stato e le regioni promuovono, nell'esercizio delle proprie funzioni legislative, di indirizzo, di programmazione ed amministrative, la valorizzazione e la responsabilizzazione delle funzioni e del ruolo delle professioni infermieristico-ostetriche al fine di contribuire alla realizzazione del diritto alla salute, al processo di aziendalizzazione nel Servizio sanitario nazionale, all'integrazione dell'organizzazione del lavoro della sanità in Italia con quelle degli altri Stati dell'Unione europea.

3. Il Ministero della sanità, previo parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, emana linee guida per:

1.02.2006 n.43 "Disposizioni in materia di professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione e delega al Governo per l'istituzione dei relativi ordini professionali" in G. U.n. 40 del 17 febbraio 2006 ed il DPCM 25 gennaio 2008.

La responsabilità penale del personale infermieristico non è solo connessa al rapporto con il medico, come nel caso sopra esaminato, ma è ravvisabile in ogni caso in cui l'operatore sanitario, tenuto alla posizione di garanzia nel confronto del paziente, agisca con negligenza.

Esemplificativa, in questo caso, è la sentenza sempre della IV sezione penale n. 8611 del 27.02.2008, con la quale sono stati ritenuti responsabili di omicidio colposo per non aver prestato idonea vigilanza sui pazienti affidati alla loro responsabilità i due infermieri che, durante le ore notturne, non avevano evitato che un paziente in preda ad una psicosi acuta dissociativa uccidesse l'inerte vicino di camera.

La "psicosi acuta dissociativa" è una malattia mentale ad insorgenza improvvisa, che presenta un quadro delirante e allucinatorio; anche se questo tipo di disturbo può presentarsi improvvisamente in un soggetto apparentemente sano di mente, rimane in fatto che – nel caso di specie – il paziente era stato ricoverato proprio in seguito ad un episodio allucinatorio verificatosi in aereo e, pertanto, ad avviso della corte non poteva trovare accoglimento l'ipotesi della imprevedibilità del comportamento, in considerazione che il paziente stesso era stato accolto in un reparto psichiatrico per essere tenuto sotto osservazione.

a) l'attribuzione in tutte le aziende sanitarie della diretta responsabilità e gestione delle attività di assistenza infermieristica e delle connesse funzioni;

b) la revisione dell'organizzazione del lavoro, incentivando modelli di assistenza personalizzata.

Occorre a questo punto necessariamente introdurre una considerazione, già sollevata a suo tempo dagli operatori del settore: l'abolizione del mansionario, avvenuta con la normativa introdotta nel 1999, ha di fatto ampliato il novero delle responsabilità ascrivibili al personale infermieristico, anche a fronte della maggiore complessità ed articolazione degli interventi assistenziali richiesti e, conseguentemente, delle diverse competenze professionali richieste. Si è trattato quindi di un radicale mutamento di prospettiva dalla cosiddetta "logica mansionariale" ad un ambito professionale e di responsabilità completamente diverso, il quale peraltro di inserisce sempre più di frequente in un ambito lavorativo multidisciplinare, nel quale il personale infermieristico ha sicuramente maggiore autonomia rispetto al passato, ma sembra nell'ambito del suo specifico profilo professionale, di quanto previsto negli ordinamenti didattici universitari e, soprattutto, dalle competenze attribuite agli altri professionisti sanitari laureati.¹¹² si consideri infatti che secondo l'articolo 1 del Profilo Professionale, il professionista infermiere può agire in una area totalmente autonoma, tipizzata dalla responsabilità della assistenza generale infermieristica come pure in un campo collaborativo (art. 1 terzo comma, punto d: l'infermiere garantisce la corretta applicazione delle prescrizioni diagnostiche terapeutiche poste in essere dal medico), facendo così salvi gli ambiti di competenza medica, costituiti dalla diagnosi e dalla cura.

Si consideri poi che tra le responsabilità dell'infermiere di consolle vi è quella operativa degli interventi nell'ambito dei protocolli decisi dal medico responsabile della centrale operativa, come specificato dal DPR 27/03/1992.

Nell'ambito infine del lavoro di equipe in sala operatoria, si rammenti che la funzione dell'infermiere, nel corso dell'intervento chirurgico, è di

¹¹² In merito al limite delle competenze, si osserva che nel nostro ordinamento effettivamente non vi è una netta distinzione tra "atto sanitario" ed atto "medico", per cui può risultare alla fine abbastanza difficile circoscrivere gli atti di esclusiva competenza medica, anche a fronte del progressivo innalzamento della competenza infermieristica.

assistenza del personale medico cui vanno riferite le attività svolte (così Cass. Civile. 14.06.2007 n. 13953)¹¹³

Quindi se gli operatori sanitari sono tutti portatori di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, secondo l'orientamento generale della giurisprudenza e della dottrina l'affidamento presuppone una comune base di preparazione, sia pure a diversi livelli e per competenze differenti, per cui non possa essere fatto valere se non fra i rapporti fra medici.

Poichè gli infermieri hanno quindi un ruolo complementare rispetto a quello medico – sanitario, rispondono di precisi obblighi di controllo sulla loro attività sia il capo equipe sia il sanitario che delega all'infermiere uno specifico compito: si veda in tal senso Cass. Pen. Sez. IV 28.05.2008, n. 24360¹¹⁴ per cui se il medico chirurgo omette di controllare la preparazione di un composto medicinale che l'infermiere ferrista aveva predisposto erroneamente e somministrato al paziente prima dell'intervento, anche il chirurgo risponderà delle lesioni gravissime cagionate al paziente.

Tutti i componenti della equipe chirurgica rispondono nel caso di garza chirurgica o di un ferro dimenticato nello stomaco del paziente, anche in caso in cui la negligenza sia concretamente imputabile al solo infermiere ferrista, per il mancato controllo sull'operato di quest'ultimo.¹¹⁵

Sono quindi molteplici i profili che debbono essere posti a raffronto in una disciplina tanto complessa quanto delicata, poichè ruota attorno alla posizione di garanzia nei confronti del paziente, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto nei confronti del paziente.

La teoria si scontra purtroppo con una realtà in cui gli operatori sanitari devono fare i conti ogni giorno, che è anche una realtà fatta di alcuni casi

¹¹³ Amato “ Solo l'allontanamento “giustificato” può discolorare gli errori altrui” , nota a Cass. Pen. Sez. IV, 16.06.2005 n. 22579 in Guida al Diritto, 2005, 63, sulle responsabilità del medico per quanto delegato al personale infermieristico,

¹¹⁴ In Guida al diritto 2008 fasc. 31 pag 100.

¹¹⁵ Cass. Sez. IV, 25 gennaio, n. 231538.

di carenza di strutture o di organizzazione. Il contrasto, da sempre rilevato dalla migliore dottrina, è tra la prerogativa del soggetto agente di essere responsabile solo per le scelte dallo stesso liberamente determinate e non ipoteticamente, per ogni possibile comportamento posto in essere dal suo gruppo di lavoro e la concreta attuazione dell'obbligo di garanzia.

Tuttavia il principio dell'affidamento nelle attività umane svolte in forma collettiva che – come più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, per sua stessa natura non può essere risolto che caso per caso, rappresenta sicuramente un valido baluardo rispetto al rischio assolutamente concreto di attribuire una responsabilità da posizione, ossia per il solo fatto di essere un professionista esercente una professione sanitaria.

RESPONSABILITA' MEDICA E NUOVO FILTRO IN APPELLO

A cura dell'Avv. Salvatore Magra

Ci si propone di esaminare la nuova normativa in materia di filtro dei giudizi di appello, in rapporto ai casi di responsabilità medica.

L'accettazione di un paziente in una struttura sanitaria, sia pubblica, sia privata, implica l'assunzione del buon esito della procedura sanitaria da parte del medico e/o dei Medici, che si trovino a assistere il paziente, nonché del primario del reparto, in cui il paziente è ricoverato. Le peculiarità della responsabilità del personale sanitario si caratterizzano anche perché il Medico, pur essendo un dipendente della struttura sanitaria, per la specificità della conoscenza che possiede, conserva un rilevante margine di discrezionalità, in rapporto alla impostazione del trattamento terapeutico.

L'assistenza medica tempestiva e "ortodossa" (a regola d'arte) può, nella maggior parte dei casi, essere effettuata dal personale sanitario, senza la necessità di adottare comportamenti, richiedenti una diligenza superiore, rispetto ai parametri dell'ordinaria attività sanitaria, con la conseguenza che andranno applicati i precetti dell'art. 1176 c.civ., senza rilevanza dell'attenuazione di responsabilità, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, prevista dalla disciplina dell'art. 2236, c.civ.. La conoscenza del bagaglio "medio" di nozioni, inerenti alla professione medica, è indispensabile premessa per poter esercitare la professione sanitaria e non può essere giustificata l'assenza di tale preparazione di base. E' palese come, quando venga in considerazione un professionista, dotato di specifica specializzazione, il grado di diligenza vada valutato ancora con maggiore intensità, in quanto da un medico specialista si può fondatamente pretendere una grado di conoscenza maggiore. Il rispetto dell'obbligo di diligenza, collegato alla attività professionale, si caratterizza per il necessario rispetto delle regole cautelari, collegate all'attività medica, in modo da

delimitare il "rischio consentito", che giustifica l'invasività di taluni trattamenti sanitari,

Emerge una corresponsabilità della struttura sanitaria e della équipe medica, in quanto il "contatto sociale", che si viene a creare fra pazienti e operatori sanitari, determina il sorgere nei professionisti di un obbligo di protezione, secondo i paradigmi dell'art. 40 cpv. cod. pen., secondo cui non impedire un fatto, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo. Il ricovero del paziente all'interno della struttura sanitaria determina la nascita di un contatto sociale fra paziente e sanitari, con la conseguenza che fonte del predetto obbligo di garanzia è sia di matrice contrattuale, sia di matrice extracontrattuale. La struttura è anch'essa responsabile, in virtù del contratto di assistenza sanitaria, il quale ha effetti protettivi nei confronti del paziente. Tale convenzione si estrinseca non solo nella fornitura di prestazioni in certo senso "alberghiere" (vitto, alloggio, etc.), ma anche e soprattutto nel dovere di assistenza medica, con la conseguenza che è configurabile anche un danno da disorganizzazione della stessa, quando essa si traduca in un pregiudizio per il paziente. L'ente è responsabile contrattualmente ex art. 1218 c.c. non solo dei danni riferibili alla condotta dei propri dipendenti (ex art. 1228 c.c.), ma anche dei danni riconducibili a carenze organizzative **formando l'efficienza dell'organizzazione oggetto di un vero e proprio obbligo strumentale ex art. 1175 c.c.**

La presenza di un gruppo di sanitari rende logicamente necessaria una supervisione dell'attività di uno, nei confronti dell'altro, con la conseguenza che ciascun operatore sanitario è tenuto a effettuare una vigilanza anche nei confronti dell'attività degli altri operatori. In tal caso, la diligenza del professionista ha una duplice articolazione, nel senso che, da un lato, occorre che il medesimo sfrutti le proprie conoscenze, per pervenire a una tutela quanto più intensa possibile delle condizioni di salute del paziente, d'altro lato, occorre che ciascun medico visioni il lavoro dei colleghi,

eventualmente intervenendo attivamente, al fine di segnalare eventuali condotte da modificare. L'obbligo di protezione del Medico nei confronti del paziente è presente, sia nell'ipotesi in cui il medico operi all'interno di una struttura sanitaria privata, sia che operi all'interno di una struttura pubblica e alla responsabilità del medico si aggancia quella della struttura, in cui il sanitario agisce, a seguito del rapporto di immedesimazione del medico nella struttura stessa.

La valutazione del grado di diligenza da adoperare, in rapporto al caso concreto, va sovrapposta alla distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato, elaborata dagli interpreti, in quanto il Medico è tenuto ad attivarsi nel massimo grado possibile, al fine di preservare l'integrità fisica dei soggetti, che si trovi a curare. Pertanto, anche se ormai è sfumata in dottrina e giurisprudenza la predetta distinzione fra le due tipologie di obbligazione, resta fermo che il Medico deve eseguire la prestazione con la diligenza più elevata possibile e, sotto questo aspetto, può enuclearsi la richiesta di un risultato, pur all'interno di un'obbligazione di mezzi. In altri termini: non si può pretendere che il medico "garantisca" la guarigione del paziente, trattandosi di un risultato non ottenibile con assoluta certezza, ma è indispensabile che tale professionista si attivi in tutti i modi possibili, al fine di ottenere tale risultato, in tutto o in parte. Si è coniata l'espressione "obbligazione quasi di risultato"; in ogni modo, a prescindere dalle questioni nominalistiche, emerge come, nell'ipotesi, si sia in presenza di una vicenda, in cui l'inerzia del personale sanitario ha determinato un aggravamento delle condizioni di salute dell'appellante e, pertanto, la stessa inattività si inserisce fra le cause determinanti dell'accentuazione dello stato d'infermità e del turbamento dei familiari. Pertanto, resta dimostrato il nesso di causalità fra la condotta dei sanitari e l'aggravamento delle condizioni d'infermità del paziente, nonché del turbamento dei congiunti. La giurisprudenza recente reputa applicabile, in conformità a un orientamento consolidato, il principio

della vicinanza della prova, nel senso che è il medico, che deve dimostrare di essere esente da responsabilità, in quanto la prova è maggiormente vicina alla sfera giuridica dello stesso.

La natura della responsabilità medica oscilla fra l'inquadrabilità nell'ambito contrattuale e quella nell'ambito aquiliano, per la sua natura polivalente e in rapporto alla particolare funzione sociale dell'operatore sanitario (Cass. n. 17143-2012). La Cassazione 13547-2012 rimarca l'obbligo del professionista di fare quanto è in grado di realizzare per tutelare la salute del paziente.

La progressiva affermazione della struttura dell'essere umano come entità, in cui mente e corpo sono intimamente collegate, rende chiaro che, anche nel caso in cui emerga una patologia organica, esiste un sostrato psicologico, da tenere in considerazione, quando si debba adottare un protocollo terapeutico, nei confronti di un paziente. L'interconnessione fra lo psichico e il biologico è ormai una conclusione pacifica, nell'ambito delle scienze mediche e psicologiche. I concetti di mente e corpo sarebbero concepiti in termini eccessivamente semplicistici, se si ignorasse la "relazione", che sussiste fra gli stessi.

Il cervello riceve stimoli dall'esperienza esterna e un evento traumatico, come un incidente stradale violento, implica delle innegabili conseguenze sul piano emotivo che, per l'anzidetto vincolo relazionale fra mente e corpo, si ripercuotono in un peggioramento della situazione organica dell'individuo. Le emozioni, provate da un soggetto a livello psichico, si traducono in sensazioni corporee (è noto il fenomeno psicosomatico della "somatizzazione", in cui massimamente si sviluppa l'intreccio multiforme fra mente e corpo). Secondo GALIMBERTI (1992), *"la medicina psicosomatica in un'accezione ampia, rappresenta quella concezione che, oltrepassando il dualismo psicofisico, che separa il corpo dalla mente, guarda all'uomo come un tutto unitario dove la malattia si manifesta a livello organico come sintomo e a livello psicologico come disagio. Adottando questo punto di*

vista, la medicina psicosomatica ribalta lo schema classico, che prevedeva la lesione dell'organo quale causa della sua disfunzione, a sua volta causa della malattia, nello schema secondo cui **il mantenersi di uno stress funzionale, che ha la sua origine nella vita quotidiana dell'individuo in lotta per l'esistenza, genera quella disfunzione dell'organo, causa della lesione, a sua volta causa della malattia**".

I sistemi nervoso, endocrino e immunitario comunicano fra loro. Il trauma vissuto dal soggetto, a seguito di eventi catastrofici, spesso non è descrivibile in modo completo dal soggetto all'esterno e, per conseguenza, incide in modo ancor più significativo sulla psiche del soggetto, che ne è rimasto vittima.

I Medici, nello svolgimento della propria attività, si devono attivare, pure ai fini di sostenere emotivamente gli assistiti, anche quando in via principale ci si trovi in presenza di disturbi organici, proprio in quanto la dicotomia corporeamente è ormai superata e si comprende come occorra provvedere a una riduzione della tensione emotiva dell'assistito, specialmente in situazioni di particolare gravità della patologia. E' necessario "assistere" il paziente anche sul piano emotivo, in quanto una patologia organica comporta ripercussioni anche sul piano psicologico e una cura riservata all'aspetto emotivo, compromesso da una patologia organica, comporta un miglioramento anche della situazione organica in senso stretto. Studiosi come SELIGMAN, che hanno teorizzato la costruzione dell'ottimismo, ritengono che il favorire un atteggiamento mentale positivo, in specie in situazioni di emergenza, possa facilitare una risoluzione o un miglioramento del processo patologico in corso.

La struttura sanitaria non può essere concepita come sede in cui si "riparano" i danni biologici e organici, secondo una sterile concezione meccanicistica, basata sul rapporto di causa-effetto, anche in relazione all'esigenza di un rapporto costruttivo fra sanitari e familiari del paziente, in

quanto ciò può consentire un rafforzamento in positivo dello stato del paziente. Pertanto, la cura non si riferisce solo alla scrupolosa osservanza dei protocolli terapeutici, ma anche alla creazione di un rapporto di "empatia" con il paziente, al fine di favorire il processo di guarigione ("alleanza terapeutica").

E' chiaro che un aggravamento della patologia del paziente possa risultare dalle modalità di svolgimento dell'attività sanitaria, anche in rapporto alla sentenza della Cassazione SS.UU.10 Luglio 2002-11 settembre 2002 (sentenza Franzese), in materia di rapporto di causalità omissiva, secondo cui, quando vi sia un alto grado di credibilità razionale, quanto alla verifica di un evento in epoca significativamente successiva, rispetto a quella in cui il medesimo si è effettivamente verificato, ove un certo antecedente non fosse accaduto, occorre considerare tale antecedente come avente pieno rilievo causale.

Secondo una sentenza della Cassazione, " *In tema di responsabilità civile, per l'accertamento dell nesso causale tra condotta illecita ed evento di danno, non è necessaria la dimostrazione di un rapporto di consequenzialità necessaria tra la prima e il secondo, ma è sufficiente la sussistenza di un rapporto di mera probabilità scientifica. Ne consegue che il nesso causale può essere ritenuto sussistente non solo quando il danno possa ritenersi conseguenza inevitabile della condotta, ma anche quando ne sia altamente probabile e verosimile*" (Cass 975-2009).

Anche una sintomatologia aspecifica non può esimere il medico dall'attivarsi per verificare le condizioni di salute del paziente, attraverso l'esecuzione di tutti gli esami specialistici ritenuti utili. Una condotta omissiva del sanitario, riguardo a questi profili, determina indubbiamente una colpa medica per omissione; a maggior ragione, tale colpa sussiste quando, come nella vicenda in esame, i sintomi lamentati dall'appellante si collegano a un preciso evento, il grave incidente stradale, di cui lo stesso è stato vittima (cfr.

Cass. 6257-2012, che riprende testualmente la sopra citata sentenza 975-2009). Gli interpreti sono arrivati anche ad ammettere una possibilità di proposizione implicita della domanda, negando la necessità che la medesima sia sufficientemente articolata ed esternata in modo esplicito.

E' noto che, in materia di responsabilità medica, le allegazioni, in ordine ai profili di negligenza dei sanitari, possono essere esposte in modo sufficiente, anche non indicando in maniera analitica la natura delle patologie, in quanto per una siffatta indicazione è richiesta una conoscenza specialistica, che non può essere pretesa in chi abbia la priorità di tutelare la propria salute e non disponga di specifiche nozioni..

Accanto al dovere del medico di ottemperare alla propria prestazione con diligenza si evince l'obbligo d'informare dettagliatamente il paziente e i congiunti, in rapporto alla natura della patologia riscontrata e ai trattamenti terapeutici, che si ritiene di dover adottare. Questi principi non non stati rispettati nell'ipotesi.

Il problema, in ossequio alla sopravvenuta disciplina del "filtro" dell'appello, è di comprendere con quali criteri vada utilizzato il meccanismo recentemente introdotto, per valutare l'ammissibilità degli appelli in materia di responsabilità medica.

In ogni caso, riguardo all'interpretazione già maturata della sopravvenuta normativa, va tenuta ferma la motivazione, secondo cui, ai fini del superamento del filtro, è sufficiente il "*fumus boni iuris*", in ordine alla fondatezza della pretesa, fatta valere tramite l'atto introduttivo dell'appello, in quanto il sopravvenuto art. 348 *bis* del c.p.c. statuisce che il giudice dichiara inammissibile l'appello, ove ritenga il medesimo come privo di una ragionevole probabilità di essere accolto. La tesi della probabilità giurisprudenziale è tenuta ferma dalla sentenza n. 1041-2013 del Tribunale di Vasto. A tale orientamento più "estensivo" si contrappone un'altra visione,

più restrittiva, in base alla quale occorre una verosimile fondatezza della pretesa fatta valere.

La dottrina si è sbizzarrita nel senso di individuare ulteriori tesi, secondo cui occorre guardare al numero dei componenti il collegio, con la conseguenza che l'appello dovrebbe dichiararsi ammissibile, quando almeno due componenti del Collegio su tre ritengano la tesi dell'ammissibilità. Ci si è espressi anche nel senso della sufficienza della mera ragionevolezza, ma la legge appare orientata a richiedere la ragionevole probabilità. Il "*fumus boni iuris*" rafforzato sembra una soluzione conducente, tenuto conto delle peculiarità della responsabilità medica.

La ragionevole probabilità dell'accoglimento dell'appello può anche desumersi dalla copiosa giurisprudenza, propensa a configurare una responsabilità medica, in rapporto a ipotesi analoghe a quella oggetto della presente indagine, con riferimento all'inerzia del personale sanitario e a una mancata tempestiva informazione del protocollo terapeutico, che s'intendeva seguire, in specie quando i sanitari non si siano formati un quadro sufficientemente esaustivo, proprio in ragione della sopra richiamata inerzia.

Può riflettersi su queste statuizioni giurisprudenziali, a ulteriore sostegno della tesi della ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello introdotto in ipotesi di responsabilità medica: ; *"In tema di responsabilità medica, sul paziente incombe soltanto l'onere di dimostrare il mancato raggiungimento del risultato, mentre il medico, per giustificarsi dalla presunta colpa, dovrà provare la corretta esecuzione della prestazione. Quindi, il danneggiato è tenuto a provare il contratto e ad allegare la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello normalmente realizzato da una condotta improntata alla dovuta diligenza; mentre al debitore, presunta la colpa, incombe l'onere di provare che l'inesattezza della prestazione dipende da causa a lui non imputabile, e cioè la prova del fatto impeditivo."* (Cass. 17143-2012).

In generale, la copiosità dei casi di "malasanità" rende necessario che il giudice di 2° grado valuti con tendenziale favore l'ammissibilità degli atti di appello avverso casi di malasanità. La Cassazione, con sentenza 6093/2013, ha escluso che la responsabilità del medico non vada configurata, quando occorra un rilevante impegno diagnostico, in relazione alla problematica da esaminare, con particolare riferimento alla negligenza e all'imprudenza. A maggior ragione, l'appello è fondato, in rapporto all' assenza di difficoltà rilevanti, nella formulazione della diagnosi.

Decriminalizzazione della colpa lieve nella responsabilità medica

a cura dell'Avv. Teresa Giacobelli

La responsabilità medica è una tematica di particolare impatto sociale. Di frequente la società civile si confronta con il proliferarsi di interventi legislativi e giurisprudenziali che si occupano delle problematiche tipiche del settore sanitario sia dal punto di vista tecnico-organizzativo che sul fronte patologico e giurisdizionale. In tale ultimo caso si fa riferimento ai crescenti contenziosi che coinvolgono da un lato le strutture sanitarie ed in generale gli esercenti le professioni sanitarie, ed dall'altro, i pazienti. Non a caso, la giurisprudenza civile, nell'analisi in chiave patologica del rapporto tra medico e paziente, con la nota pronuncia n. 589 del 1999 ha elaborato la categoria del "contatto sociale", per tale intendendo un rapporto socialmente tipico che ingenera nei soggetti coinvolti un principio di affidamento e che impone a carico delle parti obblighi di comportamento attivo. Di tal che, in presenza di condotte dei sanitari che invece di preservare la salute dei pazienti la pregiudicano, anche solo sulla base di situazioni non meramente migliorative, vi è la lesione del principio di affidamento che il paziente pone sul medico nel momento in cui, consapevolmente, decide a lui di affidarsi.

Premesso questo, giova precisare che lo scenario normativo e giurisprudenziale nel corso degli anni si è consolidato, specie in sede di responsabilità civile, tutelando principalmente il paziente, quale parte "debole" del relativo contenzioso con il sanitario. Ed infatti la responsabilità civile del medico si inserisce nell'orbita della responsabilità contrattuale da contatto sociale, con relative ripercussioni sistematiche di favore per il paziente, in tema di ripartizione dell'onere della prova ex art. 1218 c.c. e regime di prescrizione ex art. 2946 c.c.

Ne consegue che in tale contesto, la recente c.d. "legge Balduzzi" , introdotta con la legge 8 novembre 2012 n. 189, innova decisamente il settore della responsabilità medica inaugurando un regime normativo che su molti aspetti prevede disposizioni più favorevoli per gli esercenti le professioni sanitarie pur se in relazione alla responsabilità in sede penale. In specie, sul profilo della colpa medica poiché la stessa, acquisterebbe una gradazione di non facile applicazione sotto il profilo giuridico, inaugurando la "decriminalizzazione della colpa lieve".

Si osserva che la considerata "decriminalizzazione della colpa lieve" risulta difficilmente qualificabile con precisione posto che la responsabilità del medico, penalmente rilevante, è circoscritta alle ipotesi di colpa grave. Inoltre, tale depenalizzazione sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. laddove risulterebbe introdotta una vera e propria esimente per gli operatori sanitari.

Al fine di semplificare i punti focali del citato intervento legislativo è opportuno valutare l'orientamento giurisprudenziale che si sta determinando in merito.

Tra le tante pronunce, in tale sede si considera una recente sentenza della IV sezione penale della Corte di Cassazione , 9 aprile 2013, n. 16237, che si occupa in modo specifico della colpa medica. In particolare si ritiene che l'art. 3 della legge 8 novembre 2012, n. 189(a norma del quale ("L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità specifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo")) abbia determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie. Precisamente, la modifica normativa escluderebbe la rilevanza penale delle condotte

connotate da colpa lieve in presenza di linee guida e pratiche mediche che siano accreditate dalla comunità scientifica. Nella specie, in applicazione del principio de quo, è stata annullata con rinvio la condanna per omicidio colposo nei confronti del medico chirurgo che, nell'esecuzione di un intervento di ernia discale, aveva leso vasi sanguigni con conseguente emorragia letale.

Il percorso seguito dal giudice di merito al fine di valutare la concreta operatività della norma sopravvenuta favorevole ex art. 2, comma 2, c.p, si è basato sull'accertamento della presenza o meno di linee guida o pratiche mediche accreditate in merito all'atto chirurgico in questione e sul rispetto delle medesime direttive da parte del medico. Nel caso affermativo, si è valutato se nell'esecuzione dell'atto chirurgico, ci sia colpa lieve o grave.

La sentenza citata appare di particolare interesse al fine di vagliare alcuni profili della recente "legge Balduzzi". Il citato art. 3 della presente legge, pone un duplice ordine di problemi in merito sia alla valenza delle linee guida che all'elemento della colpa.

Quanto al primo aspetto, le linee guida non sarebbero per il tenore letterale della legge delle norme cautelari e non si configurerebbe la c.d. colpa specifica. Come noto, in sede penale, la distinzione tra colpa specifica e colpa generica si ricava dall'art. 43 c.p. che definisce il delitto colposo, o contro l'intenzione, "quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Dal dettato normativo emerge che la colpa generica attiene alle ipotesi relative alla negligenza, ovvero il non compiere un'azione che una regola sociale impone di compiere, all'imprudenza ovvero il compiere un'azione che non si doveva compiere o compierla secondo le cautele della regola

sociale ed all'imperizia, che attiene alla trasgressione di conoscenza tecniche di settore. Mentre, la colpa specifica si sostanzia nella inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline ex art. 43 c.p.

Tuttavia, in ambito penale, a differenza che in sede civile, non vi è una progressione decrescente tra colpa grave, colpa meno grave e colpa lieve, ma la distinzione avviene solo ai fini della commisurazione della pena e del "grado della colpa" ex art. 133, n. 3 c.p. A contrario, la "colpa professionale" analizzata in tema di giudizio civile di risarcimento del danno, è limitata alle ipotesi di colpa grave ex art. 2236 c.c. Precisamente, la regola generale per l'accertamento della colpa professionale è nell'art. 1176 co. 2 c.c. mentre, l'art. 2236 c.c. è limitato solo ai casi di problemi tecnici particolarmente difficoltosi inerenti alla "imperizia". La relazione tra l'art. 1176 c.c. e 2236 c.c. è di integrazione per complementarietà e vale la regola della diligenza del buon professionista con riguardo alla natura dell'attività esercitata ex art. 1176 c.c. mentre a fronte di problemi tecnici di particolare difficoltà vi è il limite del dolo o colpa grave ex art. 2236 c.c.

Alla luce di queste brevi considerazioni, la c.d. "legge Balduzzi" è censurabile proprio in merito alla valenza che la normativa stessa attribuisce alle citate linee guida in punto di valutazione della responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie posto che, quando le stesse sono riconosciute, accreditate e ritenute valide dalla comunità scientifica, acquisterebbero la veste di vere e proprie norme cautelari atipiche. Per cui un interrogativo che gli interpreti e gli operatori del diritto sollevano al riguardo, attiene alla dubbia natura e qualificazione normativa delle linee guida che, costituendo un "sapere scientifico e tecnologico codificato" difficilmente possono dare adito, nel caso di violazione, ad una colpa generica dei medici ma piuttosto a colpa specifica. L'esatta portata della normativa è decisiva in quanto la rilevanza delle linee guida ha effetti

sull'elemento della colpa posto che, l'operatore sanitario, andrebbe esente da ogni responsabilità penale , per tutte le prestazioni eseguite nel rispetto delle linee guida, in presenza di eventi lesivi commessi con "colpa lieve". Il compito del giudice di merito sarà decisivo e diretto non solo a verificare l'esistenza di protocolli accreditati ma anche se nei relativi casi concreti sottoposti alla sua cognizione, l'adesione o meno ai medesimi sia la soluzione migliore per la salute dei pazienti.

Per cui, preso atto delle difficoltà interpretative del recente intervento legislativo, occorrerà meglio indagare circa l'esatta valenza probatoria che le c.d. linee guida possano avere in sede di accertamento della colpa medica precisando che la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve, opera solo per le condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia ma non anche agli errori diagnostici connotati da negligenza o imperizia. Quindi, la legge Balduzzi potrebbe aver introdotto una nuova e dubbia tipologia specifica di colpa, una colpa ad hoc, ed esimente propria degli operatori sanitari.

Al riguardo sussistono dubbi relativi alla incompatibilità della nuova disciplina con i principi costituzionali ed in specie, un vulnus alla legalità in merito al ruolo delle linee guida ed il contrasto con l'art. 3 Cost. in merito alla "colpa lieve". Si cita in proposito una recente sentenza del Tribunale di Milano, del 21 marzo, sez. IX penale che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge Balduzzi in relazione agli artt. 3, 24, 25, 32, 33 e 111 Cost.

In merito si osserva che "la formula di cui all'art. 3 della citata legge secondo la quale l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve, è una formula equivoca posto che, il legislatore ha ricavato l'area di non punibilità

degli operatori sanitari trapiantando un grado di colpa in una dubbia funzione esimente ritenendo o che non vi è colpa lieve nell'operatore sanitario che rispetta le linee guida oppure sostenendo che il comportamento del sanitario è predicato da colpa lieve ma non è punibile."

Alla luce di queste considerazioni, saranno ulteriori interventi normativi o giurisprudenziali a chiarire l'esatta portata innovativa della legge Balduzzi in tema di responsabilità medica.

Allo stato attuale, a fronte delle numerose critiche insorte in seno alla novella, si ritiene che comunque che il presente intervento legislativo si inserisce in un contesto sociale molto sensibilizzato alla c.d. "medicina difensiva" che si realizza quando i medici prescrivono test o trattamenti , oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio proprio per evitare accuse e discredito professionale. Dunque il favor che talune disposizioni della legge Balduzzi pongono per gli operatori sanitari, è mosso dall'esigenza di fornire loro serenità nell'esercizio della professione offrendo comunque ai pazienti la certezza di ricevere una giusta riparazione in caso di eventi lesivi.

**Il difficile equilibrio tra il diritto del paziente e il diritto del medico a svolgere liberamente la professione sanitaria
a cura della dott.ssa Francesca Lucchese**

“Giuro [...] di prestare la mia opera con diligenza, perizia e prudenza, secondo scienza e coscienza, ed osservando le norme deontologiche che regolano l’esercizio della medicina e quelle giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della mia professione [...]” (Dal Giuramento di Ippocrate).

Nel contesto socio-culturale degli ultimi anni si è assistito ad un profondo mutamento dell’impostazione del rapporto medico-paziente.

Sono aumentate in maniera esponenziale le denunce e i procedimenti penali intentate da parte dei pazienti a carico dei medici per presunta responsabilità colposa derivante dall’attività professionale.

Tale fenomeno viene ricondotto alla maggiore sensibilità sociale del problema della *medical malpractice*, infatti si è andata affermando una sempre maggiore attribuzione di responsabilità civile e penale all’operatore sanitario.

Le tensioni che si sono generate hanno portato ad una trasformazione della medicina tradizionale, basata essenzialmente sulla considerazione della salute e della guarigione del paziente, alla cosiddetta “medicina difensiva”, nata con lo scopo di diminuire le probabilità di conseguenze giudiziarie e di tutelate legalmente il sanitario.

Generalmente, il fenomeno della medicina difensiva viene definito “come un comportamento della pratica medica volto ad adottare o evitare determinate misure e decisioni diagnostiche e/o terapeutiche, ispirandosi più all’obiettivo di allontanare il rischio di sempre più probabili sequele giudiziarie che a quello di assicurare la salute e la guarigione del paziente. L’obiettivo

della tutela della salute del paziente sembrerebbe diventare, pertanto, secondario a quello della minimizzazione del rischio legale". (FONDAZIONE ISTUD, *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti Programma "Scienziati in Azienda" - XII Edizione Stresa, 26 settembre 2011 – 16 luglio 2012*).

Secondo la definizione elaborata nel 1994 dall'OTA (Office of Technology Assessment, U.S. Congress) "La medicina difensiva si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa".

Dalle argomentazioni sopra esposte, si deduce che il fenomeno della medicina difensiva comprende differenti fenomenologie comportamentali che non si prestano ad un modello descrittivo-concettuale unitario.

Ciò detto, si può affermare che la classificazione più comune permette "di riconoscere due fondamentali modalità di condotta difensiva: una attiva (positiva) e una passiva (negativa). La prima si caratterizza per un eccesso di prestazioni e atti diagnostici e/o terapeutici non realmente necessitati dalla situazione contingente, per ridurre le accuse di malasania; la seconda, invece, è contraddistinta dal tentativo di evitare determinate categorie di pazienti o determinati interventi diagnostici e/o terapeutici, perché potrebbero prospettare un rischio di contenzioso". (FONDAZIONE ISTUD, *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti Programma "Scienziati in Azienda" - XII Edizione Stresa, 26 settembre 2011 – 16 luglio 2012*).

In questa cornice generale, si deve rilevare che in Italia "a **fronte di 34 mila denunce negli ultimi cinque anni, i casi accertati di malasania' sono risultati**

557". (Dal numero 110 di AboutPharma and Medical Devices, luglio/agosto 2013).

Sulla scorta di tale dato, ci si deve interrogare sulla causa di un'altissima conflittualità a fronte di casi effettivi relativamente ridotti.

Nel dicembre 2012, l'allora Presidente della Commissione d'inchiesta sugli errori sanitari aveva affermato che *"La differenza tra il boom di denunce di sinistri e la diminuzione degli importi liquidati mostra come la tendenza sia quella di intentare cause, a volte in modo quasi strumentale. (...) la conseguenza è che i premi assicurativi schizzano alle stelle e le aziende sanitarie subiscono un vero e proprio salasso per tutelarsi da quello che sembra, a tutti gli effetti, un business"*.

Quanto fin qui prospettato mette in luce le dimensioni del problema e fa emergere i differenti interessi in campo.

Al fine di comprendere profondamente la portata della questione, occorre analizzare i dati raccolti in Italia tra i medici. Ebbene "secondo una ricerca svolta dall'Ordine dei Medici di Roma nel 2010 il 78,2% di loro si sente oggi più a rischio di denuncia rispetto al passato, il 68,9% pensa di avere il 30% di probabilità di essere denunciato e soltanto il 6,7% dei medici giudica nulla la probabilità di subire una denuncia. Complessivamente ben il 65,4 % si ritiene sotto pressione nella pratica clinica di tutti i giorni. Oltre alle denunce del paziente scontento o ritenutosi danneggiato i medici attribuiscono le "cause" della medicina difensiva anche al clima attuale nei confronti dei medici presso la pubblica opinione (65,8%), alle eventuali iniziative della magistratura (57,9%), alle esperienze di contenzioso di altri colleghi (48,4%), alla necessità di prevenire e tutelarsi da sanzioni comminate da strutture e servizi di appartenenza (43,1%), al timore di una compromissione della carriera (27,8%), alla paura di finire in chiave negativa su giornali o Tv (17,8%), alla paura di perdere i propri pazienti (10,6%) e infine alle critiche dei colleghi

(9,6%)". (*Dal numero 110 di AboutPharma and Medical Devices, luglio/agosto 2013*).

In un contesto così tratteggiato, si evidenzia che il tema della medicina difensiva è oggetto di convegni, di confronti tra esperti e di trattati. Inoltre, non va sottaciuto **che i recenti orientamenti giurisprudenziali** non escludono la colpa del medico che rispetta linee guida che antepongono ragioni economiche a ragioni di tutela della salute e che siano in contrasto con le esigenze di cura del paziente.

L'art. 3 del Decreto Balduzzi (L. n. 189/2012) prevede che "l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

Tale norma prende le mosse proprio "fenomeno della cosiddetta medicina difensiva, che determina la prescrizione di esami diagnostici inappropriati, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, sia sull'aumento delle liste d'attesa e dei costi a carico delle aziende sanitarie".

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte, vorrei terminare con uno spunto di riflessione dal punto di vista umano.

"Tu perché vuoi fare il medico? Voglio aiutare. Avere un rapporto con le persone. Il medico interagisce con la gente quando è più vulnerabile. Oltre alle cure mediche offre anche speranza e un consiglio. Ecco perché amo l'idea di fare il dottore". (Dal film "Patch Adams").

La banca del seme

A cura della Dott.ssa Angela Allegria

“La banca del seme è un luogo dove viene conservato lo sperma di pazienti che hanno problemi di grave deterioramento dello sperma, con rischi di scomparsa totale di spermatozoi o un luogo dove si conserva lo sperma di pazienti giovani in previsione di una futura fertilità e che potrebbero andare incontro a patologie o trattamenti che possono danneggiare seriamente la produzione di sperma, come ad esempio tumori” spiega il prof. Mario Mancini, medico chirurgo specialista in Endocrinologia e Andrologia, Responsabile del Progetto Andrologia Pediatrica e dell’Adolescenza presso l’Azienda ospedaliera San Paolo di Milano.

Quando si parla di banca del seme, ossia di un centro specializzato all’interno del quale viene conservato il liquido seminale maschile, viene naturale pensare alla fecondazione assistita.

In realtà i fini per i quali si agisce possono essere diversificati.

Nei Paesi nei quali è ammessa la fecondazione eterologa, ad esempio, è abbastanza diffusa la donazione di spermatozoi che a volte può diventare anche un lavoro, come accaduto negli ultimi mesi in Cina, Paese in cui, per agevolare le donazioni si è addirittura pagato i donatori ben 980 dollari che paragonati al salario medio di un operaio formato da solamente poche centinaia di dollari è una vera fortuna!

La donazione del liquido seminale richiede un impegno molto prolungato nel tempo. Infatti, in questi Paesi, i donatori firmano un vero e proprio contratto nel quale è richiesto di produrre campioni di sperma per uno o due giorni alla settimana per almeno un anno. La “visita” alla banca del seme deve essere preceduta da due giorni di astinenza sessuale. Le banche del seme hanno delle piccole camere per i donatori fornite di riviste pornografiche, dvd, un lavandino e una poltrona. Una volta prodotto il liquido seminale viene

analizzato e, se soddisfacente, crioconservato e poi utilizzato per la fecondazione assistita trascorsi sei mesi dalla donazione e dopo aver effettuato nuovamente tutte le analisi sul donatore. In particolare si effettua uno screening per HIV, epatite B e C e sifilide e indagini specifiche volte a verificare la presenza di anomalie cromosomiche e/o malattie genetiche.

Per essere conservato restando fertile il seme viene congelato in azoto liquido a -196 gradi centigradi con una sostanza crioprotettrice che mantiene la vitalità delle cellule. Il principio fondamentale è quello di interrompere i processi biochimici del metabolismo cellulare.

Trovare donatori di seme non è facile, ragion per cui le banche del seme pubblicizzano le loro richieste attraverso diversi mezzi di comunicazione, anche i giornalini universitari, come spesso accade negli Stati Uniti.

Per contro le agenzie di ovuli ricevono centinaia di "richieste di lavoro" ogni mese. Vi è però una sostanziale differenza nel modo attraverso il quale i *professionals* dei due tipi di organizzazione rappresentano i rispettivi "fornitori": mentre nelle banche del seme viene in modo esplicito riconosciuto che i donatori sono più che altro interessati ad una sorta di lavoro, le agenzie di ovuli sono, invece, inclini a considerare le richieste come segni di altruismo, sebbene si faccia notare che le donatrici ricevono qualcosa in cambio.

Il Caso Danimarca

Negli ultimi vent'anni in Danimarca Ole Shou ha fatto nascere 16.580 bambini. Ole Shou è il fondatore di Cryos, la più grande banca di sperma al mondo, con sede ad Aarhus. Pare che tutto sia nato grazie ad un sogno rivelatore: un fiume impetuoso bluastro che si avvita su se stesso. La particolarità stava nel fatto che l'enorme canale era formato non da acqua ma da spermatozoi. Il sogno colpì Ole Shou che cominciò a documentarsi e, finita l'università, in un ufficio di nove metri quadrati avuto grazie ad un

prestito della madre, iniziò la sua attività. “All'inizio – spiega – offrivamo solo la possibilità di congelare il proprio sperma a chi si sottoponeva a vasectomia o ai malati di cancro che rischiavano la sterilità con la chemioterapia. Nel 1990 però, sollecitati dalle cliniche che ricevevano sempre più richieste di aiuto per casi di infertilità, cominciammo a cercare donatori”. Li cercò nelle università affiggendo dei semplici volantini: “Dopo due settimane avevamo già ottenuto cinque gravidanze”.

Attualmente la Cryos ha ben 414 donatori classificati da Mot 5 a Mot 50+ in base ai milioni di spermatozoi per millilitro in modo da assicurare la motilità ed esporta liquido seminale in 70 Paesi.

Accedendo al sito si può notare come coppie eterosessuali, omosessuali o single possono scegliere l'etnia, i caratteri somatici, il colore degli occhi e dei capelli anche chiedendo una foto del donatore da piccolo.

Tale sistema è tutelato da una forte riservatezza che garantisce l'anonimato del donatore. Intatti, mentre in Svezia e nel Regno Unito i donatori sono diminuiti in misura più che considerevole a seguito dell'abolizione dell'anonimato dei donatori anche a seguito del fatto che negli Stati Uniti qualche donatore è stato condannato a pagare il mantenimento a figli ventenni mai conosciuti, in Danimarca la tutela dell'anonimato dei donatori è una priorità e vale quanto la tutela del diritto alla gravidanza di donne single o di coppie di donne.

In Italia

Nel nostro Paese è ammessa solo la fecondazione omologa che prevede che i gameti che formeranno l'embrione devo provenire dalla coppia.

La crioconservazione del liquido seminale o degli spermatozoi prelevati a livello epididimario e testicolare rappresenta uno dei più importanti strumenti che abbiamo oggi a disposizione nella gestione di pazienti affetti da patologie neoplastiche, autoimmuni, urologiche, neurologiche, che si

sottopongono a trattamenti medici e chirurgici potenzialmente in grado di indurre una sterilità permanente o temporanea nonché nei pazienti affetti da azoospermia secretoria ed escretoria.

Alla luce del fatto che molto spesso tali patologie riguardano pazienti giovani e senza figli è imperativo che gli specialisti coinvolti nel settore consiglino questa opportunità e che almeno un

centro in ogni regione si attrezzi per assicurare questa opzione con il più alto grado di professionalità possibile.

È importante rilevare che esistono due diverse modalità di Banca del seme. L'attività di crioconservazione, infatti, può essere inclusa in una tecnica di fecondazione assistita, nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza, in questo caso è considerata soggetta alla legge 40/2004; oppure può perseguire finalità strettamente conservative ed indipendenti dalla fecondazione assistita volte alla prevenzione di soggetti abbastanza giovani che dovranno essere sottoposti a cure particolari.

Esistono situazioni differenti che possono portare alla crioconservazione.

Innanzitutto possiamo distinguere la crioconservazione in soggetti giovani (fino ai 30-35 anni), volta alla prevenzione e alla conservazione del materiale genetico per il futuro e la crioconservazione a cui fa ricorso la coppia con problemi di fertilità (che riguarda una fascia di età più alta).

I giovani e la crioconservazione

“Il paziente giovane che va incontro ad una patologia importante, quale ad esempio un tumore o una leucemia, e che quindi o dovrà essere operato o dovrà fare una radioterapia o una chemioterapia o un trapianto di midollo, potrebbe avere, come conseguenza, una distruzione completa e irreversibile della produzione di spermatozoi. – spiega il prof. Mancini – A questo punto, se il bambino ha un regolare sviluppo puberale, potrebbe avere i testicoli in grado di produrre spermatozoi e può provare a congelare il suo sperma nel

Centro di crioconservazione che lo conserverà anche per lunghi periodo di dieci o quindici anni, in attesa che nel futuro voglia avere prole.

Abbiamo poi un gruppo di pazienti che hanno patologie importanti che progressivamente deteriorano lo sperma come ad esempio un varicocele. (Un soggetto di 20-30 anni che presenta un varicocele non riconosciuto dall'età puberale può andare incontro ad una riduzione fino al completo azzeramento degli spermatozoi).

In queste situazioni, in casi molto severi, si congelerà lo sperma.

Infine vi possono essere casi di pazienti che non hanno spermatozoi nello sperma. In questo caso talvolta è possibile recuperarli dai testicoli tramite un intervento chirurgico. Tale materiale verrà congelato e conservato fin quando un paziente non voglia avere un figlio”.

Successivamente, quando il paziente decide di avere un figlio gli spermatozoi vengono scongelati, riacquistano la loro attività e potranno essere impiegati, di solito nella fecondazione in vitro.

“La prevenzione principale per cui è molto importante una banca del seme – continua – riguarda il tumore. In particolare i bambini tra 13 e 18 anni hanno, con questa nuova tecnologia, una opportunità di conservare la loro capacità fecondante, attualmente sottovalutata. Oggi abbiamo diverse procedure nelle quali il paziente non è stato informato che a seguito della terapia avrà un danno e di questo chiederà conto. Noi abbiamo il ruolo di interfacciarci con tutti i centri nei quali ci potrebbe essere un potenziale danno e che ci mandano il paziente che verrà visitato, si vedrà se ha capacità di produrre uno sperma idoneo che va congelato”.

Nell'ultimo anno solo presso l'Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano ci sono stati circa 500 casi di crioconservazione dello sperma di cui quasi 2/3 da pazienti oncologici.

Si tratta di una forma di prevenzione nel giovane maschio da non sottovalutare.

In questo modo, è possibile non solo salvare la vita al paziente, ma anche dargli la possibilità, una volta guarito, di poter avere figli. Tale funzione è sempre più non è da sottovalutare, tenuto conto lo stress e il dolore fisico e morale a cui è sottoposto sia il giovane paziente affetto da una patologia grave che la sua famiglia.

Si tratta di una forma di prevenzione di fertilità da non sottovalutare: non c'è dubbio che la conservazione, prima del trattamento, del liquido seminale dei pazienti affetti da cancro costituisce un dovere medico importante, tanto più che la prognosi e l'aspettativa di vita degli uomini che hanno, ad esempio, una malattia di Hodgkin o un tumore testicolare sono molto buone. In questo modo, è possibile non solo salvare la vita al paziente, ma anche dargli la possibilità, una volta guarito, di poter avere figli.

L'uso del materiale crioconservato nelle coppie con problemi di fertilità

“Per quanto riguarda i pazienti che crioconservano per la procreazione medicalmente assistita (PMA) la legge 40/2004 non prevede alcun limite di età, si fa riferimento al paziente fertile, per cui fino a 50-60 anni” ci spiega la dott.ssa Patrizia Sulpizio, Responsabile della Struttura Semplice di Ginecologia Riproduttiva presso l'Ospedale San Paolo di Milano.

“Se il materiale – continua – viene prelevato per patologie maschili, come ad esempio una azoospermia ossia nel caso in cui il paziente non riesce ad avere una gravidanza con la sua compagna, ed effettua tutta una serie di esami richieste dall'andrologo che valuta la causa della mancanza di spermatozoi nel liquido seminale e, se è ipotizzabile un intervento chirurgico, viene fatto un prelievo chirurgico testicolare degli spermatozoi che vengono poi crioconservati e utilizzati poi per la fecondazione in vitro.

Esistono, inoltre, altre problematiche strettamente legate alla PMA come una eiaculazione retrograda o un lento e progressivo peggioramento del liquido seminale: in questi casi viene fatta una conservazione preventiva e

cautelativa perché nel tempo questa progressiva riduzione degli spermatozoi potrebbe portare a una incapacità di avere una gravidanza”.

Quando il paziente vuole utilizzare questo materiale biologico si rivolge ad un centro che si occupa di fecondazione assistita che generalmente è lo stesso che ha provveduto alla crioconservazione e chiede lo scongelamento del materiale biologico per trasferirlo nell’utero della compagna.

“Il procedimento – conclude – viene pianificato dal ginecologo che si occupa di fecondazione assistita e viene temporizzato lo scongelamento del materiale crioconservato nel momento in cui o viene fatta una inseminazione o, nella maggior parte dei casi, quando viene fatta una fecondazione in vitro”.

Il contratto

Dal punto di vista strettamente giuridico si viene a perfezionare un vero e proprio contratto di locazione fra il donatore e la banca del seme. Innanzitutto il paziente deve prestare il consenso informato e rilasciare l’autorizzazione a conservare il liquido seminale per un anno. Allo scadere di tale periodo, si farà un controllo, a seguito del quale il donatore può scegliere cosa fare: se rinnovare il contratto, se procedere alla fecondazione assistita o se distruggere il materiale organico.

In ogni caso è il soggetto donatore e lui solo a decidere l’utilizzo del proprio materiale biologico e la sua eventuale distruzione. Anche per l’eventuale ritiro che può avvenire sia per utilizzare tale materiale in tecniche di programmazione medicalmente assistita, sia per trasferirlo in un altro centro di raccolta, è necessaria la richiesta e la presenza fisica del donatore, non potendo operare nessuna delega.

Problemi anche dal punto di vista bioetico si sono posti con riferimento alla morte del donatore. In questo caso il centro è autorizzato a distruggere il

materiale biologico. Non è possibile per il eredi ritirarlo o stabilirne l'uso. Il materiale genetico muore insieme al donatore.

Breve accenno alle questioni bioetiche e morali

Le possibilità oggi disponibili per intervenire nell'ambito della riproduzione aprono la questione etica sull'interpretazione della procreazione responsabile.

Si contrappongono principalmente due concezioni: i sostenitori ispirati al "diritto di natura" di ascendenza greco-cristiana, che ritengono intangibili gli equilibri naturali, legati ad un pensiero prettamente religioso-cattolico, da un lato, e i difensori di una concezione della maternità e della paternità che accentua il ruolo dell'interpretazione culturale del fenomeno, senza caricare il dato naturale di particolare significato morale, dall'altro. Questo secondo punto di vista, di derivazione laica, esclude, a differenza del primo, la presenza nella natura di un ordine trascendente. Per i cattolici, invece, l'ordine naturale ha un valore moralmente obbligante per l'uomo in quanto è segno di una legge e di una volontà divina.

L'obiezione fondamentale contro la fecondazione assistita è, infatti, proprio quella che richiama all'ordine della natura che avrebbe collegato in maniera inscindibile il momento procreativo con quello dell'unione sessuale.

Da una prospettiva laica, non è possibile proibire la finalità procreativa quando le vie naturali sono impedita da malattia. Secondo la posizione di principio cattolica la famiglia è un'associazione naturale e la cultura umana non può apportarne modifiche, ma soltanto agire per salvaguardarla e conservarla.

L'inseminazione artificiale omologa non presenta, in generale, controindicazioni o difficoltà di tipo morale, finché si tratta di aiuto terapeutico e integrativo a far sì che l'atto coniugale, in sé completo in tutte le sue componenti (fisiche, psichiche e spirituali) possa avere effetto

procreativo. Anche per il Magistero della Chiesa Cattolica tale prassi non pone problemi etici, purché si attuino tecniche (in particolare per il prelevamento del seme) che siano, esse stesse, morali. Il seme dopo il prelievo può anche essere trattato, lecitamente, per una maggiore "capacitazione". La valutazione morale dell'inseminazione omologa, comunque, è diversa a seconda che si tratti di vera e propria inseminazione artificiale o di un semplice "aiuto tecnico" all'atto coniugale.

Il Magistero cattolico, già con Pio XII e poi con Paolo IV nell'*Humanae Vitae*, ha posto nella Istituzione *Donum Vitae* un punto invalicabile: la salvaguardia dell'unità fisico-spirituale dell'atto coniugale, per cui l'intervento del ginecologo viene dichiarato lecito a patto che aiuti l'efficacia di quest'atto e il suo completamento procreativo, ma non si sostituisca a questo.

Per definire lecito un procedimento procreativo non è sufficiente l'intenzione, sia pure legittima, della coppia di avere un figlio, ma occorre che siano leciti i mezzi e i modi: di conseguenza il concepimento è lecito quando è il termine di "un atto coniugale per se stesso idoneo alla generazione della prole, al quale il matrimonio è ordinato per sua natura e per il quale i coniugi diventano una carne sola" come sancisce il codice di diritto canonico.

Lungi dal voler affrontare in maniera approfondita le questioni bioetiche che stanno alla base di ogni singola scelta, delineare a grandi passi le due posizioni più lontane fra loro era necessario.

Bibliografia

- ALMELING, *Selling Genes, Selling Gender, Egg Agencies, Sperm Banks, and the Medical Market in Genetic Material*, 2007.
- CHIAPPETTA, *Codice del diritto canonico*, Bologna, 2012.
- COMHAIRE, *Andrologia clinica*, Milano, 2010.
- FANTONI, *Semi in barca*, in *Repubblica*, ottobre 2005.
- GIUSTI, *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 2009.

- LOMBARDI – DE ZORDO, *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide*, Monza, 2013.
- MAGRINI, *Viaggio nella più grande banca del seme del mondo che esporta cromosomi vichinghi in sessanta paesi*, in *Il sole 24ore*, 6 ottobre 2010.
- SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Milano, 2007.

La colpa per negligenza ed imprudenza esclude l'applicabilità dell'art. 3 della legge n. 189 del 2012 (cd. Decreto Balduzzi), che limita la responsabilità in caso di colpa lieve

a cura della dott.ssa Francesca Lucchese

Massima

L'art. 3 della legge 08-11-2012, n. 189 non può involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza, ciò in quanto le linee guida contengono solo regole di perizia.

Infatti, le linee guida, per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico, devono indicare standard diagnostico terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente .

Sintesi del caso

Nella notte del 6 agosto 2003, la Sig. R., in stato di gravidanza, si recava presso la struttura ospedaliera. Durante la notte, i tracciati cardiocografici rendevano evidente la necessità di sottoporre la partoriente a continui controlli.

Tale situazione imponeva, in presenza di un tracciato chiaramente patologico, e della circostanza che la gravidanza era a rischio, trattandosi di donna di 38 anni primipara, la immediata predisposizione del parto cesareo. La nascita della bambina avveniva, invece, per parto naturale il 7 agosto 2003, con evidenti segni di asfissia intrapartum.

In data 6 gennaio 2004, la neonata decedeva per danni cerebrali conseguenti ad una asfissia *intrapartum*.

Il Tribunale dichiarava il dott. P., nella qualità di medico ginecologo della partoriente R., responsabile del delitto di omicidio colposo (art. 589 c.p.) in

danno della neonata L., deceduta per danni cerebrali conseguenti ad una asfissia intrapartum.

La Corte di Appello confermava la sentenza di primo grado.

Avverso tale decisione il dott. P ha proposto ricorso per Cassazione.

La materia del contendere

L'imputato, tra i motivi del ricorso, richiamando una nota opinione della dottrina sulla natura normativa della colpa generica, si lamenta della mancata considerazione delle linee guida afferenti i criteri di scelta tra il parto naturale ed il taglio cesareo, dettate con la deliberazione della Regione X n. 118 del 2 febbraio 2005, in Bollettino Ufficiale n. 20 dell'11 aprile 2005, dimostrative del fatto che l'imputato non solo non fosse incorso in alcuna violazione del dovere di diligenza ma che il suo comportamento fosse assolutamente conforme a quelle direttive.

Quaestio juris

Qual è la natura delle linee guida nella pratica sanitaria? Qual è la loro rilevanza nelle scelte terapeutiche del medico e nella valutazione del giudice?

Normativa di riferimento

Art. 40 c.p. Rapporto di causalità.

Art. 43 c.p. Elemento psicologico del reato.

Art. 3 Legge 08 novembre 2012, n. 189: "L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

Nota esplicativa

Preliminarmente, occorre osservare che nel caso in oggetto il profilo della colpa accertato a carico del sanitario non è fondato su di un errore colpevole nella formulazione della diagnosi nè sulla imperizia dimostrata dallo stesso.

Si rileva, invece, che la responsabilità del medico è stata individuata nella violazione del dovere di diligenza che gli imponeva di svolgere la sua attività secondo il suo modello di agente e nel rispetto delle regole di prudenza: la cui violazione ha determinato le premesse dell'evento letale.

Fatte queste premesse, i giudici della Suprema corte hanno affermato che le linee guida, non afferendosi ai profili di colpa per negligenza e imprudenza, riguardano e contengono solo regole di perizia. Il che porta a ritenere non applicabile il *novum* normativo di cui alla L. n. 189 del 2012, art. 3, che limita la responsabilità in caso di colpa lieve.

In altri termini, tale disposizione obbliga a distinguere tra colpa lieve e colpa grave, " solo limitatamente ai casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida e solo limitatamente a questi casi viene forzata la nota chiusura della giurisprudenza che non distingue fra colpa lieve e grave nell'accertamento della colpa penale".

Valga ancora notare che le linee guida, per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico, devono indicare "standard diagnostico terapeutici conformi alla regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente (va ovviamente precisato che anche le aziende sanitarie devono, a maggior ragione in un contesto di difficoltà economica, ispirare il proprio agire anche al contenimento dei costi ed al miglioramento dei conti, ma tali scelte non possono in alcun modo interferire con la cura del paziente: l'efficienza di

bilancio può e deve essere perseguita sempre garantendo il miglior livello di cura, con la conseguenza del dovere del sanitario di disattendere indicazioni stringenti dal punto di vista economico che si risolvano in un pregiudizio per il paziente)". (Cass.Pen., sez. IV, 29 settembre 2009 , 38154).

Va dato conto dell'orientamento giurisprudenziale a guisa del quale "solo nel caso di linee guida conformi alle regole della migliore scienza medica sarà poi possibile utilizzarle come parametro per l'accertamento dei profili di colpa ravvisabili nella condotta del medico ed attraverso le indicazioni dalle stesse fornite sarà possibile per il giudicante – anche, se necessario, attraverso l'ausilio di consulenze rivolte a verificare eventuali particolarità specifiche del caso concreto, che avrebbero potuto imporre o consigliare un percorso diagnostico-terapeutico alternativo- individuare eventuali condotte censurabili". (Cass. Pen., sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922).

Dall'analisi giurisprudenziale sopra esposta, emerge l'importanza delle linee guida come parametro rilevante per affermare od escludere profili di colpa nella condotta del sanitario.

Tuttavia, si deve osservare che la diligenza del medico non può misurarsi esclusivamente attraverso la pedissequa osservanza delle stesse. Si è evidenziato, infatti, che in taluni casi le linee guida possono essere influenzate da preoccupazioni legate al contenimento dei costi sanitari, oppure si appalesano obiettivamente controverse, non unanimemente condivise oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia. (Cass. Pen. , sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254).

Alla luce di siffatte prospettazioni, deve ritenersi conclusione condivisa che l'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida non escluda né determini automaticamente la colpa.

Tale impostazione è stata di recente condivisa dalla Corte di Cassazione chiamata a pronunciarsi sulla medesima questione oggetto della presente analisi.

I giudici, ripercorrendo i differenti approdi pretori, hanno affermato che linee guida contengono valide indicazioni generali riferibili al caso astratto, "ma è altrettanto evidente che il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, nel rispetto della volontà di quest'ultimo, al di là delle regole cristallizzate nei protocolli medici. Questo concetto, di libertà nelle scelte terapeutiche del medico, è un valore che non può essere compromesso a nessun livello né disperso per nessuna ragione, pena la degradazione del medico a livello di semplice burocrate, con gravi rischi per la salute di tutti". (Cass. Pen. Sez. IV, 19 settembre 2012, 35992). L'accertamento del rispetto delle linee guida, quindi, deve essere affiancato ad un'analisi della correttezza delle scelte terapeutiche alla luce della concreta situazione in cui il medico si è trovato ad intervenire.

In altri termini, non vi può essere esclusione delle responsabilità, per il semplice fatto che siano seguite linee guida o siano stati eseguiti i protocolli quando il medico abbia compiuto colposamente la condotta che in concreto si rendeva necessaria.

Pertanto, secondo l'impostazione seguita dalla Corte di Cassazione, le linee guida e i protocolli, in ragione della particolare attività svolte dal medico, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'articolo 43 c.p.: leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Sentenze e precedenti in materia di linee guida

- Cass. Pen., sez. IV, 29.01.2013, n. 268 "ha affermato che la legge 189/2012 ha una concreta portata innovativa, avendo escluso la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve, che si collochino all'interno dell'area seguita da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché accreditata dalla comunità scientifica";

- Cass. Pen. Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35992 hanno affermato “che linee guida contengono valide indicazioni generali riferibili al caso astratto, ma è altrettanto evidente che il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, nel rispetto della volontà di quest'ultimo, al di là delle regole cristallizzate nei protocolli medici. Questo concetto, di libertà nelle scelte terapeutiche del medico, è un valore che non può essere compromesso a nessun livello né disperso per nessuna ragione, pena la degradazione del medico a livello di semplice burocrate, con gravi rischi per la salute di tutti”.

- Cass. Pen., sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, la Suprema Corte ha inquadrato la questione delle linee guida “nel tema più generale del rischio consentito (in cui rientrano tutte quelle attività che comportano una misura di pericolosità in tutto o in parte ineliminabile e che tuttavia si accetta che vengano esercitate perché afferenti ad importanti ambiti produttivi, scientifici, medici) ed ha evidenziato la difficoltà in questi casi di stabilire quale sia il punto di equilibrio, la linea di confine che segna il passaggio dal lecito all'illecito giacché le normative precauzionistiche sono spesso inadeguate. Da tale incertezza il giudice di legittimità ha tratto la conclusione che l'arbitro, il quale stabilisce il punto di confine tra il lecito e l'illecito finisce per essere proprio il giudice, con l'aiuto, nella maggior parte dei casi, degli esperti”;

-Cass. Pen., sez. IV, 29 settembre 2009, n. 38154, i giudici di legittimità “premessa la conformità al principio della esigibilità, nell'opera professionale del medico, della media diligenza e perizia, hanno affermato la logicità della motivazione laddove i giudici di merito avevano valutato incongruente il richiamo, a mò di giustificazione, al rispetto dei protocolli, posto che questi danno al medico un'indicazione di base sulla quale deve, tuttavia, innestarsi un comportamento che sia corretto secondo scienza e coscienza”.

Bibliografia

- Marinucci-Dolcini, Manuale di diritto penale, Giuffr , 2012;
- Codice penale operativo annotato con dottrina e giurisprudenza, Ed. Giuridiche Simone, 2013.

Testo sentenza

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE QUARTA PENALE

Svolgimento del processo

Con la impugnata la Corte di appello di Napoli ha confermato quella di primo grado che aveva dichiarato P.N., nella qualit  di medico ginecologo della partoriente R.M., responsabile del delitto di omicidio colposo (art. 589 c.p.) in danno della neonata L.E., deceduta il (OMISSIS) per danni cerebrali conseguenti ad una asfissia intrapartum, verificatasi il (OMISSIS).

Al sanitario   stato addebitato che pur in presenza di tracciati cardiocografici significativi di concreto rischio per il benessere del feto, non operava un costante monitoraggio della accertata situazione di preallarme n  predisponendo ed eseguiva un intervento di parto cesareo che, se operato, avrebbe evitato l'asfissia intrapartum ed il conseguente decesso della bambina. La scelta terapeutica operata dal P. si sarebbe rivelata fatale atteso che procedendo al parto naturale la nascita avrebbe sofferto una grave asfissia che le avrebbe cagionato una tetra paresi spastica e poi la morte.

La R. era stata ricoverata in ospedale nella serata del (OMISSIS). Secondo la lettura dei dati fornita dai giudici di merito, conforme a quella dei consulenti della parte civile, fondate su linee guida di un organismo scientifico di fama internazionale, gi  i tracciati cardiocografici delle 22,30 (dal quale erano rilevabili contrazioni ogni dieci minuti di forte intensit  ogni 100 secondi) e delle ore 5,35 rendevano evidente la necessit  di sottoporre la partoriente ad un continuo controllo con cardiocografia mentre il tracciato delle ore 7 doveva ritenersi chiaramente patologico, emergendo una riduzione di variabilit  basale prolungata e la comparsa di decelerazioni tardive, che i consulenti della parte civile definivano "patterns cardiocografici", associati ad un rapido sviluppo di ipossia fetale con acidosi.

Tale situazione imponeva, in presenza del tracciato delle ore 7, e della circostanza che la gravidanza era a rischio, trattandosi di donna di 38 anni primipara, la immediata predisposizione del parto cesareo, considerato altres  che la dilatazione uterina era ferma a 4/5 cm. La nascita della bambina avveniva, invece, per parto naturale alle ore 7,55, del 7 agosto, con evidenti segni di asfissia intrapartum (indice di Apgar pari a 2, bradicardia, assenza di respiro spontaneo, ipotonia generalizzata ed una gravissima acidosi metabolica desumibile dalle tre somministrazioni di bicarbonato di sodio avvenute presso il reparto di terapia intensiva dell'ospedale di (OMISSIS), ove la bambina era trasferita poco dopo la nascita e dal quale veniva dimessa due mesi pi  tardi con diagnosi di encefalopatia anossica ischemica; nel corso del ricovero presso l'ospedale (OMISSIS) veniva ulteriormente rilevato un quadro di tetraparesi spastica, tra le paralisi cerebrali pi  frequentemente correlate ad una asfissia acuta intrapartum).

I giudici di appello, confermavano, pertanto la vantazione del primo giudice, aderente alle conclusioni del consulente della parte civile, secondo il quale dalle indagini strumentali alle quali era stata sottoposta la bambina

era rimasto accertato che il danno cerebrale si era verificato nel corso del parto e non durante la gestazione (ciò era dimostrato, in particolare, dal fatto che le prime indagini non avevano evidenziato subito una lesività in fase evolutiva avanzata a carico della corteccia cerebrale).

La Corte di appello prendeva anche in considerazione, disattendendole, le parziali diverse conclusioni dei consulenti della difesa, secondo i quali non era possibile escludere altre cause del danno cerebrale riportato dalla bambina in quanto l'asfissia perinatale può ritenersi dimostrata solo ove concorrano quattro condizioni: una acidosi metabolica comprovata da prelievi di sangue, mancanti nel caso di specie; un inizio precoce di encefalopatia neonatale, non dimostrata strumentalmente; una paralisi cerebrale di tipo spastico o discinetico, mentre nel caso di specie in alcuni momenti alla spasticità si era alternata una ipotonia tale da indurre a ritenere che vi fosse tetraparesi flaccida e non spastica, compatibile con un'asfissia antepartum; esclusione di altre patologie, che potevano non essere state rilevate dall'amniocentesi. Sui tracciati cardiocografici i medesimi consulenti osservavano che solo quello delle ore 7 poteva definirsi non patologico.

I periti di ufficio affermavano, invece, che non poteva ritenersi con certezza che l'asfissia fosse insorta durante il parto piuttosto che nelle ultime settimane di gravidanza. Ciò premesso, quanto alla colpa, i giudici di appello affermavano che essa era da rinvenirsi nel fatto che il sanitario, pur avendo indotto il travaglio con prostaglandine, aveva affidato la partoriente ad una ostetrica e, sebbene richiamato più volte a causa dei fortissimi dolori avvertiti dalla R. appena un'ora dopo la somministrazione del farmaco, era ritornato in clinica solo verso le ore cinque, omettendo un costante monitoraggio della R.. Anche dal tracciato delle ore 7 – definito poco rassicurante dai consulenti dello stesso imputato – erano rilevabili anomalie del battito fetale che avrebbero imposto di valutare l'opportunità di un parto cesareo invece di attendere il parto spontaneo, verificatosi circa un'ora dopo con conseguente asfissia perinatale della quale sussistevano secondo i giudici tutti i fattori rivelatori (l'acidosi metabolica grave, comprovata dalla circostanza che alla bambina vennero somministrate tre dosi di bicarbonato di calcio e la diagnosi finale di tetraparesi spastica, indicativa di una origine intrapartum della asfissia). Le indagini strumentali non avevano, invece, rivelato alcun elemento sul quale fondare la diagnosi di tetra paresi flaccida formulata dai consulenti della difesa. La stessa ingravescenza del danno cerebrale era dimostrativa secondo la sentenza che il danno cerebrale era insorto nel corso del parto nè le indagini strumentali eseguite nell'arco dei nove mesi avevano rilevato la presenza di malattie genetiche. Il rilievo della condotta omissiva veniva dai giudici di merito ricollegato all'argomentazione del consulente della parte civile, non contrastata dagli altri medici, secondo la quale è sufficiente un tempo di dieci minuti intercorrente tra la comparsa dell'anomalia cardiocografica e l'intervento ostetrico perchè si produca, in presenza di ischemia e ipossia fetale, un danno neurologico irreversibile.

Avverso la predetta decisione propongono ricorso per cassazione l'imputato e la Clinica (OMISSIS), nella qualità di responsabile civile, articolando sostanzialmente gli stessi motivi. Con il primo motivo lamentano il vizio di motivazione, sotto il profilo del travisamento della prova, sul rilievo che entrambi i giudici di merito avevano omesso di valutare i rilievi formulati sia dai periti nominati dal giudice sia dai consulenti di parte sulla ipotesi scientifica prospettata dall'accusa. Si sostiene che il primo dato probatorio oggetto di travisamento è quello afferente l'apprezzabilità di un asfissia intrapartum attraverso i tracciati cardiocografici, dei quali era stata fornita una lettura conforme a quella dei consulenti della parte civile, discordante da quella dei periti e dei consulenti della difesa. Sul punto, premesso che il tracciato cardiocografico non è strumento idoneo a rilevare un'asfissia intrapartum, si lamenta che la Corte di merito aveva omesso di valutare la tesi prospettata dal CTU, secondo la quale l'unico tracciato negativo

“patologico” era quello delle ore 7 e dei consulenti della difesa che avevano definito “poco rassicurante” ma non “patologico” quello delle ore 7, concludendo che non vi era stata alcuna avvisaglia di sofferenza fetale (anche dalla rottura delle acque era fuoriuscito liquido di colore chiaro, dato evidente del benessere del nascituro). Ulteriore elemento di contraddittorietà della motivazione viene rinvenuto con riferimento alla patologia causa della morte. La Corte di merito, aderendo alla ricostruzione del primo giudice, aveva apoditticamente concluso che la morte della neonata si era verificata a causa di un’asfissia post partum produttiva di una tetra paresi spastica individuando quali indicatori della asfissia elementi asseritamente equivoci.

Tra questi la triplice somministrazione di bicarbonato era privo di pregio in quanto rientrante nelle ordinarie pratiche di rianimazione che la neonata aveva dovuto subire. Inoltre i giudici di appello, aderendo alla impostazione del primo giudice, non avevano preso posizione sulla questione controversa tra i periti afferente l’apprrezzamento della esistenza di un’acidosi metabolica. Si sostiene inoltre che la Corte di merito non aveva fornito risposta al rilievo che aveva evidenziato come dall’esame anatomico-patologico del cervello era risultato un danno ipossico a carico di strutture profonde, incompatibile con un’asfissia in fase di travaglio. Sotto altro profilo si deduce che la valutazione operata dai giudici di merito non aveva tenuto conto dei rischi connessi all’effettuazione del taglio cesareo evidenziati da uno dei consulenti dell’imputato.

Tale ultimo profilo viene trattato anche con il secondo motivo con il quale si deduce la violazione di legge con riferimento agli artt. 40 e 43 c.p., giacchè la Corte di appello avrebbe fondato la responsabilità penale del sanitario esclusivamente sulla posizione di garanzia rivestita dal medesimo senza tenere conto dei rilievi formulati nei motivi di appello sulla impraticabilità del parto cesareo nel caso di specie, omettendo ogni valutazione sulla possibilità da parte del medico di tenere la condotta doverosa omessa e mancando di procedere ad un giudizio contro fattuale. Con il terzo motivo, richiamando una nota opinione della dottrina sulla natura normativa della colpa generica, si lamenta che i giudici di merito, nel valutare la presenza di un errore diagnostico, non avevano tenuto conto delle linee guida afferenti i criteri di scelta tra il parto naturale ed il taglio cesareo, dettate con la deliberazione della Regione Campania n. 118 del 2 febbraio 2005, in Bollettino Ufficiale n. 20 dell’11 aprile 2005, dimostrative del fatto che l’imputato non solo non fosse incorso in alcuna violazione del dovere di diligenza ma che il suo comportamento fosse assolutamente conforme a quelle direttive.

Motivi della decisione

In via preliminare va disattesa l’eccezione di prescrizione sollevata dal difensore nell’odierna udienza. Invero va precisato che la morte della bambina, quale conseguenza del parto, si è verificata il (OMISSIS), per cui l’inizio del decorso della prescrizione è da identificare in quella data, pur essendo stata la condotta posta in essere in data (OMISSIS).

Poichè sono state concesse le attenuanti generiche, il termine massimo di prescrizione, pari a sette anni e mezzo (v. art. 157 c.p., comma 1, e art. 161 c.p., comma 2), sarebbe in astratto decorso il 6 luglio 2011. Bisogna però tener conto, al riguardo, dei periodi di sospensione della prescrizione. Nel corso del giudizio di primo grado, nel caso in esame, vi è stato il rinvio dal 5 luglio 2007 al 10 dicembre 2007 per sciopero avvocati (5 mesi e 5 giorni); nel corso del giudizio di secondo grado all’udienza del 18 gennaio 2011 è stata formulata dal difensore dell’imputato istanza di rinvio per motivi personali e l’udienza è stata rinviata al 18 marzo 2011 (2 mesi); vi è stato poi il rinvio dal 18 marzo 2011 al 25 ottobre 2011 per sciopero avvocati (per complessivi 7 mesi e 7 giorni) ed infine all’udienza del 25 ottobre 2011 le stata formulata nuova istanza di rinvio da parte del difensore, così che l’udienza è stata rinviata alla data del 2 dicembre 2011 (1 mese e 7 giorni). Ne consegue che alla data della pronuncia di questa sentenza la prescrizione non si era ancora maturata, in quanto il periodi di

sospensione della prescrizione (complessivamente 1 anno, 3 mesi e 19 giorni), va sommato al termine di legge (7 anni e mezzo), così la data di prescrizione è stata correttamente calcolata al 25 ottobre 2012, data in cui era intervenuta una ulteriore causa di sospensione della prescrizione giacché all'udienza del 23 ottobre, alla quale era stata inizialmente fissata l'udienza dinanzi a questa Corte, il difensore dell'imputato ha fatto pervenire istanza di adesione allo sciopero degli avvocati, con il conseguente rinvio alla data odierna, in assenza di opposizione delle altre parti.

Ciò premesso, il ricorso, comune ad entrambe le parti, è infondato e va rigettato. A tal riguardo, giova premettere i limiti del controllo di legittimità quando ci si trova di fronte a una doppia sentenza di condanna e quando la doglianza (travisamento della prova, carenza di motivazione) è caratterizzato dalla diversa lettura delle relazioni peritali in atti. Ebbene, in tema di ricorso per cassazione, quando ci si trova dinanzi ad una "doppia conforme" e cioè ad una doppia conforme decisione (di condanna), le sentenze di primo e secondo grado vanno apprezzate nel loro complesso, onde valutarne la conformità al diritto ed alla logica, si da poterne considerare la tenuta in sede di legittimità.

Parimenti, va ricordato che, in tema di ricorso per cassazione, alla luce della rinnovata formulazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), come modificato dalla L. 20 febbraio 2006, n. 46, è ora sindacabile il vizio di "travisamento della prova", che si ha quando nella motivazione si fa uso di un dato di conoscenza considerato determinante, ma non desumibile dagli atti del processo, o quando si omette la valutazione di un elemento di prova decisivo sullo specifico tema o punto in trattazione. Tale vizio può essere fatto valere, però, solo nell'ipotesi in cui l'impugnata decisione abbia riformato quella di primo grado, ma non nel caso in cui la sentenza di appello abbia confermato l'antecedente decisione (cosiddetta "doppia conforme"), posto in questo caso il limite posto dal principio devolutivo, che non può essere valicato, con coeva intangibilità della valutazione di merito del risultato probatorio, se non nell'ipotesi in cui il giudice di appello abbia individuato – per superare le censure mosse al provvedimento di primo grado – atti o fonti conoscitive mai prima presi in esame, ossia non esaminati dal primo giudice (Sezione 6, 10 maggio 2007, Contrada).

E' quindi tenendo conto di queste premesse che vanno esaminati i motivi di ricorso, specie allorché siano sviluppati sulla logicità degli argomenti spesi in motivazione a supporto della con divisibilità o no dei diversi apporti scienti scientifici di rilievo ai fini della ricostruzione del fatto e delle possibili responsabilità. A tal riguardo, è indiscutibile che, in virtù del principio del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, il giudice ha la possibilità di scegliere, fra le varie tesi prospettate da differenti periti di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purchè dia conto, con motivazione accurata ed approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermato sulle tesi che ha ritenuto di disattendere e confuti in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, sicchè, ove una simile valutazione sia stata effettuata in maniera congrua in sede di merito, è inibito al giudice di legittimità di procedere ad una differente valutazione, poichè si è in presenza di un accertamento in fatto come tale insindacabile dalla Corte di cassazione, se non entro i limiti del vizio motivazionale (Sezione 4, 20 aprile 2010, Bonsignore).

E in questa prospettiva è altrettanto indiscutibile che non possa essere questa Corte ad interloquire sulla maggiore o minore attendibilità scientifica degli apporti scientifici esaminati dal giudice. La Corte di cassazione non è giudice del sapere scientifico, giacché non detiene proprie conoscenze privilegiate: essa, in vero, è solo chiamata a valutare la correttezza metodologica dell'approccio del giudice di merito al sapere tecnico-scientifico, che riguarda la preliminare, indispensabile verifica critica in ordine alla affidabilità delle informazioni che vengono utilizzate ai fini della spiegazione del fatto. Ed allora, come anticipato, il giudice di legittimità è e rimane pur sempre giudice della correttezza della

motivazione e, quindi, (solo) del modo con cui una determinata affermazione scientifica è veicolata a supporto della decisione.

Non spetta alla Corte esprimersi a favore dell'una o dell'altra tesi (la Corte, infatti, non ha la competenza o la qualificazione per stabilire se la legge scientifica utilizzata sia affidabile o no, mentre può e deve limitare il proprio vaglio alla spiegazione razionale fornita in proposito dal giudice: in termini, Sezione 4, 30 settembre 2008, parte civile Rizza ed altri in proc. Codega ed altri; Sezione 4, 17 settembre 2010, Cozzini ed altri). Ma spetta al giudice di merito fornire una spiegazione convincente che sia in grado di reggere – qui nell'ottica dell'al di là di ogni ragionevole dubbio ai fini della condanna – il vaglio della logicità e della persuasività. Vaglio che si risolve, per quanto evidenziato, in termini negativi.

E proprio facendo applicazione di questi principi che è immediatamente apprezzabile la non manifesta illogicità della sentenza, che ha proceduto ad un'attenta disamina comparativa tra i diversi apporti medico-legali (di cui non può qui esprimersi la condivisibilità o no: ovvero la preferenza dell'uno rispetto agli altri), aderendo ad una delle tesi scientifiche (qui, principalmente a quella prospettata dai consulenti della parte civile), senza eludere le tematiche specifiche che le altre tesi pur ponevano non arbitrariamente: in particolare, la questione della rilevanza fenomenica dei diversi tracciati tocografici e della rilevanza di questi e di ciascuna di essi ai fini e per gli effetti dell'indicazione di una sofferenza del feto e, quindi, della scelta inderogabile ed indilazionabile di eseguire il parto cesareo nonché la questione della sussistenza di un'acidosi metabolica, rilevante, in ipotesi, per sostenere la tesi dell'asfissia intra partum.

Rispetto a queste decisive questioni, i giudici hanno saputo fornire una congrua e motivata ragione della scelta ed hanno dimostrato di essersi soffermato sulla tesi che hanno creduto di non dover seguire. Basta rilevare, con riferimento alla questione del mancato monitoraggio tocografico e della rilevanza degli esiti dei tracciati ai fini della prova della condizione di sofferenza del feto, che il giudice di appello ha approfondito i profili di colpa addebitabili al sanitario, evidenziando non soltanto le conclusioni dal consulente del pubblico ministero e di quelli della parte civile, che hanno definito patologico il tracciato delle ore 7 – essendo state rilevate decelerazioni anomale del battito fetale – ma anche quelle dei periti di ufficio e degli stessi consulenti dell'imputato, i quali hanno definito, per gli stessi motivi, tale tracciato non rassicurante. Non è, pertanto, manifestamente illogica la motivazione laddove i giudici di merito affermano che la condizione della paziente, già trentottenne alla prima gravidanza e con indotta stimolazione farmacologica del travaglio, avrebbe dovuto indurre il sanitario ad un monitoraggio continuo delle condizioni del feto onde valutare l'opportunità di un taglio cesareo, ancora possibile in quanto la donna presentava una dilatazione del collo uterino di appena cinque centimetri, così evitando al feto l'ulteriore stress correlato al parto naturale, avvenuto circa un'ora dopo.

Basta rilevare, ancora, con riferimento alla questione della sussistenza dell'acidosi metabolica, rilevante per sostenere la tesi dell'asfissia intrapartum, che i giudici di merito non hanno eluso una propria pertinente motivazione per disattendere la tesi fatta propria non solo dal consulente della difesa ma anche dai periti di ufficio, i quali avevano espresso il convincimento che fosse dubbia la presenza dell'acidosi metabolica e ciò avevano prospettato evidenziando la circostanza temporale che l'emogasanalisi era stata effettuata in tempi successivi. Il giudice di appello ha recepito la tesi opposta ed richiamato anche la sentenza di primo grado, laddove il giudicante aveva evidenziato che, anche se non confermata dalle analisi, in quanto non eseguite nella prima ora di vita della neonata, detta acidosi metabolica era sicuramente deducibile dalla circostanza che alla bambina erano state somministrate tre dosi di bicarbonato di calcio, terapia utilizzata proprio in quei casi in cui il neonato presenti tale complicanza, certamente ricollegabile ad una ipossia da travaglio. In tal senso deponevano, del resto, come evidenziato nella sentenza, gli altri sintomi presenti nella bambina al momento della nascita: un indice di Apgar pari a 2, bradicardia, assenza di respiro spontaneo, ipotonia generalizzata, tutti elementi ulteriormente

significativi della asfissia verificatasi al momento della nascita. Ed è anche di rilievo la considerazione svolta da entrambi i giudici di merito secondo la quale alcuna indagine strumentale eseguita nell'arco dei nove mesi aveva rivelato la presenza di malattie genetiche.

Alla luce di tali considerazioni non è, pertanto, elusivo il richiamo alla "posizione di garanzia" della vita della madre e della bambina rivestita dal sanitario- che aveva seguito la R. per tutta la gravidanza e si era impegnato con lei a seguirne il parto -, collegata dai giudici di merito alla positiva dimostrazione della colpa in cui lo stesso era incorso, omettendo di sottoporre la paziente ad un costante monitoraggio e di predisporre ed eseguire l'intervento di parto cesareo che, se eseguito, con elevato grado di credibilità razionale avrebbe evitato l'asfissia ed il conseguente decesso della bambina.

Anche l'ultimo motivo, con il quale si lamenta che i giudici di merito, nel valutare la presenza di un errore diagnostico, non avevano tenuto conto delle linee guida afferenti i criteri di scelta tra il parto naturale ed il taglio cesareo, dettate con la deliberazione della Regione Campania n. 118 del 2 febbraio 2005, è infondato. Sul punto va, in via preliminare, osservato che, contrariamente a quanto sostenuto in ricorso, nel caso in esame il profilo di colpa accertato a carico del sanitario non è fondato su di un errore colpevole nella formulazione della diagnosi nè sulla imperizia dimostrata dallo stesso. Come sopra evidenziato, la responsabilità dell'imputato è stata, invece, individuata nella violazione del dovere di diligenza che gli imponeva di svolgere la sua attività secondo il suo modello di agente e nel rispetto delle regole di prudenza, la cui violazione ha determinato le premesse dell'evento letale. Non può, pertanto, essere utilmente evocata l'applicazione delle linee guida che riguardano e contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza e di imprudenza. Nè, trattandosi di colpa per negligenza ed imprudenza, può trovare applicazione il novum normativo di cui alla L. n. 189 del 2012, art. 3, che limita la responsabilità in caso di colpa lieve. La citata disposizione obbliga, infatti, a distinguere fra colpa lieve e colpa grave, solo limitatamente ai casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida e solo limitatamente a questi casi viene forzata la nota chiusura della giurisprudenza che non distingue fra colpa lieve e grave nell'accertamento della colpa penale. Tale norma non può, invece, involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza, perchè, come sopra sottolineato, le linee guida contengono solo regole di perizia. Va, comunque, precisato, in via generale, che le linee guida per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico devono indicare standard diagnostico terapeutici conformi alla regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e (come detto) non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente (va ovviamente precisato che anche le aziende sanitarie devono, a maggior ragione in un contesto di difficoltà economica, ispirare il proprio agire anche al contenimento dei costi ed al miglioramento dei conti, ma tali scelte non possono in alcun modo interferire con la cura del paziente: l'efficienza di bilancio può e deve essere perseguita sempre garantendo il miglior livello di cura, con la conseguenza del dovere del sanitario di disattendere indicazioni stringenti dal punto di vista economico che si risolvano in un pregiudizio per il paziente). Solo nel caso di linee guida conformi alle regole della migliore scienza medica sarà poi possibile utilizzarle come parametro per l'accertamento dei profili di colpa ravvisabili nella condotta del medico ed attraverso le indicazioni dalle stesse fornite sarà possibile per il giudicante - anche, se necessario, attraverso l'ausilio di consulenze rivolte a verificare eventuali particolarità specifiche del caso concreto, che avrebbero potuto imporre o consigliare un percorso diagnostico-terapeutico alternativo- individuare eventuali condotte censurabili (v. sulla natura delle linee guida e sulla loro rilevanza nelle scelte terapeutiche del medico e nella valutazione del giudice, Sez. 4, 11 luglio 2012, n. 35922, Ingrassia).

Al rigetto del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali ed alla rifusione delle spese di questo giudizio in favore delle costituite parti civili, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali nonché alla rifusione in favore delle costituite parti civili delle spese di questo giudizio, che, unitariamente e complessivamente liquida in Euro 3.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A. nelle misure di legge.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 d.l. 158/2012

a cura dell'Avv. Aurora Di Mattea

Il Tribunale di Milano con ordinanza del 21/03/2013 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del d.l. 158/2012 convertito in l. 189/2012. L'esclusione dall'alveo della penale responsabilità per colpa lieve ha condotto il giudice del merito ad individuare l'esatta collocazione sistematica della nuova area di non punibilità, ma la genericità del dato letterale ha prestato il fianco ad una riserva di incostituzionalità. Si riscontra la violazione degli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33 e 111 Cost. In primo luogo, l'ambito oggettivo e soggettivo individuato dalla previsione normativa è costituito dall'esercente la professione sanitaria nello svolgimento della propria attività.

È da osservare che la disposizione riguarda tutti gli operatori esercenti professione sanitaria, e quindi non solo i medici, ma tutto l'universo delle professioni che ruotano in ambito sanitario dai veterinari ai biologi, senza escludere gli operatori parasanitari. La latitudine applicativa stride con la sterilità del dato che, escludendo a priori la responsabilità per colpa lieve, può quindi lasciare fuori dell'alveo penale, condotte che possono causare effetti illeciti gravi, anche se discendenti da colpa lieve. La disposizione si rivela incongrua nella parte in cui non delimita l'area di esenzione dalla pena senza offrire una giustificazione organica e sistematica.

Altro profilo in cui si rivela l'incostituzionalità della norma afferisce lo spazio applicativo, delimitato dalla lacunosa accezione "nello svolgimento della propria attività", che demanda non solo all'attività sanitaria in senso stretto, ma anche alla funzione ricoperta dal professionista in seno alla struttura in cui opera. Vengono in rilievo, in particolare, le posizioni di garanzia, assunte in qualità di dirigente, o preposto, dal medico che dirige un'unità operativa, e che all'interno di un reparto assume i compiti di datore di lavoro dell'area in

cui lavora. Il giudice milanese, partendo dal dato asettico della previsione si interroga se lo spazio applicativo si estenda anche agli obblighi di vigilanza e controllo, che assume quale datore di lavoro, perché dirigente della struttura, o preposto, quale responsabile della sicurezza e della prevenzione. Di vero, il dlgs 81/2008 si applica ad ogni ambiente lavorativo, e in seno agli artt. 2 , 6 e 9 , sono contenute le linee guida e le buone prassi. Ma il combinarsi di tali principi con il nuovo dettame normativo introduce un regime differenziato in materia di sicurezza del lavoro, in ambito sanitario. In forza di una lettura aderente alla locuzione, il verificarsi di un illecito in violazione delle misure di sicurezza di cui al dlgs 81/08, determinerebbe un'esenzione della responsabilità per colpa lieve. Tale asserzione non è affermativa ma interrogativa, e dettata solo esclusivamente da una carenza di precisazioni, indicazioni, anche di carattere interpretativo agli operatori del diritto. Il giudice del merito potrebbe con facilità applicare alla classe esercente professione sanitaria un regime derogatorio a quello generale, esteso alle norme in materia di sicurezza del lavoro. È evidente che tale stato di cose produrrebbe un trattamento differenziato rispetto alle posizioni di garanzia riconosciute al di fuori dell'area sanitaria, divenendo ingiustificato ed irrazionale, confermando così la violazione dell'art. 3 Cost.

La applicazione della normativa agli esercenti la professione sanitaria, siano essi pubblici o privati, comporta una ingiustificata parità di trattamento nell'ambito della categoria dei dipendenti pubblici. Questi ultimi ai sensi dell'art. 28 Cost. sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di legge, e l'introduzione del nuovo modello di responsabilità medica comporta una differenziazione in seno all'area del pubblico impiego che non trova alcuna ragione di fondatezza.

Del resto, anche a titolo di cooperazione colposa, tra esercenti professione sanitaria e non, si determinerebbe una differenza di regime in virtù del nuovo parametro di riferimento.

Passando alla valutazione dei requisiti di precisione tassatività e determinatezza della previsione, sono emersi di primo acchito delle imprecisioni sulla qualificazione giuridica del regime introdotto, e sulla nozione di colpa lieve, che in sede penale assume una valenza concettuale, legata esclusivamente alla determinazione della pena e di seguito alla minore incidenza offensiva della condotta.

La formula legislativa “non risponde penalmente”, ha prodotto delle esitazioni interpretative sull’esatta qualificazione giuridica da assegnare alla esenzione di responsabilità. Si sono profilate due possibili ed alternative soluzioni. Si è in un primo momento configurato il nuovo modello derogatorio quale esimente. Ma tale conclusione, secondo le argomentazioni del giudice meneghino, si presterebbe a contraddizioni concettuali, considerato che viene fatta salva l’azione di risarcimento in sede civile ex art. 2043 c.c.

Accedendo ad altra lettura interpretativa, il nuovo regime introdurrebbe una causa di non punibilità. Ma tale interpretazione non è convincente nella misura in cui si “depenalizza” una condotta, pur connotata da colpa lieve, vanificando le finalità di tutela e di prevenzione per cui è stata posta la norma cautelare. Anche tale soluzione non supera i dubbi, le resistenze argomentative, finendo per eclissarsi.

In rotta di collisione con il principio di legalità, nei suoi corollari di precisione tassatività e determinatezza è la nozione di colpa lieve.

Come accennato, e già segnalato negli articoli che precedono, la colpa lieve in ambito penale diventa parametro di adeguamento della pena da applicare al caso concreto, e non invece come requisito di individuazione della responsabilità penale. In seno al codice penale, non viene affidata alla gradazione della colpa alcun carattere discriminatorio in termini di rilevanza o meno della condotta. La imprecisione e la mancanza di adeguati riferimenti normativi, primari o secondari, che facciano da corredo concettuale alla novella, lascia largo spazio all’interpretazione creativa, ed

ad una eterogeneità concettuale della colpa lieve, linea di boa in continuo spostamento. A rendere ancora più incerto il bacino applicativo è il rinvio della norma alle cd. linee guida, e regole di comportamento, che diversamente dalle linee guida di cui al dlgs 81/08 non sono soggette ad alcun processo di identificazione, raccolta e pubblicità come previsto dagli artt. 2, 6 e 9 del decreto. Il giudice a quo ha osservato che l'osservanza delle linee guida quale parametro che associato al principio di colpa lieve riduce la responsabilità penale, non colma le carenze concettuali del grado di colpa. Anzi, il rinvio generico, alla nutrita schiera di linee guida che la letteratura scientifica produce rende più confuso ed incerto il dato letterale. Il mero rinvio, lascia la possibilità al giudice di attingere ora ad una regola di comportamento ora ad un'altra relativa alla medesima condotta, così da lasciarsi orientare da logiche non sempre di carattere medico-scientifico. I profili di incostituzionalità rilevati non derivano da una forzata e ideologicamente orientata lettura dei principi normativi ma sono icu oculi evidenti, e le implicazioni pratiche che derivano dalla sua applicazione rafforzano la prevalenza delle linee guida tout court sulla ricerca e sulla sperimentazione scientifica. Si tende a inglobare il sapere scientifico dentro i paradigmi posti dalle varie comunità scientifiche, rendendo l'attività medica una professione automaticamente asservita a regole seppur certe e predeterminate, poste a tutela della stessa professione, e non del paziente.

COMMENTO A SENTENZA

Cass. civ. sez. III, 19 febbraio 2013, rel. Petti.

a cura dell' Avv. Aurora Di Mattea

"La prova della colpa lieve non esime da responsabilità civile, che considera la colpa in una dimensione lata, inclusiva del dolo e della diligenza professionale. Sussiste pertanto la violazione della regola generale dell'art. 1218 c.c. in relazione ad una situazione di inadempimento obbiettivamente grave".

SINTESI DEL CASO

La sig.ra B. con due separati atti di citazione conveniva in giudizio rispettivamente l'ASP di Parma ed i medici chirurghi, chiedendone la condanna al pagamento dei danni biologici patrimoniali e non patrimoniali, per gli effetti invalidanti permanenti, derivanti dagli interventi chirurgici, ed inoltre citava in giudizio la Regione Emilia Romagna e l'Asp di Parma per l'intervento non dovuto di laparoistectomia. Veniva disposta la riunione dei giudizi, ed il Tribunale di Parma, valutati gli esiti della consulenza medico legale, che individuava una invalidità permanente del dieci per cento e l'esecuzione dell'intervento routinario con diligenza e prudenza, rigettava le richieste della parte attrice. Avverso tale pronuncia la parte attrice proponeva appello, sollevando l'erronea declaratoria della estinzione del diritto di risarcimento per prescrizione ed il mancato accertamento del consenso informato e dell'erroneo operato dei medici, che sulla base di una diagnosi errata di carcinoma procedevano all'intervento di laparoistectomia. La Corte di Appello di Bologna rigettava il gravame, ritenendo che la domanda di risarcimento dedotta fosse nuova rispetto a quella proposta in primo grado, e che il peggioramento delle condizioni di salute non fosse imputabile a colpa medica piuttosto che ad una cd

complicanza non prevedibile. In particolare il giudice di secondo grado, sosteneva che la *causa petendi*, così come esposta in sede di atto di gravame, non verteva sull'erronea conduzione dell'intervento chirurgico, come prospettata in primo grado, ma sull'errata diagnosi compiuta dai medici intervenuti, da cui è derivato il vizio di formazione del consenso, prestato per un'operazione non dovuta. Invero il giudice del gravame, accertata la violazione del consenso informato, non riconosceva a carico della parte attrice alcun danno, non sussistendo alcuna scorrettezza nell'esecuzione dell'intervento chirurgico. Avverso tale sentenza, la parte lesa proponeva ricorso, deducendo *error in procedendo*, atteso che la specificazione della *causa petendi* nella errata diagnosi non costituisse una domanda nuova, e come tale inammissibile, ed *error in iudicando*, per avere escluso la riconducibilità del peggiorato stato di salute all'intervento dei sanitari. Con il terzo motivo, la parte attrice sollevava altresì il vizio di violazione degli artt. 1218, 2697 c.c., 54 c.p. e 13 Cost. e di motivazione in relazione alla prova del danno da mancato consenso informato. Con ricorso incidentale la Regione Emilia Romagna, sollevava l'*error in iudicando* in relazione agli artt. 2697 e 2059 c.c. ed il vizio di motivazione nella parte in cui, la Corte di Appello emiliana, pur riconoscendo il consenso non informato, non quantificava il danno.

La Suprema Corte, udite le conclusioni delle parti, ha accolto il ricorso principale. In particolare ha escluso che oggetto di gravame fosse una domanda nuova, rispetto a quella dedotta con il primo atto introduttivo della causa. Le ragioni di diritto esposte hanno come punto di riferimento il medesimo fatto dannoso, la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e dei medici intervenuti. Invero come è stato accertato a seguito di consulenza tecnica, l'intervento eseguito era stato compiuto sulla base di un'errata diagnosi e sulla base di un consenso, formatosi erroneamente in relazione alle indicazioni fornite dai sanitari. È stato altresì accolto il motivo di

ricorso che ha definito incongrua la motivazione, che pur accertando il peggioramento delle condizioni del paziente, esclude la imputabilità alla colpa medica, ma qualificandola come complicità non prevedibile. La natura contrattuale della responsabilità dei sanitari e della struttura, impone ai sensi dell'art. 1218 c.c. al soggetto inadempiente la prova della complicità non imputabile, dovendo il danneggiato limitarsi ad allegare la prova del danno. Il consenso prestato dalla parte lesa si fonda su un'analisi diagnostica errata, e costituisce la base fattuale di un intervento chirurgico produttivo di un esito invalidante. Se da un lato l'intervento eseguito di laparostomia è definito di natura routinaria, dall'altro l'errore di formulazione della patologia non deriva da colpa lieve ma da colpa grave, in particolare dall'aver effettuato l'intervento chirurgico senza avere previamente maturato la certezza diagnostica sulla patologia tumorale. Il consenso manifestato dalla paziente, non si è validamente formato, invalidando *ex abrupto* l'attività terapeutica eseguita. Alla luce dei principi di diritto esposti, viene accolto il ricorso principale.

Questione del contendere

La manifestazione del consenso da parte del paziente, presupposto di liceità dell'intervento medico, perde la sua legittimità se è espressione di una volontà non determinata liberamente e consapevolmente. Tale assunto così come ribadito dalla sez III civile non costituisce un precipitato innovativo nel tessuto giurisprudenziale ma un principio, fortemente radicato nell'evoluzione ermeneutica della responsabilità medica. *Prima facie*, la sentenza in commento non si discosta dall'indirizzo giurisprudenziale pacificamente condiviso, facendo espresso richiamo alle coordinate concettuali e dogmatiche, che la giurisprudenza di legittimità ha elaborato. Ciononostante desta interesse la soluzione decisionale offerta in relazione al novellato contesto normativo, che, operando la linea di confine tra

responsabilità penale e civile in campo medico, non si coniuga armonicamente con i principi fondamentali, frutto di una attività interpretativa, che nel tempo ha riempito gli spazi normativi vuoti, lasciati da un legislatore disattento. Prima di comprendere i punti di contatto e di contraddittoria interferenza tra la legge di recente vigore e la previsioni del codice civile, ovvero le soluzioni dottrinarie e giurisprudenziali accreditate e pacificamente condivise ed un tessuto normativo statico, è opportuno richiamare l'attenzione sull'evoluzione ermeneutica che ha interessato la prestazione medico-professionale. La natura del presente elaborato poco si presta, ad offrire una disamina articolata e completa della nozione di responsabilità medica in campo civile, essendo scopo dello scrivente la individuazione delle tematiche e problematiche sottese alla sentenza in commento. Ne discende che per quanto si aneli a definire con completezza e precisione gli aspetti teorici e pratici inerenti, l'approccio alla materia è pur sempre di natura sintetica, per il solo esclusivo intento di accompagnare il lettore per mano in una riflessione sul quadro giuridico, entro cui si colloca l'arresto giurisprudenziale de quo. Ciò posto, assumono valenza centrale nel caso de quo la natura del consenso prestato dal paziente e l'onere della prova ricadente sul danneggiato. Con riguardo a quest'ultimo profilo, la Suprema Corte nel bocciare il ragionamento esposto dalla Corte emiliana, ha rilevato come l'accertato peggioramento delle condizioni di salute, in seno al piano probatorio appariva come un dato neutro, non ricollegato alla prova da parte della struttura e dei sanitari alla complicità non prevenibile. Si evidenzia, come nel caso de quo, la soluzione decisoria del giudice di secondo grado trovava fondamento solo nella valutazione presuntiva, e come tale suscettibile di censura. Premessa ineludibile è la qualificazione della responsabilità del medico e della struttura contrattuale, accreditata dalla giurisprudenza più recente, che ha riconosciuto nell'art. 1218 c.c. il fondamento normativo.

Il regime di ripartizione dell'onere probatorio, in tema di inadempimento o di inesatto adempimento, indipendentemente dal tipo di azione promossa, si informa ad un principio generale, in ragione del quale il creditore è chiamato ad indicare il titolo, ad allegare l'inadempimento ed il danno subito, mentre resta a carico del debitore la prova della corretta prestazione. La tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato prima e tra interventi di routine e complessi, poi, quale modello di regimi probatori diversi, appartiene ad un inquadramento giuridico superato, e che trova nei recenti arresti scarso accoglimento¹¹⁶. È dunque rimesso al medico ed alla struttura sanitaria l'onere di provare che il mancato conseguimento del risultato e dell'effetto terapeutico desiderato è connesso alla particolare difficoltà della prestazione e come tale non esigibile. Il sanitario deve eseguire la prestazione professionale con diligenza, ottemperando ai doveri, inerenti lo svolgimento della professione esercitata. Il contenuto dell'obbligazione viene così determinato dalla natura della prestazione e dalle conoscenze tecniche e scientifiche, necessarie per eseguirla, e che variano in relazione alla peculiarità della prestazione richiesta. Il debitore deve svolgere la propria attività adeguandolo agli standards di qualità richiesti per quella forma di prestazione. Se l'obbligo di correttezza impone al debitore ed al creditore un rapporto giuridico improntato alla tutela reciproca della sfera giuridica altrui, la diligenza è il modello di azione del debitore.

La diligenza ordinaria del buon padre di famiglia, che rappresenta lo standard generico a cui fa riferimento il debitore, è sostituita nella prestazione professionale dalla diligenza cd qualificata, che presuppone il possesso delle competenze scientifiche e tecniche adeguate al caso da affrontare. Il costante adeguamento del debitore alle condizioni di fatto in cui si trova ad eseguire la prestazione rendono il criterio della diligenza un

¹¹⁶ Cass. Sez. Un. 28 luglio 2005, n.15781.

parametro mobile, che si definisce in relazione alla peculiarità ed alla problematicità del caso concreto. La soglia di preparazione professionale ed esperienza che accompagna il criterio della diligenza, in relazione al contratto d'opera, richiede non solo la preparazione tecnica propria della categoria professionale di appartenenza ma altresì la peculiare conoscenza ed esperienza che si richiede in relazione al tipo di prestazione da eseguire¹¹⁷. Unico limite oltre il quale non è ravvisabile la responsabilità del professionista è l'adempimento di un'obbligazione che trascende il modello di riferimento e comporta l'impiego di pratiche non comunemente condivise in ambito scientifico, e di incerta riuscita. Ai sensi dell'art. 2236 c.c., il prestatore d'opera non risponde dei danni, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, con riferimento alle ipotesi di imperizia. Tuttavia, come replicato dalla giurisprudenza di legittimità, non è sufficiente ad esonerare il sanitario da responsabilità il mero insorgere di una prestazione particolarmente complessa, essendo questi tenuto ad adottare tutti gli accorgimenti e le cure necessarie per contenere l'alto margine di rischiosità dell'intervento¹¹⁸. Il recente ingresso della novella, tendenzialmente finalizzato a limitare il profilarsi di un'eventuale responsabilità penale sulla falsariga dell'art. 2236 c.c., e ricondurre la tutela del paziente danneggiato nell'alveo della pretesa civilistica, ha condotto la Suprema Corte nella sentenza in commento, a confrontarsi con il concetto di colpa lieve, ribadendone la fondatezza della pretesa civilistica. Ma come si affretta a sostenere, l'inesatto adempimento deriva dalla gravissima negligenza di avere eseguito l'intervento senza avere la certezza dell'esistenza del tumore conclamato. È evidente che prima facie si è al di fuori dell'alveo applicativo dell'art. 2236 c.c. e con esso dai quesiti maturati all'indomani dell'entrata in vigore della l. 189/2012, ma il richiamo all'art. 1218 in seno alla pronuncia oggetto di disamina ed alla diversa distribuzione dell'onere probatorio è

¹¹⁷ Cass. Civ., Sez. III, 13/4/2007, n. 8826

¹¹⁸ Cass. Civ., Sez. III, 20790/2009

conferma della natura contrattuale della responsabilità medica e rifiuto della qualificazione extracontrattuale, così come la l. 189/2012 lascerebbe supporre¹¹⁹. Tale mutamento genererebbe il paradossale effetto di annichilire l'approdo ermeneutico che in giurisprudenza ha oramai pacificamente definito la responsabilità medica riconducibile al titolo contrattuale¹²⁰, e con esso farebbe ricadere sulla parte attrice l'onere della prova. Come espressamente ribadito in seno alla pronuncia, la responsabilità civile segue le sue regole consolidate proprio con riferimento alla responsabilità cd contrattuale del medico ed all'onere della prova. Con riferimento a quest'ultimo profilo, la Suprema Corte accenna alla prova fornita in ordine all'aggravamento da parte della paziente e alla sequenza naturale tra l'atto cd invasivo e l'effetto invalidante. In effetti tali sintetiche considerazioni lascerebbe supporre che il tema probatorio del nesso causale sia a carico del soggetto danneggiato. Ma dinanzi ad un quadro probatorio pressoché incompleto, che accanto alle allegazioni della parte attrice non contiene alcuna diversa ed alternativa lettura dei fatti ad opera dei sanitari e della struttura, emerge una presunzione eziologica superabile solo con un'integrazione epistemologica di natura opposta.

Altro fondamentale aspetto, oggetto di riflessione è rappresentato dalla mancanza di consenso informato. Nel caso in esame, non vi è stato un incontro di volontà efficace, stante la carenza di informazioni adeguate alla patologia. Secondo il giudice della legittimità non può dunque ritenersi formata la volontà consapevole del paziente di sottoporsi ad intervento chirurgico, in virtù della erronea indicazione diagnostica offerta. Ne consegue che alcuna forma di valido consenso può ritenersi raggiunta. È chiaro, che si sia consumata nel caso in esame una lesione del diritto all'autodeterminazione, quale posizione soggettiva autonoma dal diritto

¹¹⁹ Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno resp.*, 2013, p. 373.

¹²⁰ Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008 n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455.

fondamentale alla salute¹²¹, risarcibile a prescindere dall'esito infausto dell'intervento. Tuttavia come precisa l'orientamento giurisprudenziale più recente, non è l'illiceità dell'intervento a costituire la lesione della libera formazione della volontà ma la mera inottemperanza all'obbligo informativo. La erroneità della diagnosi ha erroneamente determinato la formazione di un consapevole consenso.

Il consenso libero ed informato è presupposto imprescindibile per lo svolgimento di qualunque intervento, a dispetto della rilevanza sostanziale che assume nel rapporto contrattuale di fatto con il medico, non ha trovato in seno al nostro ordinamento una puntuale ed analitica disciplina. La consapevolezza del mondo scientifico sull'argomento si era già manifestato in seno alla convenzione internazionale di Norimberga e successivamente in ambito europeo con quella di Oviedo. Nonostante la carenza di un quadro normativo adeguato, il consenso espresso libero e maturo è recepito e riconosciuto dalla nostra Costituzione, che tutelando la salute come bene inalienabile ed assoluto, ha qualificato il concetto di salute come bene collettivo, alla tutela del quale il medico è chiamato ad operare. Si concepisce l'intervento medico come legittimato ex se ma non per questo in grado di sostituirsi alla libertà del singolo. Alla luce dei principi costituzionali la manifestazione del consenso preventivo è espressione della libertà morale e personale di autodeterminazione, vettore esclusivo della volontà personale sulla disposizione della propria integrità corporea. Riflesso normativo del principio costituzionale di cui all'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale intesa come libertà di salvaguardare la propria entità fisica e psichica da qualunque forma di repressione materiale e morale, quanto diminutiva dell'integrità corporea, è la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, l. 1978/833, il cui art. 33 statuisce che ogni individuo ha diritto alla vita alla libertà ed alla sicurezza della propria persona. Alla previsione normativa

¹²¹ C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 438.

hanno fatto eco una congerie di disposizioni legislative, L. 458/1967, art. 41, leggi speciali sul trapianto dei reni, sull'interruzione volontaria della gravidanza (L. 194/1978, art. 14), sulla rettificazione in materia di attribuzione di sesso (L. 164/1982, art. 2), sulla prevenzione e lotta contro l'aids (L. 135/1990, art. 5, commi 3 e 4), sulla donazione di sangue (L. 107/1990 e DMS 15/1/1991), sulla radioprotezione (D.Lgs. 230/1995), sulla donazione di fegato da donatore vivente (L.483/1999) e sulla procreazione medicalmente assistita (art. 6 L. 40/2004), che hanno introdotto una nozione di consenso peculiare, ma che combinata con le soluzioni interpretative giurisprudenziali ha permesso di delineare il concetto di consenso informato nel nostro ordinamento giuridico. Esso deve essere personale, manifestato direttamente dal paziente, esplicito, chiaro senza equivocità, e soprattutto deve essere informato. Del resto il codice deontologico definisce la rilevanza del consenso precisando ai sensi dell'art. 29 che il consenso e la relativa corretta informazione devono essere riferite al livello di cultura ed alla capacità di discernimento del soggetto.

L'informazione deve consentire al paziente di comprendere il reale stato di salute, le probabilità di riuscita e le conseguenze infauste. La forte centralità che assume il consenso nella prestazione medico professionale ha solcato e superato la qualificazione dell'obbligo di informare preventivamente quale prestazione accessoria rispetto all'attività terapeutica in particolare. Il consenso del paziente è manifestazione del diritto della persona e trova il suo fondamento negli artt. 2 e 13 Cost.¹²², la mancata acquisizione del consenso ovvero la deficitaria formazione causa una lesione di un diritto fondamentale della persona, costretta a subire una contrazione della propria sfera soggettiva. Si comprende, sotto tale profilo, le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza ad abbandonare la qualificazione della mancanza di consenso o di consenso invalido come espressione di una responsabilità

¹²² Corte Cost. 23 dicembre 2008, n.438

precontrattuale, e ad approdare al riconoscimento della mancanza di consenso o della carenza di informazione come voce risarcitoria autonoma, discendente dalla lesione del diritto personale all'autodeterminazione. L'erroneità della diagnosi ha viziato ab origine il consenso, che formandosi su una informazione errata ha reso invalidità la volontà di sottoporvisi, rendendo comunque sussistente un 'autonoma lesione della libertà personale di disposizione della propria integrità fisica.

COMMENTO A SENTENZA

Cass. pen. sez IV, n.268/2013

a cura dell'Avv. Aurora Di Mattea

Massima

Non può essere utilmente evocata l'applicazione delle linee guida che riguardano e contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza e di imprudenza. Né trattandosi, di colpa per negligenza ed imprudenza può trovare applicazione il novum normativo di cui all'art. 3 l. 189/2012.

Sintesi del caso

La nozione di colpa medica professionale, alla luce del recente intervento normativo, diviene nuovamente oggetto di interesse sia in ambito dottrinario sia in ambito giurisprudenziale. Invero il dibattito sulla peculiarità della responsabilità penale del medico non è stato mai pacificamente sopito, il progresso scientifico, da un lato, e la tutela del diritto alla salute come bene inviolabile, dall'altro, hanno nel tempo modellato la forma e le sfumature della nozione di colpa che in ambito professionale medico è in continuo divenire. Le generiche regole di diligenza, prudenza e perizia, coordinate di riferimento nella definizione della condotta doverosa dovuta, hanno subito un costante sforzo di adeguamento al contesto sociale, preso in esame, delineando uno status di agente modello, relativo, ma non sempre destinato ad esaurire in maniera univoca il confine tra la prevedibilità ed evitabilità dell'evento e la non esigibilità della condotta. In particolare i principi di diligenza e di prudenza, facilmente rintracciabili nei casi esemplari perdono il carattere di esaustività ed autoreferenzialità per stemperarsi in vani e spesso

lontani enunciazioni di principio, poco adatti alle condizioni ed alle evenienze del caso concreto.

Nella sentenza in commento e che ci si accinge ad esaminare, viene in rilievo l'alveo applicativo della novella legislativa in materia di responsabilità medica con riguardo alla nozione di perizia ed il terreno fertile ed incontaminato su cui ricadono i principi di diligenza e prudenza, affidati alle massime di esperienza ed al giudizio di valutazione.

Con sentenza di condanna il Tribunale di Napoli riconosceva la penale responsabilità di un medico ginecologo per il reato di cui all'art. 589 c.p. per avere cagionato il decesso della neonata a seguito di danni cerebrali generati da una asfissia intrapartum. In data 6 agosto 2003 la sig. ra R., al nono mese di gravidanza, veniva ricoverata presso la Clinica San Luca ed il medico ginecologo esaminati i tracciati cardiotocografici procedeva al parto naturale. Alle ore 07:55 del 7 agosto 2003, nasceva la bambina con evidenti segni di tetra paresi spastica. Immediatamente dopo la nascita, la neonata veniva trasferita d'urgenza presso il reparto di terapia intensiva neonatale dell'ospedale Caserta, dove veniva riscontrata una encefalopatia anossica ischemica, che in data 7 gennaio 2004, ne ha causato il decesso. La ingravescenza del danno cerebrale è frutto di un'asfissia intrapartum, derivante o dall'adozione di una scelta terapeutica inadatta o da una condizione gestazionale patogena. Le consulenze della parte civile propendevano per la prima soluzione, diversamente concludevano e i periti di ufficio e i consulenti della difesa.

Sulla scorta della consulenza prodotta dalle parti civili, Il giudice di primo grado riteneva accertata la penale responsabilità del sanitario per non avere, in presenza di un tracciato cardiotocografico, indicativo di una situazione di pericolo, sottoposto la puerpera ad un monitoraggio concreto, e non eseguito un parto cesareo, intervento chirurgico in grado di evitare la asfissia intrapartum ed il conseguente decesso. In particolare i consulenti di

parte civile, deducevano dall'esito degli esami cardiotocografici, un concreto rischio per il benessere del feto, che la predisposizione di un parto cesareo avrebbe potuto evitare, riconducendo l'asfissia alla scorretta scelta terapeutica adottata e non ad una patologia, insorta durante la fase gestazionale. In particolare, nonostante il poco rassicurante esito del battito fetale, registrato alle ore 7 della mattina, il medico aveva proseguito nella stimolazione del parto naturale, avvenuto dopo circa un'ora l'ultimo tracciato. Ed invero un intervallo di tempo anche di dieci minuti tra la comparsa di un'anomalia cardiotocografica e l'intervento ostetrico può essere determinante nel cagionare un danno irreversibile. Alle conclusioni chiare ed univoche, raggiunte dai consulenti di parte civile, sugli elementi fattuali causalmente rilevanti nella determinazione del decesso, non corrisponde un equivalente fermezza di valutazione da parte dei periti d'ufficio, che hanno avanzato delle riserve sui fattori generatori dell'asfissia e della sua insorgenza nelle ultime settimana di gravidanza. Nonostante le perplessità avanzate dai periti d'ufficio, il giudice di primo grado pronunciava sentenza di condanna.

Il difensore dell'imputato interponeva appello, sostenendo le diverse conclusioni esposte dai consulenti della difesa.

Questi facendo rinvio alla migliore letteratura scientifica, sostenevano che l'asfissia perinatale è causa indiscussa del danno cerebrale solo al ricorrere di determinate condizioni, che, se non accertate, può essere ricondotta ad una patologia insorta nel periodo gestazionale.

Il giudice di secondo grado confermava l'assunto decisionale di condanna, ribadendo che il danno cerebrale, come risultava dai riscontri medici, era insorto durante il parto e non nel corso della gravidanza, e che le indagini strumentali eseguite nel corso dei nove mesi non avevano registrato alcuna malattia genetica.

Proponevano ricorso per cassazione il difensore dell'imputato ed il responsabile civile, la Clinica San Luca. Entrambi sollevavano le medesime doglianze. In particolare con il primo motivo i ricorrenti denunciavano il vizio di motivazione sotto due differenti profili, l'uno relativo al travisamento della prova l'altro inerente la contraddittorietà della motivazione nella definizione della patologia causa della morte. Con il secondo motivo veniva sollevato il vizio di violazione di legge con riferimento agli artt. 40 e 43 c.p., per avere il giudice di secondo grado riconosciuto l'addebito al sanitario solo in relazione alla posizione di garanzia ricoperta. Con il terzo motivo, si rappresentava il vizio di violazione di legge con riferimento all'art. 43. In particolare ritenuta pacifica la natura normativa della colpa generica, il giudice di secondo grado non prendeva in considerazione le linee guida sulla scelta del parto naturale o del taglio cesareo, e della conformità della condotta dell'imputato alle direttive indicate. Adita la Suprema Corte, il ricorso viene rigettato in quanto infondato. Viene esclusa la sussistenza del vizio di travisamento della prova, così come riformulato a seguito della novella legislativa del 2006 n. 46, considerato che l'insorgenza del travisamento presuppone o una omessa valutazione di un elemento di prova decisivo, ovvero un dato epistemologico rilevante, ma non desumibile dagli atti del processo. Ed ancora trattandosi di una sentenza cd doppia conforme, ovvero di conferma del giudizio di primo grado, in virtù del principio devolutivo, il giudice della legittimità non può inficiare il ragionamento logico addotto con uniformità nei due gradi di giudizio, aggredendone l'intangibilità, esclusa l'ipotesi in cui il giudice di appello abbia tratto il proprio convincimento da dati conoscitivi, non esaminati precedentemente. Non emergendo dalla lettura unitaria, per la doppia conformità, della sentenza di primo e di secondo grado, alcuna illogicità o contraddittorietà viene ribadita la preclusione al giudice di legittimità di sindacare sulla attendibilità scientifica o meno delle relazioni peritali

acquisite. Prendendo in esame l'ulteriore vizio sollevato, relativo alla contraddittorietà della motivazione, la Suprema Corte ha escluso l'immanente illogicità dell'iter argomentativo ed espositivo tracciato dal giudice di seconde cure. Partendo dall'inconfutabile principio che la Cassazione è tenuta a vagliare la coerenza argomentativa in relazione agli apporti medico-legali forniti da ciascuna delle parti processuali, il giudice della legittimità non ha rinvenuto nella sentenza profili di illogicità. L'adesione ad una lettura scientifica rispetto alle altre non si presta a facili censure se supportata, come nel caso di specie, dalla valutazione e dal superamento dei quesiti introdotti dalle altre tesi scientifiche. In particolare nel caso di specie è stata esclusa la riconducibilità della grave malformazione della neonata ad una congenita condizione gestazionale - e - sulla scorta degli esami tocografici sintomatici di una sofferenza del feto, accreditato in parte dai consulenti della difesa, che hanno ritenuto preoccupante il tracciato delle ore 7:00 del mattino, - e per la presenza di un'acidosi metabolica.

Il mancato esame nelle prime ore di vita della neonata, che confermasse la presenza dell'acidosi metabolica, indicativa di una asfissia intrapartum, se per i consulenti del pm quanto per quelli dell'imputato ha prestato il fianco ad una rilevante incertezza sull'evitabilità del danno causato con l'effettuazione del parto cesareo, non ha impedito tuttavia di rintracciare il sopravvenire di un'ipossia da travaglio. A conforto di ciò il giudice di secondo grado richiama sia l'esito di alcuni esami svolti dopo la nascita e la somministrazione di bicarbonato di calcio alla neonata, che evidenziano la ricorrenza di una complicanza insorta nel corso del travaglio, e come tale causa conseguente della malformazione e del decesso. La non manifesta illogicità della motivazione viene quindi ribadita dalla Suprema Corte sulla scorta di profili argomentativi che assorbono le doglianze espresse con il secondo motivo di ricorso. Nella disamina delle articolate censure mosse dal ricorrente, in via implicita viene quindi esclusa la carenza motivazionale con

riferimento alla individuazione della possibilità per il sanitario di compiere la condotta doverosa omessa e di svolgere un giudizio contro fattuale, e di seguito rigettato il secondo motivo di ricorso in relazione alla violazione della legge penale. Maggiore rilievo, anche se entro uno spazio motivazionale angusto e sommario, è dato al terzo motivo di ricorso. L'omessa valutazione della conformità della condotta tenuta alle linee guida afferenti i criteri di scelta tra parto naturale e parto cesareo, non incide sulla esclusione della mancanza di diligenza e prudenza. La Suprema Corte, nel confermare il principio che le linee guida attengono al piano della perizia, ha implicitamente ritenuto la condotta dell'imputato immune da imperizia, ma non da negligenza e imprudenza. È stata ravvisata la responsabilità del medico a titolo di colpa nella violazione del dovere di diligenza e delle regole di prudenza. Ridotto lo spazio applicativo della novella legislativa con riferimento alle ipotesi di imperizia, il giudice della legittimità non lesina delle precisazioni con riferimento alle linee guida. In particolare, sono riconosciute tali solo quelle misure che definiscono gli standards diagnostico terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza, con esclusione di quei parametri che rispondono a principi di economicità e di contenimento della spesa pubblica. Definita la rilevanza delle linee guida nell'accertamento dei profili di colpa, la Suprema Corte, richiamando un orientamento recente, assegna a questi la funzione di meri parametri.

La materia del contendere

La sentenza in commento, nella sua brevità espositiva, è segnale emblematico di una giurisprudenza che tarda ad accettare il dato normativo di recente introduzione, e consolida il precedente orientamento sulla relativa valenza cognitiva delle linee guida. Il richiamo operato dal ricorrente ai protocolli inerenti la scelta del parto naturale o cesareo non trova una disamina articolata nella pronuncia ma diviene incidentalmente

piano di osservazione del grado di rilevanza delle linee guida nell'accertamento della colpa. Invero l'infondatezza del ricorso è argomentata in particolare modo sulla logicità della motivazione, sulla coerenza concettuale, e sul ragionamento, esposto dal giudice di secondo grado, in ordine alla valutazione degli elementi incidenti in modo determinante nel decesso della neonata. Ed è proprio sulla linearità argomentativa ravvisata nella sentenza di secondo grado che la Corte di Cassazione si sofferma particolarmente, escludendo di seguito il vizio di illogicità, avallando il giudizio di conferma della penale responsabilità dell'imputato.

Sulla scorta di tale iter motivazionale, viene riconosciuta l'infondatezza dei motivi di ricorso, fra cui quello inerente l'applicazione della novella legislativa di cui all'art. 3 l. 189/2012. Orbene, la rilevanza delle linee guida nell'accertamento della colpa in ambito medico è divenuta oggetto oramai costante dei motivi di ricorso, anche nelle ipotesi in cui le modalità e le circostanze in cui matura l'evento lesivo, escluderebbero un eventuale mancanza di colpa del medico.

Tuttavia, è da precisare che la limitazione della penale responsabilità in relazione alla conformità della condotta alle linee guida ed alle pratiche accreditate dalla comunità scientifica, nei casi di colpa lieve, presuppone una preliminare valutazione del giudice del merito sulla configurabilità della condotta in seno ad una fattispecie di reato o sulla insorgenza di un mero diritto di risarcimento del danno in sede civile, onerando l'organo inquirente prima e quello giudicante poi di precludere il passaggio nel giudizio penale di responsabilità a titolo di colpa lieve. Il bivio colpa grave- colpa lieve viene accolto dalla Corte di Cassazione come una forzatura, non adatta al tessuto del giudizio in sede penale, e non recepita dalla giurisprudenza di legittimità. Ma tale riflessione esposta in sede di motivazione non è chiosa conclusiva di un ragionamento giuridico orientato a stigmatizzare il recente apporto

normativo, ma solo limitato ad escluderne l'applicazione sulla scorta del diverso piano di applicazione. Il ricorrente sostiene in sede di gravame che l'errore diagnostico, così come accertato dai giudici di merito, è frutto di una disamina poco approfondita, deficitaria di una lettura delle linee guida in materia di parto cesareo e parto naturale, (deliberazione n. 118 Regione Campania 2005). Tuttavia la disattenta lettura delle linee guida richiamate non sollecita il giudice della legittimità ad approfondire la conformità della condotta del medico alle raccomandazioni offerte, ed il conseguente esonero da responsabilità penale. L'ottemperanza alla deliberazione non incide secondo la Suprema Corte sull'accertamento della colpa, trattandosi di regole di perizia, mentre il fatto è addebitabile per mancanza di diligenza e prudenza. Questa soluzione offerta ha il pregio di confinare il piano applicativo della normativa alle ipotesi di imperizia, e trova conforto nella pacifica e condivisa lettura giurisprudenziale¹²³, che ai fini di definire lo spazio applicativo dell'art. 2236 c.c. nel giudizio penale, oltre a ribadire la sua valenza quale parametro di valutazione da inserire all'interno di un giudizio articolato, ha altresì ribadito il suo confine applicativo alle sole ipotesi di perizia e non alle regole di prudenza e di diligenza. Tale assunto viene ribadito dalla Suprema Corte, che conclude sottolineando come a sua volta il tessuto normativo della l. 189/2012 sia confinato a tale preciso argine e di seguito non può trovare spazio applicativo nel caso in esame. Resta da comprendere se alla luce del dettagliato excursus motivazionale, debbano ritenersi le linee guida relegate esclusivamente alla sintetica declinazione delle conoscenze scientifiche di determinati settori della medicina, o destinate altresì a contenere indicazioni di orientamento, che non assorbono in toto il sapere scientifico ma definiscono solo in relazione alla sintomatologia e diagnosi le diverse modalità di intervento. Diversamente dai protocolli, a livello nazionale, queste non raccolgono in sintesi l'evolversi

¹²³ Corte Costituzionale n. 166/1973.

delle nozioni tecniche ma altresì richiamano regole di carattere etico, giuridico e di contenimento delle spese. La conformità del comportamento alle linee guida non esaurisce il piano delle conoscenze acquisite e necessarie per la risoluzione del caso, essendo fondamentale, per riconoscere la correttezza dell'operato, l'ulteriore requisito dell'esatta attività diagnostica e terapeutica espletata. In un recente arresto giurisprudenziale è stato ribadito che le linee guida rappresentano un variegato universo di fonti di diverso grado, con diverso livello di affidabilità, finalità e metodologia¹²⁴, e la piena osservanza di queste non è di per sé elemento determinante della colpa. Pertanto, ritornando al caso in esame, si potrebbe obiettare al ragionamento esposto dalla Suprema Corte, che la deliberazione n. 118 non delimita l'orizzonte scientifico del medico, e che può comunque ravvisarsi una imperizia nella scelta del parto naturale.

Alla base del sillogismo articolato dal giudice di legittimità si potrebbe ipotizzare l'implicita accettazione della natura specifica della colpa medica, che, secondo un indirizzo dottrinario¹²⁵, può ravvisarsi solo nella violazione delle regole cautelari. Ma va altresì sottolineato che la rispondenza della condotta alla deliberazione n. 118, che introduce le nozioni tecniche in materia di parto, avrebbe portato la Suprema Corte a definire la condotta in termini di colpa lieve o colpa grave. Il dilemma in questione, tuttavia, anche alla luce del generico dato normativo, è stato in parte superato, alla luce del consolidato principio che la condotta del medico può rivelarsi di natura colposa, se l'errore è dovuto alla specificità del caso clinico. Non è da escludersi la responsabilità penale del medico, solo alla stregua della piena ottemperanza alle linee guida, potendo rivelarsi la inesattezza della diagnosi in relazione alla tipicità delle condizioni del caso concreto ed alla situazione del paziente. Nell'incertezza interpretativa, dell'art. 3 e stante la non perfetta coincidenza linee guida regole di perizia, la giurisprudenza di legittimità

¹²⁴ Cass. pen. 1237/2013

¹²⁵ Fausto Giunta, "La legalità della colpa", in *Criminalia*, 2008.

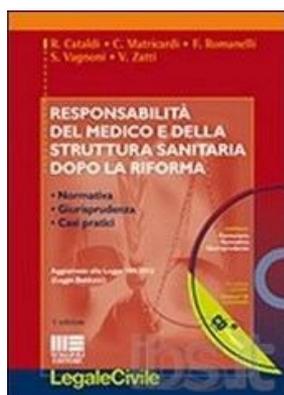
sottolineando che l'attività medica, ontologicamente sfugge ad un inquadramento normativo codificato, ha sottolineato che la responsabilità medica deve essere accertata alla luce dei principi di correttezza delle scelte terapeutiche adottate e delle peculiarità cliniche. Diversamente la sentenza in commento, esula da tali prospettive concettuali, definendo la condotta colposa per imprudenza e negligenza. Queste ultime, intrise di massime di esperienza, riconducono l'accertamento della colpa al giudizio di prevedibilità ex ante, in particolare alla possibilità che la condotta possa avere determinato l'evento. Senza interferire con il piano della causalità materiale, il giudice nel decifrare dalla condotta gli elementi sintomatici della colpa, deve accertare che l'evento lesivo era riconoscibile ex ante all'agente. Il parametro di riferimento è l'agente modello, ed il bagaglio di conoscenza e di esperienza che il soggetto possiede deve essere adeguato alla posizione professionale e sociale che egli ha nel contesto in cui opera. Ma la possibilità di rappresentazione dell'evento infausto non è facilmente deducibile soprattutto laddove la condotta contestata non palesa i segni di una trascuratezza, di una disattenzione nell'agire ovvero un'avventata modalità di intervento. Le maglie delle regole della prudenza o della diligenza si allargano o si restringono in relazione al caso concreto, alla peculiarità dello spazio in cui si è verificata l'azione, e di quanto poteva essere previsto ed evitato dal soggetto agente. Si comprende come la prestazione professionale medica è una attività, che ha come fine - e come confine, oltre il quale si esce dall'area del rischio consentito, lo stesso punto focale: il rispetto della vita umana e dell'integrità fisica. Tale peculiarità non consente di tipizzare e codificare in seno ad un corpo normativo gli spazi di intervento dell'attività medica, ed è proprio questo buco nero tra linee guida e condotta doverosa, che rende di difficile applicazione il nuovo apporto normativo.

Segnalazioni editoriali

a cura della Libreria Guidoni

Viale Guidoni 18c, Firenze

Tel e fax 055-0500451

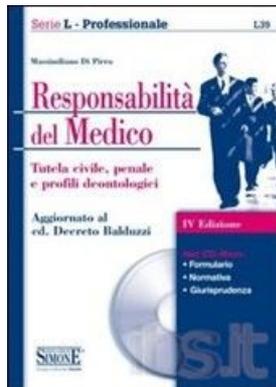


Editore: Maggioli

Autore: Cataldi

L'opera, aggiornata alla cosiddetta Legge Balduzzi (Legge n. 189/2012) e alle recenti pronunce giurisprudenziali, tratta la materia della responsabilità medica in tutti i suoi aspetti. Si rivolge a tutti coloro che agiscono nel settore giuridico e agli stessi operatori sanitari, fornendo loro un utile e rapido strumento di consultazione. Ogni capitolo è corredato da una rassegna di giurisprudenza e, ove possibile, da un pratico Formulario con argomentazioni del caso. La prima parte del lavoro dedica ampio spazio ai principi generali che regolano la materia e che offrono le linee guida per affrontare correttamente i singoli casi giudiziari. La seconda parte del manuale è incentrata sullo studio di casi pratici e sulle più recenti pronunce giurisprudenziali. Si affrontano le problematiche processuali nel giudizio di responsabilità del medico, oltre alle questioni del segreto professionale e dell'assicurazione del professionista. Allegato al volume vi è un Cd-Rom che contiene una ricca appendice normativa aggiornata con la normativa in ambito

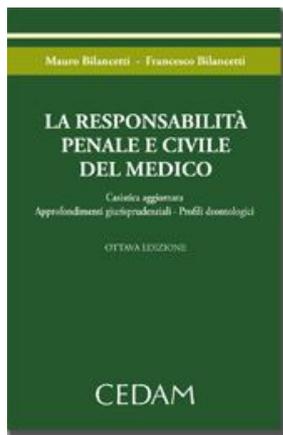
sanitario, una consistente rassegna giurisprudenziale massimata ed integrale e il formulario compilabile e stampabile.



Editore: Simone

Autore: Di Piro

La principale novità di questa edizione è costituita dal varo del c.d. "decreto Balduzzi" (D.L. 158/2012, conv. in L. 189/2012), che ha risvegliato i pruriti della giurisprudenza, la quale, un po' frettolosamente, ha individuato nel decreto un ritorno al passato, ossia alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità medica. Il tribunale di Milano ha già denunciato l'incostituzionalità del provvedimento, che nell'escludere la responsabilità penale per colpa lieve del medico che si sia attenuto alle linee-guida e alle buone prassi avrebbe introdotto un'inammissibile "zona franca". Sul punto, tuttavia, hanno contribuito a fare chiarezza due pronunce della Cassazione (di cui si dà puntualmente conto). Un altro importante argomento affrontato in questa nuova edizione riguarda la convulsa vicenda dell'uso terapeutico delle cellule staminali, che ha trovato ampio spazio sui mass media ed è culminata nel D.L. 24/2013 conv. in L. 23-5-2013, n. 57. Il volume dà ampio spazio alla figura del medico nei luoghi di lavoro, con particolare riferimento alla responsabilità civile e penale e ai rapporti con gli altri "garanti" della sicurezza dei lavoratori (datore di lavoro, dirigente, responsabile del servizio di prevenzione ecc.). L'opera è corredata da un'appendice normativa e da un formulario che affronta le principali tematiche in materia di responsabilità medica.



Editore: Cedam

Autore: Bilancetti

Le problematiche della c.d. malpractice con fin troppa frequenza vengono portate alla ribalta dell'opinione pubblica dai mass-media e sono sempre più oggetto di complesse decisioni giurisprudenziali, sovente della Cassazione a Sezioni Unite, della Corte Costituzionale e degli organismi di Giustizia Sovranazionale e motivo di contrastanti giudizi e di numerosi approfondimenti dottrinali. **Il forte incremento di questo genere di contenzioso** che si registra non solo in Italia ma in tutti i Paesi del mondo occidentale, ha comportato però anche un non meno preoccupante diffondersi di **fenomeni della c.d. medicina difensiva** alla quale il legislatore ha tentato di porre rimedio con la L. 8 Novembre 2012 n. 189.

Il testo, muovendo dalle **varie tipologie di illecito (soprattutto penale e civile ma anche disciplinare e amministrativo - contabile)** intende fornire tutti gli strumenti necessari per approfondire questa delicata e complessa materia sotto tutti i profili, informare sulle principali problematiche attuali e dirimere le questioni giuridiche in forma chiara e completa riportando con dovizia di citazioni sia **le più autorevoli e recenti decisioni giurisprudenziali relative a casi di responsabilità medica** sia il testo della normativa di volta in volta richiamata. In questa ottava edizione, allo scopo di fornire maggior concretezza ed attualità alle problematiche trattate, alla fine dei capitoli e dei paragrafi sono stati inseriti specifici approfondimenti con le più recenti ed autorevoli decisioni corredate dalle

relative

motivazioni.

Completano l'opera il codice di deontologia medica, una bibliografia vastissima e un indice analitico molto approfondito.



Autore: Russo

Editore: Il sole 24 ore

Negli ultimi anni una crescita esponenziale delle richieste di risarcimento per danni da parte di pazienti vittime di mal practice ha obbligato i medici ad essere aggiornati non solo sulle pubblicazioni scientifiche ma anche su codici e pandette. I nuovi danni da responsabilità medica, secondo volume della collana "Prospettive giuridiche sul danno", esamina i lineamenti della più recente giurisprudenza italiana in materia di responsabilità per la prestazione sanitaria: consenso informato, contrattualizzazione della responsabilità del medico, nesso causale, perdita di chances nel ritardo e nell'errore diagnostico, colpa medica, autodeterminazione in ordine alla propria salute, mancata informazione, errata o mancata diagnosi di grave patologia: danno da agonia e responsabilità medico-professionale, errore in sala operatoria, danno da vaccinazione, da trasfusione, da contagio, danni da "inizio-vita" solo alcuni dei temi analizzati nel Volume. La Pubblicazione è aggiornata al D.L. n. 158/2012 (cd. "Balduzzi") con le nuove norme sugli esercenti le professioni sanitarie.



Autore: Cassano

Editore: Maggioli

Questa Pubblicazione, aggiornata alla cosiddetta “Legge Balduzzi” e alle prime interpretazioni giurisprudenziali 2013 (Tribunale Milano, sez. IX penale, ordinanza 21.03. 2013, con la quale è stato richiesto l’intervento della Corte Costituzionale in ordine alla legittimità) sulla sua applicazione, analizza la casistica reale di responsabilità medica, prendendo spunto dalle sentenze, suddividendola per tipologia di danno. Il Volume è strutturato in due sezioni: la prima esamina tutti gli aspetti sostanziali e processuali per la responsabilità del medico sia secondo le norme civilistiche che penalistiche. La seconda, invece, richiama la casistica derivata dalle sentenze, evidenziando con quesiti le problematiche di diritto sui fatti accaduti e rispondendo con quanto detto dalle sentenze.



Autore: De Luca

Editore: Dike

Il presente Volume illustra in modo semplice ed esaustivo il delicatissimo tema della responsabilità civile del medico, toccando gli aspetti più spinosi e controversi che affannano gli interpreti (tutela del nascituro, contratto di spedalità, onere probatorio, responsabilità del primario e dell'equipe) alla luce del recente Decreto Sanità (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute", e convertito con Legge 8 novembre 2012, n. 189), nonché della copernicana sentenza della Cassazione (Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754), che ha ribaltato il proprio orientamento sul danno da nascita indesiderata risarcibile in via autonoma al nascituro, con una pronuncia certamente destinata a fare la storia. A valle di ogni capitolo è riportata poi una raccolta giurisprudenziale ragionata, che consente al giurista di operare in dialogo con il diritto vivente al fine di trovare sempre la giusta chiave per risolvere il problema che lo assilla. Il manuale si correda, infine, di un breve dizionario dei termini medici utilizzati nel corso della trattazione. Si confida di aver messo così nelle mani del lettore una bussola di facile uso: l'opera nasce infatti con l'intento di fornire all'operatore del diritto una piccola miniera cui attingere, all'occorrenza, anche e soprattutto per la redazione di atti giudiziari.



2013 - **Nuove frontiere del diritto**

Sito mensile gratuito telematico di diritto

Codice ISSN 2240-726X