

# Colpa professionale: principi generali e responsabilità del medico

■ **Alessandro Buzzoni**<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Avvocato penalista in Rimini*

## ■ LA COLPA PROFESSIONALE IN GENERE

Il corretto approccio del concetto di colpa in ambito giuridico è momento assai complesso e delicato, frutto di una continua evoluzione della giurisprudenza che, negli ultimi anni, è comunque riuscita a fissare alcuni principi di base valevoli in linea generale.

In questa sede si tenterà di fornire un quadro sintetico ed esauriente della nozione di colpa in generale e, nello specifico, di ciò che si intende per colpa professionale nel campo medico.

La normativa di riferimento dalla quale prendere le mosse è contenuta negli articoli 2236 del Codice civile e 43 del Codice penale.

La prima delle due norme non presenta problematiche particolari, riferendosi in generale alla **responsabilità del prestatore d'opera** (di tipo extracontrattuale, perciò derivante da un fatto illecito) e quindi anche del professionista esercente un'attività medico-sanitaria, qualora la prestazione da questi svolta implichi la soluzione di *problemi tecnici di speciale difficoltà*.

Si deve infatti ricordare che l'attività professionale in genere, viene di norma considerata come una *prestazione di mezzi e non di risultato*, per cui dovrà essere garantito il corretto adempimento della prestazione – nel caso del professionista medico, il rispetto delle c.d. *leges artis* – e non anche (salvo casi particolari di prestazione c.d. di *routine*, cioè di facile esecuzione) la buona riuscita della stessa.<sup>1</sup> L'articolo 2236 del Codice civile stabilisce appunto che nel caso di soluzione di problemi tecnici

di speciale difficoltà, il prestatore risponderà per danni – e sarà quindi ritenuto responsabile degli stessi – solamente qualora abbia agito con **dolo o colpa grave**. Si tratta di una particolare forma di responsabilità qualificata, perché le regole generali sull'adempimento dell'obbligazione inerente all'esercizio di un'attività professionale – di cui all'articolo 1176, comma 2, del Codice civile – prevedono che il concetto di diligenza nell'adempimento della stessa debba valutarsi con riferimento alla natura dell'attività concretamente esercitata.<sup>2</sup> L'articolo 1218 del Codice civile specifica inoltre che l'obbligo al risarcimento del danno, con riferimento alla natura dell'attività esercitata, potrà sorgere qualora non si possa dimostrare che l'inadempimento o il ritardo nell'esecuzione della prestazione dovuta, sia stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile (cause esterne, fatto altrui, ecc.).

Per ciò che concerne il rapporto obbligatorio nell'ambito della prestazione d'opera, e quindi anche del professionista medico, l'articolo 2236 del Codice civile pone dunque, come visto più sopra, una precisa limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, volendo con ciò – secondo le parole della Corte di Cassazione [1,2] – fare fronte alla necessità di «non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà», tanto che anche secondo la più recente dottrina, la responsabilità del medico trova origine in «un'obbligazione senza prestazione, ai confini tra contratto e torto» [3].

Dal principio sancito dall'art. 2236 del Codice civile, discende che spetterà al professionista, qualora intenda invocare il più limitato grado di colpa

<sup>1</sup> *Il prestatore d'opera intellettuale non è quindi responsabile se il risultato non viene raggiunto nella forma prevista, in quanto l'inadempimento si concreta nella violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale*

<sup>2</sup> *Si tenga presente, a prescindere dal dolo, che la regola generale di cui all'art. 1176, comma 2. Cod. civ. comprende anche i casi di colpa lieve, che riguarda invece la soluzione di problematiche non di speciale difficoltà*

portato dalla norma in commento, dare la semplice prova che la prestazione svolta comportava la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, competendo in tal caso al paziente danneggiato la dimostrazione di quelle che sarebbero state le modalità di attuazione ritenute più adeguate; resterà invece a carico del paziente l'onere della dimostrazione della facilità dell'intervento o che, comunque, si trattava di attività di *routine*. In tal caso, il medico dovrà comunque provare, per non incorrere in responsabilità, che il danno cagionato al paziente non ha avuto origine da un proprio difetto di diligenza.

Attesa la vasta congerie di condotte sanitarie esperibili nei casi di soluzione di problemi di particolare difficoltà, la dottrina e la giurisprudenza più recenti hanno comunque tentato di fornire alcune linee guida, indicando a titolo peraltro non esaustivo le seguenti evenienze:

- assenza di sicurezza in ordine all'eziologia della patologia, al suo evolversi ovvero all'utilità dei trattamenti farmacologici o chirurgici;
- presenza di casi clinici non ancora noti e non ancora fronteggiati dalla scienza medica, ma destinati a essere introdotti solamente in un momento successivo in studi sistematici su raggruppamenti di pazienti;
- esistenza di sintomatologie oggettivamente equivoche, emerse anche in seguito a opportune anamnesi e approfondimenti clinici e strumentali;
- sussistenza di simultanee patologie o specifici stati soggettivi, che rendano incompatibili tra loro i diversi trattamenti terapeutici.

Si deve tuttavia ricordare che le regole appena prospettate sono state oggetto in passato di ulteriori rivisitazioni dottrinarie e giurisprudenziali, specie con riguardo alle problematiche inerenti il **consenso informato** al paziente, giungendo ad affermare che «l'obbligo del consenso informato è del tutto autonomo rispetto alla riuscita del trattamento sanitario, e perciò il medico che abbia omesso di raccogliere il consenso informato, incorre in responsabilità anche se la prestazione viene eseguita in concreto senza errori» [4].<sup>3</sup>

Sin qui la responsabilità di tipo patrimoniale per danni. Sul fronte della responsabilità penale invece, assolutamente personale e sanzionata con pene detentive, occorre fare riferimento alle norme del Codice penale.

<sup>3</sup> *Di recente tuttavia, la giurisprudenza ha ribaltato tale orientamento stabilendo in via definitiva che «seppur l'attività medico-chirurgica, per essere considerata legittima, necessita dell'acquisizione del consenso informato rilasciato dal paziente (salve le eccezioni previste dalla legge), non ricorre peraltro alcuna fattispecie penale nel caso in cui il medico, pur in assenza di un valido consenso del paziente, abbia agito secondo la lex artis e l'intervento si sia concluso con esito benefico per la salute del paziente, da intendersi come miglioramento della patologia da cui lo stesso era affetto» [5]*

L'articolo 43 del Codice penale invero, descrivendo l'elemento psicologico del reato, stabilisce quanto al concetto di colpa che «il delitto è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline»<sup>4</sup>.

Rispetto all'antichità, ove si ripudiava ogni possibilità di perseguire soggetti che avevano agito senza volontà produttiva di eventi dannosi, la nozione odierna di colpa è stata definitivamente riconosciuta e inquadrata in uno spazio intermedio tra il dolo e la responsabilità oggettiva.

Ciò in quanto, pur essendo il reato colposo meno grave di quello doloso e sanzionato in maniera più mite, la colpa si configura comunque come forma di **responsabilità soggettiva**, quale nozione indispensabile per poter far fronte ai rischi sempre maggiori conseguenti all'incessante progresso tecnologico e alle continue mutazioni degli stili di vita individuali e collettivi.

Le teorie che si sono nel tempo susseguite in ordine alla configurazione del delitto colposo, hanno dapprima tentato di identificare un concetto soggettivo di colpa e, successivamente, un concetto puramente oggettivo della stessa.

Il risultato finale di tali attività interpretative è stata l'individuazione di una moderna **teoria mista** della colpa, riferita cioè alla trasgressione di oggettive regole di cautela, comparate alla capacità soggettiva dell'individuo di osservare tali regole.

L'individuazione del moderno reato colposo discende dunque da una condotta connotata da «legerezza» da parte del singolo, il quale abbia posto in essere, senza volontà ma comunque in violazione di obiettive regole cautelari previste a tutela di determinati beni giuridici, un fatto reato che avrebbe potuto evitare rispettando tali prescrizioni, in quanto esigibili da quel dato individuo.

Essendo ormai del tutto rifiutato ogni riferimento al concetto di colpa c.d. *presunta*, cioè slegata da elementi di segno soggettivo, ciò che occorre oggi è la verifica della sussistenza dei tre fondamentali elementi costitutivi del reato colposo, sotto un profilo squisitamente psicologico:

- l'assenza di volontà nel fatto;
- la mancata osservanza delle regole precauzionali legislativamente previste al fine di poter evitare la verifica di dati fatti pregiudizievoli;
- l'attribuibilità, sotto l'aspetto psicologico, di quella stessa mancata osservanza di regole.

<sup>4</sup> *«Il delitto è invece: doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente» [6,7]*

Ciò che più contraddistingue la colpa dal dolo, secondo la moderna dottrina, è in ogni caso la **mancaza assoluta della volontà del fatto**, nonostante il legislatore penale abbia espressamente collocato l'elemento volitivo in collegamento con il solo evento [8].

Per ciò che concerne nello specifico il concetto di colpa, deve rilevarsi come in realtà esistano delle circostanze in cui il soggetto sia comunque tenuto ad astenersi dal porre in essere determinati comportamenti pericolosi, posto che l'ordinamento giuridico non ammette per tali casi la ricorrenza di alcun tipo di rischio. In detto contesto si parla di **colpa comune**, relativa ad attività lecite in quanto non vietate dall'ordinamento.

In altri casi, determinate attività vengono comunque consentite dall'ordinamento nonostante la loro pericolosità, atteso che le stesse vengono riconosciute come utili sul piano sociale.

Si parla in tali casi di "rischio consentito", che riguarda quelle attività giuridicamente consentite e presidiate da regole convenzionali di condotta aventi finalità precauzionali, capaci di poter contenere il relativo rischio entro determinati margini di tollerabilità.

Si verte in tali ipotesi nell'alveo della **colpa professionale** in senso stretto, consistita dal superamento del rischio consentito in esito a un giudizio di bilanciamento tra i vantaggi e gli svantaggi scaturiti dall'attività posta in essere.

Il problema si è sempre posto con maggior pregnanza in ordine all'attività professionale medica. Si è infatti per un verso approvata la necessità di sfuggire alla individuazione di specifici ambiti privilegiati a favore di chi eserciti tale attività e, d'altra parte, sentita l'esigenza di prevenire ogni forma di c.d. "medicina difensiva", che porterebbe il sanitario a trincerarsi dietro una barriera protettiva, indirizzata non tanto a ottenere i migliori risultati per i propri assistiti, ma solamente a conseguire una minima esposizione personale ai possibili pericoli del mestiere, seppur operando nell'alveo del rischio consentito.

Ciò che deve essere assicurata in definitiva, è la possibilità per il medico di operare in un contesto sereno, seppur nell'osservanza delle regole cautelari poste a garanzia della salute del paziente, quale bene primario e insopprimibile, oggetto di tutela a livello costituzionale ex art. 32.

Non possono non tenersi in considerazione, in tale ambito, lo sviluppo incessante del patrimonio culturale, la continua acquisizione di nuove rivelazioni mediche, la sempre maggior affidabilità delle tecnologie scientifiche e la ormai pressoché garantita convergenza dei differenti trattamenti sanitari nella cura del singolo paziente.

Manca a tutt'oggi una disciplina organica della materia e, pertanto, l'attività sanitaria risulta essere attualmente presidiata dalle direttive generali previste dal Codice deontologico medico, dai precetti cautelari, tecnici e comuni rinvenibili in base al

dato normativo dell'art. 43 Cod. pen., nonché dalle varie leggi speciali che regolano la materia (DPR 27.3.1969, n.128; DPR 20.12.1979, n.761; DPR 128/79, ecc.). Dall'insieme di tale contesto legislativo e disciplinare, si evince la circostanza basilare secondo cui il medico, nell'esercitare la propria attività professionale, è obbligato a rispettare diligentemente le *leges artis* del proprio settore di competenza, andando a ricoprire una vera e propria posizione di garanzia nei confronti del suo paziente, dovendo giuridicamente tutelare, con ogni possibile sforzo, la vita e l'integrità fisica di quest'ultimo. Le principali regole precauzionali incombenti sul medico sono state elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nelle seguenti:

- obbligo di astensione da condotte che possano causare rischi non contenibili;
- obbligo di impiegare ogni precauzione possibile per ridurre o escludere, a seconda dei casi, i pericoli connessi alla concreta attività posta in essere;
- obbligo di svolgere studi integrali dei casi clinici (la giurisprudenza ha infatti puntualizzato che l'ambito di discrezionalità del sanitario in merito alla diagnosi e alla terapia da seguire, tende a ridursi, se non a rendersi del tutto inconsistente, qualora le espressioni tipiche della patologia siano talmente evidenti e univoche da far ritenere incompatibile con il grado di preparazione e di esperienza minimi richiesti dalla specializzazione posseduta dal sanitario il loro eventuale mancato rilevamento [9]);
- obbligo di attenersi con costanza alle specifiche condizioni dell'assistito e di limitarsi alle opportune iniziative;
- obbligo di aggiornamento professionale;
- obbligo di scelta ponderata dei collaboratori;
- obbligo di verifica sull'operato degli assistiti e dei collaboratori.

Ciò posto, diviene dunque sempre necessario verificare che il medico, allorché possa configurarsi una sua responsabilità colposa, non si sia attenuto alla regola obiettiva di condotta richiesta dal caso concreto, ponendo a confronto il suo operato con quello dell'agente modello, con la medesima specializzazione e nelle stesse condizioni ambientali e soggettive.

## ■ COLPA PROFESSIONALE NELL'ATTIVITÀ MEDICA

La giurisprudenza più recente ha proseguito nell'esegesi dei principi che sorreggono la colpa professionale in ambito medico, fornendo al con-

tempo contribuiti innovativi in ordine alla positiva determinazione dei presupposti attinenti la responsabilità del sanitario nell'esecuzione delle attività medico-chirurgiche, ponendosi in linea con le regole sancite dal novellato articolo 533, comma I, del Codice di procedura penale ("Dimostrazione della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio"), nonché sulla scia dei principi espressi da altre note sentenze della Suprema Corte di Cassazione [10].

Il concetto dominante anche alla luce del nuovo contesto giurisprudenziale è sempre e comunque il medesimo: l'obbligo da parte dell'esercente attività medica di osservare scrupolosamente le leggi dell'arte durante la propria attività professionale, andando egli ad assumere una posizione di garanzia nei confronti del paziente, in quanto portatore dell'obbligo giuridico di attivarsi e di proteggere con ogni sforzo la vita e l'integrità fisica dello stesso garantito.

Accanto a tale generale e fondamentale requisito, si impone comunque al sanitario il rispetto delle direttive e degli obblighi previsti anche dalle regole di deontologia medica, che prescrivono, tra l'altro, il dovere di aggiornamento e di preparazione scientifica, di possesso di adeguate capacità, competenze, conoscenze e qualità professionali, nonché quello di saper riconoscere i propri limiti e non agire nei casi di carenza di preparazione o di conoscenze specifiche nel settore di intervento.

In ambito medico-sanitario, essendo frequente la manifestazione di fatti atipici, capaci di cogliere alla sprovvista anche il medico più preparato, l'esplorazione del rapporto causale diventa particolarmente delicata.

Il suo corretto inquadramento invero, non potrà mai tralasciare la verifica di eventuali fattori antecedenti, contemporanei o posteriori, tutti ingannevoli per il successo del trattamento o dell'intervento medico – dominato in ogni caso dalla presenza di limiti insuperabili e non sempre individuabili della scienza medica – atteso che «la condotta colposa del medico (secondo quanto stabilito anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la nota sentenza Franzese del 10 luglio 2002), in presenza di probabilità solamente causali, non rappresenta più la *condicio sine qua non*, senza la quale, cioè, nel giudizio controfattuale, si può affermare che l'evento lesivo non si sarebbe verificato ma, al contrario, che, anche senza quella condotta colposa (*rectius*, in presenza di una condotta medica non colposa) si può dire che quel particolare evento si sarebbe potuto verificare ugualmente».

I principi appena espressi, rappresentano un valido supporto in ordine alla concreta individuazione degli eventuali profili di colpa a carico di coloro che esercitano attività medico-chirurgiche e sanitarie. Tuttavia, non si deve affatto trascurare l'importante considerazione che, secondo gli orientamenti prodotti dalla giurisprudenza in tema di responsabilità professionale medica, si è verificato nel tempo un graduale passaggio dal giudizio di responsabilità del medico in termini di "certez-

za", a quello più attenuato espresso in termini di "elevata probabilità" di verificazione di eventi lesivi per effetto della condotta colposa, o dolosa, del sanitario interessato.<sup>5</sup> Con l'approdo alla notoria sentenza Franzese delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, tale stato delle cose è stato poi ulteriormente emendato – anche e soprattutto al fine di evitare eccessi di responsabilizzazione degli operatori sanitari in genere – prevedendosi la necessità di un accertamento del nesso di causalità tra condotta medica omissiva ed evento infausto, in termini di *probabilità prossima alla certezza*<sup>6</sup>.

L'enunciato portato dalla sentenza Franzese e condiviso dalla giurisprudenza successiva, assume pregevole rilevanza atteso che, anche in assenza di leggi scientifiche, universali o statistiche di copertura, la verificazione del rapporto di causalità potrà fondarsi anche su regole generali di esperienza ovvero dettate dal senso comune, sempre che ovviamente razionalmente credibili, in quanto comunque aggettate a precisi presupposti scientifici.

Una rilevanza pressoché esclusiva del dato statistico percentuale delle probabilità di salvezza del paziente, emerge chiaramente da una recentissima sentenza della Corte di Cassazione (che ha proseguito nell'opera di ricostruzione dei presupposti della responsabilità omissiva del medico sviluppata dalla sentenza Franzese delle Sezioni Unite), con la quale si è voluto ulteriormente precisare che, «onde poter addebitare al sanitario una responsabilità per colpa – nella specie per omissione, ovvero erroneità della diagnosi – compito del giudice dovrà essere innanzitutto quello di verificare l'applicabilità al caso concreto delle leggi scientifiche di copertura, in particolare di quelle statistiche, prendendo in esame ogni specifica caratteristica che potrebbe invalidarne la credibilità, nonché esaminare se dette leggi siano conciliabili con l'età, il sesso, le condizioni generali del paziente, con la presenza o meno di ulteriori fenomeni morbosi interagenti, con la sensibilità individuale ad un determinato trattamento farmacologico e con ogni altra condizione presente nella persona nei cui confronti è stato omissso il trattamento richiesto, che appaiono idonee ad influenzare il giudizio di probabilità logica»<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Più precisamente, a partire dalla sentenza della Cass. pen. sez. IV, 7.1.1983, Melis; poi con la citata sent. Franzese del 2002

<sup>6</sup> Si vedano nello stesso senso: Cass. pen. sez. IV, 17.9.2002, Marinari; Cass. pen. sez. IV, 9.3.2001, Baltracchi; Cass. pen. sez. IV, 29.11.2000, Musto

<sup>7</sup> Cass. pen. sez. IV, 2 febbraio 2007, n.4177. Da ultimo, Cass. pen. sez. IV, 30 aprile 2008, n.17523, secondo cui «in tema di reato colposo omissivo improprio, la prova del nesso di causalità tra la condotta omissiva e l'evento deve fondarsi sul criterio della probabilità logica e non di quella statistica [...] in vista dell'individuazione, con elevato grado di credibilità razionale e previa esclusione dell'efficienza causale di alternativi meccanismi eziologici, della condizione necessaria dell'evento e non di quella meramente sufficiente alla sua produzione»

**CORRESPONDING AUTHOR**

Avv. Alessandro Buzzoni; e-mail: sanbuz@libero.it

**■ BIBLIOGRAFIA**

1. Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza n.1282 del 6 maggio 1971
2. Corte di Cassazione, sentenza n.11440 del 18 novembre 1997
3. Castronovo C. La nuova responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1997
4. Cassazione civile, sentenza n. 5444 del 2006
5. Cassazione penale, sezioni unite, sentenza n.2437 del 21 gennaio 2009, in proc. Mazzini
6. Codice penale, art. 43. In: Fiandaca G, Giarda A. Codice penale e di procedura penale Milano: Ipsoa, 2009
7. Mantovani F. Diritto penale. Padova: Cedam, 1988
8. Gallo M. Colpa penale. *Enc del Dir* 1960; 7: 624
9. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza n.11024 del 10 giugno 1998
10. Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza n.30328 del 11 settembre 2002, in proc. Franzese

Per approfondimenti è possibile consultare:

- Buzzoni A. Le responsabilità civili e penali del medico e dell'équipe medica. In: Medico & Paziente. Milano: Edizioni Fag, 2007
- Buzzoni A. La difesa gratuita in giudizio. Milano: Edizioni Fag, 2008
- <http://www.diritto.it>
- <http://www.ergaomnes.net>
- <http://www.altalex.com>