

## Come va valutata la colpa negli interventi routinari e negli interventi complessi?

La valutazione della colpa e, ancor più, della sua intensità ai fini della responsabilità professionale medica va accertata tenendo conto, in primis, del tipo di prestazione richiesta al medico e, più in particolare, se una prestazione medica si presenta complessa o di facile esecuzione.

Il medico è un professionista intellettuale al quale si applicano due fondamentali norme del codice civile:

- art. 1176, 2° comma, c.c. “Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata”.
- art. 2236 c.c. “Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa”.

Da queste due norme si ricava che il medico è responsabile se non osserva la diligenza richiesta nell’esercizio della sua professione e che il grado di diligenza deve essere commisurato alla difficoltà dell’attività espletata.

In particolare l’art. 2236 c.c. è stato introdotto per la prima volta nel codice civile del 1942 quale norma di rottura rispetto ad un passato in cui le professioni intellettuali erano preservate e tutelate sotto più punti di vista, per cercare di regolarle e responsabilizzarle. Ciò emerge dalla stessa relazione dell’allora Ministro Guardasigilli dove si legge “... trovare un punto di equilibrio fra 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”.

### ***Conforme: Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166***

“La particolare disciplina in tema di responsabilità penale, desumibile dall’art. 589 e dall’art. 42 (e meglio, dall’art. 43) c.p., in relazione all’art. 2236 c.c., per l’esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917) “di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare la 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” stesso. Ne consegue che solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all’esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale”.

Oggi, questo tipo di motivazione può dirsi ancora valida ed attuale: si avverte, sotto il profilo della colpa medica ancor di più, che il giudizio deve tener conto, da un lato del diritto del paziente ad agire nei confronti di chi lo ha curato male e ha attentato o ha danneggiato il suo bene della salute, e dall'altro del medico di agire professionalmente con la serenità necessaria nella pratica medica di per sé pericolosa e che richiede iniziative decise e precise anche se potenzialmente rischiose.

L'art. 2236 c.c. assolve a tale funzione stabilendo che per problemi tecnici di speciale difficoltà è necessario il riscontro di una colpa grave nell'agente.

Anche qui si pone il problema di delimitazioni alquanto sfuggenti a generalizzazioni teoriche.

Secondo l'esperienza, nelle **prestazioni medico-chirurgiche di routine**, l'applicazione delle regole tecniche in modo diligente, assicura, nella totalità dei casi, il raggiungimento del risultato sperato: il mancato raggiungimento fa presumere negligenza ed imperizia del sanitario.

Questa è un presunzione giurisprudenziale e non di certo legale o contrattuale, che ha portato, quindi, ad affermare che nelle prestazioni di routine il risultato utile che il creditore ha diritto di attendersi, e che è l'oggetto dell'obbligazione, non è più l'impegno conforme alle regole dell'arte del medico.

### ***Trib. Monza, 24 febbraio 2006***

"Nelle prestazioni mediche di routine l'oggetto dell'obbligazione, ossia il risultato utile che il creditore ha diritto di attendersi, non è più soltanto l'impegno conforme alle regole dell'arte del medico, bensì il risultato positivo che ci si attende da quel genere di operazione; ne consegue la responsabilità del medico qualora il risultato non sia stato raggiunto, pur a fronte di un'operazione di routine ed, anzi, l'esito sia stato peggiorativo".

Di converso sono interventi qualificabili come **difficili** quelli particolarmente complessi, non ancora sperimentati e studiati a sufficienza, non ancora dibattuti per alcuni aspetti.

### ***Trib. Palermo, Sez. I, 25 febbraio 2008***

"In tema di colpa professionale medica, il sanitario risponde solo se versa in colpa grave, qualora il caso affidatogli sia di particolare complessità, cioè quando la perizia richiesta trascenda i limiti della preparazione e dell'abilità propria del professionista medio, tenuto conto della specializzazione del sanitario e delle caratteristiche del centro ospedaliero in cui l'intervento stesso è stato effettuato. In particolare, l'intervento implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, che limita la responsabilità del medico al dolo e alla colpa grave a norma dell'art. 2236 c.c., è quello che richiede notevole abilità o che implica la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità e comporta un largo margine di rischi (Conforme: Cass. 10 maggio 2000, n. 5945)".

Ma è bene sottolineare che l'art. 2236 c.c. ha avuto un'applicazione alquanto restrittiva.

È stata circoscritta la nozione di **speciale difficoltà**, innanzitutto introducendo le presunzioni *ex art. 2727 c.c.* (c.d. presunzioni semplici).

### ***Cass. civ., Sez. III, 18 ottobre 1994, n. 8470***

“Posto che in materia di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio della professione medica va applicato il disposto dell'art. 2236 c.c., a norma del quale il sanitario risponde del danno soltanto in caso di dolo o colpa grave, nell'ipotesi in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mentre quando si tratti di interventi che siano al di fuori dell'ipotesi della speciale difficoltà presupposta dall'art. 2236 c.c., occorre riportarsi alla disciplina generale prevista dall'art. 1176 per l'esercizio di un'attività professionale, la quale importa l'obbligo di usare la diligenza del buon padre di famiglia, implicante una scrupolosa attenzione ed una adeguata preparazione professionale, venendo in tale ipotesi in considerazione la colpa lieve, da presumere sussistente ogni volta che venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente, diverse sono, nelle due ipotesi, le conseguenze sul piano probatorio, sia per quanto concerne la posizione del paziente parte lesa, il quale dovrà limitarsi a provare il peggioramento delle proprie condizioni perchè sussista la presunzione di colpa, o sobbarcarsi al maggior onere probatorio in caso di intervento di speciale difficoltà, sia per quanto concerne la posizione del sanitario, anch'egli da porre di fronte ad una alternativa opposta a seconda della sussistenza di una delle due ipotesi”.

Inoltre è stato stabilito che l'art. 2236 c.c. non si estende a casi di imprudenza e negligenza ma solo di imperizia.

### ***Cass. civ., Sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085***

“La limitazione della responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave a norma dell'art. 2236 cod. civ. si applica nelle sole ipotesi che presentino problemi tecnici di particolare difficoltà e, in ogni caso, tale limitazione di responsabilità attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza, con la conseguenza che risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica, provochi un danno per omissione di diligenza. (Nella specie, relativa alla paraplegia conseguita in danno di un paziente sottoposto a intervento di lombosciatalgia-emilaminectomia, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ricondotto alla ipotesi di negligenza un errore diagnostico, l'omesso ricorso ad indagini strumentali e la gestione dei tempi dell'emergenza medico-chirurgica).”

Allora si può così schematizzare:

	Colpa per negligenza	Colpa per imperizia
Intervento complesso	lieve	grave
Intervento routinario	lieve	lieve

Quindi il medico è sempre tenuto anche solo per colpa lieve tranne i casi di interventi complessi in cui il danno sia causato da imperizia.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha più volte affrontato la questione ribadendo questa impostazione e sottolineando come per quanto un intervento o comunque una patologia possano essere difficili, al punto da richiedere conoscenze particolarmente qualificate, vi sarà quasi sempre la possibilità di ricorrere alla struttura o al professionista capaci di farsi carico dell'attività di cura, con la conseguenza che anche una situazione astrattamente difficile dovrà considerarsi di più facile esecuzione con riferimento allo specialista qualificato ad intervenire.

Di conseguenza l'art. 2236 c.c. risulta di applicazione limitata a ipotesi residuali o di chiusura quali un intervento specialistico che, per ragioni di urgenza o comunque contingenti, debba essere affrontato da un medico generico anziché dallo specialista, oppure un intervento c.d. pionieristico volto a tentare di risolvere una patologia nuova o a tentare una modalità di cura nuova, oppure si tenta di risolvere una situazione disperata in ragione delle condizioni del paziente.

***In conclusione... risposta a 5.1***

Il medico risponde sempre per colpa lieve tranne nel caso di un intervento complesso in cui risponde solo per colpa grave; ma gli interventi sanitari qualificabili come complessi sono strettamente circoscritti dalla dottrina e dalla giurisprudenza da divenire ipotesi residuali.

Caso 5.2

## Come sono stati delineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza i concetti di negligenza, imprudenza ed imperizia

L'art.43 c.p. individua la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia come utili parametri volti a delineare la colpa generica

Si intende **per negligenza**: trascuratezza, mancanza di sollecitudine, di attenzione o anche un mancato adeguamento del comportamento tenuto a quelle regole di diligenza sociali che stabiliscono le modalità di svolgimento di quel tipo di azione. I casi più tipici nella responsabilità professionale medica sono la dimenticanza di corpi estranei nelle cavità durante un intervento chirurgico, l'assenza del medico nel periodo in cui è reperibile con la conseguenza di reato di omissione in caso di chiamata, l'omissione per "trascuratezza" di necessarie indagini diagnostiche in relazione a sintomatologia equivoca, e quindi nella scarsa informazione circa le circostanze del caso in esame o, ancora, una valutazione del quadro clinico errata a cui è seguita una negligente scelta della tecnica operatoria più adeguata indotta dall'omissione di esami preparatori.

L'**imprudenza** consiste, invece, nella trasgressione di una regola di condotta in base alla quale si ha l'obbligo di realizzare una determinata azione (o di non realizzarla) con determinate modalità, dunque è imprudente chi non adotta tutte quelle cautele che l'esperienza insegna essere necessarie, ma agisce avventatamente, senza ben ponderare gli interessi altrui, che non considera.

### ***Corte Conti Lombardia, Sez. giurisdiz., 12 giugno 2000, n. 777***

"Configura comportamento gravemente colposo per imprudenza, ad esempio la condotta dell'aiuto primario, che preposto al parto in una struttura pubblica, abbia ommesso di usare la speciale apparecchiatura per il monitoraggio, allontanandosi poi dalla sala parto per altre incombenze, e rispondendo, anche per questo, della condotta della equipe ostetrica della quale era coordinatore, con conseguente sofferenza del feto ritenuta causa unica della grave patologia subito evidenziatasi nella neonata".

### ***Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 1998, n. 2750***

"In tema di responsabilità extracontrattuale del medico dipendente da ente ospedaliero per i danni subiti da un neonato a seguito di difettosa assistenza al parto, l'addebito al sanitario di grave imprudenza ben può essere correlato alla mancata predisposizione da parte sua, quando egli sia chiamato ad eseguire un intervento non privo di rischi, benché non implicante particolari difficoltà, delle misure idonee a superare le eventuali carenze organizzative, senza che inoltre l'addebitabilità dell'errore professionale produttivo del danno ad una delle persone

che lo coadiuvano valga ad escludere la sua colpa, se egli non abbia predisposto e coordinato i compiti altrui in modo da evitare l'errore e non si sia posto nelle condizioni di poterli tempestivamente superare. (Nella specie i giudici di merito — con valutazione ritenuta corretta dalla S.C. — avevano addebitato ad un ginecologo, impegnato nell'assistenza ad un parto cosiddetto "pilotato", ossia indotto mediante somministrazione di farmaci stimolatori della contrattilità uterina, in una struttura ospedaliera priva di apparato di monitoraggio automatico, la mancata predisposizione di una frequente ed efficace auscultazione del battito fetale, la quale avrebbe evitato le conseguenze negative del mancato rilievo da parte dell'ostetrica dello stato di sofferenza del nascituro)".

Nell'attività medica di equipe (su cui vedi Caso che segue) vige il principio dell'affidamento, per il quale ogni membro confida sul corretto svolgimento dei compiti affidati agli altri componenti. Ogni membro è responsabile solo delle conseguenze della propria condotta, in capo ad alcuni possono sorgere specifici obblighi di controllo derivanti dalla posizione gerarchica ricoperta, ma anche dalla particolare difficoltà dell'intervento da eseguire.

Si evince comunque, in generale, quanto sia facile che attività e scelte, soprattutto in ambito medico, se non massimamente ispirate a criteri di oculatezza, possano essere definite imprudenti in caso di insuccesso terapeutico anche parziale. Terzo elemento possibile ai fini dell'individuazione della colpa generica è l'**imperizia** che si sostanzia in un'insufficiente preparazione scientifico-professionale o in un difetto di quel minimo di abilità che deve essere propria di colui che esercita la professione sanitaria, dunque, va accertata in relazione ad ogni singola fattispecie, alla natura e specie dell'incarico professionale ed alle circostanze concrete in cui la prestazione deve svolgersi ma, in tali casi, i criteri adottati sono meno rigorosi, essendo la condotta colposa del sanitario circoscritta alle ipotesi di colpa grave *ex art.* 2236 c.c.

### ***App. Bari, Sez. III, 13 giugno 2005***

"La speciale difficoltà della prestazione professionale, considerata dall'art. 2236 c.c., ricorre solo allorché la soluzione del caso richiede l'adozione di tecniche che trascendono dalla preparazione media per l'assenza di studi specifici oppure per l'incertezza sulla metodologia di intervento (in mancanza di un protocollo comune e ampiamente condiviso) ed, inoltre, la limitazione di responsabilità che consegue dalla previsione di cui all'art. 2236 c.c., inerendo alla tecnica della prestazione, ha riguardo solo alla colpa causata da imperizia, e non anche a quella dovuta a condotte negligenti o imprudenti; nella specie, dall'istruttoria è emersa la non particolare difficoltà dell'operazione ed il consulente tecnico di ufficio ha attribuito al medico una negligenza operatoria, sia per l'omissione di radiografie preparatorie, sia per l'approccio chirurgico prescelto; pertanto, trova conferma la responsabilità del professionista, in base ad una valutazione del quadro clinico errata a cui è seguita una negligente scelta della tecnica operatoria più adeguata".

L'imperizia, in definitiva, si sostanzia nell'errore diagnostico o terapeutico.

### **NOTA BENE**

L'accertamento della violazione del dovere sancito dal 2° comma dell'art. 1176 c.c., invece che della ricorrenza di una fattispecie di responsabilità attenuata ex art. 2236 c.c., è comunque riservato al Giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivato. È necessaria quindi una condotta gravemente colposa ai fini dell'affermazione della responsabilità per imperizia. Non è comunque semplice attribuire al comportamento tenuto dall'operatore sanitario i caratteri precisi della negligenza piuttosto che dell'imperizia o dell'imprudenza. L'una e l'altra tendono spesso a fondersi ed a confondersi e coesistere e, comunque, non sempre risultano ben distinte.

### ***Trib. Genova, Sez. II, 28 novembre 2005***

“Nell'eventualità in cui, sulla scorta delle risultanze istruttorie, possa concludersi che la prestazione professionale, pur priva di particolare complessità, sia avvenuta con imperizia e negligenza del prestatore d'opera che non l'ha dunque esattamente eseguita, l'importanza dell'inadempimento (ai sensi dell'art. 1455 c.c.) rende fondata la domanda di risoluzione del contratto e la condanna del professionista alla restituzione di quanto corrispostogli”.

### ***In conclusione... risposta a 5.2***

La colpa generica si individua riscontrando nel caso concreto uno dei tre elementi delineati dall'art. 43 c.p., ma seppur facile a dirsi è cosa difficile a farsi nelle fattispecie concrete. La dottrina e la giurisprudenza hanno cercato negli anni di riempire di contenuto questi tre concetti e così: per negligenza si intende per lo più trascuratezza, mancanza di sollecitudine, di attenzione, l'imprudenza consiste nella trasgressione di una regola di condotta prescritta per la realizzazione di una condotta e l'imperizia si riscontra nel caso di insufficiente preparazione scientifico-professionale o difetto di quel minimo di abilità.

## Caso 5.3

**Quali problematiche sorgono nei casi di responsabilità d'équipe?**

Molto spesso l'attività medico-chirurgica prevede la partecipazione e la collaborazione di più medici e sanitari, che interagiscono per il raggiungimento di un obiettivo comune.

Detta forma di attività è stata foriera nel tempo di importanti problematiche di natura giurisprudenziale, riguardanti l'esatta identificazione del dovere di diligenza ascrivibile ad ogni membro dell'équipe medica.

Quando una pluralità di sanitari realizzano un comportamento rischioso per la vita e l'integrità psico-fisica del paziente si fanno destinatari di un preciso ordine di regole di natura cautelare aventi differente contenuto e dirette ad impedire potenziali eventi lesivi.

L'attività sanitaria risulta così scandita da atti solo apparentemente singoli e disgiunti tra loro e l'azione complessiva, e complementare, spesso, non esime certo dalla responsabilità dell'atto professionale dell'altro e quindi si parla della "ripartizione" della colpa medica nel lavoro d'équipe.

È questa la questione a lungo dibattuta circa il dovere di vicendevole controllo cui sono tenuti i medici che svolgono attività di gruppo, al fine di porre riparo ad eventuali errori evidenti e rilevabili con il supporto delle conoscenze comuni del cosiddetto "professionista medio" e, dunque, ogni membro dell'équipe, oltre a doversi attenere al rispetto delle *leges artis* tipiche della propria sfera di preparazione e specializzazione, deve anche ritenersi tenuto all'osservanza di un più ampio obbligo cautelare, afferente il dovere di verifica e sorveglianza dell'operato altrui e, di conseguenza, eventualmente responsabile qualora la condotta colposa posta in essere da altro componente l'équipe medica abbia cagionato o concorso a causare eventuali episodi lesivi.

Il principio, di matrice giurisprudenziale, impone ad ogni sanitario responsabile non solo il rispetto delle regole di diligenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma anche di conoscere e valutare le attività degli altri componenti dell'équipe in modo da porre rimedio ad eventuali errori posti in essere da altri, purché siano evidenti per un professionista medio, giacché le varie operazioni effettuate convergono verso un unico risultato finale.

**Cass. pen., Sez. IV, 24 gennaio 2005, n. 18548**

"In tema di colpa professionale, nel caso di équipe chirurgiche e, più in generale, in quello in cui ci si trovi di fronte a ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, ogni sanitario, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, è tenuto a osservare gli obblighi a ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le



attività verso il fine comune e 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 a errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio (da queste premesse, la Corte di cassazione ha ritenuto congruamente motivato il giudizio di responsabilità formulato dal giudice di merito anche a carico di un medico non specialista in ginecologia, componente dell'équipe che assisteva una paziente durante il parto, al quale era stato addebitato di non essere intervenuto, in una situazione che non richiedeva particolari cognizioni specialistiche, sul medico specialista che procedeva secondo la tecnica del parto naturale, segnalandogli una situazione dubbia che obiettivamente e in modo evidente - colore verde del liquido amniotico - attestava lo stato di asfissia del feto e doveva conseguentemente imporre l'immediato utilizzo della "cardiotocografia", metodica strumentale che avrebbe consentito di rilevare tempestivamente l'insorgere della sofferenza fetale e di ricorrere così al parto operativo per via laparotomica; per l'effetto, correttamente anche tale sanitario era stato ritenuto responsabile del reato di omicidio colposo per l'intervenuta morte del feto per insufficienza respiratoria)".

La dottrina prevalente sostiene che, qualora la condotta posta in essere dal singolo sanitario si sovrapponga a quella di altri soggetti, il precetto concreto di diligenza a cui attenersi nel caso concreto dovrà fare riferimento al c.d. **principio dell'affidamento**, in base al quale ogni soggetto non dovrà ritenersi obbligato a delinearne il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, atteso che potrà sempre fare affidamento, appunto, sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie (M. MANTOVANI).

Tale principio, dunque, impone dei limiti a quel dovere di diligenza che incombe su ciascun sanitario che partecipa all'attività medica in équipe, che si specifica nell'esonero di costui dal rispetto delle misure dirette a contrastare l'altrui condotta colposa, andando così ad allineare il principio della personalità della responsabilità penale con il fenomeno peculiare in campo medico della crescente qualificazione e frazionamento del lavoro.

Il principio dell'affidamento permette ad ogni sanitario di potersi indirizzare, in maniera esclusiva e con impegno costante, all'espletamento delle proprie mansioni di competenza liberamente e senza essere pressato dalla preoccupazione di dover continuamente verificare l'operato altrui.

Nel campo dell'attività medica d'équipe tuttavia, il principio dell'affidamento trova alcuni precisi **limiti**.

Detti limiti sono stati individuati, da un lato, nella **posizione apicale e gerarchicamente sovraordinata** di un sanitario rispetto agli altri, che fa nascere nei suoi confronti un dovere di sorveglianza sull'operato dei suoi collaboratori e, dall'altro, nella sussistenza di uno **stato di fatto**, capace di invalidare l'aspettativa di una

condotta altrui corrispondente ai doveri di diligenza, prudenza e perizia, come nei casi in cui, a cagione dell'altrui comportamento colposo, sia già in atto una situazione pericolosa per un paziente, oppure vi sia ragionevole motivo di ritenere che essa possa realizzarsi, in ragione delle reali contingenze di fatto che siano riconoscibili o possano essere percepite dall'agente (come ad esempio le condizioni di salute non buone di un collega, la sua età giovane, la sua inesperienza o la distrazione). In tali casi le limitazioni al dovere di diligenza connesse al principio dell'affidamento divengono non più vigenti: a carico di ogni medico che avrà la cura del paziente si avrà non solo l'obbligo di espletare le proprie mansioni specifiche con diligenza e perizia, ma anche quello di impedire e vanificare l'altrui condotta contraria alle *leges artis* proprie, conseguendo a ciò che nei casi di inefficace o inesatto adempimento di tali doveri cautelari, si potrà configurare a suo carico una eventuale responsabilità penale per le evenienze lesive sopravvenute.

### ***Conforme: Cass. pen., Sez. IV, 28 maggio 2008, n. 24360***

"In tema di responsabilità per colpa, vale il 'principio di affidamento', in forza del quale ciascuno risponde delle conseguenze della propria condotta, commissiva od omissiva, e nell'ambito delle proprie conoscenze e specializzazioni, mentre non risponde dell'eventuale violazione delle regole cautelari da parte di terzi. Peraltro, questo principio non è di automatica applicazione quando esistano altri partecipi della medesima attività o che agiscano nello stesso ambito di attività o nel medesimo contesto. In questi casi, vige la regola per cui l'agente ha l'obbligo di attivarsi, se ha la percezione (o dovrebbe averla) della violazione delle regole da parte degli altri partecipi nella medesima attività (per esempio, un'operazione chirurgica svolta in équipe) o se, comunque, si trova in una situazione in cui diviene prevedibile l'altrui inosservanza delle regole cautelari (che deve, quindi, avere caratteristiche di riconoscibilità).

Inoltre, nel caso di interventi chirurgici può ben capitare che il decorso operatorio sia molto delicato e complesso per il paziente e la responsabilità si estende anche a tale fase del trattamento".

### ***Cass. pen., Sez. IV, 8 febbraio 2005, n. 12275***

"La posizione di garanzia dell'équipe chirurgica nei confronti del paziente non si esaurisce con l'intervento, ma riguarda anche la fase postoperatoria, gravando sui sanitari un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato; ne consegue che dalla violazione di tale obbligo, fondato anche sul contratto d'opera professionale, può discendere la responsabilità penale dei medici qualora l'evento dannoso sia causalmente connesso ad un comportamento omissivo "ex" art. 40 c.p., comma secondo. (Fattispecie in cui è stata riconosciuta la responsabilità per il reato di cui all'art. 589 c.p. dei componenti l'équipe chirurgica, colpevoli di aver fatto rientrare il paziente nel reparto dopo l'intervento, anziché sottoporlo a terapia intensiva, sottovalutando elementi significativi, quali l'incremento progressivo della pressione arteriosa e della frequenza cardiaca, che rendevano prevedibile un'insufficienza respiratoria)".

**Cass. pen., Sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21588**

“In tema di responsabilità d'équipe, la colpa del medico intervenuto successivamente non elide il nesso di causalità tra la condotta lesiva del primo medico e l'evento morte, poiché la negligenza o imperizia dei medici, anche se grave, non costituisce di per sé un fatto imprevedibile, eccezionale, atipico rispetto alla serie causale precedente, di cui costituisce uno sviluppo evolutivo normale, anche se non immancabile; l'effetto interruttivo, invece, può essere seriamente ipotizzato solo quando il secondo errore crea un rischio prima inesistente, o conduce improvvisamente il rischio originario a conseguenze esorbitanti (nella specie, si è ritenuto che il processo causale innescato dal primo medico con l'incontrollata somministrazione di un salicilato in presenza di sindrome di Reye fosse giunto al suo drammatico epilogo senza che fossero intervenuti fattori eziologici nuovi ed eccezionali, idealmente separabili da quello originario; in particolare, l'errore del secondo medico non costituiva un quid novi, ma rappresentava solo lo sviluppo ulteriore dell'originario iter eziologico)”.

***In conclusione... risposta a 5.3***

In tema di colpa professionale, nel caso di équipes chirurgiche e, più in generale, in quello in cui 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 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.

## Caso 5.4

**Come è disciplinata la responsabilità disciplinare**

La responsabilità disciplinare del personale sanitario sorge da un inadempimento legato all'esecuzione della prestazione lavorativa o tale da comprometterne il corretto svolgimento.

Le fonti della responsabilità disciplinare del personale sanitario sono il codice civile, le leggi speciali e il codice disciplinare redatto dal datore di lavoro.

L'art. 2106 c.c., che richiama gli artt. 2104 e 2105 c.c., prevedono dei precipui obblighi di diligenza di fedeltà e di segretezza che costituiscono, così, le fonti della responsabilità disciplinare.

Il relativo potere del datore di lavoro così previsto è regolamentato, quanto alla sua attuazione, dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (L. 300/1970) che opera, altresì, un rinvio alla contrattazione collettiva.

***Coforme: Cass. civ., 18 luglio 1985, n. 4245***

"Il potere disciplinare del datore di lavoro, previsto dall'art. 2106 c.c. e disciplinato quanto alla sua attuazione dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, è diretto ad eliminare le conseguenze sull'ordinato svolgimento dell'attività lavorativa in azienda, dell'inosservanza da parte del lavoratore degli obblighi che gli derivano dal contratto e dalla sua posizione giuridica di lavoratore subordinato e tende, quindi, a ripristinare la posizione direttiva del datore di lavoro nell'organizzazione dell'impresa, di talché le sanzioni disciplinari non hanno carattere afflittivo bensì sono dirette ad assicurare la continuità dell'attività dell'impresa e l'ordinato svolgimento del rapporto; consegue che il c.d. codice disciplinare non necessariamente deve contenere una precisa e sistematica previsione delle singole infrazioni, delle loro varie graduazioni e delle corrispondenti sanzioni, essendo, invece, sufficiente una proporzionata correlazione fra le singole ipotesi di infrazioni, sia pure di carattere schematico e non dettagliato con la pre-determinazione delle varie possibili condotte illecite, e le corrispondenti previsioni sanzionatorie anche se suscettibili di discrezionale attuazione e adattamento secondo le effettive e concrete inadempienze del lavoratore".

Il codice disciplinare previsto dal suddetto art. 7 dello Statuto del lavoratore costituisce la regolamentazione puntuale delle singole infrazioni e delle corrispondenti sanzioni al fine di mantenere l'ordinato svolgimento dell'attività lavorativa ed evitare che venga turbata dal comportamento del singolo.

***Cass. civ., Sez. lavoro, 14 luglio 1994, n. 6597***

"Gli obblighi, la cui violazione, in base al combinato disposto degli artt. 2104, comma 2, e 2106 c.c., assume rilievo sotto il profilo disciplinare, non si identificano, esclusivamente, con le obbligazioni fondamentali nascenti dal contratto di lavoro subordinato, ma ricadono in una più vasta gamma di doveri, il cui adempimento è indispensabile per assicurare la corretta

esecuzione del lavoro e, per quanto possibile, la produttività dell'impresa. Costituisce pertanto violazione di tali doveri, rilevante anche sotto il profilo dell'art. 1375 c.c. in tema di buona fede, l'ingiustificata indisponibilità del lavoratore a consentire l'effettivo espletamento della visita di controllo del suo stato di salute”.

Essenziale ai fini dell'efficacia del codice disciplinare è la sua pubblicità mediante affissione in luogo pubblico ed ogni altro mezzo di comunicazione è escluso.

### ***Conforme: Cass. civ., Sez. Un., 5 febbraio 1988, n. 1208***

“Il c.d. codice disciplinare — in quanto ha natura giuridica di atto unilaterale ricettizio con funzione normativa del datore di lavoro ed è diretto alla collettività dei lavoratori che ne dipendono — non ha effetto se non sia posto mediante atto unilaterale del datore di lavoro e non sia esteriorizzato e comunicato mediante affissione in luogo accessibile a tutti, non potendosi considerare equipollenti mezzi diversi di comunicazione, che abbiano come destinatari lavoratori considerati individualmente” (Conforme: Cass. civ., 3 maggio 1997, n. 3845).

### ***Cass. civ., Sez. lavoro, 1° settembre 2003, n. 12735***

“Il principio secondo cui l'onere di redazione ed affissione del codice disciplinare non può estendersi a quei fatti il cui divieto risiede, non già nelle fonti collettive, o nelle determinazioni del datore di lavoro, bensì nella coscienza sociale quale minimo etico, è applicabile solo alle sanzioni disciplinari espulsive, per le quali il potere di recesso dell'imprenditore, in presenza di una giusta causa o un giustificato motivo, è tipizzato e previsto direttamente dalla legge, e non anche per le sanzioni c.d. conservative, per le quali il potere disciplinare del datore di lavoro, solo genericamente previsto dall'art. 2106 c.c., esige necessariamente, per il suo concreto esercizio, la predisposizione di una normativa secondaria, cui corrisponde l'onere della pubblicità, a norma dell'art. 7, L. 300/1970, che ha inteso conferire effettività, anche con riferimento alla comunità d'impresa, al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

L'art. 7 dello Statuto ha **procedimentalizzato l'esercizio del potere disciplinare** mediante l'introduzione di una serie di fasi da seguire prima di arrivare ad irrogare la sanzione.

Innanzitutto, tappa fondamentale è la **contestazione** immediata degli addebiti con l'indicazione degli elementi di fatto a supporto dell'imputazione al fine di consentire al lavoratore l'immediata difesa.

### ***Conforme: Cass. civ., Sez. lavoro, 23 settembre 2000, n. 12621***

“Costituisce onere del datore di lavoro che esercita il potere disciplinare quello di fornire, nella previa contestazione dell'addebito, l'indicazione degli elementi di fatto che consentono di evidenziare il significato univoco dell'addebito stesso, sicchè tale necessaria contestazione non può ridursi ad allusioni o a vaghi sospetti, ma deve esprimersi nell'attribuzione di fatti precisi dai quali derivare una responsabilità del lavoratore al fine di consentire a quest'ultimo un'ideale e piena difesa”.

È previsto, poi, un **termine dilatorio** di cinque giorni dalla contestazione prima di irrogare la sanzione in modo da permettere al lavoratore di comunicare le sue giustificazioni e, altresì, dopo la loro scadenza la possibilità di chiedere un supplemento di difesa.

**Conforme: Cass. civ., Sez. lavoro, 25 luglio 2002, n. 10972**

“Il termine di cinque giorni dalla contestazione dell’addebito, prima della cui scadenza è preclusa, ai sensi dell’art. 7, comma 5, legge 300/1970, la possibilità di irrogazione della sanzione disciplinare, ivi compreso il licenziamento, pur essendo stabilito per consentire al lavoratore di comunicare al datore di lavoro le sue giustificazioni, risponde ad una “ratio” più completa ed organica, ravvisabile non solo nella necessità di consentire al datore di lavoro di adottare la sanzione dopo aver conosciuto le difese dell’incolpato, ma anche nella necessità per lo stesso datore di lavoro di fruire di un tempo, anche se molto breve, di ripensamento e di raffreddamento, tale comunque da fargli adottare i più gravi provvedimenti con la necessaria ponderazione; conseguentemente, prima dell’intero decorso del detto termine non è consentito al datore di lavoro di irrogare il licenziamento, anche ove risulti che, prima della scadenza, il lavoratore abbia fornito tutte le proprie giustificazioni”.

L’art. 7, 2° comma, L. 300/1970 contempla la possibilità per il lavoratore di presentare le proprie **giustificazioni** oralmente, dunque, a fronte di una contestazione disciplinare potrà scegliere di giustificarsi per iscritto o di chiedere di essere sentito oralmente o, ancora, di presentare le proprie giustificazioni scritte con contestuale richiesta di audizione orale.

**Conforme: Cass. civ., Sez. lavoro, 2 maggio 2005, n. 9066**

“Il 2° comma dell’art. 7 dello Statuto dei lavoratori deve essere interpretato nel senso che il lavoratore è libero di discolarsi nelle forme da lui prescelte — e quindi per iscritto o a voce, con l’assistenza o meno di un rappresentante dell’associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato — con la conseguenza che, ove il lavoratore eserciti il proprio diritto chiedendo espressamente nelle proprie giustificazioni scritte, nel termine previsto dalla stessa disposizione, di essere sentito a difesa, il datore di lavoro ha l’obbligo della sua audizione pena la illegittimità del procedimento di irrogazione della sanzione disciplinare”.

Infine, per quel che concerne le sanzioni, l’art. 7 si limita a porre dei limiti per la misura di talune di esse e affida alla contrattazione collettiva l’individuazione di quelle applicabili per ciascuna violazioni prevista e comunque sempre nel rispetto del fondamentale **principio di proporzionalità**.

**Conforme: Cass. civ., Sez. lavoro, 27 settembre 2007, n. 20221**

“In tema di sanzioni disciplinari il fondamentale principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della infrazione deve essere rispettato sia in sede di irrogazione della

sanzione da parte del datore di lavoro nell'esercizio del suo potere disciplinare, sia in sede di controllo che, della legittimità e della congruità della sanzione applicata, il giudice sia chiamato a fare. Ai fini di tale valutazione il giudice deve tenere conto non solo delle circostanze oggettive, ma anche delle modalità soggettive della condotta del lavoratore in quanto anche esse incidono sulla determinazione della gravità della trasgressione e, quindi, della legittimità della sanzione stessa. L'apprezzamento di merito della proporzionalità tra infrazione e sanzione sfugge, peraltro, a censure in sede di legittimità se la valutazione del giudice di merito è sorretta da adeguata e logica motivazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittima la decisione del datore di lavoro di risolvere il rapporto di lavoro per l'infrazione commessa dal dipendente consistita nell'aggressione con pugni e calci ai danni di un collega superiore in grado nei locali della mensa aziendale)".

### *In conclusione... risposta a 5.4*

Il potere sanzionatorio rientra nel potere di organizzazione del datore di lavoro e trova la sua fonte nel codice civile, nello statuto dei lavoratori e nella contrattazione collettiva che ne regolamentano e procedimentalizzano gli aspetti essenziali.

## Capitolo 5

# Colpa professionale medica

Nell'attività sanitaria, come in qualsiasi altra, si risponde del danno cagionato quando è delineabile un'ipotesi di dolo o colpa.

Il fatto dannoso, infatti, per essere illecito, deve essere commesso con la coscienza e la volontà di cagionare l'evento dannoso o, seppur non voluto, deve essere cagionato per negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Delineare il concetto di colpa, peraltro con un taglio prettamente pratico - quale obiettivo che vuole permeare tutta la presente opera — non è cosa agevole, perché, come la stessa dottrina da sempre sottolinea, è un concetto dal carattere fortemente relativistico.

In linea teorica, si può dire che colpevolezza vuol dire deviare dalla regola pre-stabilita che può essere una norma di legge, un provvedimento amministrativo, un contratto, o ancora, una regola di comune esperienza.

In linea pratica, allora occorre delineare, di volta in volta, quale avrebbe potuto essere, nel caso concreto, il modello astratto cui l'autore dell'illecito avrebbe dovuto uniformarsi.

In tal senso è opportuno richiamare l'art. 1176 c.c. che, al comma 2, contiene un utile parametro di valutazione della colpa nella condotta del medico da realizzare attraverso un ragionamento controfattuale: si deve confrontare la condotta concretamente tenuta dal medico e la condotta che un medico diligente *ex art. 1176 c.c.* deve tenere.

Sull'individuazione della condotta diligente vi è stata una lunga evoluzione giurisprudenziale: diverse sono stati negli anni le prese di posizione del supremo consesso, che ha mutato orientamento nel corso degli anni a causa anche e principalmente della diversa impostazione del rapporto medico-paziente evolutasi nel tempo.

Nelle sentenze del passato si incontra la figura di un medico depositario di un arcano sapere, il cui esercizio della professione è insindacabile salvo errori grossolani, evidenti, madornali. Intorno agli anni '80 la situazione inizia a cambiare, l'atteggiamento del paziente nei confronti del medico si trasforma fino ad arrivare ad assumere, nella società attuale, i toni della pretesa.

Così, se prima il medico diligente da tenere come modello era un professionista medio, oggi deve essere un professionista piuttosto bravo, sempre aggiornato, che conosce le tecniche più avanzate evolute nel tempo nella scienza medica.



L'art. 1176, 2° comma, configura per il professionista, che adempie l'obbligazione ad essa inerente, una diligenza proporzionata alla natura dell'attività e la cui intensità va valutata con riferimento ad un modello astratto di professionista diligente che non è la diligenza del *bonus paterfamilias* (l'uomo medio, coscienzioso e diligente) ma è la speciale diligenza dello *homo eiusdem generis et conditionis* (la c.d. diligenza qualificata).

Ma quali sono gli elementi che delineano una diligenza qualificata? Questo è un compito che negli anni si è assunta la giurisprudenza.

La diligenza speciale *ex art. 1176, 2° comma, c.c.*, cui il medico deve attenersi, consiste in una condotta conforme alle c.d. *leges artis*.

### **Conforme: Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 1999, n. 4852**

“La responsabilità del medico in ordine al danno subito dal paziente presuppone la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra cui il dovere di diligenza da valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata; tale diligenza non è quella del buon padre di famiglia ma quella del debitore qualificato ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c. che comporta il rispetto degli accorgimenti e delle regole tecniche obiettivamente connesse all'esercizio della professione e ricomprende pertanto anche la perizia; la limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave di cui all'art. 2236, comma 2, c.c. non ricorre con riferimento ai danni causati per negligenza o imperizia ma soltanto per i casi implicanti risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che trascendono la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica; quanto all'onere probatorio, spetta al medico provare che il caso era di particolare difficoltà e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee ovvero a questi spetta provare che l'intervento era di facile esecuzione e al medico che l'insuccesso non è dipeso da suo difetto di diligenza”.

Nelle aule giudiziarie tutto questo non risulta così agevole; individuare queste *leges artis* non è cosa semplice, la scienza medica non è matematica, l'evoluzione delle tecniche, delle conoscenze, cambia sempre i contorni delle patologie e delle relative cure e in molti casi le c.d. linee guida per l'individuazione e la cura di una malattia sono discordanti.

#### **NOTA BENE**

In effetti, per stabilire quali siano le *leges artis* da applicare al caso concreto può farsi utile riferimento alle c.d. “linee-guida” elaborate da tutte le maggiori società scientifiche in quella determinata materia. Ma anche queste linee-guida non possono avere, dal punto di vista giuridico, un valore risolutivo e determinante: non si può configurare la colpa sol perché è stata disattesa una linea guida e, nello stesso tempo, non è da escludere a priori la colpa sol perché l'agente concreto vi si è attenuto.

Nell'accertamento della colpa i fattori determinativi sono tanti e strettamente legati al caso concreto.