

Claudio Ferrazza, laureato in Giurisprudenza presso La Sapienza di Roma con tesi in materia di Medicina Legale, Avvocato del foro di Roma dal 1983, Cassazionista, legale e consulente di ASL ed Aziende Ospedaliere nonché di una compagnia di assicurazioni, svolge da oltre 20 anni la sua attività di penalista principalmente in difesa di medici e personale sanitario.

Roberta Pagliarella, laureata in Giurisprudenza presso La Sapienza di Roma con una tesi di diritto penale sulla responsabilità medica. Avvocato del foro di Roma si occupa, principalmente, della difesa in campo penale di medici e personale sanitario delle strutture ospedaliere pubbliche.

Daniela Valentini, Avvocato del Foro di Roma; all'inizio della carriera ha svolto la libera professione in campo civile come penale; dal 1998 fa parte dell'ufficio legale di una delle più importanti società italiane, occupandosi di diritto societario, di corporate e governance, di contratti, progetti speciali e contenzioso nell'area civile e commerciale.

Paolo Ferrazza, Biologo Molecolare, laureato dal 1984. Si è subito dedicato alla ricerca scientifica in campo Biomedico, dapprima in laboratorio, poi nella ricerca clinica. Esperto di normativa applicata alle Sperimentazioni Cliniche.



CLAUDIO FERRAZZA

ROBERTA PAGLIARELLA

DANIELA VALENTINI

PAOLO FERRAZZA

Profili penalistici e civilistici del trattamento medico-chirurgico

Profili penalistici e civilistici nel trattamento medico-chirurgico

*A mio figlio
Andrea Valerio*

CLAUDIO FERRAZZA

ROBERTA PAGLIARELLA

DANIELA VALENTINI

PAOLO FERRAZZA

Profili penalistici e civilistici del trattamento medico-chirurgico



Entrando nell'androne dell'istituto di medicina legale della Sapienza di Roma era possibile ammirare, quando ero studente, un gruppo bronzeo rappresentante due donne, strette l'una all'altra mentre camminavano; rappresentavano Medicina e Giurisprudenza unite nel percorrere quel tratto di cammino comune, costituito dalle materie in cui le due discipline vedono i loro confini mischiarsi e confondersi.

Era la rappresentazione visiva di una materia che riguarda i giuristi come i medici e che da entrambi deve essere studiata ed era anche l'immagine di quella incredibile comunanza di principi ispiratori, posti alla base dell'una come dell'altra professione: il medico, come l'avvocato, interviene quando si manifesta una patologia, un problema, una sofferenza; che essa sia dovuta a un germe o ad un errore giudiziario poco importa.

Altrimenti, i due professionisti intervengono prima, per evitare che un problema o una patologia si manifesti, ma la sostanza non cambia, medici ed avvocati abbiamo il compito di evitare o sanare la sofferenza altrui e così come il medico si china sull'avvocato affetto da qualche male, è compito dell'avvocato intervenire quando il medico incappa nelle maglie della "Giustizia".

La materia della responsabilità professionale del medico, in sede civile come penale, è precisamente l'oggetto di questo studio, perché è il campo nel quale la categoria medica, sta conoscendo l'imperversare di una "malattia" dotata delle caratteristiche di una pestilenza seicentesca.

L'ordinato sistema della responsabilità professionale del medico creato dall'art. 2236 c.c. e collegati, è stato, infatti, negli ultimi lustri sconvolto da una Giurisprudenza sempre più dura, sempre più vessatoria, cui la Dottrina non ha fatto, come sarebbe stato logico, da battistrada, ma fa desolatamente da retroguardia, nel tentativo di riuscire ad inquadrare le tendenze dei Giudici di merito e della Suprema Corte in ambiti sistematici.

Fino ad oggi questo tentativo è risultato vano e questo è il motivo per il quale, all'esito dello studio condotto, ho dovuto constatare come manchi addirittura la condivisione di un minimo di concetti comuni, dai quali partire per costruire un sistema normativo nel quale il medico conosca realmente il suo spazio, l'ambito del suo dovere e, soprattutto, dei suoi obblighi prima che delle sue facoltà.

Tuttavia, la presente monografia, nel rilevare e rivelare lo stato di grave confusione dottrinale, normativa e giurisprudenziale intorno alla materia studiata, pur non potendo fornire conseguentemente una soluzione o un indirizzo che possa dare tranquillità alla classe medica, deve essere però stimolo ed invito affinché questa stessa classe medica si attivi per l'individuazione di quell'impianto ordinato e razionale di leggi, senza il quale sarà impossibile in futuro svolgere la professione sanitaria, al quale non può essere estranea la previsione di un sistema assicurativo obbligatorio e quindi non evitabile da parte delle compagnie, alle quali, d'altra parte deve essere fornito un meccanismo di riassicurazione, eventualmente tramite la mano pubblica, perché senza assicurazione non vi è tranquillità per il medico e non vi è quindi certezza per il malato di una attenzione serena.

È evidente che una simile ciclopica attività di studio, elaborazione e proposta a livello nazionale non può che prevedere una stretta collaborazione tra medici e giuristi: il cammino delle due fauciulle sottobraccio deve proseguire concorde nell'interesse di tutte e due.

Avv. Claudio Ferrazza

Indice

Sezione 1

PROFILI PENALISTICI DEL TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO	11
1.1 Il Trattamento medico-chirurgico	11
1.2 Definizione del trattamento medico-chirurgico	15
1.3 Importanza delle definizioni di lesione e malattia per una corretta impostazione del problema	19
1.4 Trattamento medico-chirurgico e art. 584, 605, 610, 613 c.p.	24
1.5 Breve excursus sui principali orientamenti dottrinali relativi al fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico	28

Sezione 2

IL TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO E LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

2.1 Ruolo e collocazione sistematica del consenso	41
2.2 Il diritto all'integrità fisica e gli atti di disposizione del corpo umano ex art. 5 C.C.	41
2.3 I requisiti del consenso	49
2.4 Il consenso personale: il problema della capacità a consentire	58
2.5 Stato di necessità e consenso presunto	66
2.6 Il dissenso come esercizio di un diritto dell'individuo	72
2.7 Evoluzioni giurisprudenziali	79
2.8 Il trattamento medico-chirurgico come adempimento di un dovere	85
	88

2.9 Il trattamento medico-chirurgico come esercizio di un diritto	91	Sezione 5	
2.10 Il trattamento medico-chirurgico e le cause di giustificazione non codificate: il ricorso alla teoria dell'azione socialmente adeguata	93	LA RESPONSABILITÀ CIVILE IN GENERALE.	
		RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E EXTRA CONTRATTUALE	
		GIUDIZIARIA	193
Sezione 3		5.1 La responsabilità contrattuale	193
LA RESPONSABILITÀ MEDICA	99	5.2 La responsabilità extracontrattuale	197
3.1 Cenni generali sulla responsabilità medica	99	5.3 Gli aspetti di diversità: la disciplina dell'onere della prova e la disciplina della prescrizione	198
3.2 Sulla misura della colpa in generale: la colpa dello specialista	104	5.4 Cumulo delle due azioni di responsabilità	199
3.3 Responsabilità del sanitario a titolo di colpa	115	5.5 Il danno ingiusto e risarcibile:	
3.4 La questione dell'estensibilità in ambito penale del criterio di cui all'art. 2236 del codice civile	118	A) Il danno patrimoniale	
3.5 Accertamento del nesso causale fra la condotta del sanitario e l'evento dannoso	124	e B) non patrimoniale. Il danno alla persona: in particolare, il danno biologico.	202
3.6 I rapporti tra consenso del paziente e colpa del sanitario: profili generali. Configurazione autonoma della responsabilità del medico per violazione del dovere di informazione	143	5.6 L'estensione dell'area dei danni risarcibili: la particolare figura del cd.danno esistenziale	210
3.7 Il consenso informato cardine del rapporto medico-paziente	144	5.7 Particolari ipotesi di responsabilità civile:	
3.8 Il difetto di consenso: profili de iure condito e de iure condendo	146	a) la responsabilità del medico specializzando;	
		b) la responsabilità contrattuale dell'azienda ospedaliera;	
		c) la responsabilità contrattuale del policlinico universitario	215
		CONCLUSIONI	221
Sezione 4			
LA COLPA PROFESSIONALE NELLA CASISTICA GIUDIZIARIA	155		
4.1. La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale	155		
4.2 La responsabilità medica d'équipe	161		
4.3 La responsabilità per fatto degli ausiliari	165		
4.4. Omeopatia e responsabilità professionale	167		
4.5 Il caso del chirurgo estetico	169		
4.6 Il nesso di causalità	176		
4.7 L'onere della prova: una questione ancora aperta	184		

Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico

1.1 IL TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO

Al fine di addentrarci, senza remore né incertezze, in uno dei temi tra i più trattati dalla dottrina penalistica e non di questo secolo, è necessario procedere assegnandoci alcuni limiti, suggeriti dal desiderio di identificare il reale argomento di tale ricerca.

Pertanto, saranno escluse dall'indagine quelle attività mediche incompatibili con il nostro studio per la specificità della disciplina (come il trapianto di organi, gli innesti di tessuti e la sperimentazione a fine terapeutico) o a causa del fine non terapeutico del trattamento (inseminazione artificiale, aborto non terapeutico, trattamento cosmetico e plastico, sperimentazione non terapeutica).

Si definisce così l'ambito oggettivo della nostra analisi: la liceità dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico eseguita, s'intende, *lege artis*¹.

Il problema centrale del trattamento chirurgico nasce da un singolare paradosso: il medico per operare il paziente è costretto a praticargli una lesione.

¹ Mantovani F., I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero, Padova, 1974: "per *leges artis* s'intende quelle regole, che la migliore scienza ed esperienza medica hanno stabilito per assicurare il risultato terapeutico di un intervento, o, comunque, per ridurre nei limiti umanamente possibili i rischi, e che riguardano tutto ciò che attiene ad una corretta attuazione del trattamento". Crespi A., Responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infuato, in Riv. it. dir. proc. pen., 1954: "nell'esercizio dell'attività medica a fronte di un'ampia libertà sussistono dei limiti che fanno parte del corredo culturale di qualsiasi medico e che non possono essere trascurate nell'accertamento dei limiti tra errore professionale non punibile e la colpa professionale punibile".

L'auspicato miglioramento della salute del malato passa attraverso la violazione della sua integrità fisica.

Varie ragioni sembrerebbero indurci a non tornare su tale argomento, sia perché molto e bene, è già stato scritto, sia perché mancando un'adeguata disciplina normativa sembra impossibile trovare una soluzione appagante, sia infine perché si sta facendo riferimento ad una delle attività più nobili e utili per l'umanità intera di cui, sembra difficile potere mettere in discussione i fondamenti di liceità.

Scriveva Pannain a metà degli anni 50: "*...il sudore che normalmente imperla la fronte dell'operatore diventa...un diadema di fulgore, di sforzo, di attenzione....la sua mano non trema, ma il suo cuore è in tumulto e nel suo cervello c'è l'affluire di tutta l'esperienza, di tutta la cultura, che è andata stratificandosi in anni e anni di lotta...*"; ora pur non negandosi una funzione sociale preminente allo svolgimento dell'attività terapeutica medico-chirurgica, negli ultimi decenni, si è assistito, sia negli scritti dei giuristi che nel comune sentire sociale, ad una progressiva erosione di quella zona di favore che aveva garantito, una sostanziale impunità penale all'operato del medico, in ragione proprio della nobiltà del fine in esso perseguito e della oggettiva difficoltà che sempre lo accompagna.

A fronte delle nuove potenzialità diagnostiche e terapeutiche offerte dal progredire della scienza, vi è stato un diverso ripensamento del rapporto medico-paziente, rapporto che ha subito numerose trasformazioni nella sua evoluzione storica.

Tale rapporto si è andato spersonalizzando, nel senso di un progressivo regresso dell'impronta personalistica umanitaria che lo aveva caratterizzato in precedenza.

Si è assistito ad una sempre maggiore responsabilizzazione del medico.

Egli, ormai, non è più l'unico soggetto decidente riguardo la salute dell'individuo, non può più decidere in via del tutto autonoma sulle cure da effettuare.

Il medico viene a porsi in un rapporto dialettico con l'individuo che ha in cura, visto perciò, non più come oggetto ma come un vero e proprio soggetto, portatore, sempre e comunque, di una propria volontà, che deve esser manifestata.

In questo senso, dunque, si assiste ad una considerazione ed un recupero del rapporto medico-paziente in termini nuovi rispetto al passato, non più paternalistici, bensì paritari.

Causa, ed allo stesso tempo effetto, di tale evoluzione, devono considerarsi tutta una serie di istituzioni² volte a evidenziare situazioni di sopraffazione e ad agevolare la tutela dell'individuo, e che hanno avuto l'indubbio merito di sensibilizzare e rendere più ricettive su tali problemi sia l'opinione pubblica che la giurisprudenza.

Ecco allora il consolidarsi di nuovi e diversi valori, meritevoli di una tutela giuridica autonoma tra cui emerge la libertà di autodeterminazione del paziente³, libertà che come è facile intuire, è solo formale, stante la profonda diversità di conoscenze e di sapere che innegabilmente esiste tra i due soggetti.

Dal puro affidamento del paziente alle capacità quasi divinatorie del medico si è passati ad una posizione critica del paziente nei confronti del professionista e ad una conflittualità a volte esasperata.

Le ragioni e le cause di tale trasformazione sono varie e complesse.

Innanzitutto la spersonalizzazione del rapporto medico-paziente, dovuta in parte anche all'allargamento dell'area occupata dalla medicina pubblica, che si realizza in strutture, alle quali il malato si rivolge senza poter scegliere chi gli presterà la necessaria assistenza⁴.

D'altra parte la creazione di sempre più numerose specializzazioni che privilegiano lo studio di malattie di determinati organi o apparati, ha finito con il segmentare il rapporto medico-paziente in una serie di rapporti, che proprio per la loro natura, non consentono la conoscenza del malato nella sua globalità, utile a prevenire incomprensioni e conflittualità.

Inoltre la circolazione delle notizie e delle informazioni incentivata dai mass media, ha creato nuove conoscenze, giungendo

² Come ad esempio, Il Tribunale per i diritti del malato, in Riv. Med. Leg. 1980.

³ Del Corso S., Il consenso del paziente, in riv. it. dir. proc. pen., III, 1987: "la decisione intorno alla propria sfera corporea rappresenta l'oggetto della libertà di autodeterminazione".

⁴ Fucci S., Informazione e Consenso nel rapporto medico paziente, Milano, 1996.

ad un progressivo appropriarsi, da parte del paziente, della capacità di interloquire e decidere in relazione alle sue condizioni di vita ed alle sue esigenze di cura⁵.

Al di là di questi problemi che verranno trattati in maniera più analitica in altra sede, l'atteggiamento verso la salute e, conseguentemente, verso la medicina, è sostanzialmente mutato.

Il famoso antropologo francese F. Laplantine⁶ affermò, in un suo, non troppo lontano scritto, che l'ossessiva preoccupazione per la salute è divenuto il fenomeno caratterizzante la società moderna, fenomeno che ha portato ad enfatizzare il concetto di medicina in modo tale da poter parlare di "medicizzazione" della vita⁷.

Si è giunti, per qualcuno, addirittura alla conclusione che "l'uomo del XX secolo ha assimilato in maniera così estrema la norma medica che vive in maniera ossessiva la propria salute"⁸.

Tale rinnovata attenzione, nei confronti della libertà di autodeterminazione del malato, se da un lato è apprezzabile per il fatto di porre in primo piano ogni estrinsecazione della persona umana, dall'altro potrebbe comportare il rischio, sull'onda di esasperazioni collettive, motivate da un profondo degrado che, soprattutto in ambito pubblico, attraversa la sanità italiana, di pregiudicare faticose conquiste, come la rilevanza del principio di non colpevolezza, scivolando così sul terreno insidioso della punizione esemplare.

Inoltre, quello che deve essere seriamente temuto è lo spettro di una demotivazione e deresponsabilizzazione del medico.

Il medico pavido, titubante e infine timoroso di finire nelle aule giudiziarie, è figura non meno pericolosa di quello incauto e avventato.

Nasce così l'esigenza di una revisione profonda della materia in questione, tesa ad evidenziare i confini della rilevanza penale dell'atto

⁵ Fucci S., op. cit.

⁶ Laplantine F., *Antropologia della malattia*, trad. it., Firenze, 1988.

⁷ Laplantine F. op. cit.

⁸ Gullien G., *La Medicina nella storia della civiltà*, in *Dolentium Hominum*, 1988, pag. 67.

medico; revisione affidata, nel silenzio normativo, all'interprete il quale deve conciliare il momento dinamico del diritto con la necessità, sempre viva, di non abbandonarsi a criteri sostanzialistici emotivi, contrari a quella certezza dei rapporti giuridici, che, soprattutto in diritto penale, è espressione inderogabile di civiltà e premessa necessaria per la tutela dei diritti del cittadino⁹.

1.2 DEFINIZIONE DEL TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO

La rilevanza della definizione del concetto di trattamento medico-chirurgico consiste nell'essere pregiudiziale rispetto ad ogni indagine circa il fondamento ed i limiti della liceità dello stesso, diventando così necessario individuare, quali tra gli atti compiuti dal medico possano farsi rientrare nell'ambito di detto concetto.

Varie sono state le definizioni della dottrina medico legale, la quale ha da sempre avvertito l'importanza di tale questione ai fini di una corretta impostazione del problema.

Risalente nel tempo è la definizione data dal Grispigni: "*modificazione dell'organismo altrui compiuta secondo le norme della scienza, per migliorare la salute fisica o psichica della persona*".

In tal modo, si intende, da parte dell'autore, per trattamento medico solo l'intervento chirurgico eseguito *lege artis* e con finalità curative.

Questa definizione, se è esatta da un punto di vista empirico, non è tale da un punto di vista strettamente scientifico, poiché non sempre l'operazione chirurgica determina una modificazione dell'organismo del paziente, potendo a volte eliminare le modificazioni sopravvenute, restituendolo in pristinum.

La definizione del Grispigni, non esprime, inoltre, la funzione primaria del trattamento terapeutico: eliminare la malattia nel corpo o nella mente; funzione essenziale sia per non integrare il reato di

⁹ Nuvolone P., *Limiti Taciti alla norma penale*, Padova, 1972.

lesione personale ex art. 582 c.p., sia per costituire l'elemento differenziale fra il trattamento terapeutico fatto a scopo curativo e quello fatto per altro scopo.

Meno limitativa si presenta la definizione del Crespi¹⁰: "è propriamente un'azione posta in essere da parte di un medico nell'esercizio della sua attività professionale, diretta al fine di favorire le condizioni di vita di un essere umano vivente" rilevandosi come vi rientrino, oltre alle operazioni chirurgiche ed ai rimedi di medicina interna, anche gli interventi diagnostici.

Ma la definizione più adeguata al problema della ricerca del fondamento di liceità del trattamento medico-chirurgico è quella data dal Riz¹¹:

"tutte quelle azioni (od omissioni) che il medico pone in essere, secondo i dettami della scienza, sulla persona del paziente, come:

- A) *la visita medica (ossia l'esame del corpo del paziente);*
- B) *le attività cd. preparatorie dirette al fine diagnostico (indagini radiologiche, prelievi di sangue, ecc.);*
- C) *la profilassi (con vaccini, sieri, ecc.);*
- D) *i trattamenti antidolorifici;*
- E) *la somministrazione di farmaci per le varie vie (orale, sottocutanea, intramuscolare, endovenosa, endoarteriosa, ecc.);*
- F) *interventi terapeutici vari a favore del paziente (operazioni, elettroshock, cure fisiche e psichiche);*
- G) *interventi su persona a fine di giovare alla salute di altri (trapianto di organo, trasferimento di parte della cute, trasfusioni di sangue, ecc.);*
- H) *interventi con finalità non terapeutiche (inseminazione artificiale, trattamento cosmetico e plastico, sperimentazione sulla persona umana)".*

Il Riz dunque esclude, dal concetto di trattamento medico-chirurgico solo gli interventi su una persona non vivente come ad esempio la necropsia.

¹⁰ Crespi A., Responsabilità Penale nel Trattamento Medico-Chirurgico con esito infuusto, Palermo, 1955.

¹¹ Riz, R., Il Trattamento medico e le cause di giustificazione, Padova, 1975.

Tale definizione coglie nel segno il problema in quanto comprende tutti i casi in cui il medico venga, nello svolgimento della propria attività, a contatto con il corpo di un soggetto, interferendo, pur sempre per finalità inerenti alla sua professione, nella sfera dei cd. beni personali del soggetto, come quelli della libertà psichica e della integrità fisica, i quali sono espressamente protetti dall'ordinamento, rendendo così necessaria l'indagine sulla causa che la legittima.

Ciò premesso l'attività terapeutica, oggetto della nostra indagine, è così caratterizzata:

1) il medico deve agire con lo scopo, diretto e immediato, di arrecare beneficio alla salute del paziente.

L'interesse del malato deve essere l'obiettivo costante dell'attività del medico, condizione di ogni sua scelta, senza la quale la terapia non è neppure pensabile essendo, inoltre, indispensabile per l'instaurazione di quella "therapeutic alliance"¹² che deve caratterizzare e contraddistinguere il rapporto tra medico e malato.

2) Obiettiva idoneità terapeutica del trattamento medico-chirurgico data dalla reale idoneità curativa del trattamento adottato, dalla previa conoscenza dei benefici del trattamento, dei rischi, e del rapporto di proporzione tra loro.

Dunque, solo laddove, il trattamento presenti benefici superiori ai possibili danni, questo viene riconosciuto e accettato come idoneo mezzo terapeutico dalla scienza medica (accepted procedure)¹³.

3) Il trattamento deve essere necessariamente diretto ad un soggetto malato e deve essere effettuato, in rapporto diretto alla malattia e per la cura di essa.

Il concetto di terapia trova, per definizione, i propri limiti nell'esistenza di una malattia da un lato e nell'utilità della cura dall'altro.

Un'ulteriore specificazione si rende necessaria al fine di delimitare il nostro campo di indagine: si farà riferimento alla lesione

¹² Mantovani op. cit.

¹³ Mantovani op. cit.

medico-chirurgica, capace di effetti anche estesamente demolitori, intesa quale "menomazione, temporanea o permanente, dell'integrità di una persona prodotta al fine di giovare alla sua salute secondo i dettami dell'arte medica".

Il campo della nostra indagine è dunque circoscritto al trattamento medico-chirurgico che persegue uno scopo terapeutico, si concluda esso con un esito fausto o infausto per la salute del paziente, e che, nello stesso tempo, sia stato eseguito nel rispetto delle *leges artis*.

L'intervento terapeutico utile alla determinazione dei confini di indagine, è strettamente connesso all'idea di cura, idea che a sua volta può, con maggiore efficacia, delimitarsi ove la si riconnetta ad una nozione di salute intesa come il massimo benessere della persona nelle condizioni date.

L'intervento curativo è opera volta ad ottenere tale risultato ove seguano due corollari: l'essere l'idea di salute un concetto relativo, nel senso che esprime uno stato di benessere organico.

Inoltre, si è in presenza di un intervento a scopo di cura in tutti i casi in cui ci siano le condizioni per il salvataggio ed il recupero della personalità del paziente.

L'esigenza di cura deve derivare da una interazione tra profili oggettivi e soggettivi.

Ci troviamo di fronte ad un trattamento terapeutico nel caso in cui il paziente, manifesti un bisogno soggettivo di cura, bisogno la cui consistenza sarà valutata dal medico alla stregua di parametri oggettivi.

È, infatti, da negare la possibilità di qualificare nei termini di espressione della personalità, qualsiasi soggettiva aspirazione ad un miglioramento del proprio stato psicosomatico; è proprio il riferimento alla nozione giuridica di personalità, come individuabile nella Costituzione, collegata a sua volta al diritto alla salute, che offre il criterio per ancorare l'idea di cura, non già alle inclinazioni e alle idiosincrasie individuali, ma a quei bisogni e aspirazioni che corrispondono a criteri di serietà e ragionevolezza.

Il criterio soggettivo e quello c.d. oggettivo rappresentano solo i confini di un territorio all'interno del quale l'esistenza di uno scopo di

cura oggettivo, verificabile, non è da affermarsi ma da negarsi in via assoluta, in quanto si gradua in uno spettro di situazioni che scolorano dal soggettivo all'oggettivo e viceversa.

Dunque la concezione di salute legata al valore della personalità può estendere ma non, a priori, restringere la definizione di atto terapeutico.

Rientrano dunque, sulla base delle considerazioni ora svolte, nella ricerca, gli interventi effettuati al fine di sottrarre il paziente ad uno stato patologico o di rafforzarne l'organismo, per prevenire l'insorgere di future malattie ma anche i trattamenti che, pur non potendo debellare il morbo, siano tesi a lenire le sofferenze fisiche e psichiche della persona; ed ancora i procedimenti volti unicamente a permettere al soggetto, nel caso di malattie inguaribili, il mantenimento e lo sviluppo di una pur minima espressione della sua personalità.

1.3 IMPORTANZA DELLE DEFINIZIONI DI LESIONE E MALATTIA PER UNA CORRETTA IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA

L'art. 582 c.p. recita: "Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione...".

La lesione personale è tale in quanto ne derivi una malattia nel corpo o nella mente di diversa entità o gravità, oppure (o anche) incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un certo tempo, l'indebolimento permanente di un organo o di un senso, l'acceleramento del parto, la perdita di un senso o di un arto, la deformazione o lo sfregio permanente del viso, l'aborto.

Per lesione personale non deve intendersi un danno generico nel corpo, ma un disordine organico con i caratteri della malattia; un danno cioè che superi la mera sofferenza fisica delle percosse.

Dunque, Il termine malattia sta nel contesto della norma ad indicare l'aspetto patologico della lesione¹⁴.

¹⁴ Galiani T., voce LESIONE, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1983.

Si oppone, invece, all'opinione dominante la critica dell'Antolisei, per il quale l'accento alla lesione nella definizione del reato non pone in essere un ulteriore elemento strutturale oltre la condotta umana e la malattia conseguente; si deve, dunque, ritenere che, nella formula legislativa non felice, l'espressione "cagionare una lesione da cui derivi una malattia" equivalga a "produrre in qualsiasi modo una malattia".

Il delitto, dunque, per l'Antolisei non ha due eventi ma uno soltanto: la malattia.

La lesione non è un evento ma il nomen iuris tradizionale del reato che, inopportuno, è stato introdotto nella definizione della figura criminosa.

Il delitto di percosse, individuato dall'art. 581 c.p., è caratterizzato dalla condizione negativa dell'assenza di una malattia; se dal fatto del percuotere deriva una malattia o uno dei danni menzionati, si configura una diversa ipotesi di reato e precisamente il delitto di lesione personale, o qualora ne derivi la morte, il reato di omicidio preterintenzionale.

Però, non si può dire che l'elemento materiale sia comune ai due delitti, i quali sarebbero differenziati solo dall'assenza o presenza del danno enunciato.

Mentre, nel delitto di percosse, l'elemento materiale è solo il fatto del percuotere, questo può anche essere elemento materiale del delitto di lesione personale, ma non lo esaurisce, potendo essere costituito, quello ex art. 582 c.p., da altre attività che, a differenza del art. 581 c.p., possono non risolversi necessariamente in un'azione violenta.

Cagionare una lesione personale significa cagionare un danno nel corpo o nella mente, il quale, poi, si sostanzia in una malattia o altra delle conseguenze summenzionate.

Si profila così, già sulla base di queste sommarie informazioni, la necessità di un'adeguata messa a punto del concetto di malattia, sia per analizzare la possibile corrispondenza del trattamento medico-chirurgico alla fattispecie astratta di cui all'art. 582, sia perché, sul piano oggettivo, è l'unico criterio per differenziare le lesioni personali dalle percosse.

L'interpretazione del termine malattia è complicata dal fatto che il nostro codice penale, parlando di malattia, non precisa cosa debba intendersi per tale espressione.

L'unica certezza che emerge dal confronto tra il vecchio codice Zanardelli e l'attuale è che non ogni danno del corpo costituisce una malattia.

Nel codice del 1889 il delitto di lesione personale, previsto all'art. 372, consisteva nel fatto di chi cagiona ad alcuno "un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione di mente" comprendendo anche quelle manifestazioni di dolorabilità e lievi disturbi fisici e psichici non accompagnati da un processo morboso.

Nel codice vigente, accanto alla fattispecie di lesioni vi è stato l'inserimento della fattispecie autonoma delle percosse.

Per tale ragione, all'espressione danno nel corpo si sostituì, per definire l'evento proprio delle lesioni, il termine malattia.

Tale termine, ha, nel codice attuale, un significato più ristretto dell'espressione "danno nel corpo", che nel codice precedente era riferita sia al reato di percosse che a quello di lesioni.

Si è creato, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice un netto dualismo tra la nozione clinica, scientificamente corretta di malattia e quella tecnico-giuridica.

La concezione tecnico-giuridica, e la conseguente interpretazione estensiva del concetto, si sono formate sulla scia della relazione ministeriale¹⁵, secondo cui sarebbe malattia "qualsiasi alterazione anatomica e funzionale dell'organismo ancorché localizzata e non impegiativa delle condizioni organiche generali" e questo, sulla base di un passo stesso della relazione in cui si afferma che l'impiego della particella disgiuntiva sta a significare come a costituire la malattia è sufficiente una semplice lesione anatomica indipendentemente da ogni disturbo funzionale.

¹⁵ Lavori Preparatori per il Codice Penale, Vol. V, parte II (relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo).

Ci fu chi ritenne di vedere nell'uso della disgiuntiva "o" un refuso o un inavvertenza nella correzione delle bozze di stampa, precisando che occorrono l'una e l'altra alterazione, per aversi malattia¹⁶.

Ora, accogliendo della malattia la definizione che ne dà la relazione ministeriale, non avrebbe più modo di esistere, mentre deve sussistere dal punto di vista giuridico positivo, una distinzione tra art. 582 e art. 581 c.p..

Inoltre la natura dell'interesse avuto di mira dal legislatore penale, rappresentato dall'incolumità individuale come estrinsecazione della vita della persona, spinge ad attribuire il maggior significato all'alterazione funzionale.

È di chiara evidenza che "se un'espressione ha un significato preciso nella disciplina cui appartiene, questa deve essere assunta nel significato che le è proprio, tranne che nella legge penale non esistano segni univoci e decisivi per dimostrare che il termine è assunto con un significato diverso da quello naturale", situazione che non si verifica nel nostro caso¹⁷.

Non rimane che rivolgerci alla nozione medico-legale, che sembra ormai raccogliere il favore della prevalente dottrina penalistica.

Per essa, che pone maggiormente l'accento sugli aspetti evolutivo disfunzionali del concetto in esame, si considera malattia qualsiasi processo patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso, che determina un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo, fisica o psichica.

Questa seconda definizione coglie in effetti più compiutamente il contenuto offensivo proprio del delitto di lesioni, sia perché lo stesso legislatore nel sottolineare il rapporto di derivazione tra lesione e malattia instaura tra i due concetti uno scarto logico-semanticamente che solo la descritta concezione funzionale riesce a porre adeguatamente in rilievo, sia perché nel più generale contesto degli art. 582, 583 c.p. è agevole riscontrare una

valorizzazione del dato di durata della malattia, con accentuazione, del suo carattere di "processo" più che di "stato morboso"¹⁸.

Quello che è essenziale è il disturbo evolutivo della funzione; quando questo manca vi potrà essere alterazione anatomo-patologica, non malattia¹⁹.

*"L'alterazione funzionale deve essere tale da pregiudicare, apprezzabilmente, gli atti della vita vegetativa o di relazione in modo da creare, a cagione della ipofunzione o della disfunzione una effettiva menomazione"*²⁰.

Sulla base di tali argomentazioni, si deve riconoscere che la nozione penalistica di malattia non può essere altra che quella fornita dalla scienza medica.

La possibilità di sussumere il trattamento medico-chirurgico arbitrario nella fattispecie dell'art. 582 non è esente da critiche.

Critiche che trovano il loro fondamento proprio nel concetto di malattia. Se per malattia è preferibile intendere un processo patologico, che abbia alterato la funzionalità dell'organismo, non v'è chi non veda che il peggioramento della salute del malato non può equivalere al concetto di malattia, del quale può, semmai, costituire solo un aggravamento.

Per sfuggire al contrassegno di fatto tipico di lesione, l'atto medico dovrebbe rispondere oltre che alle regole tecniche anche ai limiti oggettivi, che si concretizzano nell'esigenza di una proporzione tra costi e benefici, e nel carattere indispensabile dell'eventuale ricorso ad un trattamento maggiormente lesivo o pericoloso²¹.

Per quel che riguarda l'elemento soggettivo del reato di lesioni personali, la dottrina ritiene necessario il dolo generico (la cui caratteristica è costituita dalla congruenza tra volontà e realizzazione, cioè è necessario che il contenuto del volere trovi attuazione nella realtà, almeno a livello di tentativo) unito ad un animus laedendi, cioè

¹⁸ Borgogno R., Delitto di Lesioni e Percosse, a cura di Ramacci R., Torino, 1997.

¹⁹ Pellegrini A., La pratica medico-legale, Padova, 1948.

²⁰ Cazzaniga A. Sul concetto di malattia, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1935.

²¹ Mantovani F., Trattamenti Sanitari tra libertà e doverosità, AA VV, Napoli, 1983 pag. 156.

¹⁶ Saltelli C., La nozione di malattia come criterio di distinzione tra lesioni e percosse, Annali, 1935, pag. 50.

¹⁷ Bruno B., La nozione di Malattia nella Giurisprudenza della Corte di Cassazione, in Foro it., II, 1955, pag. 38.

una componente qualificata e qualificante di aggressività che, pur lasciando inalterato il carattere generico del dolo richiesto, deve essere presente nella condotta dell'agente²².

1.4 TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO E ART. 584, 605, 610, 613 C.P.

Con la sentenza 18 ottobre 1996, emanata dalla corte di Assise di Firenze si è inquadrato per la prima volta il trattamento medico-chirurgico nella fattispecie dell'omicidio preterintenzionale.

Illustrando brevemente i fatti deve dirsi che il chirurgo, nel caso di specie, aveva ricevuto il consenso della paziente per un determinato intervento chirurgico, consistente nell'asportazione transanale di un adenoma villosa.

Tuttavia, nel corso dell'operazione, lo stesso chirurgo aveva cambiato idea, attuando un più cruento e lesivo intervento di asportazione addominoperineale del retto, con applicazione di ano addominale.

Dopo due mesi ne derivò la morte del paziente.

In tale fattispecie, la corte fiorentina ha ravvisato gli estremi del reato di cui all'art. 584 c.p.

A prescindere dall'iter logico seguito dalla corte, non poco dubbioso, ciò che risulta degno di interesse ai fini della nostra ricerca è proprio il capo di imputazione, che addebita all'imputato il delitto di omicidio preterintenzionale.

L'art. 584 recita "*Chiunque con atti diretti a commettere uno dei delitti previsti dagli art. 581 e 582 c.p., cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni*".

Il particolare inasprimento sanzionatorio rispetto all'ipotesi di omicidio colposo trova la sua ragione nella prospettiva di una avanzata difesa del bene della vita²³.

²² Giannaria P., Brevi note in tema di consenso del paziente e libertà di autodeterminazione del paziente nel trattamento medico-chirurgico, in G. Mer., II, 1991.

²³ Catalano V., I delitti contro la vita, Padova, 1984.

Dal punto di vista soggettivo, il delitto di cui all'art. 584 implica il dolo delle percosse e delle lesioni personali; mentre per la lesione però è, di regola, indifferente che la malattia, la durata di essa e qualsiasi altra delle conseguenze ex art. 582 e 583, siano volute, invece, ex art. 584 è necessario che la morte non sia voluta dall'agente, perché altrimenti subentrerebbe il titolo di omicidio doloso²⁴.

Orbene, proprio il fatto che comunque i delitti ex art. 581 582 c.p., che compongono l'omicidio preterintenzionale, per espresso dettato normativo, debbano risultare dolosi, appare in stridente contrasto con la fattispecie in esame, giacché si dovrebbe poter riscontrare nel chirurgo una, non plausibile, volontà di ledere.

Occorre, dunque, che gli atti, già sotto il profilo oggettivo non siano suscettibili di diversa interpretazione, e siano univocamente produttivi di lesione e, allo stesso tempo, sorretti da una volontà che si dirige in modo certo all'offesa dell'incolumità individuale.

È la precisa tipizzazione della condotta a bloccare in radice la possibile sussunzione del trattamento medico-chirurgico nell'art. 584;

L'istituto della preterintenzione è imperniato sull'attività di un soggetto che si pone volontariamente in un contesto illecito e pericoloso per il bene della vita.

Comparare l'atto medico, eseguito lege artis, a quel nucleo d'attività tipizzato dal legislatore, in quanto ritenuto in astratto pericoloso per il bene della vita, è veramente difficile, e non appare certamente condivisibile.

Volendo tentare un diverso inquadramento dell'atto medico-chirurgico arbitrario, tre sono le fattispecie in cui, almeno in linea

²⁴ Pannain R., op cit; In Giurisprudenza Cass, 8 luglio 1960, in Giust. Pen., 1961, II, "occorre che siano presenti due elementi, l'uno positivo, che consiste nell'animo di offendere, l'altro negativo, che si identifica nell'assenza dell'intenzione di uccidere". Contro tale soluzione Cass Pen. 1964, pag. 55: "per affermare la sussistenza dell'elemento soggettivo nel reato di cui all'art. 585 c.p., basta accertare che l'agente abbia voluto percuotere o produrre lesioni ad una persona, prescindendosi da ogni indagine di carattere psicologico in ordine all'evento morte, che viene posto a carico dell'agente a titolo di responsabilità oggettiva".

teorica e in una prospettiva de iure condito, questo potrebbe esser fatto rientrare: art. 605, 610, 613 c.p.. Per quel che riguarda il sequestro di persona l'art 605 recita: "Chiunque priva taluno della libertà personale è punito..."

È stato possibile, in un caso giudiziario²⁵, riscontrare gli estremi di tale reato nello svolgimento dell'attività medica, ma è proprio per le consuete forme in cui si esplica l'atto medico-chirurgico che ne è esclusa, in linea di massima l'applicabilità.

A ben vedere tale norma, preservando la libertà personale, richiede, per la sua integrazione un'offesa a quel bene primario, prima ancora che alla libertà di volere del singolo, e quindi prescindendo da una tutela diretta della libertà di autodeterminazione del paziente.

Per quanto riguarda il delitto di violenza privata²⁶ che, come è noto, è un reato a condotta vincolata: la libertà di autodeterminazione sarà perciò tutelata solo se la vittima è stata costretta con violenza o minaccia, a fare, tollerare o omettere qualcosa.

Si deve inoltre introdurre una distinzione tra il caso in cui il paziente sia nel possesso delle facoltà volitive e quello in cui sia materialmente incapace di esprimere la propria volontà.

Nel primo caso, la coercizione ipoteticamente posta in essere dal medico potrebbe rientrare nella più moderna versione di violenza, che, per fronteggiare le aggressioni alla libertà di autodeterminazione del paziente, si è ampliata trovandovi ingresso anche la violenza impropria²⁷.

La seconda ipotesi si potrebbe risolvere tenendo conto che il nucleo della nozione di violenza si sostanzia nell'estrinsecazione di energia fisica trasmodante in pregiudizio fisico²⁸, quindi, a differenza

della violenza impropria e della minaccia, tale species di violenza non implica che la vittima percepisca l'atteggiamento coattivo del soggetto attivo, nel momento in cui questo incida sulla sua sfera di libertà.

Di conseguenza, il medico che privi il paziente sotto anestesia della possibilità di consentire a modifiche sul proprio corpo, obbligandolo a tollerare una decisione unilaterale, realizzerebbe gli estremi del reato di cui all'art. 610 c.p..

"Tale assunto potrebbe valere solo per il tollerare qualcosa.

La realizzazione degli eventi alternativi dell'art 610 presuppone la presenza di una volontà difforme già formata o in fieri: il soggetto passivo si trova a dover scegliere un comportamento in conflitto con il suo volere, è dunque necessario che percepisca l'elemento coattante; al contrario per tollerare non è sempre necessaria l'esistenza di una precisa volontà in qualche direzione.

Nei primi casi può parlarsi di violazione della libertà, nei secondi di compromissione della possibilità di esprimerla"²⁹.

Poco congruo con la fisiologia del rapporto medico-paziente sembra, infine, il richiamo all'art. 613³⁰.

Secondo la Giraldi questo sarebbe suscettibile di applicazione solo in presenza di trattamenti medico-chirurgici ab origine posti in essere senza consenso, o effettuati in base ad un consenso estorto con minaccia o suggestione (art. 613 2 co.).

In realtà, non si vuole, con riferimento all'art. 613 c.p. disconoscere il fondamento ampio che viene dato al consenso e alla tutela immediata apprestata alla libertà di autodeterminazione di una persona.

Ciò che si contesta, è l'affermazione per cui tale norma si applicherebbe nell'attività medico-chirurgica, qualora il trattamento presupponga la previa anestesia del paziente.

²⁵ Giraldi G., op. cit.

²⁶ Art. 613 c.p. Stato di incapacità procurato mediante violenza: "Chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante la somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona, senza il consenso di lei, in stato di incapacità di intendere e di volere è punito..."

²⁷ Cass, 2 maggio 1983, V sez. Pen., con nota di Notaristefano, in riv. it. med. leg. 1985, pag. 1026: "in cui sono stati ritenuti sussistenti gli estremi del sequestro di una persona nel fatto di un medico che ha disposto il ricovero in manicomio di un paziente mediante falso certificato.

²⁸ Art. 610 c.p. Violenza Privata: "chiunque, con violenza o minaccia costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione..."

²⁹ Antolisei F. Manuale di Diritto Penale, parte speciale, cit., pag. 128.

³⁰ Pecoraio Albri A., Il concetto di violenza nel diritto penale, Milano, 1962.

L'abbaglio della dottrina consiste nell'aver voluto sussumere la situazione dell'anestetizzato in quella di chi si trovi in uno stato di incapacità di intendere e di volere.

Al contrario, l'anestesia totale sopprime la coscienza o la volontà del paziente, come recita l'art. 728 c.p.; ma, come è noto, per il 2 co., la fattispecie "non si applica se il fatto è commesso, a scopo scientifico o di cura da chi esercita una professione sanitaria"³¹.

A conclusione dell'analisi di tali norme, si evince come queste presentino delle caratteristiche estremamente specifiche, caratteristiche che mal si attagliano con una tutela diretta della libertà di autodeterminazione del paziente.

La tutela predisposta da queste norme è invece di tipo patologico, non fisiologico, della situazione in esame, nel senso che serve ad assicurare la difesa del dissenso del paziente che non voglia sottoporsi ad un trattamento terapeutico.

Preso atto che tali norme sono insufficienti a tutelare il consenso del paziente, si invoca un intervento legislativo attraverso l'emanazione di una norma ad hoc, che tuteli specificatamente la libertà di autodeterminazione, senza dover ricorrere a fattispecie che hanno chiaramente origine e campo di applicazione diversi.

Tutto questo viene, però, invocato ben sapendo, che l'introduzione di una norma ad hoc può soltanto rappresentare un primo passo verso un costume di civiltà, non il costume stesso.

1.5 BREVE EXCURSUS SUI PRINCIPALI ORIENTAMENTI DOTTRINALI RELATIVI AL FONDAMENTO DI LICEITÀ' DEL TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO

Il trattamento medico-chirurgico, eseguito *lege artis*, è considerato, almeno sul piano della stretta effettività, lecito.

³¹ Cattaneo G. Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico, in riv. Trim. proc. civ., 1957, pag. 953 "art. 728 è l'unica norma del codice penale che esplicitamente preveda il consenso del paziente al trattamento compiuto dal sanitario. Essa però si riferisce solo al fatto punito come contravvenzione dallo stesso articolo, mentre non può considerarsi come una norma generale che stabilisce la libertà di ogni trattamento medico consentito".

I problemi e il dibattito giurisprudenziale e dottrinale, si sono sviluppati, in relazione al fondamento di tale liceità, fondamento necessario in *primis*, al fine di individuare i limiti oggettivi all'attività medica.

Gli sforzi dei giuristi si sono, col passare del tempo, incanalati verso due filoni principali.

Il primo, quello tradizionale, consiste nel ritenere comunque integrate le fattispecie dei delitti ex art. 582 e 584 c.p. salvo poi ricorrere al sistema delle scriminanti, per fondarvi la liceità del trattamento medico-chirurgico.

Il secondo, esclude già a livello della tipicità che l'atto medico possa esser sussunto nelle fattispecie in discorso.

Ripartiamo, nelle linee essenziali, le teorie più importanti, rinviandone gli eventuali rilievi critici ai paragrafi seguenti.

La prima teoria, in ordine di esposizione è quella che possiamo definire teoria dell'assenza del fatto tipico di reato³².

Grispigni parte dal presupposto che il dolo nel trattamento medico-chirurgico manca perché l'oggetto della volontà di chi pone in essere tale trattamento non è precisamente l'elemento oggettivo del reato di lesione.

In realtà, egli parte dalla dimostrazione della mancanza dell'elemento oggettivo, il danno prodotto al paziente, per dimostrare la mancanza dell'elemento soggettivo.

Egli espone la sua teoria iniziando preliminarmente a distinguere nell'ambito delle operazioni chirurgiche, quelle che hanno avuto un esito fausto, vantaggioso per la salute del paziente, da quelle che hanno prodotto un esito negativo e quindi infausto.

La distinzione ha per l'autore importanza in relazione alla sussistenza del delitto di cui all'art. 582 c.p.: nel caso di esito fausto, non essendosi realizzato l'evento richiesto dall'art. 582 c. p., cioè il peggioramento della salute del malato, manca la stessa tipicità del reato.

³² Tesi sostenuta dal Grispigni F., Antolisei F., Introna F.,

Nel secondo caso, non si può più sostenere la mancanza di tipicità del delitto di lesioni personali e si dovrà solo stabilire se sussiste anche il corrispondente elemento soggettivo.

Dunque, la lesione chirurgica non è reato, poiché il chirurgo non tende, come nell'ipotesi dell'art. 582 c.p., ad un'alterazione in senso peggiorativo delle condizioni fisiche del paziente, ma attua un miglioramento, anche se in un primo momento all'intervento può conseguire una modificazione peggiorativa, in quanto, l'annulato, appena operato, sta spesso peggio di prima (ferita chirurgica, dolori, anemia postchirurgica).

Il trattamento medico chirurgico, per usare le parole del Crispigni è: *"proprio il contrario della lesione personale e cioè: danneggiamento di salute, diminuzione di energia fisica e di vitalità, deturpamento della bellezza"*.

Tale impostazione non subisce modifiche in caso di esito infausto, in quanto il fatto sarebbe giustificato dall'alto interesse sociale, perché, la cura degli infermi è un interesse che lo Stato riconosce e per il quale autorizza e favorisce le attività che hanno quel fine.

Nessun addebito, secondo tale teoria, può dunque essere mosso al medico che abbia ispirato la sua opera al pieno rispetto dei dettami della scienza (salve le ipotesi del dolo e della colpa grave), dovendo l'esito infausto, il quale di solito segue a notevole distanza di tempo, essere ascritto ad imprevedibili fattori biologici dell'organismo del paziente, fattori che comunque esulano dalle modalità con cui l'intervento (*lege artis*) è stato eseguito.

Descriverebbe, invece, il fatto tipico delle ipotesi di reato il trattamento non terapeutico e quello, con esito infausto, non eseguito secondo le regole dell'arte medica.

Tale impostazione incontra il suo limite nel fatto che finisce per dare rilievo allo scopo dell'attività del medico, e cioè ai motivi che la guidano, e quindi a elementi che non hanno alcuna rilevanza penale nel nostro diritto positivo rispetto al possibile configurarsi di una ipotesi di reato.

Per la teoria della carenza dell'elemento soggettivo, la liceità del trattamento medico-chirurgico va riscontrata nel fatto che, anche se la

condotta del medico, oggettivamente configura la materialità del reato descritto dalla norma penale, questa è del tutto carente dell'elemento soggettivo del reato.

Carrara, identifica il dolo nella volontà di nuocere, cui corrisponde, nel mondo esteriore, una modificazione rispondente a quella volontà.

Ebbene il dolo, così concepito, è assente nella condotta del chirurgo che per operare è costretto a procurare una lesione al paziente, manca infatti l'intenzione aggressiva e lesiva, che invece dovrebbe ricorrere nell'elemento soggettivo del delitto di lesioni.

Tale tesi ha trovato un sostenitore nell'Altavilla, limitatamente al reato di cui all'art. 582 c.p.: secondo tale autore: *"l'operazione chirurgica non costituisce un'eccezione alla norma generale, ma una applicazione della nozione finalistica del dolo per il quale occorre, nelle lesioni, la finalità di ledere, intaccando l'integrità fisica, la funzionalità fisica o psichica altrui, mentre l'intervento chirurgico tende a salvare la vita, sia pure mutilando, e a migliorare le condizioni di salute"*.

In senso contrario, si schierò il Crispigni, che osservò come ai fini dell'applicabilità della norma penale, non si richiede *"una intenzione malvagia nel soggetto agente, ma è sufficiente che questi abbia avuto la coscienza e la volontà del fatto commesso"*.

Ai fini dell'esistenza del reato basta, infatti, che il soggetto abbia voluto l'evento.

Secondo l'analisi dello Spiezia, l'impostazione del Carrara e del Crispigni non sarebbero poi così distanti: *"Crispigni riprende il pensiero del Carrara, cioè della mancanza del dolo, ma da un altro punto di vista, mentre il Carrara faceva venir meno il reato di lesione personale per la mancanza di un elemento essenziale soggettivo, cioè il dolo, il Crispigni fa venir meno un altro elemento essenziale, l'elemento oggettivo, cioè il danno prodotto alla persona altrui"*.

Egli spostando il centro dell'indagine, parte dalla dimostrazione della mancanza dell'elemento oggettivo per dimostrare la mancanza dell'elemento soggettivo.

Che il ricorso alla mancanza dell'elemento oggettivo e soggettivo sia un circolo vizioso e riesca poco utile nella risoluzione

dei casi pratici è dimostrato dalla giustificazione che il Grispigni adduce nelle operazioni con esito sfortunato, ma compiute con tutte le regole dell'arte medica: "risulta altrettanto vero e non meno evidente, che anche nel caso di trattamento medico-chirurgico con esito sfortunato (dove esiste l'elemento oggettivo del reato di lesioni personali) manca ugualmente l'elemento soggettivo, il dolo, del medesimo reato".

Si ritorna così allo stesso livello di quelle teorie che vogliono giustificare tale lesione da un punto di vista soggettivo.

Teoria dell'azione socialmente adeguata³³

Per tale teoria, il trattamento in questione trae la sua liceità dal fatto di consistere in una attività socialmente diretta ad arrecare utilità.

Si tratta dunque di una liceità ritenuta intrinseca al trattamento medico, sicchè essa non andrebbe ricercata all'esterno, in una qualsiasi causa di giustificazione.

Va da sé che tale liceità intrinseca prescinde dal possibile esito del trattamento stesso.

Dunque non può sorgere un problema di giustificazione: "perché non sorge il problema logicamente pregiudiziale: quello della corrispondenza dell'azione al tipo di reato"³⁴.

Si sostiene che: "non è attività che possa sussumersi sotto gli estremi delle lesioni personali, perché se pure il chirurgo ha cagionato del dolore o prodotto delle amputazioni, l'attività espletata si adegua perfettamente alle esigenze dell'ordine etico-giuridico sociale in relazione alla cura degli infermi"³⁵.

Il decorso causale dell'azione si annulla nel significato dell'atto, che va al di là dell'esito del singolo procedimento operatorio, anche se questo sia destinato a risolversi in una effettiva lesione di interessi.

Pur potendo comportare, il trattamento medico-chirurgico, la possibilità di danni, esso rimarrebbe comunque lecito in quanto i

vantaggi e i benefici, che è idoneo a procurare, sono certo maggiori dei danni eventuali, i quali sarebbero da considerarsi socialmente adeguati.

Teoria della causa di giustificazione non codificata

Parte della dottrina, tra cui emerge, il Vassalli³⁶ analizzando il fondamento della liceità del trattamento medico-chirurgico, parte dalla constatazione di un diritto scritto così: "manifestamente lacunoso, insufficiente, occasionale, per non dire inesistente, in una materia di così grande rilevanza umana e sociale".

Nessuna delle norme generali che vengono di volta in volta invocate sono state create con lo sguardo rivolto al trattamento medico-chirurgico.

Questa affermazione vale sia ex art. 50, 51 e 54 c.p..

Affidarsi ad una causa di giustificazione codificata non fa altro che aumentare l'incertezza della giurisprudenza e non arriva a trovare un criterio generale valido ad orientare il penalista in una serie di situazioni che il trattamento in questione di volta in volta presenta.

Vassalli afferma: "pensiamo che come nel campo dell'attività sportiva e forse in altri campi, esistono nel sistema vigente principi positivi, aventi valore normativo, ricavabili per analogia dal sistema delle cause di giustificazione, in forza dei quali il trattamento medico-chirurgico si impone di per sé STESSO, QUANDO SIA CONDOTTO IN VISTA DELLE SUPREME ESIGENZE DI SALUTE DEL PAZIENTE E SECONDO LE LEGES ARTIS, come una fonte di discriminazione del fatto"³⁷.

³⁶ Vassalli G., in una precedente opera, Limiti al divieto di analogia nel diritto penale, Milano, 1942, pag. 116 ss: "la causa di giustificazione che più specificamente va estesa per analogia al trattamento medico, saremmo propensi ad individuarla in più di una causa tra quelle codificate: nell'adempimento di un dovere, una volta che l'impegno del curare sia stato assunto, nel consenso dell'arcente diritto (anche se attraverso il canale, non soddisfacente, del consenso presunto) e nello stato di necessità, attraverso l'allargamento della nozione di pericolo a quella di pericolo potenziale".

³⁷ Vassalli G., op. cit.

³³ Gregari G., Adeguatezza sociale e teoria del reato, Padova, 1969; Fiore C., L'azione socialmente adeguata nel diritto penale, Napoli, 1966.

³⁴ Bettiol G. op. cit., pag. 305.

³⁵ Fiore C., op. cit.

Ecco che, de iure condito, l'autore si richiama ad una causa di giustificazione codificata, rinvenibile proprio nell'attività medico-chirurgica che, in una prospettiva de iure condendo, si augura trovi espressa regolamentazione legislativa.

Il procedimento in base al quale si è giunti a tale conclusione è quello della analogia iuris, cioè si è fatto leva su di un principio generale in tema di cause di giustificazione: la mancanza di danno sociale derivante dal bilanciamento dei beni in questione, in quanto in tali situazioni, l'azione è necessaria per salvare un interesse che ha un valore sociale superiore, o perlomeno uguale a quello che si sacrifica³⁶.

Non sono mancate le critiche a tale tesi.

Innanzitutto, l'operazione diretta ad ampliare in via puramente logica i confini delle scriminanti codificate sarebbe legittima, ma solo provando che la mancata coincidenza tra limite logico e limite legale è puramente casuale e non voluta.

Ma poiché il legislatore ha preventivamente selezionato i fatti posti a fondamento delle scriminanti, tale soluzione deve essere esclusa³⁷.

Bisogna ricordare l'insegnamento del Crispigni.

Per cui, l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale autorizza il ricorso all'analogia solo se una controversia non possa esser decisa con una precisa disposizione di legge, con la conseguenza che il ricorso al procedimento analogico non è autorizzato laddove si vuole aggiungere una scriminante a quelle espressamente previste, per una esigenza ritenuta tale da un punto di vista etico.

Valgono le considerazioni del Riz, il quale sottolinea l'insufficienza del criterio "dell'alto interesse sociale" a giustificare di per sé, la liceità di taluni comportamenti, i quali, solo perché ispirati da un interesse di tale natura, sarebbero riscattati da ogni rilevanza penale.

³⁶ Antolisei F., op. cit. pag. 246.

³⁷ Dolce R., Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale, Milano, 1957, pag. 346.

Infatti, argomentando, come i sostenitori della teoria, si inserisce un elemento che non rinvia al bilanciamento dei beni ma conduce ad un giudizio sull'attività in sé, e quindi da un punto di vista generale e astratto⁴⁰.

In realtà, appare allora evidente una comunanza di aspetti negativi che tale teoria presenta con quella dell'azione socialmente adeguata, comunanza giustificata dalla comune ratio.

Da una parte non dettano criteri sicuri per i casi limite, casi che con il progredire della scienza non sono poi così rari.

Dall'altra contengono entrambe una intuizione di fondo: superate quelle concezioni per le quali si vedeva l'equiparazione del bisturi del chirurgo al pugnale del delinquente, ammessa la configurazione del trattamento medico-chirurgico come una tra le attività più nobili e utili per il genere umano, ne consegue come, in mancanza di violazioni di regole cautelari, non si possono integrare i reati di cui agli art. 582 584 c.p.⁴¹.

Secondo tale impostazione, ogni discorso relativo al fondamento della liceità del trattamento medico-chirurgico va affrontato non più sul terreno dell'antigiuridicità, ma a monte su quello della tipicità nel caso in cui ovviamente tale trattamento sia stato eseguito lege artis.

Teoria dell'attività autorizzata dall'ordinamento.

Secondo tale teoria che nasce in ambito francese e vede nel Mantovani⁴² il maggiore esponente italiano, si parte dal fondamento etico-politico dell'attività medico-chirurgica che viene ad esser ravvisato, a ulteriore conferma dell'orientamento personalistico della nostra costituzione⁴³, nell'art. 32 cost. it.

⁴⁰ Manna A., Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico, Milano, 1984.

⁴¹ Fiore C., op. cit.

⁴² Mantovani F., op. cit.

⁴³ Mantovani F., op. cit.: "Costituzione... che si incardina sul principio della persona umana come valore primario; il quale implica per definizione il più ampio riconoscimento e tutela della persona umana, nei suoi fondamentali diritti e libertà, primo tra tutti quello della vita, integrità fisica e libertà personale. Non l'uomo in funzione dello stato ma questo in funzione dell'uomo e della sua dignità".

L'attività medica ha, nel nostro ordinamento, un valore etico altissimo, finalizzata com'è, alla tutela della persona nei momenti essenziali del diritto alla vita, all'integrità fisica, alla salute.

L'aggancio costituzionale costituisce il fondamento etico-politico dell'attività medica e vale per orientarne l'esercizio.

Per quel che riguarda il fondamento tecnico-formale, questo viene ravvisato nell'esercizio di un diritto riconosciuto dal legislatore; se la legge definisce, regola e autorizza la professione sanitaria, implicitamente dispone e autorizza tutti i mezzi che ne rendono effettivo l'esercizio.

Il medico, pertanto è scriminato da ogni responsabilità poiché attua il fatto astrattamente punibile nell'esercizio della sua professione, alla quale egli è regolarmente autorizzato e per il cui esercizio ha avuto l'abilitazione da parte dello stato.

Tale fondamento non elimina l'imprescindibilità del requisito del consenso agli interventi altrui sulla propria persona, che altro non è, che il più ampio corollario del principio di libertà personale.

È la norma costituzionale che esige, ex art. 32 cost., al di fuori dei trattamenti obbligatori, il consenso del paziente.

Tale conclusione si desume, a contrario, dalla disposizione che pone la riserva di legge come limite invalicabile al trattamento obbligatorio.

Dunque, per tale teoria il fondamento della liceità del trattamento medico-chirurgico viene ravvisato nell'esercizio di un diritto, sottoposto a rigorosi limiti esterni, il consenso, il rispetto della dignità, l'adozione di cautele consigliate dalle regole dell'arte per circoscrivere quanto più possibile il rischio di danni.

Si è obiettato a tale teoria dal Nuvolone che se è vero che la legge autorizza all'esercizio della professione coloro che hanno avuto l'abilitazione in base ad una precisa disposizione di legge, non per questo si possono compiere da parte di costoro unilateralmente tutti gli atti che ritengono necessari e questo perché la legge costituisce solo la premessa per l'esercizio della professione sanitaria, ma non statuisce la liceità dei singoli atti inerenti all'esercizio della professione stessa.

Si schiera con il Nuvolone, l'Introna il quale mette in guardia sulle conseguenze estreme cui conduce una tale concezione per cui il medico potrebbe diventare una sorta di despota assoluto della salute dell'infermo, essendo questo sprovvisto di potere decisionale.

Inoltre, il Grispigni confuta tale tesi in forza del rilievo per cui, ammettendo la validità della tesi in esame, ogni persona non laureata che operi con esito positivo per la salute del paziente debba esser condannata ex art. 582 c.p..

Mentre in tale ipotesi l'unico reato ravvisabile sarebbe quello di esercizio abusivo dell'arte medica.

Teoria delle cause di giustificazione codificate.

La soluzione che tradizionalmente si ritiene più adeguata a risolvere la questione del fondamento dell'attività medico-chirurgica è quella che passa attraverso il sistema delle scriminanti o cause di giustificazione.

Le cause di giustificazione sono situazioni normative previste, in presenza delle quali viene meno il contrasto tra un fatto conforme a reato e l'intero ordinamento giuridico.

Rendono inapplicabile qualsiasi tipo di sanzione, esse inoltre si estendono a tutti coloro che eventualmente prendono parte alla commissione del fatto medesimo.

Per spiegare il fondamento sostanziale di tali cause, la dottrina prevalente si è orientata verso un modello esplicativo di tipo pluralistico, il quale tende a ricondurre le esimenti a principi diversi.

Tra i criteri più invocati rientrano due principi:

quello dell'interesse prevalente, nel cui ambito abbiamo la scriminante dell'esercizio del diritto, dell'adempimento del dovere, e quello dell'interesse mancante, a cui possiamo ricondurre la ratio del consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità.

Quel che manca in dottrina è l'accordo nell'identificare la (o le) cause di giustificazione alle quali ricorrere per fondare la liceità del trattamento medico-chirurgico.

La tesi di gran lunga prevalente è quella che fa riferimento all'art. 50 c.p., nel caso in cui il paziente fosse in grado di acconsentire, e in caso contrario allo stato di necessità.

Non mancano però teorie che rivolgono la loro attenzione alla scriminante dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere, per le quali si rinvia ai successivi paragrafi per eventuali rilievi critici, rilievi che ci aiuteranno a verificare se effettivamente le cause di giustificazione in oggetto siano o meno idonee alla funzione loro attribuita.

In ogni caso, l'operazione di fondare l'attività medica su una scriminante codificata ha senso solo se le scriminanti vengono applicate per il motivo per cui sono state concepite nell'intenzione del legislatore.

Una scriminante modificata per l'occasione, *"al fine di approntare un ombrello fenomenologicamente adeguato ai vari rischi dell'operatore medico, non sarebbe più la scriminante codificata, ma una scriminante diretta"* la quale a sua volta deve essere fondata.

Valgano, ad esempio di quanto sopra esposto, le varie soluzioni prospettate della dottrina per far rientrare nell'ambito dell'art. 50 cp tutti gli aspetti dell'attività medico-chirurgica.

Si è sostenuto che quando il medico agisce senza il consenso del malato, non essendo questi in grado di prestarlo validamente assume la figura di un negotiorum gestorum e cioè di quel soggetto che è automaticamente e legalmente autorizzato ad esplicare una certa attività a favore del dominus.

Tale teoria è stata oggetto di critiche.

Inanzitutto si è sostenuto "il ricorrere a questo concetto civilistico non può che creare confusione" in quanto il fondamento giuridico di un istituto civilistico non può costituire il fondamento di un istituto di diritto penale.

L'Introna, osserva che la "negotiorum gestio" si applica ai negozi patrimoniali, ha per oggetto negozi di ordinaria amministrazione e presuppone la assenza di colui che affida la gestione.

Inoltre, essa si basa sul principio che l'interessato possa personalmente occuparsi del negozio, onde il gestore non è che un sostituto.

La negotiorum gestio serve solo a stabilire se il medico abbia diritto di esser remunerato laddove operi senza il preventivo consenso.

Ma il motivo cardine per cui tale teoria non può essere seguita è perché appare eccessiva nelle sue conseguenze.

Perché un trattamento possa costituire una negotiorum gestio è necessario che non sia illecito.

A questo punto si ritorna al punto di partenza per dimostrare tale liceità.

Ecco allora l'errore di tali teorici: essi dalla negotiorum gestio vogliono risalire alla liceità dell'azione, mentre la verità è che bisogna prima stabilire la liceità o meno dell'azione, per vedere poi se si è nell'istituto della negotiorum gestio.

Il trattamento medico-chirurgico e le cause di giustificazione

2.1 RUOLO E COLLOCAZIONE SISTEMATICA DEL CONSENSO.

Dalle considerazioni precedentemente svolte emerge a chiare lettere, come la dottrina maggioritaria⁴¹, risolve la questione della legittimità del trattamento medico-chirurgico passando attraverso il sistema delle scriminanti, e segnatamente, facendo riferimento al consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. come principio di legittimità e criterio di operatività del trattamento terapeutico in questione.

L'attuale dibattito relativo all'acquisizione del consenso all'atto medico, costituisce uno degli aspetti di maggiore interesse ed insieme di "problematicità" dell'opera medica complessivamente considerata, in vista delle finalità preventive, terapeutiche nonché riabilitative ad essa connesse.

Nonostante si reputi, unanimemente, come una fase consensuale sia ineludibile, ciò che risulta problematico è la qualificazione e la collocazione del necessario assenso del paziente nel trattamento medico.

Il "consenso informato" costituisce in realtà lo snodo cruciale delle attuali riflessioni che hanno pertinenza con i *fondamenti di liceità dell'atto medico*.

Il principio del "consenso informato" comparve formalmente per la prima volta sulla scena della giurisprudenza in America nell'anno 1914, allorché, nella famosa sentenza del giudice Cardozo, si

⁴¹ Mantovani F., op. cit., pag. 645, Crespi A., op. cit., pag. 34, Introna N. op. cit. pag. 24, Cattaneo op. cit., pag. 262 contro l'opinione dominante, Brasileo T., il consenso del paziente negli interventi chirurgici, in *Novo diritto*, pag. 461, 1964; sostiene che il consenso sia del tutto irrilevante perché spetta al medico, qualsiasi decisione, egli ritenga opportuna per il bene del malato.

formulò il principio che "ogni essere umano adulto e sano di mente ha il diritto di decidere ciò che sarà fatto sul suo corpo, e che un chirurgo che effettua un intervento senza il consenso del suo paziente commette un'aggressione per la quale egli è perseguibile per danni".

Neppure per la cultura medica italiana il principio del "consenso informato" costituisce un evento nuovo, ma essa, soltanto del tutto recentemente e, verosimilmente, sulla spinta della crescita e dello sviluppo della disciplina che nella cultura medica anglosassone degli anni Settanta assunse denominazione di "bioetica", ha riscoperto "concetti che già le appartengono nell'Umanesimo Rinascimentale, caratterizzati dalla scoperta della centralità dell'uomo, come meglio oggi si intende, della persona umana", con tutti i problemi e le potenzialità che la caratterizzano e "non solamente quale la vittima della malattia o, addirittura, il luogo in cui la malattia agisce".

Si assiste dunque ad una maggiore attenzione nei confronti dei *diritti della persona e della sua peculiare forma di "dignitas"*, cui corrisponde, in medicina, una più estensiva interpretazione del principio di responsabilità del *neminem laedere*, ciò induce a considerare, anche nella sensibilità comune, come "illecita" l'imposizione o l'attuazione di un intervento medico per il solo fatto che "il sanitario, nella sua indiscussa autorità o competenza, ritiene che esso sia o possa essere utile".

Il consenso previsto dall'art. 50 c.p. presenta dei limiti di operatività: *"bisogna rilevare come la sovrapposizione tout court di quest'ultimo con il consenso che il medico è ritenuto a ricercare si scontri con il contenuto da attribuire all'inciso "consenso della persona che può validamente disporre"*⁴⁵.

Si fronteggiano sull'argomento due filoni interpretativi:

il primo, facendo leva sul principio dell'unitarietà del dell'ordinamento e sulla presenza dell'art. 5 c.c., esclude che il consenso abbia una funzione scriminante della lesione permanente dell'integrità fisica⁴⁶.

Il secondo filone fa leva sull'impermeabilità tra sistema civile e sistema penale⁴⁷ e su un'interpretazione dell'art. 5 c.c. alla luce delle direttive costituzionali, per conferire al consenso una funzione scriminante.

Occupiamoci preliminarmente della seconda tesi.

È stato messo in evidenza dal Riz⁴⁸ che la ragione di un tale atteggiamento consiste nel volere evitar di incorrere, negando qualsiasi rilevanza al consenso, nel *"grave pericolo di esporre l'integrità fisica e la salute dei cittadini all'unilaterale e arbitrario intervento di un estraneo, ancorché medico, il quale potrebbe sostituire la propria volontà a quella dell'avente diritto in materia di diritti personalissimi, come sono quelli della libertà, dell'integrità fisica e della salute"*⁴⁹.

Tale impostazione sposta dal terreno della tipicità a quello dell'antigiuridicità la ricerca del limite iniziale e finale della liceità del trattamento medico-chirurgico.

Bisogna preliminarmente chiarire che l'accoglimento della premessa consensualistica non implica che il malato possa esser ritenuto l'assoluto *"dominus membrorum suorum"*⁵⁰.

Una tale conclusione urterebbe contro le regole e i principi ispiratori del sistema giuridico, si deve invece ravvisare nella preventiva accettazione del paziente la condicio sine qua non: *"è solo la volontà del paziente di subire il trattamento medico-chirurgico, cioè la sua autodeterminazione di rinunciare alla tutela del bene giuridico e la sua coscienza delle possibili conseguenze lesive che rende lecita l'azione"*⁵¹.

⁴⁷ Avecone P., op. cit.

⁴⁸ Riz R., op. ult. cit., pag. 312, nella stessa direzione Cattaneo C., op. cit., pag. 262 cita le decisioni MOHR V. WILLIAMS E BENNAM V. PARSONNET: che affermano un principio valido per intero ordinamento giuridico: "The patient must be the final arbiter as to whether he will take his chances with the operation, or take his chances of living without it. Such is the natural right of the individual, which the law recognizes as a legal right".

⁴⁹ Riz R., op. cit., pag. 313.

⁵⁰ Antolisei F., op. cit.

⁵¹ Riz R., op. cit., pag. 315.

⁴⁵ Giraldi C., op. cit., pag. 151

⁴⁶ Per rilievi approfonditi sul ruolo e il significato dell'art. 5 c.c. vedi cap. II § II.

Il Riz parte dall'esame dei riflessi in diritto penale che derivano dal combinato disposto di due norme costituzionali: art. 13 e art. 32 Cost. in ordine ai trattamenti sanitari.

L'art. 32 al II co. sancisce: "... 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".

Disponendosi, in evidente sintonia, con il principio fondamentale della inviolabilità della persona umana ex art. 13 Cost., nel quale si ritiene che sia ricompresa la libertà di salvaguardare l'integrità fisica e psichica e la salute della propria persona.

È, dunque, la stessa Costituzione che impone il rispetto della libertà di consentire al trattamento sanitario e riconosce il diritto dell'individuo all'autodeterminazione in ordine alla tutela della sua salute, della propria libertà, e dell'integrità fisica e psichica.

In realtà il consenso è atto di rinuncia non già del bene giuridico, ma solo della sua tutela ed è l'unico criterio necessario a conferire quella certezza del diritto che proprio in questa delicata materia è più che mai indispensabile⁵².

Alcuni autori⁵³ affermano che il consenso è sì necessario, ma non sufficiente a giustificare il fatto.

Viene così considerato presupposto o della liceità del fatto o di una causa di giustificazione diversa dall'art. 50 c.p., necessario in quanto serve prima di tutto a tutelare la libertà di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo⁵⁴.

È, però, non sufficiente in quanto rispetto al diritto a tale libertà, il consenso rappresenta un atto di esercizio di tale diritto.

Rispetto alla presunta lesione del diritto all'integrità fisica che si verificherebbe nel caso di esito infausto, il consenso non può avere la funzione dell'atto di disposizione che rende lecita la lesione del diritto

⁵² Ramacci F., Riz R., Barni M., Libertà individuale e tutela della salute, in Riv. It. Med. Leg., 1983.

⁵³ Cattaneo C., op. cit., Vassalli G., op. cit.

⁵⁴ Cattaneo C., op. cit., pag. 951

(il diritto all'integrità fisica nel caso di diminuzione permanente, ex art. 5 c.c., è indisponibile) ma, può servire solo a togliere il carattere colposo che l'azione altrimenti avrebbe⁵⁵.

Sempre su questa scia di pensiero si attesta il Vassalli⁵⁶ il quale nota come nessuna delle norme generali che vengono di volta in volta invocate (art. 50- 51- 54 c.p.) sono state create con lo sguardo rivolto al trattamento medico-chirurgico, prendendo atto, inoltre, di un diritto scritto così manifestamente insufficiente, lacunoso, occasionale.

Egli affronta tale problematica facendo riferimento ai principi positivi che esistono nel sistema e che sono dotati di un valore normativo, i quali però devono esser ricavati per analogia dal sistema delle cause di giustificazione⁵⁷.

Partendo da questo presupposto la causa di giustificazione che va estesa per analogia al trattamento medico-chirurgico, deve essere individuata facendo riferimento a più di una tra le cause codificate: nell'adempimento del dovere, se l'impegno di curare è già stato assunto, nel consenso dell'avente diritto e nello stato di necessità, attraverso l'allargamento del pericolo al pericolo potenziale⁵⁸.

Ad un più attento esame, emergono tuttavia, alcuni limiti di queste impostazioni, tali da renderle sostanzialmente inaccoglibili.

È necessario muovere dai dati normativi che regolano la materia costituiti dall'art. 50 c.p., art. 5 c.c., art. 32 Cost., e "va considerata tanto la successione cronologica delle disposizioni, quanto l'ordine imposto dalla gerarchia delle fonti" e qui la disposizione costituzionale ultima in ordine di tempo, si pone, naturalmente, al primo posto in ordine di importanza⁵⁹.

Dalla nostra carta costituzionale emerge l'indisponibilità del bene della salute quale principio di carattere generale, cioè il diritto

⁵⁵ Cattaneo C., op. cit., pag. 952-953

⁵⁶ Vassalli G., op. cit., pag. 91-95.

⁵⁷ Si rimanda per i rilievi critici in tema di analogia alle considerazioni svolte nella

presente tesi al CAP I, sez. II, § 6, pag. 41.

⁵⁸ Per rilievi sulla scriminante ex art. 54 c.p. vedi cap. II, § 4

⁵⁹ Salazar L., Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica, in Cass. pen. massimario, 1981.

alla salute è visto come una sorta di super diritto individuale non suscettibile di esser menomato se non sulla base di un'espressa disposizione di legge autorizzativa⁶⁰.

Ecco allora che l'art. 50 c.p., proprio per il limite imposto dal concetto di "valida disponibilità" (del diritto leso dalla condotta dell'agente) è inidoneo a spiegare efficacia scriminante in relazione al trattamento chirurgico.

Un'ulteriore incertezza che si riscontra in materia di consenso riguarda la sua collocazione sistematica: con riferimento al consenso, il bene, che l'ordinamento dovrebbe tutelare direttamente, è quello della libertà di autodeterminazione.

Ora se si aderisce alla tesi che distingue tra esito fausto e infausto⁶¹, il consenso verrà ad esser tutelato dall'ordinamento solo nel secondo caso, ipotesi che però non si verifica ad ogni intervento medico effettuato in assenza del consenso del paziente.

Per ottenere, invece, una tutela ampia, ci si deve richiamare alle tesi che si rifanno alle cause di giustificazione, posto che il suo difetto determinerebbe sempre una conseguenza penalmente rilevante.

Ma in tale caso, la tutela sarebbe indiretta poiché fondata sulle norme che impediscono l'aggressione al bene dell'integrità fisica.

Per cui si può concludere affermando che mentre la tutela diretta (penale) del consenso è però parziale, quella esaustiva è a sua volta indiretta⁶².

Ma le obiezioni più fondate alle tesi suesposte, si fondano su due ordini di ragioni.

La prima, di cui ci occuperemo nel paragrafo seguente è data dalla presenza nel nostro ordinamento di una norma come l'art. 5 c.c.

⁶⁰ La costituzione entrata in vigore il 1 gennaio 1948, ha ribaltato l'ordine dei valori e ha posto l'uomo al centro dell'ordinamento e questo al servizio della persona umana, così l'assemblea costituente che ritenne la sola impostazione conforme alle esigenze storiche "Quella che riconosce la precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo stato e la destinazione di questo a quella" in La Costituzione Italiana, Atti Parlamentari, sub. Art.2, pag. 24, Roma, 1948.

⁶¹ Grisipigni F., op. cit., Crespi A., op. cit., Antolisei F. op. cit. .

⁶² Del corso S., op. cit.

La seconda, si fonda sul fatto che si è equivocato circa l'effettiva funzione che il consenso del paziente ha nell'ambito del trattamento medico-chirurgico.

*"Il consenso del paziente viene messo in relazione soltanto al bene dell'integrità psicofisica, lasciando in ombra il rapporto con un altro bene giuridico: la libertà di autodeterminazione"*⁶³.

Ecco, allora, che il primato del consenso emerge, dal complessivo quadro costituzionale e segnatamente dai principi fissati negli art. 13 e 32 cost.⁶⁴, e assume il ruolo di rendere effettivo il diritto di autodeterminarsi spettante, in ogni situazione, all'individuo⁶⁵.

È infatti l'art. 32 cost. che esige, al di fuori dei trattamenti obbligatori, il consenso del paziente.

Tale conclusione si desume a contrario dalla disposizione che pone la riserva di legge come limite invalicabile al trattamento obbligatorio.

Bisogna distinguere, a questo punto, il consenso ex art. 50 c.p. da quello previsto ex art. 32 cost.

Il consenso ai trattamenti sanitari non si identifica con il consenso di cui all'art. 50 c.p., avendo ad oggetto le attività dirette alla prevenzione o alla cura delle malattie, ma non la rinuncia alla tutela del bene giuridico, che rende non punibile la lesione di un diritto disponibile (così si è osservato che il medico che cura una persona consenziente non viola la sua libertà ma, anzi, la attua)⁶⁶.

Il consenso sancito dall'art. 32 Cost. pone un requisito limite, senza il quale nessun intervento chirurgico è legittimo.

⁶³ Manna A., indice penale 1996 pag. 150.

⁶⁴ Barile P., Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Bologna, 1984, pag. 111 secondo cui l'art. 13 cost. tutelerebbe la libertà non solo fisica ma anche spirituale, cioè la piena libertà morale di autodeterminarsi psichicamente in ordine alle proprie azioni contra Pace A., Problematica delle libertà costituzionali, Il vol., Padova, 1992, pag. 173: il quale identifica, nell'art. 23 il fondamento e la disciplina della libertà individuale, ossia della libertà del singolo di autodeterminarsi non solo contro i pubblici poteri ma anche nei confronti dei privati.

⁶⁵ Giraldi C., op. cit., pag. 156.

⁶⁶ Comitato nazionale per la bioetica 20 giugno 1992, in Riv. it. med. leg. 1992.

Si tratta di una garanzia che si pone come specificazione di quella libertà personale riconosciuta come inviolabile dalla nostra Costituzione.

Rispetto al diritto di libertà il consenso è atto di esercizio di tale diritto⁶⁷.

Come ha insegnato la corte del Minnesota, ogni volta che è in gioco il diritto di disporre di sé, questo deve costituire l'oggetto di un universale rispetto, inteso come astensione e non interferenza⁶⁸.

In conclusione, il consenso non è idoneo a fondare né la liceità dell'atto lesivo né la validità dell'atto di disposizione, ma è elemento che concorre nel giudizio di liceità dell'atto di disposizione come presidio a tutela dell'indisponibilità della persona umana e del rispetto della sua dignità⁶⁹.

Sarebbe inesatto attribuire al medico la titolarità di un diritto a curare a fronte del quale non avrebbe rilievo alcuno la volontà del paziente, che si troverebbe, così, in una posizione di soggezione.

Più conforme ai principi dell'ordinamento risulta "riconoscere al medico la facoltà o potestà di curare situazioni soggettive, che per potersi estrinsecare, abbisognano del consenso della persona che al trattamento deve sottoporsi"⁷⁰.

Il consenso informato è stato "normativizzato" nel nuovo codice deontologico adottato nel 1995, poi modificato nel 1998.

L'esigenza di "codificazione" del consenso informato veniva avvertita dalla stessa categoria medica, la quale conscia dell'importanza della relazione medico-paziente, confermava che "il medico ha il dovere di dare al paziente, tenendo conto del suo livello di cultura ed emotività e delle sue capacità di discernimento, la più serena e idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive terapeutiche e sulle verosimili conseguenze della terapia e della mancata terapia, nella

⁶⁷ Benincasa M., op. cit.

⁶⁸ Plant, Cases of law and torts, Indianapolis, 1953, pag. 84-85.

⁶⁹ D'addino Serravalle P., Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana, Napoli, 1983.

⁷⁰ Iadecola G., La rilevanza del consenso del paziente, in Riv. it. med. leg., 1986, pag. 46.

consapevolezza dei limiti delle conoscenze mediche, anche al fine di promuovere la migliore adesione alle proposte diagnostiche-terapeutiche" (in tal senso art. 30 Codice Deontologico).

Ma ad una informazione "idonea" deve comunque seguire un consenso, il cui ottenimento da parte del paziente non può prescindere da una corretta e completa attività informativa (il tal senso art. 32 Codice Deontologico).

L'articolo 32 del Codice Deontologico prevede inoltre, in presenza di esplicito rifiuto da parte del paziente capace di intendere e volere, che il medico debba desistere da qualsiasi atto diagnostico e curativo, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà del paziente, ad eccezione di casi specifici di cui si tratterà in seguito.

2.2 IL DIRITTO ALL'INTEGRITÀ FISICA E GLI ATTI DI DISPOSIZIONE DEL CORPO UMANO EX ART. 5 C.C.

Come preliminarmente indicato, l'inidoneità dell'art. 50 c.p. ad esser individuato come elemento fondante della liceità del trattamento medico-chirurgico, discende dalla presenza nel nostro ordinamento di una norma quale l'art. 5 c.c., a cui si fa costante riferimento, quando si tratta di individuare l'area di operatività di tale scriminante, in riferimento a forme di limitazione della propria integrità fisica⁷¹, il quale recita: "gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume".

⁷¹ La norma in questione, ignota al codice civile del 1865, fu introdotta nel codice vigente, dopo un lungo dibattito che era stato alimentato da un procedimento penale articolatosi nei tre gradi di giudizio ed avente ad oggetto un caso di trapianto di ghiandola sessuale da un giovane studente a un facoltoso e non più giovane brasiliano.

Tali atti sono sottoposti ad un particolare regime giuridico: a) il consenso non può essere prestato dal rappresentante legale; b) è sempre revocabile e non fa sorgere alcun diritto nel soggetto ricevente; c) non si applica la disciplina generata del contratto.

Fondamentale per stabilire la sfera di efficacia della causa di giustificazione di cui all'art. 50 c.p. è verificare la disponibilità del bene oggetto del consenso⁷².

Vi sono, indubbiamente, casi in cui la natura disponibile del diritto, è indicata, in maniera univoca, dal legislatore.

Viceversa sono sicuramente indisponibili quei diritti, alla cui tutela, sono predisposte norme penali che espressamente incriminano un dato comportamento, anche se compiuto con il consenso del soggetto passivo⁷³.

Non sempre una distinzione, in termini netti, appare agevole, esistendo zone grigie, che è compito dell'interprete tentare di eliminare o ridurre, definendone i contorni⁷⁴.

Il primo passo della nostra ricerca è stabilire se il bene della vita sia disponibile o meno.

Nel codice penale, vi sono alcune norme che riaffermano la tesi dell'indisponibilità:

l'art. 579 "che punisce l'omicidio del consenziente in cui, il consenso dell'offeso, non opera come causa di giustificazione, ma semmai, quale elemento degradante il reato, dà omicidio volontario a omicidio, appunto, del consenziente"⁷⁵, e l'art. 580, che punisce l'istigazione e l'aiuto al suicidio.

Posto che il bene della vita è indisponibile, che dire di quello dell'integrità fisica⁷⁶?

⁷² Albeggiani PAG. 50 "il tema centrale di ogni lavoro sul consenso riguarda il presupposto e il limite di operatività della scriminante, cioè il concetto di diritto disponibile", O MEGLIO SECONDO Loguercio L., Teoria generale del consenso dell'avente diritto, Milano, 1955, "essendo la disponibilità un carattere essenziale del diritto soggettivo (questo, concretandosi in un potere della volontà per il soddisfacimento di interessi individuali, non è concepibile che come diritto disponibile) la questione non si decide con il dividere i diritti soggettivi in due categorie, disponibili e non, tutti essendo disponibili, ma mediante la ricerca del limite entro cui tale disponibilità debba esser contenuta".

⁷³ "omicidio del consenziente" Art. 579 c.p.

⁷⁴ Albeggiani F., op. cit., pag. 52.

⁷⁵ Manna A., op. cit., pag. 27.

⁷⁶ "L'integrità fisica consiste nella presenza integrale di attributi fisici rispetto al prototipo "uomo" "donna".

"Esiste in tal caso una norma specifica che ne disciplina la disponibilità, in ristretti limiti, che sono dati dalla diminuzione permanente dell'integrità fisica stessa"⁷⁷.

L'art. 5 c.c. rappresenta lo specchio fedele del momento storico in cui fu approvato⁷⁸, e quindi della concezione che si aveva della persona umana.

L'integrità fisica è tutelata non come valore in sé, ma come bene strumentale al perseguimento di finalità ritenute essenziali per lo stato di allora: "il corpo è visto come qualcosa di separato dalla persona umana, come oggetto su cui esercitare un potere di disposizione. per questo, non a caso, si parla del problema in termini di potere di disporre del proprio corpo"⁷⁹.

Le "modifiche tacite", apportate all'art. 5 c.c.⁸⁰ dall'entrata in vigore della Costituzione, conducono da un lato, alla sostituzione del concetto statico di integrità fisica con quello dinamico di salute, di cui all'art. 32 Cost.⁸¹, dall'altro all'affermazione del principio personalista (con riguardo alla materia in esame) che si basa sul postulato dell'uomo come valore in sé⁸²: "La costituzione si ispira anzitutto all'idea forza della centralità e del primato della persona umana, considerata come

L'integrità fisica viene, inoltre, definita come la pienezza anatomica e funzionale della persona umana" Tonini P., Gli atti di disposizione del corpo umano alla luce di recenti interventi legislativi e giurisdizionali, in La Giustizia Penale, 1997, pag. 578.

⁷⁷ Manna A., op. cit., pag. 28.

⁷⁸ Come già evidenziato nella nota 1, capitolo II.

⁷⁹ Romboli R., Persone fisiche, in Commentario Scialoja-Branca, sub. Art. 5 c.c., Bologna-Roma, 1988, pag. 234 ss.

⁸⁰ Romboli R., op. ult. cit.

⁸¹ Concetto comprensivo sia dell'aspetto più strettamente fisico che di quello psichico, Tonini P., op. cit.

⁸² Tonini P., op. cit. i principi personalistico e solidaristico, si trovano riuniti e coordinati nell'art. 32 cost., che configura la salute come un fondamentale diritto dell'individuo, di rilevanza sociale visto che la stessa costituzione lo definisce anche come interesse della collettività.

La salute costituisce una figura giuridica complessa: è, infatti, un diritto sociale. Da ciò deriva che lo stato tutela la salute non come diritto di proprietà dell'individuo sul proprio corpo ma come strumento per realizzare lo sviluppo delle personalità.

soggetto di diritti, in certo senso anteriori a qualsiasi riconoscimento da parte dello stato, e quindi non condizionati a finalità collettive di qualsiasi genere, anche se limitati e limitabili, ma non in qualsiasi direzione, in vista delle esigenze degli altri individui e della comunità, e quindi in vista dell'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà⁸³.

Ora, dunque, con l'entrata in vigore della Costituzione e del principio personalista ivi contenuto, il problema deve essere impostato non più in termini di "potere" di disporre, ma di "libertà" di disporre del proprio corpo, sul presupposto del valore unitario e inscindibile della persona umana come tale, e quindi in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che interessano il proprio corpo.

La libertà di disposizione del proprio corpo, seguendo la più recente giurisprudenza costituzionale, deve ritenersi ricompresa tra i diritti inviolabili cui fa riferimento l'art. 2 cost.⁸⁴.

Dall'analisi ora svolta si può constatare che i margini di operatività della scriminante del consenso dell'avente diritto sono assai ristretti in campo chirurgico, con riferimento ai beni della vita e dell'integrità psicofisica⁸⁵.

Chiarita la posizione del Manna, bisogna ricordare come tale teoria non ha ricevuto una adesione incondizionata alle sue conclusioni.

Bisogna menzionare sia quelle correnti dottrinali secondo le quali il consenso all'atto medico opererebbe anche oltre i limiti fissati dall'art. 5 c.c., sia la più recente impostazione dell'Albeggiani volta ad un ripensamento in chiave critica dell'art. 50 c.p.

Iniziando da quel filone dottrinale che vuole superare i limiti posti dall'art. 5 c.c., si registra una diversità in relazione alle motivazioni addotte alla base di un tale superamento.

⁸³ Onida V., Costituzione italiana, voce del Digesto pubbl., Torino, 1989, IV, pag. 329-330.

⁸⁴ Così come espresso dal presidente Saja in occasione della conferenza stampa di fine anno 1987 in relazione alla giurisprudenza costituzionale italiana.

⁸⁵ Manna A., op. cit. e Coppi F. op. cit.

Per il Riz⁸⁶ "la norma dell'art. 5 c.c., non dichiara inoperante, il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico che comporti lesioni permanenti o il rischio di lesioni mortali, quando il relativo atto di disposizione sia conforme alla consuetudine (praeter legem) e ciò emerge chiaramente anche dai lavori preparatori dell'art. 5 c.c. in cui si richiama ampiamente il solo divieto di consentire al prelievo dei propri organi, mentre non si pone alcun limite agli atti di disposizione del proprio corpo, inerenti all'usuale trattamento medico-chirurgico"⁸⁷.

Non è dunque per l'Autore, la tipicità del fatto ad esser derogata, mediante un richiamo alla consuetudine (che sarebbe in quel caso contra legem), ma l'atto di disposizione del paziente, che rinuncia alla tutela del bene giuridico, il quale viene così a trovare la sua fonte nella consuetudine.

Bisogna individuare, di conseguenza, i limiti che l'ordinamento pone all'avente diritto per una valida prestazione del consenso giustificante, "limiti che devono essere determinati dall'interprete tenendo conto del fatto che il concetto di disponibilità trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico in senso lato, cioè non solo in leggi e regolamenti ma anche nella consuetudine e nelle altre fonti mediate"⁸⁸.

Per cui da un'esatta interpretazione del combinato disposto degli art. 50 c.p. e 5 c.c. e dei principi fondamentali dell'ordinamento, si rileva che il consenso è operante anche quando l'avente diritto consente al rischio di lesioni permanenti o mortali, nei limiti in cui il suo atto di disposizione è conforme alla consuetudine.

La tesi, tuttavia non sembra accoglibile per diverse ragioni.

Innanzitutto, essa non riesce a giustificare la deroga ad un preciso limite legalmente imposto (quale quello della diminuzione permanente della integrità fisica ex art. 5 c.c.).

Il richiamo alla consuetudine potrebbe valere solo per modificare la portata di limiti generici e legati a fluttuanti valutazioni sociali (come ad esempio il limite del buon costume)⁸⁹.

⁸⁶ Riz R., op. cit. pag. 316.

⁸⁷ Riz R., op. cit.

⁸⁸ Riz R., op. cit., pag. 101.

⁸⁹ Albeggiani F., op. cit., pag. 75.

Inoltre il richiamo ai lavori preparatori non è decisivo, in quanto il riferimento ai trapianti sembra dovuto al fatto che, data la loro importanza, al legislatore premeva evidenziare che soprattutto ad essi era indirizzato il divieto, senza con ciò escluderlo per ogni altro atto medico, pena un'inammissibile disparità di trattamento⁹⁰.

Inoltre pur volendo ammettere che la fonte della disponibilità possa anche essere mediata, laddove esiste una norma di legge che disciplina la materia, per la gerarchia delle fonti, la consuetudine non può travalicarne i limiti⁹¹.

"L'operazione diretta ad ampliare in via logica i confini delle scriminanti codificate, sarebbe legittima solo provando che la mancata coincidenza tra limite logico e limite legale, è casuale e non voluta"⁹².

Ma poiché il legislatore ha, preventivamente, selezionato i fatti posti a fondamento delle scriminanti si deve, a fortiori, ritenere che il limite legale sia stato, consapevolmente, voluto.

Non bisogna dimenticare la tesi sostenuta da Avecone⁹³, sulle orme del Vannini⁹⁴, secondo cui la norma dell'art. 5 c.c. avrebbe una efficacia limitata al solo diritto civile, almeno, fintantoché, il legislatore non introduca tale principio in precise norme penali.

Ora, pur prescindendo dal fatto che nel c.p. esistono norme come l'art. 579 e 580, che riaffermano, almeno con riferimento al bene della vita, il divieto posto dall'art. 5 c.c., tale tesi non può essere accolta "perché l'art. 5 c.c. è espressione di un'esigenza generale dell'ordinamento giuridico; se così non fosse, in materia di trapianti si potrebbe procedere al prelievo di ogni tipo di organo, il che è in contrasto con la voluntas legislatoris, che con apposita legge⁹⁵, ha permesso il trapianto di rene oltre i limiti segnati dall'art. 5"⁹⁶.

⁹⁰ Manna A., op. cit., pag. 30.

⁹¹ Manna A., op. cit., pag. 32.

⁹² Dolce D., Lineamenti di una teoria delle scusanti.

⁹³ Avecone P., La responsabilità penale del medico, 1981, pag. 25.

⁹⁴ Vannini, Delitti contro la vita, Milano, 1946, pag. 120.

⁹⁵ L. 26 giugno 1967, n. 458: Trapianto di rene tra persone viventi, il cui art. 1 consente la disposizione del rene tra vivi "in deroga al divieto di cui all'art. 5 c.c.

⁹⁶ Manna A., op. cit.

Inoltre, tale tesi porta a considerare le scriminanti norme penali, dimenticando così l'insegnamento secondo il quale sarebbero norme generali dell'ordinamento giuridico⁹⁷: "se una azione è consentita in un settore dell'ordinamento, non può risultare illecita in un altro settore dello stesso ordinamento, ne deriva, appunto, come conseguenza logica, che occorre accertare se questa stessa azione non sia per avventura lecita in base a norme non penali"⁹⁸.

È necessario, a questo punto, far riferimento alla tesi dell'Albeggiani⁹⁹, il quale propone un profondo ripensamento del consenso dell'avente diritto e di conseguenza tenta di ridimensionare la portata applicativa della norma di riferimento: art. 5 c.c..

Per Albeggiani vi sono due principi regolatori dell'interpretazione delle norme giuridiche che suggeriscono di tentare altre possibili strade nell'analisi dell'art. 50 c.p.: 1) criterio sistematico, che induce a cercare le ragioni strutturali di affinità tra le cause di giustificazione,

2) criterio ermeneutico o di conservazione delle norme giuridiche, per il quale, qualora si riuscisse ad individuare il confine tra disponibilità e indisponibilità, l'art. 50 c.p. risulterebbe superfluo¹⁰⁰.

Esistono dei diritti per i quali non è possibile una individuazione a priori dei limiti di disponibilità e per i quali la disponibilità va affermata o negata in base ad un bilanciamento degli interessi coinvolti nella situazione concreta, e tra questi possiamo inserire gli atti di disposizione della propria integrità fisica e ciò, malgrado, l'esistenza dell'art. 5 c.c., che, almeno prima facie, sembrerebbe indicare il confine tra disponibilità e indisponibilità.

⁹⁷ Fianluca Musco, Diritto penale, parte generale, pag. 156.

⁹⁸ Marinucci, voce Antigiuridicità, in Dig. Disc. Pen., I, Torino, 1987 e Marinucci, Fatto e scriminanti: note dommatiche e politico criminali, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1983, pag. 1190 ss.

⁹⁹ Albeggiani F., Profili problematici del consenso dell'avente diritto, Milano, 1995.

¹⁰⁰ Albeggiani, op. ult. cit., pag. 50-51: "in presenza di un diritto affidato alla piena disponibilità del titolare, il fatto consentito sarebbe non lesivo e penalmente irrilevante".

L'autore, di contro, fa sue tutte le riserve che sull'art. 5 c.c. sono state avanzate dalla dottrina civilistica¹⁰¹ al fine di suggerire una cautela nell'utilizzazione di tale norma come principio regolatore valido anche per l'art. 50 c.p..

Egli individua un concetto di disponibilità svincolato da schemi civilistici e legato a criteri valutativi analoghi a quelli propri di altre cause di giustificazione.

Secondo l'interpretazione ora accolta dall'art 5 c.c. non sarebbe deducibile un divieto assoluto di atti del tipo di disposizione della propria integrità, ma solo il principio che questi non possono costituire oggetto di obbligazioni civilisticamente assunte.

Inoltre, ciò permette di ricondurre sul terreno più appropriato (quello dell'art. 50 c.p.) il fondamento della giustificazione di certe forme di pregiudizi della propria integrità fisica.

*"Se in tali ipotesi il consenso può o meno essere ammesso, non dipende più dall'art. 5 c.c. ma da un concreto bilanciamento tra interessi e controinteressi sottesi alla specifica ipotesi di volta in volta considerata"*¹⁰².

Ma così argomentando si dimentica che l'insegnamento tradizionale¹⁰³ vuole vedere nell'art. 50 c.p. una scriminante sui

¹⁰¹ Il campo di applicazione dell'art. 5 c.c. è limitato a atti con cui il soggetto dispone del proprio corpo a beneficio di altri, instaurando un rapporto di tipo contrattuale o negoziale.

Nessuno potrebbe agire civilmente per ottenere l'esecuzione coattiva o il risarcimento del danno in caso di inadempimento di negozi giuridici con un tale contenuto.

La ragione di ciò sta nell'occasione legis per l'approvazione dell'art. 5 c.c., vedi nota 1 § 2 cap II, Romboli, op. cit., pag. 227; Pesante, voce Corpo umano (atti di disposizione) op. cit., pag. 657; Bessone e Ferrando, Persona fisica (dir. priv.), in Encicl. Dir., XX-XIII, Milano, 1983, pag. 200.

¹⁰² "La disponibilità del diritto (id est: l'ammissibilità del consenso) viene a dipendere da un giudizio legato al caso singolo e può essere affermata solo se, ad una valutazione comparata degli interessi in gioco, il sacrificio determinato dall'atto di disposizione sia proporzionato all'esigenza di realizzare un controinteresse meritevole di tutela" Albeggiani, op. cit., pag. 74.

¹⁰³ Fiandaca-Musco, op. cit. pag. 194.

generis, fondata non già sul c.d. bilanciamento degli interessi (come avviene ad esempio per la legittima difesa o lo stato di necessità) ma sulla diversa ratio del c.d. interesse mancante¹⁰⁴.

Per cui il tentativo dell'Albeggiani di ridimensionare la portata applicativa dell'art. 5 c.c. è possibile solo *"privilegiando la teoria soggettiva dell'interpretazione in rapporto alla norma in esame, ovvero sia l'indissolubile collegamento alla voluntas legislatoris"*¹⁰⁵.

Il limite legislativo degli atti di disposizione, era nella mente del legislatore rivolto a quelli posti in essere a favore di terzi, per cui il limite opererebbe in sede di trapianti o di sperimentazione pura ma non per quel che riguarda i trattamenti chirurgici in cui il soggetto dispone a favore di se stesso.

In questa ipotesi, essendo inoperante il limite legislativo dell'art. 5 c.c., vi sarebbe spazio per un bilanciamento dei beni da effettuarsi in relazione al caso concreto; bilanciamento che non essendo supportato da un riferimento legislativo specifico, rischierebbe di mutare il volto dell'art. 50 c.p..

Una soluzione potrebbe essere offerta da un rimando alla c.d. consuetudine scriminante¹⁰⁶.

*"V'è però da chiedersi se possa esser consentita l'utilizzazione della consuetudine in veste scriminante, dove non esiste una norma di legge che la richiami espressamente, mentre, di contro, esiste l'art. 5 c.c. di cui è necessaria un'interpretazione restrittiva per poter dar spazio al bilanciamento dei beni in concreto"*¹⁰⁷.

In conclusione, possiamo verificare l'esistenza di un singolare paradosso:

¹⁰⁴ "Non vi è ragione che lo stato appresti la tutela penale di un interesse, alla cui salvaguardia il titolare mostra di rinunciare, consentendone la lesione" Fiandaca Musco, op. ult. cit.

¹⁰⁵ Manna A., indice penale, 1996 vedi nota § 2 cap. II.

¹⁰⁶ Fiandaca Musco, op. cit., pag. 60: "Le norme che configurano cause di giustificazione non hanno carattere penale, per cui le situazioni scriminanti non sono necessariamente subordinate al principio della riserva di legge".

¹⁰⁷ Manna A., op. ult. cit., pag. 148.

l'efficacia, de iure condito, dell'art. 50 c.p. è limitata, in ordine alla violazione della integrità fisica, ma ciò nonostante nel trattamento medico-chirurgico, è richiesto, ove possibile, il consenso del paziente.

Ecco che, allora, nasce un quesito: in relazione a quale bene giuridico il consenso esplica per intero la sua efficacia?

La risposta proveniente dalla dottrina identifica tale bene nella libertà di autodeterminazione del paziente¹⁰⁵, diritto integralmente disponibile, sia perché in relazione ad esso manca una norma limitativa come art. 5 c.c., sia perché trattandosi di un diritto su di un bene morale dell'individuo, allo Stato interessa sino a che così vuole il titolare¹⁰⁶.

2.3 I REQUISITI DEL CONSENSO

Abbiamo precedentemente analizzato l'ancoraggio del consenso del paziente ai principi costituzionali, ed in primis, a quello della inviolabilità della libertà personale, di cui logico corollario è il tendenziale divieto di trattamenti sanitari obbligatori.

È arrivato ora il momento di individuare i requisiti di validità del consenso, individuazione che nel silenzio normativo viene lasciata all'interprete e all'elaborazione giurisprudenziale.

L'insegnamento tradizionale afferma¹⁰⁷ che il consenso del paziente deve essere: personale, reale, specifico, consapevole.

In realtà, la radicalità di questi assunti ha trovato, nell'elaborazione giurisprudenziale, un drastico ridimensionamento.

Non bisogna dimenticare che, pur svolgendo il consenso una difesa della libertà di autodeterminazione del paziente, è proprio nell'interesse di quest'ultimo che i requisiti possono, eccezionalmente, esser derogati¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Benincasa, Del corso, Grispianni, Cattaneo.

¹⁰⁶ Manna A., Il trattamento medico-chirurgico, op. cit., pag. 33; Delogu, op. cit., pag. 229.

¹⁰⁷ Mantovani F., La responsabilità del medico, in Riv. It. Med. Leg., 1980, pag. 17 ss; Iadecola, op. cit.; Bonelli Giannelli, Consenso e attività medico chirurgica, in Riv. It. Med. Leg., 1991; Del corso S., op. cit.

¹⁰⁸ Del corso S., op. cit.

Nel corso del tempo la giurisprudenza ha potuto enucleare una serie di requisiti essenziali costituenti il minimis dell'informazione corretta all'infuori del quale il consenso si intende viziato.

Tali requisiti sono stati individuati esaustivamente dalla Suprema Corte nella sentenza 15.1.97 n. 364 e sono:

- le informazioni che devono precedere il consenso non possono che provenire dallo stesso sanitario cui è richiesta la prestazione;
- il dovere di informazione concerne la portata dell'intervento;
- le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi prevedibili e non gli esiti anomali al limite del fortuito;
- rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative così da concedere al paziente la possibilità di scegliere tra diversi tipi di intervento.

Nella stessa sentenza si ribadisce l'importanza di rendere edotto il paziente non in modo generico ma specifico a seconda del particolare trattamento a cui si sottopone.

Nel caso in specie un anestesista è stato condannato per non aver informato il paziente dei particolari rischi e sofferenze che avrebbe comportato la anestesia spinale (con puntura lombare) limitandosi ad informare il paziente dei soli rischi generici che si potrebbero realizzare nella pratica anestesiológica.

È la differenza tra sapere di rischiare una crisi allergica (rischio presente in tutti i trattamenti anestesiológicos) e sapere di rischiare di rimanere paralizzato per tutta la vita (rischio presente solo nell'uso dell'anestesia spinale).

Cosa importante: dall'inadempimento dell'informazione, deriva la responsabilità per il danno alla salute che il paziente lamenta anche se l'intervento è stato eseguito in maniera corretta fatto sempre salvo il nesso causale. L'onere di dimostrare di aver informato esaustivamente il paziente ricade sul medico.

Il medico può dimostrare l'avvenuta informazione presentando il modulo del consenso informato debitamente sottoscritto dal paziente per il consenso informato.

Difatti anche l'art. 41 del codice deontologico obbliga il medico a servirsi di tali moduli all'uopo previsti e non potrebbe essere

diversamente; ma parte della giurisprudenza di merito (non ancora sostenuta dalla S.C.) ha ammesso testimonianze verbali addirittura di altri medici colleghi dell'imputato.

La dottrina dubita della ammissibilità testimoniale di colleghi medici dell'imputato specialmente se lavorano nello stesso servizio.

Nel caso di interventi di particolare gravità, specialmente se la necessità od opportunità di un determinato intervento chirurgico venga a conoscersi dopo la stipulazione del contratto di cura, a seguito di laboriose indagini diagnostiche, occorre la manifestazione di un nuovo consenso del paziente alla sottoposizione all'intervento chirurgico.

Alcuni hanno collegato il consenso del paziente al periodo prodromico che precede la stipulazione del contratto d'opera.

Pertanto il mancato consenso è fonte di responsabilità per il medico che non risulta giustificato per la prestazione effettuata ma anzi risponde per i danni cagionati.

Questo genera automatica responsabilità a carico del medico che si vede soccombere a norma dell'art. 2043 c.c. in caso di documento a danno del paziente.

Una sentenza ha statuito che in caso di vizi nella formazione del consenso o omessa informazione, il paziente ha diritto al doppio risarcimento dei danni, per inadempimento contrattuale e per lesioni psicofisiche (danno biologico).

Se a tale riflessione si aggiunge che, nel nostro ordinamento, non esiste una norma che punisce il trattamento effettuato senza il consenso del paziente (arbitrario), e non essendo, così, possibile ricavarne esplicitamente i requisiti (al fine, di una precisazione dei limiti della necessità terapeutica), si deve concludere che, almeno per il momento, è preferibile una maggiore elasticità nell'identificazione dei requisiti giuridicamente rilevanti.

*"Il problema, se mai si riduce ad una puntualizzazione dei limiti da porre al potere discrezionale del medico, per evitare il rischio di trasformare la necessità terapeutica in alibi per l'arbitrio del medico stesso"*¹¹².

¹¹² Del Corso S., op. cit., pag. 555.

È difficilmente sostenibile, infatti, che il rapporto fra medico e paziente sia un rapporto fra soggetti paritari, non soltanto per il fatto che esiste comunque un metus reverentialis del paziente nei confronti del proprio medico, ma anche per le obbiettive disparità di conoscenze che caratterizzano i due soggetti (Cfr. H. TEFÉ, Reasonable care: perspectives on the doctor-patient relationship, Oxford, 1994 con la recensione fattane da GRUBB, in Cambridge Law Journal, 1996, 388).

Il paziente non può sapere – per lo meno non con lo stesso grado di analiticità del medico – quali sono i benefici e le modalità dell'intervento, né qual è la scelta migliore fra più alternative possibili.

D'altra parte, è ugualmente impensabile che il medico fornisca tali informazioni con la stessa precisione tecnica che potrebbe usare nei confronti di un proprio collega, in quanto queste risulterebbero probabilmente incomprensibili per il paziente.

Le indicazioni concrete utili al paziente debbono essere quindi date prudentemente (Cfr. CRISCUOLI, Ragionevolezza e "consenso informato" del paziente in Rass. Dir. Civ., 1985, 487) con riferimento al livello culturale del paziente stesso, tenendo nel debito conto la sua attività lavorativa e la sua vita di relazione (Cosi ROMANO, op. cit., 1140-41).

Iniziamo ad analizzare il requisito della consapevolezza, vero punctum dolens delle teorie in esame.

Si afferma che il consenso non può ritenersi valido se non è consapevole, ed è consapevole solo se informato.

È evidente che può parlarsi di una valida prestazione (di consenso), solo se, e, nella misura in cui, il paziente abbia ricevuto elementi di valutazione sufficienti per una scelta che faccia salva la sua capacità di autodeterminarsi, intesa come potere di libera scelta circa la tutela della propria salute¹¹³.

Ampliando questa visuale, nel quadro di una tutela del valore rappresentato dall'identità personale, quale archetipo dei diritti della

¹¹³ Salazar L., Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica, in Cass. Pen. massimario, 1983.

personalità, si è guardato al consenso informato come un momento speciale della libertà di autodeterminazione, comprendente l'autodeterminazione informata, intesa come "potere del soggetto di controllare il circuito informativo che lo riguarda"¹⁴.

*"Il rapporto consenso-informazione si pone come un rapporto funzionale: dalla necessità del consenso del paziente scaturisce l'esigenza della sua informazione su dati di fatto che possono assumere rilevanza ai fini della sua autodeterminazione"*¹⁵.

Sorge, conseguentemente un problema di identificazione delle fonti di quest'obbligo di informazione.

Per il medico si tratta di un preciso dovere del quale da atto anche il codice deontologico agli art. 29 e 31 del testo del 1995 e art. 39 e 40 in quello previgente.

Il nuovo codice ha rielaborato gli articoli precedenti introducendo novità dirette a valorizzare, sempre di più, la volontà del paziente¹⁶.

Anche il Comitato nazionale di bioetica nel documento del 20 giugno 1992 ha ribadito che le informazioni valide per un consenso informato sono quelle comprensibili e effettivamente comprese¹⁷.

¹⁴ Viciani S., L'autodeterminazione informata del soggetto e gli interessi rilevanti, in Rass. Dir. Civ., 1996, pag. 272 ss.

¹⁵ Viciani S., op. ult. cit., pag. 278.

¹⁶ Art. 31, al I co. Afferma che "Il medico non deve intraprendere attività diagnostica o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato" e all'ultimo comma ribadisce "in presenza di esplicito rifiuto del paziente capace di intendere e di volere, il medico deve desistere da qualsiasi atto diagnostico e curativo, non essendo consentito alcun atto medico contro la volontà del paziente" il contenuto e le modalità delle informazioni che il medico è tenuto a fornire al paziente sono indicate all'art. 29 "il medico ha il dovere di dare al paziente, tenendo conto del suo livello di cultura e di emotività e delle sue capacità di discernimento, la più idonea e serena informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive terapeutiche e sulle verosimili conseguenze della terapia e della mancata terapia, nella consapevolezza dei limiti delle conoscenze mediche ...".

¹⁷ Informazione e consenso all'atto medico, Comitato nazionale di bioetica 2/6/92, in Riv. It. Med. Leg. XV 1993.

Avanzate legittime perplessità sulla natura di fonte legale del codice deontologico¹⁸, la dottrina fa riferimento a criteri propriamente logico-normativi;

fondandosi, da una parte, sull'art. 32 Cost. Il comma e art. 13 Cost., dall'altra sulla legge L. 833 del 23 dicembre 1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale che esclude, all'art. 33 la possibilità di accertamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di manifestarla¹⁹, e che richiede, in relazione ai trattamenti obbligatori, che siano accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato²⁰.

Vanno poi, segnalati i D.M. 1/9/95 in G.U. 13/10795, relativi alle strutture trasfusionali e ai comitati per il buon uso del sangue presso i presidi ospedalieri, che contengono particolari disposizioni in tema di consenso informato.

Secondo una tesi dottrinale, il fondamento positivo dell'obbligo di informazione è rappresentato dall'art. 328 C.P., a norma del quale la condotta del sanitario integra, nel caso in cui non siano fornite le dovute informazioni, il reato di omissione in atti d'ufficio²¹.

Questa soluzione non può essere accolta sia perché penalizzerebbe soltanto quegli operatori sanitari cui è attribuita la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, sia perché la legge 26 Aprile 1990 n. 86 ha modificato l'art. 328 c.p. stabilendo che la relativa fattispecie viene ad essere integrata solo ove sia rifiutato un atto urgente, con la conseguenza che la previsione punitiva, essendo limitata alla condotta che segua ad una specifica richiesta di informazione non si estende alla semplice reticenza²².

¹⁸ Sia pure in termini diversi le perplessità avanzate da Cattaneo C., op. cit., pag. 961.

¹⁹ Così è stato affermato in Cass. 26 novembre 1994 N. 10014.

²⁰ Si ravvisa la fonte normativa dell'obbligo di informazione nel combinato disposto degli art. 13 e 33 e 34 della L. 833/78 che affermano direttamente o indirettamente la rilevanza di un valido consenso, immune da vizi del "volere quali errore, violenza, dolo.

²¹ Antonini A., Il diritto del malato a conoscere la propria malattia: profili penalistici, in Giust. Pen., 1985, pag. 268.

²² Pagliaro A., op. cit., pag. 280.

Se la dottrina ritiene pacifica la necessità di un consenso consapevole, perché informato, si registra d'altro canto un profondo disaccordo sugli elementi essenziali dell'informazione¹²³.

Per quanto riguarda l'oggetto dell'informazione si deve notare che "la mancanza totale o l'eccesso di informazione sono da porre sullo stesso piano"¹²⁴ in quanto se il paziente, a causa di troppi particolari forniti dal medico e del suo stato psichico, subisce un danno, si ipotizza a suo favore un diritto al risarcimento¹²⁵.

Ma, più specificatamente, in relazione al quantum di informazione, varie sono state le soluzioni prospettate dalla dottrina:

il Riz¹²⁶ propende per un'informazione ridotta in relazione al trattamento medico-chirurgico che si intende effettuare e alle sue conseguenze tipiche, oppure c'è chi affida la determinazione del quantum al criterio del bilanciamento degli interessi in gioco.

Il bilanciamento opererebbe in una duplice direzione:

A) nel senso di permettere al paziente di soppesare i vantaggi e i rischi prevedibili;

B) nel senso di presentare un quadro completo dei rischi compresi, quelli statisticamente meno probabili ed esclusi quelli anomali¹²⁷.

In realtà il quantum di informazione deve essere delineato facendo riferimento alla finalità essenziale dell'informazione dovuta: la tutela della salute del soggetto¹²⁸.

¹²³ La forma della comunicazione del medico è normalmente verbale, anche se potrà variare in funzione delle capacità anche contingenti, di apprendimento del malato dovendosi tener conto del suo livello culturale e le sue capacità logiche. L'informazione poi, per poter essere efficace deve esser fatta tempestivamente e quindi in via preventiva, o, eventualmente, subito dopo il verificarsi di complicazioni impreviste.

Lega C., *Deontologia medica*, Padova, 1979.

¹²⁴ Princigalli, La responsabilità del medico, Napoli, 1983, pag. 217.

¹²⁵ Princigalli, op. ult. cit.

¹²⁶ Riz R., op. cit., pag. 328 ss.

¹²⁷ Palmieri A., *Relazione medico paziente tra consenso globale e responsabilità del professionista*, in Foro It., 1997.

¹²⁸ Viciani S., op. cit., pag. 304.

*"In tale prospettiva l'informazione può essere reticente nei confronti del paziente, oppure surrogata con quella diretta ai familiari. In altri termini l'obbligo informato subisce una riduzione sia quantitativa che qualitativa nella prima ipotesi o muta direzione nella seconda"*¹²⁹.

Quindi è ammessa una deroga, laddove, vi sia una prognosi grave o dove un'informazione globale avrebbe rischiato di compromettere l'esito del trattamento senza giungere, però, a far degradare il consenso da situazione soggettiva, piena ed assoluta, a situazione tutelata, esclusivamente, in funzione della necessità terapeutica.

Quando assume rilevanza una finalità di tutela della salute del soggetto, si restringe, inevitabilmente, l'area della sua sfera di autodeterminazione, e in corrispondenza, si amplia la discrezionalità decisionale del medico, senza giungere, beninteso, alla conclusione che questo si sostituisca al paziente, sino al punto da doverne prescindere¹³⁰.

In conclusione è da segnalare, sia in dottrina che in giurisprudenza, la necessità di tenere distinto il consenso all'intervento da quello all'attività negoziale, dando in definitiva, al dovere di informazione una valenza autonoma in quanto correlato alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto¹³¹.

Come è facile intuire, occorre prestare particolare attenzione al problema della documentazione del consenso.

Così, se è vero che il consenso può ben esser dato anche oralmente, non vi dubbio che l'atto scritto, debitamente controfirmato dal paziente, sia tale da evitare tanto spiacevoli incomprensioni o ambiguità quanto difficoltose necessità probatorie.

Semmai, occorre precisare che, tanto meno "necessario" sia l'intervento da effettuarsi (basti pensare alla chirurgia estetica), tanto più scrupoloso dovrebbe essere il medico nell'ottenere un consenso scritto.

¹²⁹ Viciani S., op. cit., pag. 309.

¹³⁰ Mantovani F., op. ult. cit., pag. 307.

¹³¹ Cass. 10094 / 94 e sentenza n. 1317 del 30 gennaio 1998 del tribunale di Napoli.

In tale ipotesi infatti il medico non potrebbe invocare l'esimente dello stato di necessità e si troverebbe dunque esposto ad ipotesi di responsabilità penale.

Teoricamente è comunque sufficiente anche un mero consenso tacito (deducibile cioè univocamente dal comportamento concludente del paziente). Gli inconvenienti di una tale opzione, tuttavia, sono fin troppo evidenti.

Il consenso informato scritto, però, non dovrebbe mai sostituire il dialogo tra il medico e il paziente.

Nell'interesse del medico queste informazioni dovrebbero essere riportate chiaramente sul modulo del consenso informato. Può infatti capitare che le cose non vadano per il verso giusto e che l'individuo sviluppi possibili complicazioni.

Se il paziente non è preventivamente informato, in modo preciso, dei rischi a cui va incontro sottoponendosi ad una determinata cura, il medico può essere perseguito penalmente. In questo senso, va ricordato che il consenso informato ha il solo effetto di rendere lecito l'intervento del medico, che altrimenti potrebbe essere perseguibile sul piano giudiziario.

Consenso deve significare partecipazione, consapevolezza, informazione, libertà di scelta e di decisione delle persone ammalate. La validità del consenso è inscindibilmente connessa ad una preventiva e completa informazione ed incombe sull'operatore sanitario l'obbligo di offrire gli elementi indispensabili perché la persona che dovrà sottoporsi ad un trattamento sanitario sia sufficientemente edotta in ordine al tipo di trattamento, alle alternative terapeutiche, alle finalità, alla possibilità di successo, ai rischi ed agli effetti collaterali.

2.4 IL CONSENSO PERSONALE: IL PROBLEMA DELLA CAPACITÀ A CONSENTIRE

Veniamo, ora, al requisito della capacità, cioè la condizione soggettiva, indefettibile presupposto per poter parlare di valido e consapevole consenso.

Anche in questo campo permane, nel silenzio legislativo una varietà di tesi, tesi che si differenziano in relazione a seconda della diversa connotazione che viene data all'atto del consenso.

La fattispecie relativa alla capacità ed alla conseguente validità del consenso che ha maggiormente catalizzato la dottrina è quella concernente la legittimità dell'atto medico quando ha come destinatario un minore.

I dati normativi da cui bisogna partire sono gli artt. 2 e 316 del codice civile dove, stante l'incapacità del soggetto minore, il consenso informato dovrà essere espresso dal legale rappresentante, cui dovrà essere indirizzata l'attività medica informativa necessaria.

Il problema relativo al caso di specie si presenta in sede di determinazione dei limiti entro i quali il consenso del legale rappresentante può esprimersi, dato che risulterebbe alquanto problematico stabilire (ad esempio in caso di intervento che incida in maniera irreversibile su un diritto personalissimo, quale la sterilizzazione), se sia sufficiente il consenso dei genitori.

Alcuni autori evidenziano come l'istituto della rappresentanza legale del minore non trasferisca in capo al rappresentante l'incondizionato potere di disporre della salute del minore dato che la disponibilità della propria salute è un diritto personalissimo sul quale "gravano vincoli pubblicistici di indisponibilità, che valgono anche per il suo rappresentante legale".

Conformemente ai predetti orientamenti dottrinali, si è espressa la Convenzione Europea di Bioetica che all'art.6 recita testualmente l'opinione del minore d'età dovrà essere tenuta in considerazione come un fattore sempre più determinante in proporzione alla età dello stesso ed al suo grado di maturità.

E nella medesima direzione si pone il codice deontologico quando prevede che, anche nei confronti del minore, il medico informi il paziente e tenga conto della sua volontà sia pure nei limiti delle reali capacità del minore e sempre nel rispetto dei diritti del suo legale rappresentante.

Al legale rappresentante spetterà pertanto il compito di valutare il migliore interesse terapeutico nei confronti del minore, purché non incida pregiudizievolemente sul bene salute.

Nel qual caso, unitamente all'ipotesi in cui l'atto medico risulti necessario ed indifferibile per evitare un grave danno alla salute del minore, l'eventuale volontà contraria del legale rappresentante così come quella del minore saranno irrilevanti, prevalendo nel caso si specie il principio solidaristico che anima l'atto medico ed il sanitario potrà intervenire al fine di evitare un grave rischio per la salute del paziente.

Laddove si afferma la natura contrattuale del consenso si desume, da principi generali civilistici, la necessaria corrispondenza tra capacità negoziale e capacità a prestare il consenso.

Può accadere però che il soggetto giuridicamente capace di agire versi in condizioni psico-fisiche disagevoli, ad esempio a causa della malattia da cui è afflitto o a causa dei farmaci a lui somministrati, nel qual caso la validità del consenso sarà direttamente proporzionale alla capacità reale del paziente.

La soluzione prospettata dalla dottrina propende per una cosiddetta "valutazione in concreto". Pertanto finché le capacità residue del paziente consentiranno l'effettuazione di una scelta terapeutica libera e consapevole, l'operato del medico sarà subordinato alle determinazioni del paziente, previo assolvimento da parte del medico dei doveri informativi necessari.

Secondo tale tesi "il consenso può dirsi personale solo se il soggetto è in grado di stipulare il contratto secondo le disposizioni del codice civile"¹³² e segnatamente ex art. 2 c.c. (maggiore età e capacità d'agire).

Conseguentemente, laddove, si verta al di fuori di questa ipotesi (capacità legale) viene ad essere applicato l'istituto della rappresentanza legale (art. 316 IV co. C.C.).

L'estensione della disciplina civilistica, nel silenzio del codice penale, viene generalmente motivata in base al principio dell'unità dell'ordinamento giuridico.

Inoltre, l'adozione di un limite cronologico preciso dà, a detta degli autori citati, precise garanzie in ordine alla certezza del diritto.

Diversa è, invece, la prospettiva di chi vede nel consenso del paziente un mero atto giuridico, del tutto indipendente dal negozio e quindi rifiuta il riferimento alla maggiore età civile e, in assenza di questa, all'istituto della rappresentanza legale.

Questi autori puntualizzano che il consenso deve essere considerato mero atto giuridico del tutto indipendente dal negozio; viene meno, così, la necessità di adottare i requisiti dell'art. 2 c.c., in ordine all'efficacia del consenso, pur giungendosi a conclusioni non univoche in merito all'età minima necessaria.

Antolisei¹³³ ritenne di proporre un criterio di valutazione, caso per caso, della maturità del minore, ossia il principio relativistico dell'età variabile a seconda dell'oggetto dell'atto dispositivo.

Riz¹³⁴, così come il Bettiol, indica quale limite inferiore il quattordicesimo anno di età, salvo, naturalmente, accertare che al momento della prestazione del consenso il paziente sia in grado di rendersi conto dell'importanza dell'atto¹³⁵.

Quest'ultima soluzione è forse troppo drastica e restrittiva, anche se, sul piano pratico, avrebbe il grosso vantaggio di evitare qualsiasi discussione.

Secondo Busnelli¹³⁶ le disposizioni dell'art. 2 c.c. devono essere circoscritte ai soli atti tra vivi a contenuto patrimoniale.

L'ipotesi più plausibile è quella proposta dalla dottrina civilistica¹³⁷ per la quale l'applicazione dell'istituto della rappresentanza legale è a schemi di natura patrimoniale che mal si conciliano con quel contenuto strettamente personale rinvenibile nel

¹³³ Antolisei F., op. cit.

¹³⁴ Basandosi sulla normativa penale in tema di imputabilità.

¹³⁵ Riz R., op. cit. pag. 314; Angelini Rota-Gualdi, In tema di consenso del minore al trattamento medico-chirurgico, in Giust. pen., 1980, I pag. 368; Iadecola G., op. cit. pag. 47; Fresa R., Il consenso informato legislazione e guida pratica, Ravenna, 1997.

¹³⁶ Busnelli F.D., Capacità e incapacità di agire del minore, in Dir. Fam. Per., 1982, pag. 54-70.

¹³⁷ Bigliazzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, Istituzioni di diritto civile, Genova, 1978 pag. 13; Viciani S., op. cit.

¹³² Grispianni F., op. cit.; Cattaneo C., op. cit.; Crespi A., op. cit.; Iadecola G., op. cit.

consenso ad esser sottoposti ad un trattamento medico-chirurgico sulla propria persona.

In questa ipotesi si giunge ad un cambiamento di prospettiva portando al centro di ogni indagine la salute dell'individuo.

Viene ad essere esaltata, in tale ottica, la capacità naturale di intendere e di volere.

Perciò " ... il riferimento alla capacità naturale di intendere e di volere del soggetto appare ... pur nel silenzio della legge, l'unico criterio idoneo per valutare la rilevanza giuridica di quelle attività del soggetto che costituiscono dirette espressioni della sua personalità implicando, in varia misura, l'adozione di scelte esistenziali"¹³⁸.

L'atto di cui si discute è un diritto soggettivo potestativo, sostenuto dalla costituzione e in particolar modo dal diritto alla salute ex art. 32 Cost. e dal diritto di uguaglianza e libertà personale, rispettivamente, ex art. 2 e 13 Cost.

Diritto rientrante in quella vasta gamma di diritti detti personalissimi "ovvero di diritti imputati alla sfera soggettiva, univoca, improntati a criteri di unilateralità che conducono a determinare le decisioni, cosiddette personali, che al di fuori del diritto interessato nessun altro può prendere"¹³⁹.

In tale ottica il consenso dovrà essere prestato personalmente sia dal soggetto legalmente e naturalmente capace, sia dal soggetto legalmente incapace ma naturalmente capace.

Cosa accade, laddove, il minore e l'interdetto siano anche incapaci naturalmente?

In tale evenienza, è vero che si potrà richiamare la volontà del genitore o del tutore, in quanto è lo stesso ordinamento che attribuisce loro il compito di curare gli interessi dell'incapace, ma non si potrà parlare di un consenso sociale valido¹⁴⁰, a meno che non si voglia soffocare la capacità di determinazione nel soggetto-paziente.

¹³⁸ Bigliazzi F.D., op. ult. cit.

¹³⁹ Eibenstein F., Consenso: diritto primario soggettivo della persona umana, in Difesa Sociale, 1995.

¹⁴⁰ Per consenso sociale si intende il consenso espresso da persona diversa da quella identificata come malato (ad esempio congiunto, parente, amico) Gentilomo A. Grandi M., L'età del consenso all'atto medico, in Med. Leg. Quad. Cam., XVI, n. 3, 1994.

Il ricorso al Tribunale per i minorenni (o al giudice tutelare in presenza della figura del tutore) da parte del medico si renderà necessaria in tutti quei casi in cui i genitori si oppongano ad un trattamento sanitario ritenuto utile per tutelare la salute del minorenne¹⁴¹.

Queste considerazioni trovano conferma in una serie di indici normativi già indicati:

L. 22 dicembre 1975 n. 685 sulla disciplina in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope;

la L. 22 Maggio 1978 n. 194 sull'interruzione volontaria di gravidanza.

In base al 1 comma dell'art. 95 L. 685 / 75 chi fa uso personale non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope può chiedere di "essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e ad interventi riabilitativi e terapeutici" prevedendo poi al 2 comma "Qualora si tratti di persona minore d'età o incapace di intendere e di volere, la richiesta di intervento può essere fatta oltre che personalmente dall'interessato anche da coloro che esercitano su di lui la potestà o tutela"¹⁴².

Come emerge si tratta di un provvedimento che conferisce direttamente al minore l'autonomia delle scelte in ambito di gestione della propria salute, attribuendole e delegandole, di contro e solo in subordine, all'esercente la potestà o la tutela.

In base all'art. 12 della L. 194 / 78 i minori vengono ritenuti capaci di stabilire come comportarsi in merito alle possibili conseguenze della propria condotta sessuale; da notare, inoltre, come la norma in esame non operi discriminazioni tra incapaci e minori.

Pur ricevendo un avallo normativo, il principio della capacità naturale, non è esente da critiche, motivate dalle ripercussioni che

¹⁴¹ Sentenza Corte d'Assise 30 luglio 1986 in Riv. It. Med. Leg., 1987 pag. 892.

¹⁴² Angelini Rota-Gualdi, op. cit.

potrebbero aversi all'interno del rapporto medico-paziente¹⁴³, in cui verrebbe ad attribuirsi un'ulteriore margine di discrezionalità al medico nella ricerca della capacità naturale.

Dunque, tenendo conto dei rilievi effettuati all'inizio del terzo paragrafo, le condizioni per la sussistenza del consenso reale sono: che il consenso sia consapevole, quindi adeguatamente informato;

che il soggetto che deve prestare il consenso abbia la capacità di intendere e di volere;

che possa materialmente e personalmente prestarlo.

Se per consenso reale si deve intendere quello espressamente prestato dal paziente, cosa accade nel caso in cui il paziente sia materialmente incapace, a causa della malattia e allorchè vi sia la necessità e l'urgenza dell'intervento?

Se non è riconosciuto alcun potere di rappresentanza ai congiunti (al di fuori dei casi di potestà sui figli o di tutela) qual è la soluzione adatta a risolvere tali casi?

2.5 STATO DI NECESSITÀ E CONSENSO PRESUNTO

Essendo, ormai definitivamente, chiarito che il consenso del paziente, ha un ruolo centrale nell'ambito della problematica inerente al trattamento medico-chirurgico, in quanto naturale presidio della libertà di autodeterminazione del paziente, rimane da chiederci che cosa accadrebbe tutte le volte in cui per il paziente sia materialmente impossibile manifestare il consenso reale.

Stiamo facendo riferimento al caso dell'operazione, improcrastinabile da un punto di vista medico, su un soggetto privo di senso o altrimenti incapace di decidere autonomamente:

¹⁴³ Del Corso S., op. cit. pag. 560.

è qui, infatti, che il tema del trattamento medico-chirurgico e dei suoi limiti di fronte alla legge penale "può esser visto allo stato puro ... trattandosi unicamente dell'atteggiamento del sanitario nei confronti della salute del paziente"¹⁴⁴.

È solo riconoscendo un limite all'autonomia decisionale del medico nei casi di necessità e urgenza terapeutica, che può dirsi, veramente rafforzata e elevata a criterio guida, la tutela della libertà di autodeterminazione del paziente.

Quid iuris, dunque, se il paziente non è in grado di acconsentire? Può il medico porre in atto ogni trattamento che reputi opportuno nell'interesse del malato?

Nell'estrema varietà di risposte fornite a tali quesiti, dalla dottrina penale e medico legale, sono emerse tre grandi linee di pensiero.

C'è chi fa leva sulla scriminante dello stato di necessità ex art. 54 c.p.¹⁴⁵, chi preferisce far ricorso al c.d. consenso presunto¹⁴⁶ e chi, infine, vede nel concetto di necessità medica un'efficace garanzia per la tutela del paziente¹⁴⁷.

Lo stato di necessità ha trovato nel Rizz¹⁴⁸ il più convinto sostenitore.

Egli ritiene che l'art 54 c.p. e i suoi tre requisiti, che ne costituiscono la struttura: a) pericolo attuale di un danno grave alla persona e altrimenti inevitabile;

b) necessità di salvare se o altri;

c) proporzione tra il fatto ed il pericolo.

"segnino una chiara linea di confine fra lecito e illecito, portando a giustificare l'intervento privo di consenso solo nel caso in cui sussista la

¹⁴⁴ Vassalli G., op. cit.

¹⁴⁵ Rizz R., op. cit.; Cattaneo F., op. cit., pag. 281; Pagliaro A., op. cit., pag. 472.

¹⁴⁶ Crispigni, op. cit., Bilancetti M., op. cit.

¹⁴⁷ Vassalli G., op. cit.; Del Corso S., op. cit.; ruggiero; Giannaria, op. cit.

¹⁴⁸ Rizz R. op. cit.; ma anche Baima Bollone Zagrebelsky, op.cit., in giurisprudenza Cass. 10 / 12 / 87, in Giust. Pen., 1889 con nota di Frisardi; Cass 14 / 1 / 87, in Cass. Pen., 1988 con nota di Amore; Cass 11 / 11 / 86, in Riv. Pen, 1988, con nota di Caporin.

necessità di salvare il paziente da un pericolo attuale incombente sulla sua persona, obbligando il medico in tutti gli altri casi ad attendere che il paziente sia in grado di acconsentire".

L'autore adduce, ad ulteriore riprova del suo assunto, come il ricorso all'art. 54 c.p. costituisca un fattore di certezza, per lo stesso medico, in quanto permette la conoscenza dei limiti entro cui poter intervenire senza il consenso del paziente.

Nessuno meglio del medico può essere in grado di valutare con immediatezza i dati salienti di una situazione clinica che si presenta con caratteristiche di urgenza tali da porre a repentaglio la vita del paziente¹⁴⁹.

Inoltre in sede giudiziale, l'accoglimento della tesi favorevole all'art. 54 c.p. porta a far sì che l'accertamento della responsabilità sia legato a parametri rigidi e oggettivi come quelli stabiliti dall'art. 5 c.c., i quali concorrono a limitare una eccessiva estensione dell'autonomia decisionale del medico¹⁵⁰.

Varie e articolate sono state le critiche rivolte a tale tesi.

L'art. 54 c.p. è considerato estraneo all'attività medica, in quanto il ricorrervi umilierebbe l'operato del medico, che sarebbe solo tollerato, costituendo altrimenti un illecito¹⁵¹:

le indicazioni dell'art. 54 c.p. non costituendo un obbligo giuridico (ma solo una causa di giustificazione), facoltizzano e non obbligano il medico ad intervenire¹⁵².

Inoltre, queste previsioni non ricomprendono automaticamente tutti i casi di urgenza medica accertati¹⁵³.

Ancora più aspre si presentano le critiche rivolte all'operatività dello stato di necessità, nel trattamento medico-chirurgico, dal Vassalli¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Giannaria, op. cit.

¹⁵⁰ Giannaria, op. cit.

¹⁵¹ Bonelli Giannelli, op. cit.

¹⁵² Del Corso S., op. cit.

¹⁵³ Marra A., La responsabilità civile e penale nella giurisprudenza e nella dottrina, Milano, 1989.

¹⁵⁴ Vassalli G., op. cit.

L'Autore ritiene, che, ammettendone l'operatività, resterebbe fuori tutta la medicina preventiva, almeno nei casi in cui non sia imposta da una espresa previsione legislativa.

La legge richiede, infatti, che il pericolo al quale legittimamente si reagisce, ex art. 54 c.p., sia attuale. Altrettanto deve dirsi per il requisito della inevitabilità del danno.

Se fosse interpretato in senso rigoroso, gran parte dell'attività medica, potrebbe rendersi, se non inutile, problematica.

Quindi, ragionando a contrario, solo ammettendo la doverosità dell'intervento medico, nelle condizioni di urgenza, sarebbe possibile contrastare il rischio del paradossale destino del consenso paventato da Del Corso *"Nato per tutelare la libertà di autodeterminazione del paziente, quando questa non può esprimersi, lascia il medico libero di non intervenire quindi di scegliere"*¹⁵⁵.

Altra parte della dottrina ha, invece preferito percorrere la strada del consenso presunto¹⁵⁶, che non essendo stato ancora codificato, vive nell'elaborazione dottrinale.

Alla base del ricorso al consenso presunto, sta la considerazione che, solo attraverso l'operazione, tesa a salvare la vita dell'incosciente, la libertà di autodeterminazione sarà effettivamente salvaguardata.

Occorre, preliminarmente, fare chiarezza sull'argomento distinguendo il consenso putativo da quello presunto.

Nel primo, il soggetto versa in errore, perché crede esistente il consenso, che invece non esiste, mentre nel consenso presunto l'agente ha la consapevolezza che il soggetto passivo non ha prestato il consenso, ma agisce nella ragionevole presunzione che l'offeso, *"sol che avesse potuto, avrebbe di sicuro acconsentito"*¹⁵⁷.

*"nella presunzione il collegamento tra i due fatti avviene sulla base dell'id quod plerumque fit"*¹⁵⁸;

¹⁵⁵ Del Corso S., op. cit.

¹⁵⁶ Crispigni E., op. cit.; Bilancetti M., op. cit.

¹⁵⁷ Manna A., L'operatività del consenso presunto nell'ordinamento Italiano, in Giust. Pe., 1984, II, pag. 171.

¹⁵⁸ Bettiol G., Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale, in Studi Econ. Giurid. Dell'università di Cagliari, 1938.

tutto ciò è reso possibile dalla presenza di una serie di situazioni quali la consuetudine, i rapporti tra soggetto attivo e passivo, il bilanciamento dei beni, che in mancanza del consenso effettivo, possono dare sufficienti garanzie di rispetto della volontà del danneggiato¹⁵⁹.

Quindi, in una prospettiva de iure condendo, il consenso presunto, ben potrebbe esser visto come una causa di giustificazione, rilevando una presunzione obiettivizzata secondo l'id quod plerunque accidit (tale presunzione non attiene interamente alla psiche dell'agente)¹⁶⁰.

Bisogna, dunque, esaminare se la presunzione del consenso è già operante nell'ordinamento penale italiano.

Le conclusioni a cui è giunto Manna sono nel senso di riconoscere tale operatività, in linea teorica, non solo come elemento di esclusione del fatto tipico, ma anche come causa di giustificazione **non codificata** in base all'applicazione analogica dell'art. 50 c.p..

Ecco allora il punto chiave dell'intera vicenda:

se il consenso presunto è un succedaneo del consenso dell'avente diritto, ecco che il ruolo, il significato e conseguentemente i limiti, che nel trattamento medico-chirurgico, sono propri del consenso ex art. 50 c.p., non possono non essere propri anche del consenso presunto.

Si fa riferimento, innanzitutto al limite imposto all'art. 50 c.p. dall'art. 5 c.c.: il divieto di disporre dell'altrui bene giuridico indisponibile¹⁶¹.

In tale direzione, si è mossa anche la prima commissione incaricata del progetto di riforma del codice penale nel 1988¹⁶², che ha inserito all'art. 16.2 il consenso presumibile tra le cause di giustificazione, con il limite dell'efficacia a reati aventi ad oggetto interessi disponibili.

¹⁵⁹ Manna A., op. ult. cit.

¹⁶⁰ Manna A., op. cit.

¹⁶¹ Riz R., op. cit.

¹⁶² Progetto di riforma denominato "riforma Pagliaro" dal nome del presidente della commissione incaricata dal ministro Vassalli, in Documenti giustizia 1992, n. 3, 305.

Ciò è, del resto, in conformità a quanto stabilito testualmente dall'art. 50 c.p.¹⁶³.

Non si deve dimenticare anche un motivo di ordine pratico che osta all'ammissione del consenso presunto nell'ambito del trattamento medico-chirurgico:

se in una situazione di pronto soccorso, si dovesse costringere il medico ad accertarsi anche della volontà presunta del paziente, nonché dell'assenza di una sua pregressa volontà contraria, ne seguirebbero due conseguenze:

a) che si perderebbe del tempo prezioso;

b) che si costringerebbe il medico, per timore di addossarsi ogni responsabilità, ad astenersi dall'intervenire¹⁶⁴.

Altra ragione ostativa alla configurabilità del consenso presunto è da ravvisarsi per quanto attiene ad un profilo squisitamente processuale, essendo sul piano probatorio difficile dimostrare la sussistenza degli elementi che lo sostanziano¹⁶⁵.

Inoltre, dal punto di vista logico, se il consenso per essere valido deve essere informato, non si capisce come questo possa essere presunto come manifestazione di volontà di un soggetto al quale la situazione non solo non era stata prospettata, ma anzi gli era stata presentata diversamente¹⁶⁶.

Se poi andiamo ad analizzare la teoria del Nannini¹⁶⁷ sul consenso presunto (ritenuta la più coerente fra quelle prospettate in dottrina) la sostanziale inaccogliibilità diventa evidente.

L'autore individua (riprendendo Mezger) due tipi di consenso presunto: uno, per così dire, soggettivo ed uno oggettivo.

Il primo viene definito "consenso ipotetico presumibilmente ricostruito", in quanto fondato su base soggettiva, costituita su

¹⁶³ Rodriguez, op. cit.

¹⁶⁴ Giannaria, op. cit.

¹⁶⁵ Le difficoltà sotto l'aspetto probatorio si colgono nella decisione della Pretura di Ragusa del 23 novembre 1992 in Giur. Merito, n. 3, II, pag. 724, 1993.

¹⁶⁶ Rodriguez, op. cit.

¹⁶⁷ Nannini U., op. cit.

elementi riconducibili al comportamento posto in essere dal paziente e raccolti da persone a lui vicine (ad esempio informazioni raccolte da tali persone precedenti dichiarazioni adattabili alla situazione attuale).

Il secondo tipo si fonda su criteri di ordine oggettivo per cui "pur in assenza dei presupposti propri dello stato di necessità, i vantaggi collegati all'esecuzione dell'intervento superano in maniera così nitida i rischi di danno ad esso connessi da far ritenere la situazione del tutto incompatibile con un ragionevole dissenso"¹⁶⁸, quindi solo nel caso in cui ipotizzare il dissenso equivarrebbe ad affermare la dissenatezza della persona, il consenso può dirsi presunto nel senso più proprio del termine.

Ora, però, se dal primo tipo di consenso emerge l'incongruità della previa informazione e la mancata considerazione della possibilità, in una situazione di emergenza, di cambiare le proprie scelte, e dal secondo tipo emerge il fatto che, secondo la definizione datane dall'autore, dovrebbe essere applicato solo per atti medico-chirurgici veramente banali, non ricadendo da un lato nei presupposti dello stato di necessità e dall'altro non essendo suscettibili (tali atti) di scelte diversificate da persona a persona, si comprende come il consenso non possa essere che *"reale, cioè dato espressamente e mai presunto"*¹⁶⁹.

Fondandosi il nostro ordinamento sul diritto all'autodeterminazione, che esclude un'autorità della ragione di terzi sulle decisioni di uomini adulti e psicologicamente capaci di capire il significato e le conseguenze di ogni azione posta in essere, ne deriva che la momentanea assenza o incapacità di decidere dell'offeso non può essere sfruttata per arrogarsi una tale autorità della ragione¹⁷⁰.

Al di là delle considerazioni precedentemente svolte, sia lo stato di necessità che il consenso presunto *"predispongono una tutela solo parziale per la salute del paziente, in quanto facoltizza semplicemente (liberandolo da una responsabilità penale) e non obbliga il medico ad*

*interventire ... lasciando il bene primario della vita e dell'integrità fisica nella piena disponibilità del medico"*¹⁷¹.

Tutto ciò, spiega, allora, l'opportunità di affidarsi alla necessità medica¹⁷² per ottenere, nelle situazioni di emergenza una più completa tutela della libertà di autodeterminazione da un lato e dall'altro della integrità fisica.

*"... il medico, ad un punto deve poter assumere su di sé la responsabilità del trattamento"¹⁷³, infatti in questi casi il medico dovrà assumere la posizione di garante, cioè "uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico, determinato dall'incapacità del titolare di proteggerlo autonomamente"*¹⁷⁴.

Quindi la necessità terapeutica farebbe nascere in capo al medico, limitandone conseguentemente la sua autonomia, una posizione di garanzia originaria facilmente desumibile anche da alcuni indici normativi come l'art. 32 Cost., e l'art. 1 della L. 833 \ 1978.

L'ulteriore merito di tale tesi, oltre quello di assicurare ad un tempo la tutela sia della libertà di autodeterminazione che delle salute, è quello di circoscrivere la tipologia dell'intervento: trattamento terapeutico indispensabile per tenere in vita il paziente o evitare un deterioramento della sua salute in attesa che questo sia in grado di esprimere il suo consenso reale.

2.6 IL DISSENSO COME ESERCIZIO DI UN DIRITTO DELL'INDIVIDUO

Anche in relazione agli episodi di emergenza medica è emerso, ancora una volta, il ruolo assolutamente centrale rivestito dal diritto naturale dell'individuo di autodeterminarsi¹⁷⁵.

¹⁷¹ Del Corso S., op. cit., pag. 566.

¹⁷² Vassalli G., op. cit.

¹⁷³ Vassalli G., op. cit.

¹⁷⁴ Fiandaca, Il reato commissivo mediante omissione, Milano, 1979.

¹⁷⁵ Il diritto del soggetto ad autodeterminarsi riguarda tanto le scelte di vita quanto quelle di morte.

¹⁶⁸ Nannini U., op. cit.

¹⁶⁹ Dalla motivazione della sentenza 10 ottobre 1990 della corte d'Assise di Firenze, in riv. it. med. leg., 1991.

¹⁷⁰ Roxin C., op. cit.

In quest'ottica¹⁷⁶ deve essere ricompresa ogni discussione relativa al dissenso ovvero il rifiuto di cure mediche, in qualsiasi situazione morbosa, anche in condizioni di necessità ed urgenza, o di pericolo per l'integrità fisica del soggetto.

Il riconoscimento di un diritto al dissenso segue, sia da un avallo a livello costituzionale negli art. 13 e 32 Cost., sia dalle considerazioni svolte riguardo alla posizione di garanzia del medico nei confronti del paziente che verrebbe ad instaurarsi e al richiamo al consenso come fonte di tale posizione¹⁷⁷.

Se, infatti il consenso è la fonte di un rapporto in cui il medico si obbliga, in definitiva, ad assumere una posizione di protezione, il dissenso, in modo esattamente speculare, si pone, purché frutto di una scelta libera e consapevole, come momento di chiusura di tale rapporto.

Non riconoscere che il diritto-dovere di curarsi è presente soltanto dove il dissenso del paziente è rimosso, significa non riconoscere la dignità umana intesa come diritto di ogni uomo di morire con dignità¹⁷⁸.

L'unica ipotesi in cui il diritto-dovere di curarsi si instaura anche in presenza di dissenso, si ha nei trattamenti sanitari obbligatori, nei limiti funzionali previsti dalla legge, secondo l'art. 32 Cost..

Il diritto a non curarsi, come detto ha la sua fonte negli art. 13 e 32 Cost..

Dall'art. 13 Cost., e quindi dal diritto fondamentale della libertà personale, emerge il diritto incoercibile di ogni individuo all'autodeterminazione, il quale trova poi il suo riconoscimento nello stesso art. 32 Cost. al primo e al secondo comma da cui deriva che "la salute prima di essere un interesse della collettività, costituisce un diritto dell'individuo, che non può essere imposto, se non per disposizione di legge e non può non comprendere anche il suo negativo e cioè il diritto a non curarsi"¹⁷⁹.

¹⁷⁶ L'ottica del diritto dell'individuo a prendere le sue chances secondo l'impostazione anglosassone, in Ramacci, op. cit. pag. 853.

¹⁷⁷ Vedi § 4.

¹⁷⁸ Del Corso S., op. cit.

¹⁷⁹ Manna A., op. cit. pag. 73.

È evidente la drammaticità che scaturisce dall'attuazione di un simile diritto "che può sembrare al medico in contrasto con l'innegabile finalità della sua opera, finalità da cui non deve conseguire una posizione di supremazia"¹⁸⁰.

Se, dunque si ammette la rilevanza e il valore del dissenso come altra faccia del consenso, necessariamente i presupposti di rilevanza di quest'ultimo dovranno essere propri anche del dissenso che, per essere rilevante, sarà fermo, razionale, consapevole ed espresso anteriormente all'intervento medico-chirurgico¹⁸¹.

Tale problematica è stata oggetto di una radicalizzazione esasperata nel senso che il diritto di lasciarsi morire è stato riportato alla questione della liceità del suicidio.

Ci si riferisce alla questione della validità del rifiuto di terapie immediatamente finalizzate ad evitare la morte, al c.d. accanimento terapeutico¹⁸².

Si ritiene, da parte di coloro, che in queste ipotesi, negano valore al dissenso del paziente, che il principio di indisponibilità della vita è previsto nel nostro ordinamento in modo molto nitido¹⁸³.

Gli articoli presi a riprova di quest'affermazione sono:

- 1) l'art. 579 c.p. che punisce l'omicidio del consenziente;
 - 2) l'art. 580 c.p. che incrimina sia l'istigazione che l'aiuto al suicidio;
 - 3) l'art. 5 c.c. che, vietando gli atti che cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, implica a fortiori il divieto di soppressione della stessa soggettività fisica;
- Quindi il giudizio di disvalore del nostro ordinamento nei confronti del suicidio è stato esteso anche al diritto di non essere curati¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Bonelli Giannelli, op. cit., pag. 23.

¹⁸¹ Mantovani F., La responsabilità del professionista, in Riv. It. med. leg., 1980.

¹⁸² Intendendosi come tale quell'attività medica che, approssimandosi il processo di morte, consente un breve prolungamento della vita fisica precludendo l'espressione ormai irripetibile di aspetti importanti della personalità del malato.

¹⁸³ Eusebi L., Sul mancato consenso al trattamento terapeutico, cit.

¹⁸⁴ Il giudizio di disvalore nei confronti del suicidio viene ad essere effettuato, in realtà, pur mancando una norma che lo incrimini direttamente.

Sulla base di questo giudizio di disvalore, dobbiamo riportare quelle tesi per cui non può ritenersi sussistente un "diritto a morire".

Si ritiene che, in un ordinamento come il nostro, in cui il diritto alla vita ha un contenuto assolutamente positivo, assoluto ed indisponibile (art. 5 c.c. e art. 579 c.p.), l'atto con cui tale diritto a morire fosse esplicitato sarebbe invalido per illiceità della causa¹⁸⁵.

I sostenitori di tale tesi hanno creduto di trovare un avallo costituzionale agli art. 2; 3; 4 secondo comma; 32 Cost. giungendo ad affermare che "il bene della salute sarebbe garantito anche contro la volontà del titolare"¹⁸⁶.

La rilevanza sociale dell'individuo (art. 4 Cost. comma secondo), per cui egli non è un'entità isolata e avulsa dal contesto sociale in cui è inserito, non può consentire che prevalgano comportamenti suicidi o compromettenti l'attitudine sociale della persona.

Questo viene ad essere affermato in considerazione del fatto che il bene della salute non ha un contenuto individuale.

Se è vero che, ex art. 2 Cost., la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, e quindi anche il diritto alla propria salute, è pur vero che a tale garanzia corrisponde l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale; ed è quindi rispetto a tale adempimento che deve essere finalizzato il diritto alla salute¹⁸⁷.

Solo fermando l'analisi esclusivamente alla legge ordinaria e agli art. 579 e 580 c.p., si potrebbe riconoscere, dal punto di vista normativo, una connotazione negativa al suicidio. "Ma se ci togliamo dall'ottica miope della considerazione soltanto della legge ordinaria e si guarda alla interpretazione della legge ordinaria nella prospettiva costituzionale, non può più essere effettuato, in modo univoco, il giudizio di disvalore". Ranacci, op. cit.

¹⁸⁵ Cattaneo, op. cit.

¹⁸⁶ De Cupis, op. cit. pag. 84.

¹⁸⁷ Parodi Giusino, Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana, in Foro It., 1983; Mortati, La tutela della salute nella Costituzione italiana, in riv. infort. e malatt. profess., 1961: "in conformità alla concezione solidaristica che a termine dell'art. 2 ispira l'ordinamento, la salute, in quanto incide sul benessere non solo del singolo ma altresì della intera collettività, è considerata oggetto di un dovere inderogabile a provvedere alla sua conservazione, da ritenere gravante su ciascuno. La correlazione tra diritto e dovere trova poi un suo preciso e diretto fondamento negli art. 1 e 4 Cost."

Esercitando il suo dissenso e quindi compromettendo la sua salute, il paziente si pone in una situazione di contrarietà all'ordinamento derivata dal mancato adempimento dei doveri di solidarietà sociale¹⁸⁸.

È chiaro che questa tesi ricomprende, e dunque si estende, anche al caso in cui il dissenso, non potendo esser validamente manifestato dal paziente incapace, venga ad essere espresso dal suo rappresentante legale.

La liceità dell'intervento medico è legata al fatto che il legale rappresentante non decide per sé, ma esercita una potestà dell'individuo, che, come tale, non può non essere improntata alla salvaguardia del bene più importante che è quello della vita¹⁸⁹.

Questi rilievi, che almeno prima facie, sembrano giustificare l'inesistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto al dissenso, sono ad un esame più approfondito sostanzialmente inaccoglibili.

In una concezione personalistica dell'uomo¹⁹⁰, com'è quella affermata dalla nostra carta costituzionale, "il dovere di curare nasce da e vive sul sottostante consenso del paziente"¹⁹¹.

"La Costituzione si ispira all'idea-forza della centralità e del primato della persona umana, considerata come soggetto di diritti in certo senso anteriori a qualsiasi riconoscimento da parte dello stato, e quindi non condizionati a finalità collettive di qualsiasi genere..."¹⁹².

Senza il consenso l'intervento è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente¹⁹³.

¹⁸⁸ Iadecola G. Il trattamento medico-chirurgico e il dissenso del paziente, in Giust. Pen., 1989, pag. 120; Lo Manzo G., Pirrone V., Rizzo N., Scialobica S., Il rifiuto dei mezzi terapeutici e i limiti alla responsabilità professionale del medico, in Giurmer., n. 3, pag. 762, 1979, Ruggiero, op. cit.

¹⁸⁹ Iadecola G., op. cit.

¹⁹⁰ "L'uomo è considerato come valore in sé e non strumentalizzabile in vista di alcuna utilità collettiva" Mantovani F., op. cit.

¹⁹¹ Mantovani F., op. cit., pag. 18.

¹⁹² Onida V., Costituzione Italiana, Digesto, pubbl., Torino, 1989, pag. 329.

¹⁹³ Il dissenso deve essere rispettato, in quanto un intervento del sanitario, si risolverebbe in un trattamento coattivo, come tale costituzionalmente illegittimo, non essendo stato imposto da una disposizione di legge così come vuole l'art. 32 cost. Manna A., Il trattamento etc., op. cit., pag. 80.

Il riconoscimento di questo diritto al dissenso trova una efficace tutela sul piano penale, in quanto l'esistenza di una manifestazione di volontà contraria permette l'integrazione di alcune disposizioni¹⁹⁴.

I reati di violenza privata (art. 610 c.p.) e sequestro di persona (art. 605 c.p.), che precedentemente avevamo esaminato, definendoli inidonei a tutelare la libertà di autodeterminazione del paziente, nell'ambito di un normale rapporto medico-paziente, trovano "una più congrua applicabilità (a tutela rispettivamente della libertà di volere e della libertà personale), quando manifestando una volontà contraria sceglie di far venire meno la posizione di protezione in virtù della quale si affidava al medico"¹⁹⁵.

Né si può continuare a sostenere l'esistenza di un dovere civico alla salute fondato sui doveri di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., in quanto tale dovere è sprovvisto di azionabilità diretta, in caso di inosservanza¹⁹⁶.

Le scelte e le valutazioni in ordine alla qualità della vita non possono che essere rimesse alla volontà del diretto interessato, non potendosi configurare, dal punto di vista giuridico, un'idea di bene oggettivo del paziente, che possa essere imposto anche senza o contro la sua volontà¹⁹⁷.

In conclusione possiamo affermare che, mentre il soggetto non ha il diritto di suicidarsi, ha il diritto di morire in tutta serenità, rifiutando trattamenti che procurerebbero solo un prolungamento precario e penoso della vita.

Negare questo diritto, predicando il dovere giuridico di curarsi, significa "aprire spaventose prospettive di imposizioni, di divieti, di controlli, che porterebbero ad involgere, al limite, l'intero modo di vita di un

¹⁹⁴ Del Corso S., op. cit., pag. 572.

¹⁹⁵ Del Corso S., op. cit., pag. 575.

¹⁹⁶ Bellini, Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa, in trattamenti sanitari tra libertà e doverosità (autori vari), Napoli, 1983.

¹⁹⁷ Come è emerso dalla lettura della motivazione della sentenza 18 ottobre 1990 in giust. pen., 1991.

soggetto nelle sue più diverse manifestazioni (fiume, rapporto sessuale, etc.)¹⁹⁸, ed è inquietante notare l'emergere, nei dibattiti, di posizioni francamente inaccettabili, relative ad un diritto dello stato di negare diritti e cure a coloro che ne necessitano, per aver svolto attività considerate fuori dall'ordinario (aver fumato, bevuto, esercitato discipline sportive rischiose e via discorrendo).

2.7. EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI

Il principio del consenso all'atto medico infatti, è stato per parecchi anni un concetto più teorico che pratico e, benché vi fosse una marcata attenzione volta alla regolamentazione etico-giuridica dell'attività medica, le chiavi di lettura della stessa si limitavano a regole e riferimenti morali.

Nel 1967 però, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 1950 del 25 luglio introduce per la prima volta il concetto della necessità non solo di un consenso ma di un CONSENSO VALIDO ("...il medico nell'esercizio della professione sanitaria non può, senza un valido consenso del paziente, sottoporre costui ad alcun trattamento medico-chirurgico suscettibile di porre in grave pericolo la vita e l'incolumità fisica...").

Ed ancora nel 1975, con la sentenza n. 2439 del 18 giugno la Corte di Cassazione afferma la necessità, per il medico, di rendere edotto il paziente affinché questi possa dare un consenso valido e quindi consapevole ("il medico il quale intenda eseguire sul corpo del paziente l'intervento rischioso tale da porre in serio pericolo la vita e l'incolumità fisica, ha il dovere professionale di renderlo di ciò edotto affinché questi possa validamente, cioè consapevolmente, prestare assenso al trattamento proposto..."). Un trattamento medico-chirurgico suscettibile di porre in grave pericolo la vita e l'incolumità fisica...").

¹⁹⁸ Mantovani F., la responsabilità etc., op. cit.

Caratteristica comune ad entrambe le sentenze sopracitate risulta essere quella del riconoscimento del cosiddetto diritto all'informazione, ovvero l'essere edotti per meglio valutare e comprendere il trattamento medico: benché detto diritto risultasse ancora limitato ai casi cosiddetti gravi, queste pronunce aprivano una strada alla dottrina ed ai relativi approfondimenti, sulla base del modello anglosassone ed in particolare quello statunitense.

Con la sentenza n. 4394 del 1985 la Corte di Cassazione sancisce la necessità, di una corretta informazione gravante sul medico, (in questo caso chirurgo estetico), il cui dovere d'informazione deve necessariamente avere un contenuto più ampio rispetto a quello allora concepito ("... ove, quindi, il chirurgo non abbia correttamente informato il paziente in modo chiaro e certo sull'effettivo risultato dell'intervento si prospetta... una responsabilità dell'operatore per i danni patiti dall'assistito...").

Gli anni novanta infine, hanno definitivamente sancito il radicarsi, sia nella letteratura giuridica che nella stessa giurisprudenza, della necessità di un consenso al trattamento medico: oggi assume grande importanza il rapporto personale che si instaura, o che dovrebbe instaurarsi, tra paziente e medico ed in questa direzione, specie nell'ultimo quinquennio si è mossa la giurisprudenza, ritenendo essenziale la partecipazione critica del paziente alla decisione medica su ogni attività terapeutica possibile o comunque attuabile.

Già a far data dal 1990 la Corte d'Assise di I grado di Firenze con la sentenza n. 13 stabiliva che il medico dovesse attenersi alla volontà del paziente poiché *"la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere o dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto"*.

Ed a conferma del sopracitato principio, il 21 aprile 1992 la Corte di Cassazione, sezione V, con la sentenza n. 699, affermava che soltanto il CONSENSO, manifestazione della volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto l'antigiuridicità del fatto e rendere questo legittimo: il consenso informato si stava trasformando in un requisito etico centrale della relazione medico-paziente, sempre più riconosciuto e dato per acquisito anche nel contesto italiano.

Quello che rileva, ai fini di un consenso validamente prestato, è un'adesione volontaria dell'ammalato alle cure proposte, previa informazione circa i costi ed i benefici del trattamento sanitario. È la Corte di Cassazione stessa a compiere questi ulteriori passi finalizzati a connotare il diritto alla salute ed alla autodeterminazione del paziente: punto di partenza delle recenti pronunce è il riconoscimento, negli artt. 13 e 32 Cost., dei fondamenti del consenso al trattamento medico.

Nella sentenza n. 10014 del 25 novembre 1994, la Suprema Corte, infatti, afferma chiaramente che la necessità del consenso si evince in generale dall'art. 13 della Costituzione, pertanto il medico che agisca senza il consenso del paziente pienamente informato lede, prima ancora del diritto alla salute, la stessa AUTODETERMINAZIONE del paziente e perciò la sua libertà personale. Viene inoltre specificata la necessità, da parte del medico, di procedere, nei confronti del paziente, ad un'adeguata, opportuna ed esaustiva informazione sugli aspetti relativi al trattamento sanitario prospettato, ivi comprese anche le ipotesi e le conseguenze negative.

Anche la successiva sentenza della Corte del 15 gennaio 1997, n. 364 giunge alle medesime conclusioni, che hanno, come punto di partenza, il principio che qualunque esecuzione di terapie o di interventi, in qualche modo capaci di portare gravi lesioni all'integrità fisica del paziente, presuppongano che lo stesso venga diligentemente reso edotto di tutti i pericoli che sono insiti in quella specifica terapia od atto operatorio, anche in relazione ad eventuali tecniche operative egualmente utilizzabili.

Nella fattispecie, nel corso di un intervento chirurgico effettuato in un ospedale civico nell'anno 1979, un paziente veniva sottoposto ad anestesia mediante la pratica di una puntura lombare, dalla quale poi gli derivava una invalidità permanente totale. Se da un lato era evidente che l'intervento richiesto e per il quale il paziente aveva prestato il proprio consenso non poteva prescindere dalla preventiva pratica dell'anestesia, dall'altro non altrettanta evidenza risultava dell'avvenuta spiegazione al paziente sulla particolare metodologia che si era intenzionati ad utilizzare mediante la pratica di una

cosiddetta iniezione lombare, notoriamente recante un rischio specifico.

Per questo motivo è stato ritenuto dalla Corte che l'anestesia epidurale comporti una *"fine tecnica anestesilogica, mentre la ricerca dello spazio peridurale può risultare in alcuni casi particolarmente laboriosa, con possibilità, anche, di penetrazione nello spazio sottoaracnoideo"* così da esporre il paziente a rischi dei quali non era a conoscenza.

Detti concetti sono infine stati ribaditi ed ampliati, dalla Suprema Corte nelle sentenze n. 3599 del 18 aprile 1997 e n. 9705 del 6 ottobre 1997, prevedendo l'obbligo d'informazione, in capo al medico, anche per i rischi specifici delle singole fasi del trattamento sanitario: il medico deve pertanto informare il paziente anche circa l'esito delle indagini (ad es. ecografia), circa i rischi potenziali ed infine, circa i rischi prevedibili di complicità in sede postoperatoria.

2.8 IL TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO COME ADEMPIMENTO DI UN DOVERE

Affermare l'esistenza di un diritto al dissenso da parte del paziente comporta un'importante conseguenza ai fini della nostra ricerca:

il rigetto della tesi, che individuava il fondamento di legittimità del trattamento medico-chirurgico tramite il ricorso alla scriminante dell'adempimento di un dovere¹⁹⁹.

Secondo i sostenitori di questa teoria si dovrebbe, preliminarmente, distinguere il caso di una persona abilitata alla professione medica, dal caso della persona che, di propria iniziativa, assuma le funzioni di medico²⁰⁰.

¹⁹⁹ Nuvolone P., op. cit., pag. 173; Bricola, Aspetti problematici del rischio consentito nei reati colposi, in Boll. ist. dir. pen. dell'università di Pavia, 1960, pag. 120; Giuliani, Doveri di soccorso e stato di necessità nel diritto penale, Milano, 1970, pag. 52.

²⁰⁰ Nuvolone P., op. cit. .

Nel secondo caso, non vi è alcun dovere giuridico di intervenire, anzi vi è un divieto generale²⁰¹.

Se però, il soggetto interviene, il trattamento dovrà essere giustificato o dall'art. 50 c.p., nei limiti dell'art. 5 c.c., o, ricorrendone i presupposti, dallo stato di necessità ex art. 54 c.p..

Per il primo caso, invece, l'intervento a tutela della salute del paziente, derivante dalla legge professionale e dalla consuetudine, assume i connotati di un dovere professionale, la cui violazione è penalmente sanzionata ex art. 40 c.p.²⁰².

*"... non si tratta però di un obbligo assoluto; ma di un obbligo che la legge pone sotto determinate condizioni... individuate dagli altri rami dell'ordinamento giuridico: la legge professionale, la legge civile, la consuetudine; mentre l'arte medica stabilirà le regole che devono essere seguite per evitare, in caso di esito sfortunato una responsabilità a titolo di colpa"*²⁰³.

Il medico ha, dunque, l'obbligo giuridico di intervenire, quando sia in gioco la tutela della vita e dell'integrità fisica del paziente; ma può essere autorizzato ad intervenire per salvaguardare altri interessi (come nel caso della chirurgia estetica).

*"Aremo così, per l'intervento medico, due categorie di licità: la licità dovere e la licità autorizzazione"*²⁰⁴.

Il problema che si pone è quello di determinare quando per il medico ricorra tale facoltà, problema risolto dal Nuvolone nel senso di individuare nel consenso del paziente il presupposto base²⁰⁵.

²⁰¹ Nuvolone P., op. cit., pag. 174; Bettiol, op. cit., pag. 229.

²⁰² Al comma secondo l'art. 40 c.p. recita *"non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equitale a cagionarlo"*.

²⁰³ Nuvolone P., op. cit.

²⁰⁴ Bettiol, Diritto penale etc. cit., pag. 239.

²⁰⁵ Nuvolone P., op. cit.; non avendo il sanitario un obbligo giuridico di tutela della salute, la licità dell'intervento è subordinata al consenso del soggetto passivo ma solo nel secondo caso. Nel primo, infatti, sussistendo un preciso dovere, il medico può operare anche contro la volontà del paziente (proprio perché il fondamento di licità del trattamento medico-chirurgico ha, in questa ipotesi altra base).

In realtà l'obbligo di intervento terapeutico gravante sul medico ex art. 51 c.p., è collegato ad una posizione di garanzia e segnatamente ad una posizione di protezione²⁰⁶.

Corollario di questa impostazione è che il medico possa lecitamente agire anche contro il volere del paziente;

l'obbligo d'intervento si fonderebbe, non sul vincolo contrattuale, ma su un dovere di curare fondato su norme deontologiche e sulla consuetudine²⁰⁷.

*"È, dunque il contratto che si instaura fra medico e paziente che fa sorgere in capo al primo un dovere d'intervento, subordinato però alla volontà del secondo ... mai contro il volere del paziente stesso"*²⁰⁸.

Ecco allora il limite di tale tesi: sostenere sulla base dell'art. 51 c.p. un dovere di proteggere in ogni caso la salute del paziente porta da un lato a disconoscere l'aspetto relativo al consenso, dall'altro a negare un diritto del malato al dissenso.

Inoltre accedendo a questa tesi, si giungerebbe a ritenere penalmente responsabile il medico, che di fronte ad un dissenso fermo e razionale, abbia ommesso di intervenire²⁰⁹.

Costruita una posizione di garanzia, non ne deve derivare, l'inesistenza di limiti riguardo agli eventi che il medico si obbliga ad impedire²¹⁰.

²⁰⁶ Fiandaca, Il reato commissivo etc., op. cit.: secondo l'autore le posizioni di garanzia hanno due vesti; una di protezione, la cui fonte deriva da una norma giuridica, e nel cui ambito si colloca la posizione del medico nel rapporto tra questo e il paziente, e un'altra di controllo di una fonte di pericolo che per la sua specifica connotazione ne esclude l'applicabilità alla relazione medico-paziente. Due sono le condizioni alla base di una posizione di protezione: la prima è che il soggetto, nei cui confronti si esplica tale posizione di garanzia sia incapace di tutelare il bene giuridico oggetto della garanzia, la seconda è che venga costituito un rapporto di garanzia.

²⁰⁷ Grispiigni, la liceità giuridico penale etc., op. cit., pag. 446: Alla consuetudine, soprattutto in diritto penale, non può essere attribuita la forza di derogare ad una precisa e tassativa disposizione di legge.

²⁰⁸ Manna A., il trattamento etc., op. cit., pag. 70.

²⁰⁹ Manna A., op. ult. cit.

²¹⁰ Il dissenso, come evidenziato nel § 5, è il momento di chiusura del rapporto medico-paziente e quindi limite a tale obbligo di intervenire del medico.

Per usare le parole del Introna²¹¹ *"il medico ha il dovere di curare tutte le volte che ne venga richiesto ... perché il codice pone fra i suoi capisaldi il rispetto della volontà e dei diritti della personalità altrui"*.

2.9 IL TRATTAMENTO MEDICO CHIRURGICO COME ESERCIZIO DI UN DIRITTO

A fronte degli ulteriori limiti emersi dal tentativo di ricondurre la liceità del trattamento medico-chirurgico nella scriminante dell'adempimento di un dovere, parte della dottrina ha preferito seguire la strada che volgesse alla ricerca dell'intima ragione di liceità della professione sanitaria.

Si è, infatti sottolineato che mentre il momento del dovere serve a spiegare perché il medico deve intervenire, ricorrendo alla scriminante dell'esercizio del diritto, si viene sia a spiegare il fondamento del potere di intervenire²¹² sia a dare spazio al consenso del paziente.

Ecco, allora farsi strada il ricorso alla scriminante dell'esercizio di un diritto²¹³.

La scriminante scaturirebbe dal principio logico di non contraddizione, essendo inconcepibile che l'ordinamento, una volta autorizzato un soggetto ad agire, gli minacci una pena nel momento in cui questo agisca²¹⁴.

L'art. 51 c.p. viene a ricomprendere tutte le attività giuridicamente autorizzate dallo stato, costituendo così, in capo al

Inoltre non si deve dimenticare che, in caso di dissenso, il medico che continui ad intervenire pone in essere una costrizione della volontà del paziente, costrizione penalmente sanzionata agli art. 610 e 605 c.p.

²¹¹ Introna op. cit.

²¹² Benincasa M., op. cit., pag. 731ss.

²¹³ Mantovani F., i trapianti etc., op. cit.; Id., la responsabilità del etc., op. cit.; Id., voce esercizio del diritto, in Encicl. giur.; Benincasa M., op. cit.

²¹⁴ Benincasa M., op. ult. cit., pag. 729.

medico un diritto all'esercizio dell'attività sanitaria e, conseguentemente, la liceità degli atti compiuti in tale esercizio.

Mentre il momento della doverosità dell'operato non incide sui limiti legali della liceità, tale delimitazione dei limiti può derivare solo dalla configurazione della attività medica come esercizio di un diritto.

Il primo limite è dato dalla mancanza di dissenso, quindi dal rispetto della dignità della persona e infine il terzo è fondato sul concetto finalistico, o funzione dell'attività medico-chirurgica²¹⁵.

Si ritiene dal Mantovani che l'attività medico-chirurgica abbia, nel nostro ordinamento, un valore etico-politico altissimo, in quanto tesa a migliorare la salute del paziente, intesa come momento essenziale della libertà della persona.

Ulteriore limite esterno è costituito dal rispetto delle cautele imposte dalle regole dell'arte medica, al fine di circoscrivere il rischio di danni.

*"Dentro questi limiti vi è esercizio del diritto; fuori trattamento arbitrario, eventualmente penalmente rilevante, indipendentemente dall'esito del trattamento stesso"*²¹⁶.

L'autore giunge, poi, ad escludere dall'ambito dell'esercizio del diritto l'esito infausto, specificando che tali eventi, anche se compiuti nell'esercizio dell'attività medica, non possono ritenersi oggettivamente giustificati, ma non punibili per difetto di colpevolezza²¹⁷.

Rileva, nella sua ottica, il carattere fortuito di tali eventi, carattere correlato ad una attività lecita ma pericolosa²¹⁸.

È su questo rilievo che si fonda la prima critica alla teoria in esame.

Infatti, se si limita l'operatività dell'art. 51 c.p. ai soli interventi terminati con esito fausto, non si vede il motivo del ricorso a questo

articolo in funzione scriminante quando il problema è già risolto al livello della tipicità²¹⁹.

Il fatto, poi, di ritenere non punibili gli interventi chirurgici con esito infausto, per difetto di colpevolezza, è da ritenere *"eccessivamente penalizzante il medico e porta così a dover far riferimento al consenso dell'avente diritto e allo stato di necessità per giustificare anche gli esiti infausti, senza ricorrere al caso fortuito"*²²⁰.

La critica decisiva è quella per cui non appare congruo estendere l'art. 51 c.p. fino ad includervi le attività giuridicamente autorizzate; queste, infatti comprendono una estrema varietà di situazioni giuridiche soggettive, come doveri o obblighi, che non possono essere riportate ai diritti di cui all'art. 51 c.p.²²¹.

Vi sono poi, alcuni settori dell'attività sanitaria che non possono essere ricondotti all'art. 51 c.p., come i trattamenti obbligatori per legge, in cui il medico è obbligato ad intervenire.

2.10 IL TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO E LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE NON CODIFICATE: IL RICORSO ALLA TEORIA DELL'AZIONE SOCIALMENTE ADEGUATA.

Al termine dell'indagine, volta ad esaminare la possibilità di ricondurre il trattamento medico-chirurgico alle cause di giustificazione codificate, emergono alcuni rilievi.

Innanzitutto, l'insufficienza dimostrata da queste di fornire una valida soluzione al problema della liceità del trattamento medico chirurgico, almeno sotto un profilo de iure condito.

Di qui, il tentativo, da parte di esimi penalisti²²², di evadere dal diritto scritto, per colmare le evidenti lacune del codice penale²²³.

²¹⁹ Manna A., op. ult. cit.

²²⁰ Manna A., op. ult. cit.

²²¹ Leone M., L'esimente dell'esercizio di un diritto, Napoli, 1970.

²²² Antolisei F. op. cit.; Vassalli G., op. cit.

²²³ Aspirazione confortata dalle tesi del Neppi Modona, Il reato impossibile, 1973; il quale rendendosi conto di come tali aspirazioni trovassero un ostacolo

²¹⁵ Mantovani F., op. cit., pag. 645.

²¹⁶ Benincasa M., op. cit.

²¹⁷ Sempre che siano state rispettate le regole dell'arte medica.

²¹⁸ Mantovani F., op. cit., pag. 647: per il Mantovani l'intera attività medico-chirurgica va ricondotta alla più ampia categoria delle attività rischiose, giuridicamente autorizzate, perché umanamente utili.

Le posizioni dottrinali che si richiamano alle scriminanti non codificate oscillano fra le tesi dell'adeguatezza sociale dell'azione e quella dell'analoga.

Il punto in comune è costituito dalla stessa base di partenza, o meglio dall'aver fatto leva sul principio generale, alla base dell'ammissione delle cause di giustificazione nel nostro ordinamento, ovvero la mancanza di danno sociale derivante da un bilanciamento dei beni in questione²²⁴.

Da qui la liceità del trattamento medico-chirurgico, in quanto tale attività "corrisponde ad un alto interesse sociale: la cura degli infermi, interesse che lo Stato riconosce, autorizzando, disciplinando e favorendo l'attività medesima"²²⁵.

Qui, in realtà, non ci si trova di fronte ad un bilanciamento dei beni, ma ad un giudizio sull'attività in sé, con evidente rinvio alla teoria dell'azione socialmente adeguata. Inoltre si è sottolineata, da parte del Riz²²⁶ l'insufficienza dell' "alto interesse sociale", nozione ritenuta di contenuto indefinito, a giustificare, di per sé, la liceità di taluni comportamenti, i quali solo perché ispirati da un interesse di tale natura sarebbero riscattati da ogni rilevanza penale.

Al di là di questo rilievo, le teorie che possono essere ricondotte a questo filone²²⁷, non sono state accolte, su di un piano de iure condito, in quanto "un eventuale ricorso avrebbe potuto trasformarsi in un'operazione tautologica, diretta a ritagliare sulla effettività dell'attività

insormontabile nel principio costituzionale di legalità, ha proposto di attribuire allo sbarramento costituzionale un significato sostanziale.

Per l'Autore il principio di legalità non sarebbe ancorato alla legge ma a valori sociali, che, come tali sono estremamente mutevoli.

²²⁴ Manna A., op. cit.

²²⁵ Antolisei F., op. cit.

²²⁶ Riz R., op. cit., pag. 37.

²²⁷ Teorie che abbiamo già esposto nei precedenti paragrafi con i rispettivi rilievi critici: la teoria della Necessità medica del Vassalli, quella dell'Antolisei dell'attività riconosciuta dall'ordinamento per il suo alto interesse sociale, e le altre teorie che per lo più si fondano su un richiamo alla analogia o alla consuetudine ed infine quella che si fonda sulla negotiorum gestio.

medico-chirurgica intesa in senso fenomenico la relativa causa di giustificazione²²⁸.

Non si sono, da parte di queste teorie, indicati criteri limitativi, o comunque orientativi della liceità²²⁹, ed ecco allora che le parole del Nuvolone²³⁰ diventano calzanti: "Il diritto penale, così come il diritto in genere, non si esaurisce nell'ambito delle fonti legislative; che, tuttavia, il principio della certezza del diritto non può essere sacrificato a un'ipotetica giustizia sostanziale, se non vi sono strumenti di conoscenza che garantiscono la possibilità di attingere, con obiettività tale giustizia".

L'Autore, sembra voler respingere la validità delle scriminanti tacite, fondandosi sulla preminenza, che, in diritto penale deve esser necessariamente assegnata alla certezza dei rapporti giuridici, premessa necessaria per la tutela dei diritti e, dunque, per la tutela del diritto alla salute "La norma è comando e garanzia ... la dottrina delle scriminanti tacite ha riguardo alla norma nella sua funzione di comando e solo indirettamente, implicitamente, alla norma nella sua funzione di garanzia".

Ma proprio il Nuvolone, uno fra i più convinti assertori del primato della legge, ha individuato e riconosciuto l'esistenza di "limiti taciti" della norma penale, dimostrando così, sia pure con le opportune cautele del caso, come si possa dar spazio a criteri non rigorosamente normativi, utili sia per l'interprete, sia, de iure condendo, per il legislatore al fine di regolare fattispecie prive di un'adeguata disciplina.

"Il rischio di abusi, è meno evidente, e soprattutto meno pericoloso, nel settore riguardante i criteri di negazione della sussistenza di un reato, sia attraverso la mancata realizzazione del fatto tipico, che mediante le cause di giustificazione"²³¹.

Da questi rilievi, sembra emergere, la possibilità di recuperare in parte l'essenza della teoria dell'azione socialmente adeguata,

²²⁸ Benincasa M., op. cit., pag. 722.

²²⁹ Manna A., op. cit. pag. 115

²³⁰ Nuvolone P., op. cit., pag. 85.

²³¹ Manna A., op. ult. cit., pag. 20.

soprattutto per evitare ancora una volta²³² d'inquadrare il trattamento medico-chirurgico nel fatto tipico di alcune ipotesi di reato, salvo poi giustificarlo facendo ricorso agli art. 50 e 54 c.p..

Non rimane allora che esaminare la teoria dell'azione socialmente adeguata per poter rinvenire quell'elemento valutativo nella considerazione del trattamento medico-chirurgico, che questa ha avuto il pregio di evidenziare e che è stato fatto proprio da parte di alcuni giuristi.

La teoria dell'adeguatezza sociale della condotta fu in origine proposta dal Welzel²³³ il quale affermò che la funzione dell'adeguatezza sociale della condotta era quella di escludere dal campo della punibilità quelle azioni che, pur realizzando da un punto di vista materiale, il fatto tipico di ipotesi di reato, non potevano esser punite, da un punto di vista normativo, in quanto conformi alle esigenze e finalità di un determinato organismo sociale in un determinato momento storico.

Socialmente adeguate sarebbero, infatti, quelle attività che "si muovono entro la cornice degli orientamenti etico sociali, storicamente condizionati, della vita di una comunità"²³⁴.

"l'adeguatezza sociale sarebbe, quindi, un limite pregiudiziale della fattispecie"²³⁵.

Sull'argomento merita di esser evidenziato il lavoro di uno studioso italiano, il Fiore, lavoro importante perché rappresenta un serio tentativo di logicizzare, negli schemi tradizionali e razionali, tale teoria:

²³² In dottrina recentemente: Passacantando G., Il consenso e i suoi riflessi sulla responsabilità penale del medico, in Riv. it. med. leg. XXI, 1999.

²³³ Welzel, Der allgemeine teil des deutschen strafrechts in seinen grundzügen, Berlin, 1940. In Italia la teoria ha trovato come suoi sostenitori il Cattaneo C., op. cit.; Fiore C., L'azione socialmente adeguata nel diritto penale, Napoli, 1966; e limitatamente alle operazioni chirurgiche risoltesi con esito positivo Bettiol G., Diritto penale, parte generale, Padova, 1973, pag. 298.

²³⁴ Welzel, op. cit.

²³⁵ Nuvolone P., op. cit., pag. 107.

"quando l'azione si compie in una funzione di coerenza con i mezzi e gli scopi che in un dato momento orientano lo svolgersi della vita collettiva e ne condizionano lo sviluppo, l'illecito penale, con il suo contenuto aggressivo dei beni della comunità, non sorge neppure"²³⁶ che continua evidenziando come "le regole direttive per la valutazione dell'adeguatezza sociale si traggono, innanzi tutto, dalle regole implicite nelle stesse formulazioni della legge ... come sempre dovrebbe avvenire in ogni valutazione diretta a riempire le lacune della legge ... ma anche nelle norme espresse dai molteplici ordinamenti della vita in cui sta l'uomo ... la specifica praticabilità dell'adeguatezza sociale dell'azione, come misura di rilevanza giuridica, è legata alla possibilità di individuare regole di condotta nelle quali storicamente si esprime l'ordinamento della vita sociale ... si può allora dire che questo criterio giuridico ricerca il crisma della certezza proprio dal collegamento con i molteplici sistemi normativi, espressi o taciti, che condizionano l'attività pratica dell'uomo"²³⁷.

Nella concezione del Fiore, non si tende ad escludere il nesso causale tra la condotta del sanitario e l'eventuale pregiudizio arrecato al paziente, ma piuttosto la rilevanza penale, in quanto l'intervento medico, qualunque ne sia stato il risultato, è utile alla società, che come tale ne accetta i relativi rischi, e dunque non può e non deve esser considerato illecito²³⁸.

La teoria in esame, pur se validamente prospettata, non è stata esente da critiche²³⁹, critiche variamente focalizzate su un punto fondamentale:

la sostanziale indeterminatezza della teoria in questione.

Scrivono il Gregori che "il problema più acuto, tra quanti l'applicazione della legge oggi solleva, è la difficoltà di riferire le valutazioni delle norme ad un fatto sociale in rivoluzionaria trasformazione", egli rileva, infatti, la

²³⁶ Fiore, l'azione socialmente adeguata nel diritto penale, Napoli, 1966.

²³⁷ Fiore, op. ult. cit., pag. 261-263.

²³⁸ Manna A., op. cit.

²³⁹ Gregori, Adeguatezza sociale e teoria del reato, Padova, 1969; Antolisei F., parte generale, op. cit. pag. 250; pagliaro, parte generale, op. cit., pag. 220; Baratta, Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza, Milano, 1963; Nuvolone P., op. cit.; Riz R., op. cit.

profonda difficoltà che sorge nel momento in cui debbano esser individuati i valori sociali e i criteri per identificare tali valori, capaci di guidare l'interprete nella disapplicazione di una norma incriminatrice²³⁰.

Si è rilevato inoltre, come tale indeterminata sia confliggente con il principio di stretta legalità, che in diritto penale, soprattutto, è espressione di certezza del diritto²³¹.

L'adeguatezza sociale, di per sé, non significa nulla "è concetto giuridicamente amorfo, in quanto appartiene alla logica dell'essere e non a quella del dovere; ed è indeterminato, perché ogni società si determina in funzione di interessi comuni e, quindi, è necessario stabilire prima quali interessi si assumano come caratteristici della società che si vuol considerare"²³².

Queste considerazioni non possono portare ad un rigetto, in toto, della teoria in questione, quanto, piuttosto devono aiutarci a ricercarne i limiti di utilizzabilità in campo penale e nell'ambito del problema della liceità del trattamento medico-chirurgico.

Per quel che riguarda il problema dell'applicabilità in campo penale, pur non ignorando che si tratta di un criterio di difficile applicazione, impossibile nei casi in cui "non sia sicuramente determinato che la condotta in questione sia effettivamente conforme agli scopi di una interna società", potrà essere usato in alcune ipotesi, in cui non sussiste il dubbio che questi non vengano considerati leciti: come ad esempio gli schiamazzi notturni in occasione del Capodanno²³³.

Diverso il discorso nel caso del trattamento medico-chirurgico, dove, a differenza dell'ipotesi degli schiamazzi, vengono presi in considerazione interessi meritevoli di una tutela più rigorosa.

Qui "se il punto di vista, offerto dalla teoria dell'azione socialmente adeguata non è in grado di per sé, a legittimare l'operato del medico, è utile come riflessione sull'intima essenza del fenomeno, per giungere a negare la configurabilità dei delitti di lesione e omicidio preterintenzionale, anche nel caso in cui l'esito dell'intervento sia stato infausto."²³⁴

²³⁰ Gregori, op. ult. cit.

²³¹ Nuvolone P., op. cit.

²³² Nuvolone P., op. cit.

²³³ Manna A., op. cit., pag. 20.

²³⁴ Manna A., op. cit.

3.1 CENNI GENERALI SULLA RESPONSABILITÀ MEDICA

Quando si affronta un argomento estremamente vasto e problematico, qual è quello della responsabilità medica, occorre individuare, preliminarmente, le tematiche fondamentali che saranno trattate ed il perché di quella trattazione, al fine di restringere il campo di indagine, focalizzando così gli argomenti presi di mira.

È, infatti, opportuno cambiare l'ottica con cui generalmente si affrontava questa tematica e ciò soprattutto alla luce di una nuova realtà: il mutamento di concezione del rapporto medico-paziente.

L'emergere del paziente quale soggetto di decisioni, impone di ristabilire una dimensione di maggiore equilibrio ed equità nei ruoli di questo rapporto;

gli odierni mutamenti culturali e sociali hanno trasformato la figura del paziente: da destinatario di decisioni prese da altri a protagonista delle decisioni sulla propria salute.

In altre parole "il paziente non è solo l'oggetto della prestazione medica o il passivo beneficiario di una funzione protettiva e solidaristica affidata al medico, ma è titolare di precisi diritti: è con il diritto del paziente di scegliere, di consentire o di rifiutare l'opera del medico che quest'ultimo quotidianamente deve rapportarsi"²³⁵.

Ebbene, l'emergere di questa nuova realtà, impone all'operatore del diritto di adoperarsi al fine di far ottenere al consenso informato il pieno riconoscimento giuridico e formale.

Tornando al nostro argomento, ciò implica come corollario che il problema della responsabilità medica va posto non più (o soltanto)

²³⁵ Manna A., op. cit.

con riferimento ai doveri del medico, quanto e innanzitutto con riferimento ai diritti del paziente²³⁶.

Due le tematiche tradizionali:

a) da un lato, la questione della colpa professionale penalmente rilevante e l'accertamento del nesso causale fra la condotta del sanitario (negligente, imprudente o imperita) e l'evento dannoso alla persona del paziente;

b) quindi, la questione dell'imputabilità al medico agente di un rimprovero per colpa;

c) dall'altro, la questione del ruolo del consenso ed i riflessi penalistici della presenza o meno di tale manifestazione di volontà, soprattutto alla luce del più recente dibattito dottrinale relativo alla necessità di un consenso informato, necessità testimoniata con forza dalla sentenza del tribunale di Napoli N. 1317 del 30\01\98.

L'aver evidenziato queste due tematiche è, in realtà, speculare ai due limiti fondamentali, a cui l'attività medica sarebbe sottoposta secondo il Mantovani, due limiti che, sempre secondo l'autore: *"devono fungere come imprescindibili e costanti punti di riferimento nell'analisi di queste tematiche"*²³⁷.

a) un limite oggettivo, rappresentato dal principio di salvaguardia della vita e della salute del paziente;

b) un limite soggettivo rappresentato dal principio del consenso del paziente.

Premesso ciò, allorché il medico abbia rispettato questi limiti, non si pone alcuna responsabilità per eventi infausti dannosi o letali.

Se, invece, il medico ha violato uno di questi limiti e ne sia derivato un evento infausto, ricollegabile a tale violazione sulla base di un nesso causale, si pone un problema di responsabilità civile, penale, disciplinare per colpa medica.

²³⁶ Barni M., *Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, in *Medicina e Diritto*, Milano, 1995, pag. 68 ss.

²³⁷ Mantovani F., *La responsabilità medica*, op. cit.

²³⁷ Mantovani F., op. ult. cit.

Ai sensi dell'art. 43 c.p. 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 o discipline".

Fra i profili rilevanti della colpa medica, meno ricorrente, anche alla luce dell'esperienza giudiziaria, risulta quello collegato alla inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline²³⁸.

Si è esattamente rilevato inoltre che, in tali fattispecie, non esplica funzione alcuna il criterio della prevedibilità, cui è normalmente ricollegata la responsabilità per colpa:

l'emanazione delle norme disciplinanti una determinata attività comporta già un giudizio prognostico circa la situazione di pericolo derivante da un comportamento diverso²³⁹.

Quindi la colpa del medico assume, nella maggior parte dei casi, le forme della negligenza, dell'imprudenza, dell'imperizia²⁴⁰.

Le regole di diligenza e di prudenza non traggono origine da una fonte giuridica, bensì dall'esperienza, che elabora norme atte ad evitare eventi pregiudizievoli, imponendo comportamenti positivi (diligenti) e vietandone altri (imprudenti).

L'imprudenza e la negligenza, sebbene valutabili alla stregua della specifica attività esercitata, non assumono particolari connotazioni nell'ambito della colpa professionale, per la quale, valgono i principi generali e dunque, non si è in alcun modo dubitato che si risponde anche in caso di colpa lieve.

Ricorre il requisito della negligenza, quando la condotta del sanitario sia tale da esser sinonimo di trascuratezza, mancanza di

²³⁸ Dalla stessa formulazione normativa si rileva come l'inosservanza, fonte della colpa, possa riflettere non solo norme consacrate in leggi regolamenti, ma anche norme di servizio o di disciplina, contenute, ad esempio, nei regolamenti interni di un'ospedale o di altri enti, o frutto di singole disposizioni impartite in forza di una posizione di superiorità gerarchica o funzionale anche se di natura privatistica. Iadecola G., *Il medico e la legge penale*, op. cit. pag. 63.

²³⁹ Nicastro G., *"Sub Iudice"* La responsabilità professionale del medico, AA.VV. a cura di Cannavò G., Napoli, 1983.

²⁴⁰ Elementi, questi, qualificanti la colpa generica.

attenzione, superficialità e quindi, quando il medico manchi di rispettare norme comuni di diligenza, dimenticanza non perdonabile qualora provenga da persona abilitata all'esercizio della professione medica²⁵¹.

*"Ben può dirsi che la condotta negligente sia la meno scusabile, perché è arduo giustificare l'inadempimento di quelli che rappresentano dei doveri elementari verso il paziente"*²⁵².

Nell'ampia casistica che ci offre la Giurisprudenza, ipotesi di negligenza sono state riscontrate nell'abbandono di corpi estranei, quali tamponi di garza, ferri chirurgici etc., nel corpo del paziente, chiaramente addebitabili a colpevole, quanto evitabile disattenzione²⁵³.

L'imprudenza, a sua volta, rappresenta la contrazione della parola imprevidenza e ha luogo allorché il medico agisca con avventatezza, eccessiva precipitazione, insufficiente ponderazione, senza adottare così le cautele indicate dalla comune esperienza o dettate da precise regole dell'arte medica e dimostrando, dunque, una scarsa considerazione per gli interessi altrui²⁵⁴.

Non bisogna inoltre dimenticare che al concetto di imprudenza non è estraneo quello di consapevolezza²⁵⁵: il fondamento della responsabilità colposa è dato infatti dalla prevedibilità del pericolo cioè dalla possibilità che ha l'homo eiusdem professionis et conditionis, di cogliere che un certo evento è evitabile adottando determinate regole di diligenza.

Può ben dirsi, usando le parole dello stesso Iadecola²⁵⁶, che l'essenza della colpa medica per imprudenza consista *"nella realizzazione di una attività positiva che non si accompagni, in relazione alle specifiche circostanze del caso, a quelle cautele essenziali che la ordinaria esperienza suggerisce di impiegare a tutela della incolumità altrui"*.

²⁵¹ Bilancetti M., op. cit., pag. 377.

²⁵² Iadecola G., op. ult. cit.

²⁵³ Cass. pen., 15/Luglio/1982, n. 7006, in Riv. Pen., 1983; App. Roma, 25/Luglio/1975.

²⁵⁴ Bilancetti M., op. ult. cit.

²⁵⁵ Bilancetti M., op. cit.

²⁵⁶ Iadecola G., op. cit.

Come si nota, il dato differenziale rispetto alla condotta negligente sta nel fatto che questa si estrinseca invece in una attività ingiustificatamente omissiva, e cioè nella pretermissione di ciò che si dovrebbe fare in relazione al caso concreto".

In conclusione, bisogna riportare una massima, frutto della giurisprudenza della Corte di Cassazione²⁵⁷, secondo la quale il dovere obiettivo di diligenza, che contrassegna il delitto colposo, può avere a contenuto anche un obbligo di preventiva informazione nonché quello di ricorrere alle altrui specifiche competenze, sicché versa nella cosiddetta "colpa per assunzione" colui che, non essendo del tutto all'altezza del compito assunto (e dei doveri insiti nella posizione di garanzia assunta), esegua un'opera senza farsi carico di munirsi di tutti i dati tecnici necessari per dominarla, secondo lo standard di diligenza, capacità e conoscenze richieste per il corretto svolgimento del ruolo stesso.

Veniamo, infine, ad analizzare la colpa medica per imperizia, colpa che si concretizza ogni volta in cui la condotta del medico risulti incompatibile con un livello minimo di cognizione tecnica, di cultura, di esperienza e di capacità professionale, che sono i presupposti indispensabili per l'esercizio della professione²⁵⁸.

L'imperizia quale inosservanza delle *leges artis* (per ignoranza della loro esistenza, inattitudine ad applicarle o semplice inapplicazione concreta), si risolve in una negligenza o in una imprudenza qualificate, a seconda che tali regole tecniche violate prescrivano un *facere* o un *non facere* (tipica la temerarietà professionale: ad esempio del comune chirurgo che si avventura in un'operazione di *avanguardia*)²⁵⁹.

Può dirsi, dunque, che l'imperizia, qualunque sia la forma che in concreto assume, va ricondotta al concetto di incapacità tecnica, intesa

²⁵⁷ Massima in Cassazione Penale 1992, 2754.

²⁵⁸ Si è così pronunciata la Corte di Cassazione in Cass. pen., Sez. IV, 30 ottobre 1979, n. 5935, Castelli, in G.P., 1980, II, pag. 706.

²⁵⁹ Mantovani F., voce Colpa, cit.

questa come "generico difetto di idoneità professionale rispetto alla soluzione di un determinato caso"²⁵⁰.

Ciò che emerge dalla considerazione delle ipotesi colpose è rappresentato dall'osservanza di precauzioni doverose, considerazione questa, che ci permette di rinvenire la ratio della punibilità dell'atto colposo:

"si osserva che gli interessi altrui, a cominciare da quelli primari della vita e della incolumità psico-fisica, possono essere pregiudicati non solo da chi agisce con la volontà di ledervi bensì anche da chi opera comportandosi senza rispettare quelle regole, sia generali dettate dalla esperienza comune o professionale, sia specifiche espressamente previste dalle competenti autorità preposte a tutelare i relativi interessi, per cui il ricorso alla sanzione punitiva, nella specie di natura penale, ha una funzione sociale ed educativa, rivolta a stimolare la prudenza, l'attenzione, il rispetto degli interessi dei consociati."

3.2 SULLA MISURA DELLA COLPA IN GENERALE: LA COLPA DELLO SPECIALISTA

L'essenza unitaria della responsabilità colposa deve ravvisarsi nel rimprovero al soggetto per aver realizzato, involontariamente ma pur sempre attraverso la violazione di regole doverose di condotta, un fatto di reato, che egli poteva evitare mediante l'osservanza esigibile di tali regole.

Tre sono, pertanto, gli elementi costitutivi e caratteristici della colpa:

1) l'elemento negativo della mancanza della volontà del fatto materiale tipico;

²⁵⁰ Iadecola G., op. cit. il quale ritiene che tale incapacità si manifesti "sia come ignoranza, che come inabilità, e cioè conoscenza della fenomenologia cui non si accompagna però, per difetto di adeguata preparazione professionale, la idoneità ad applicare i rimedi richiesti dal caso concreto."

²⁵¹ Bilancetti M., op. cit., pag. 378.

2) l'elemento oggettivo dell'osservanza delle regole di condotta, dirette a prevenire danni a beni giuridicamente protetti;

3) l'elemento soggettivo dell'attribuibilità di tale osservanza al soggetto agente, dovendo avere egli la capacità di adeguarsi a tali regole e potendosi, pertanto, pretenderne da lui l'osservanza.

È il terzo elemento il più importante per salvaguardare l'autonomia della colpa: la mancanza di volontà del fatto differenzia la colpa dal dolo, l'esigibilità dell'osservanza di tali regole dalla responsabilità oggettiva.

Il problema centrale della colpa, anche in relazione alla responsabilità professionale del medico-chirurgo, è il punto di equilibrio tra il non soggettivizzarla fino a renderla inattuabile e il non oggettivizzarla fino a svuotarla come criterio di imputazione soggettiva²⁶².

La colpa è dunque osservanza del dovere di evitare il fatto, mentre il criterio che permette di concretizzare il dovere di evitare è dato dalla riconoscibilità o rappresentabilità, intesa come dovere di riconoscere la verificazione del fatto²⁶³.

Tale prevedibilità e evitabilità vanno determinate, innanzitutto, in concreto, tenendo presenti tutte le circostanze in cui il soggetto si trova ad operare.

Esse non vanno determinate col parametro:

a) né del soggetto agente²⁶⁴, altrimenti, a causa di un relativismo soggettivistico²⁶⁵, si sarebbe portati sempre ad escludere la colpa in quanto, per la ferrea logica del principio di causalità, ciò che non è stato rappresentato ed evitato, non poteva davvero essere rappresentato ed evitato²⁶⁶. I sostenitori di tale punto di vista

²⁶² Mantovani F., voce Colpa, in Dig. disc. pen., Torino, 1987.

²⁶³ Forti G., Colpa ed evento nel diritto penale, Milano, 1990.

²⁶⁴ Sia la prevedibilità che l'evitabilità andrebbero determinati secondo la misura e il punto di vista offerto dallo stesso soggetto agente. Marinucci G., Colpa per osservanza di leggi, Milano, 1965.

²⁶⁵ Relativismo che condurrebbe a tener conto solo di tutte le caratteristiche e conoscenze del soggetto agente e non anche di quelle che è tenuto ad avere.

²⁶⁶ Gallo, voce Colpa penale, pag. 635.

radicalmente individualistico, muovono dal postulato normativo secondo cui il diritto fissa la misura della sua pretesa sulla misura del potere che si trova in colui nei cui confronti esige²⁶⁷;

b) né dell'uomo più esperto, cioè dotato della migliore scienza ed esperienza, "munito alla Laplace dell'intero scibile nomologico e ontologico della sua epoca e come tale inadattabile alle articolazioni della vita moderna e dei ruoli sociali"²⁶⁸ pena il far coincidere il concetto di colpa con quello di pericolosità, e quindi con la responsabilità oggettiva²⁶⁹;

c) e, nemmeno dell'uomo medio o normale, perché, anche a prescindere dalla validità di un criterio così generico valido al più per le società pretecnologiche, da un lato si trascurerebbero quei disturbi, come quelli della vista, dell'udito, della motilità, che impongono speciali regole cautelari e giudizi autonomi, mentre dall'altro si privilegierebbe l'uomo dotato di capacità speciali.

Inoltre la figura dell'uomo medio non è "attendibile già solo per ragioni pratiche, visto che la media tende alla trascuratezza"²⁷⁰

d) da parte di certa dottrina, specie tedesca, si richiede la c.d. doppia misura della colpa:

ossia, la diligenza dovuta deve essere determinata oggettivamente, dove oggettivamente significa ignorare la persona dell'agente, le cui capacità e le altre qualità e condizioni personali entrano in ballo solo in un secondo momento, quando si sia già accertata la violazione della diligenza oggettiva, e solo in bonam partem, ossia solo per appurare se l'agente può essere riconosciuto definitivamente colpevole²⁷¹.

La determinazione oggettiva del dovere di diligenza nasce solitamente dal raffronto con la figura di un uomo "accortissimo", cioè

²⁶⁷ Homo tantum potest quantum scit.

²⁶⁸ Forti G., op. cit., pag. 239.

²⁶⁹ La maggior parte dei soggetti sarebbe irriducibile a tale livello.

²⁷⁰ Forti G., op. cit., pag. 239.

²⁷¹ Marinucci G., Colpa per inosservanza di leggi, cit.: "se sussiste questa diligenza obiettivamente prescritta, allora bisogna assolvere. Se essa mancava, allora non si può condannare senz'altro, ma lo si può solo se l'agente poteva evitare l'evento anche in base alle sue capacità individuali".

un soggetto che noi immaginiamo messo al posto dell'agente, nella situazione concreta, libero dalle "limitatezze delle facoltà psichiche e conoscitive dalle quali questo agente è afflitto e dotato sia delle conoscenze ontologiche proprie dell'osservatore accorto, sia delle conoscenze supplementari, proprie dell'agente reale"²⁷².

Due sono le grandi contraddizioni di tale costruzione:

la prima consiste nel fatto che il dovere obiettivo viene precisato per mezzo della misura del potere soggettivo²⁷³, la seconda consiste proprio nel modello di agente al quale essa si rifà per elaborare le norme di comportamento sulle quali ci si deve orientare, cioè "l'uomo accortissimo", il quale, non solo è lontano dalla media che deve rappresentare, ma soprattutto "emette dei pronostici sulle possibilità lesive aperte dalla condotta umana, che sarà meglio non seguire, perché innalzano oltre misura l'entità del rischio"²⁷⁴.

Il criterio più adatto sembra in definitiva essere quello dell'agente-modello, l'homo eiusdem professionis et conditionis²⁷⁵, criterio che permette da un lato di far astrazione da almeno una delle circostanze soggettive che hanno accompagnato la realizzazione della condotta, e dall'altro permette quel minimo di aderenza alla situazione concreta, che è essenziale per poter considerare la colpa come criterio di imputazione soggettiva²⁷⁶.

La figura dell'agente modello in effetti rappresenta la personificazione dell'ordinamento giuridico nella situazione concreta²⁷⁷ sia nel senso che tale figura rispecchia l'insieme dei giudizi predittivi di

²⁷² Engisch come citato in Marinucci G., op. cit., pag. 189.

²⁷³ Il potere soggettivo si presenta due volte: sia nella fattispecie oggettiva che nello studio della responsabilità soggettiva.

²⁷⁴ Marinucci G., op. cit., pag. 191.

²⁷⁵ Nella dottrina italiana si vedano: Crespi A., La responsabilità etc., op. cit.; Antolisei F., Diritto Penale, cit.; Gallo, Colpa penale, cit.; Marinucci G., colpa etc., op. cit.

²⁷⁶ Marinucci G., op. cit., pag. 185: "...questo perché parlare sulla misura della colpa facendo riferimento alle categorie dell'oggettività o della soggettività è ormai superato, in quanto tali categorie sono, in realtà, volte a designare, all'interno di una sorta di continuum senza soluzioni ben localizzabili la maggiore o minore considerazione di certi valori individuali".

²⁷⁷ Espressione di Kaufmann A. citata da Forti G., op. cit., pag. 234.

cui l'ordinamento si aspetta che i consociati siano capaci nel momento in cui intraprendono certe attività, sia nel senso che è espressione della condotta che i consociati dovrebbero tenere.

"Per il tramite di questa figura una sfera del dovere viene ritagliata dalla sfera del potere; grazie ad essa dalla gamma di conoscenze che, in generale, avrebbero permesso di prevedere la verifica del fatto vengono selezionate quelle conoscenze che, dal punto di vista dell'ordinamento, l'agente avrebbe dovuto possedere per intraprendere certe attività."

Il dovere di riconoscere è la possibilità di riconoscere rapportata al punto di vista della figura modello²⁷⁸.

Tale parametro è imposto dalla moderna divisione del lavoro e specializzazione e dalla diversità di standards di conoscenze: con conseguente riconducibilità di tutti gli uomini ad una pluralità di gruppi ideali in base a caratteri comuni²⁷⁹. Questi modelli si ricavano, quindi, dai gruppi sociali e dai circoli particolari dei rapporti in cui si lascia suddividere la complessa vita di relazione²⁸⁰.

Non è esatto dire che tale figura esprima uno standard medio di condotta all'interno del circolo di rapporti, in realtà è importante sottolineare come il modello in ciascuno dei gruppi di riferimento si determini in base al punto di vista ex ante dell'uomo coscienzioso e avveduto del circolo di rapporti cui appartiene l'agente²⁸¹.

Mediante il ricorso alla figura modello è così possibile superare le incongruenze prospettate, precedentemente, sul ricorso alle figure di uomo medio o di uomo accortissimo.

Nella concreta applicazione del parametro dell'agente modello, possono sorgere molteplici problemi, ma la questione che ai fini della nostra ricerca più ci preme esaminare, è quella di stabilire in che misura si debba tener conto delle capacità superiori, rispetto al circolo di rapporti, possedute dal soggetto concreto.

²⁷⁸ Forti G., op. cit., pag. 235.

²⁷⁹ Marinucci G., op. cit.

²⁸⁰ Mantovani F., voce Colpa, cit.

²⁸¹ Forti G., op. cit.

L'ordinamento non può rinunciare a tener conto delle capacità e cognizioni superiori del singolo agente, altrimenti non solo si rinuncerebbe a quel minimo di individualizzazione che permette di considerare la colpa come criterio di imputazione soggettiva, ma si darebbe vita ad una categoria di persone penalmente privilegiate in funzione delle loro doti particolari²⁸².

Nell'ambito dell'attività medico-chirurgica abbiamo una pluralità di agenti modello, che viene proposta e costruita dallo stesso ordinamento attraverso il rilascio di speciali abilitazioni: al livello più basso si colloca il medico generico, il comune internista; più in alto si pongono i medici che abbiano conseguito una determinata specializzazione nel campo clinico o chirurgico e i direttori di cliniche universitarie.

Si delinea così una scala di attitudini e di cognizioni, che può valere a qualificare in modo assai diverso uno stesso comportamento professionale:

L'errata diagnosi, la difettosa terapia o l'errata operazione, che per il coscienzioso internista può rappresentare solo un fatale infortunio, per lo specialista o per il cattedratico potrà costituire invece un'autentica imperizia.

Una più accentuata capacità o una diversa dose di cognizioni potrebbe suggerire l'individuazione prima di tutto, nell'ambito della stessa attività o professione, di una pluralità di agenti modello²⁸³ "la misura della diligenza, della perizia e della prudenza dovrà conformarsi a quella del modello di agente non soltanto nell'ambito della stessa area professionale, ma anche in stretta dipendenza da quelle che sono le specifiche aspettative sociali in rapporto al livello professionale astrattamente ricoperto"²⁸⁴.

²⁸² Marinucci G., op. cit.

²⁸³ "...è riconosciuta in dottrina l'esigenza di differenziare all'interno del più generale circolo di rapporti professionali, il circolo più ristretto, socialmente di obiettiva rilevanza, degli specialisti ... le capacità particolari registrino la tendenza ad essere inglobate entro il modello dell'uomo eisident, subendo un processo di graduale standardizzazione" Forti G., op. cit., pag. 269.

²⁸⁴ Parodi C. Nizza V., La responsabilità penale del personale medico e paramedico, Torino, 1996.

L'utilizzazione di un tipo oggettivo di agente modello non impedisce in certi casi di individualizzare ulteriormente la misura di diligenza imposta: così se l'agente reale possiede conoscenze superiori rispetto a quelle proprie del tipo di appartenenza, queste dovranno essere tenute in conto nel ricostruire l'obbligo di diligenza da osservare.

Diversamente proprio i soggetti dotati di conoscenze particolari avrebbero concesso il privilegio di non rispondere dei loro atti negligenti o imprudenti²⁸⁵.

Come ci si deve comportare in relazione a quelle qualità superiori che non abbiano subito ancora una tale standardizzazione entro la figura modello?

A tal proposito, è possibile individuare una pluralità di soluzioni, tra le quali la tesi che sostiene la necessità di individualizzare la misura della diligenza in modo da tener conto delle capacità superiori di cui l'agente sia dotato²⁸⁶.

Si rileva da parte dei sostenitori di questa teoria che, optando per una soluzione diversa, i soggetti con attitudini più elevate finirebbero per godere di un'ingiustificata zona di favore rispetto agli altri.

La tesi contraria fa leva sulla considerazione che in mancanza di criteri obiettivi sufficientemente rigidi, i soggetti dotati di capacità maggiori rispetto alla media del circolo di rapporti corrispondente si troverebbero svantaggiati e sottoposti a standard di diligenza onerosi che li porrebbero in una situazione di disuguaglianza, e che potrebbero addirittura impedire l'acquisizione delle corrispondenti capacità.

Si è risposto a tali obiezioni rilevando come "quando entra in questione concretamente il pericolo della produzione di un determinato evento conforme al fatto tipico, nessuna regolamentazione o standardizzazione di un'attività può esonerare la persona obbligata alla diligenza da impiegare ogni capacità di cui disponga per evitare un tale evento"²⁸⁷.

²⁸⁵ Fiandaca G. Musco E., op. cit., pag. 295.

²⁸⁶ Stratenwerth G., L'individuazione della misura di diligenza nel delitto colposo, in Riv. It. Proc. Dir. Pen., 1986.

²⁸⁷ Stratenwerth G., op. cit., pag. 651.

La teoria favorevole ad una misura oggettiva di diligenza, terrebbe conto soltanto delle eventuali percezioni o conoscenze causali possedute dall'agente, ma non di sue speciali capacità.

Questa considerazione di un momento soggettivo dell'agente, non segnerebbe l'abbandono di una misura oggettiva di diligenza a favore di una misura soggettiva: "la misura oggettiva di diligenza si basa sul modello di un uomo avveduto nella situazione dell'agente; situazione che comprende anche le conoscenze di questi in rapporto al concreto rischio di verificazione dell'evento"²⁸⁸.

Secondo tale dottrina la ricostruzione del dovere di diligenza solo sulla base delle conoscenze normologiche proprie del circolo di rapporti e in più delle conoscenze relative alla situazione concreta posseduta dal soggetto appare coerente con il principio dell'affidamento:

posto che con l'agire in determinati gruppi di attività si garantisce obiettivamente di essere in grado di prestare la diligenza secondo lo standard proprio del gruppo, ne deriva che gli altri consociati possono orientare e regolare il loro comportamento in base alle caratteristiche tipiche del gruppo:

possono, cioè, contare sul fatto che chi rivela la sua appartenenza a un determinato circolo di rapporti, si comporterà secondo lo standard dell'ordinario appartenente a quel circolo, a meno che le circostanze del caso concreto non siano di natura tale da far ritenere il contrario²⁸⁹.

"Il principio dell'affidamento lungi dall'essere l'eccezione è un criterio generale di cui occorre tener conto per la ricostruzione della colpa e dunque per l'individuazione della misura di diligenza"²⁹⁰.

D'altro canto il principio costituisce un'utile garanzia altresì nei confronti dei medici indagati, ogni qual volta si possa ritenere che le interpretazioni diagnostiche e le scelte terapeutiche effettuate, se

²⁸⁸ Forti G., op. cit., pag. 271.

²⁸⁹ Marinucci G., op. cit.

²⁹⁰ Forti G., op. cit., pag. 289.

anche non corrette, risultino accettabili in rapporto alla competenza richiesta ad un medico generico o quantomeno ad uno specialista di altro settore, sempre che sia risultato impossibile, ove necessario, disporre l'intervento espressamente indicato al caso particolare²⁹¹.

La teoria favorevole ad una misura soggettiva della colpa, è stata oggetto di critiche proprio per la difficoltà di costruire un affidamento (per il legame che esiste tra misura della diligenza e principio di affidamento) su un dato quale quello delle capacità che mal si presta a una precisa determinazione, con la conseguenza di aumentare l'esposizione al pericolo dei beni giuridici²⁹².

Dunque, in conclusione, c'è sempre la possibilità di ricavare dei tipi di diligenza, sperimentati e sperimentabili, cui rapportare la misura della riconoscibilità ed evitabilità che si può pretendere dall'agente reale.

È una misura che si impone obiettivamente all'agente reale e che si concretizza in funzione delle sue capacità individuali.

Nel momento in cui il soggetto agisce, tanto il capace come l'incapace (che se non è in grado di agire come la persona modello, dovrebbe rinunciare del tutto ad agire), non c'è altro modo per valutare il suo comportamento al di fuori di quello offerto dal parametro dell'homo eiusdem professionis et conditionis.

A meno che, ed è questo il secondo modo in cui si può specificare la misura oggettiva della riconoscibilità ed evitabilità²⁹³, il singolo agente non disponga di capacità superiori a quelle proprie dell'agente modello:

²⁹¹ Parodi C. Nizza V., La responsabilità penale del personale medico e paramedico, Torino, 1996.

²⁹² Non si deve dimenticare che la funzione del principio di affidamento e della figura modello è anche quella di permettere l'esercizio di attività pericolose (come l'attività medico-chirurgica): elevando lo standard di diligenza e la corrispondente aspettativa da parte degli altri in ragione delle capacità superiori, verrebbe ampliata la libertà d'azione dei singoli, sia ad aspettarsi dagli altri un analogo spiegamento di capacità, con conseguente maggiore rischio per i beni giuridici. Forti G., op. cit.

²⁹³ In funzione cioè delle capacità individuali.

nel qual caso sarà tenuto a rispettare quel più alto standard di diligenza che risulterà dall'incontro delle capacità e delle conoscenze proprie dell'agente modello, con quel plus di attitudini di cui egli è dotato²⁹⁴. Non si tratta di valutare in termini di maggiore severità l'imperizia del medico specialista, ma tenere conto che l'oggetto della valutazione è differente: le *leges artis* che vengono prese in considerazione per costituire un termine di raffronto non sono quelle di carattere generale ma quelle speciali, fissate dalla migliore scienza ed esperienza del settore in cui il medico agisce²⁹⁵.

La controversia sulla misura oggettiva o soggettiva della colpa è stata risolta da una parte della dottrina²⁹⁶, di origine tedesca, attraverso l'adozione di una misura soggettiva già in sede di tipicità, giustificandola in base al rilievo secondo cui il comando potrebbe avere ad oggetto soltanto un comportamento possibile per il singolo²⁹⁷.

In ogni situazione sarebbe possibile individuare un agente modello in grado di attenersi a un comportamento idoneo a scongiurare la verificazione di eventi lesivi, cosicché la determinazione della diligenza dovuta potrebbe essere operata ab initio tenendo conto dell'autore del comportamento.

Si ritiene che ogni altra misura (della colpa che non sia quella soggettiva) terrebbe conto solo apparentemente della dipendenza del dovere dal potere:

se all'agente concreto non è possibile, sulla base delle sue capacità personali, attenersi alla condotta pretesa dall'ordinamento, continuerà a non esserlo anche prendendo a raffronto una figura reale o immaginaria.

Tale prospettiva soggettivistica è stata criticata in relazione al ruolo sistematico e politico criminale del fatto tipico.

Secondo l'opinione dominante, la differenza di piani tra illecito e colpevolezza coincide con la distinzione tra dovere e potere;

²⁹⁴ Marinucci G., op. cit., pag. 203.

²⁹⁵ Grasso G., La responsabilità penale nell'attività medico-chirurgica: orientamenti giurisprudenziali sul grado della colpa, in Riv. It. Med. Leg., 1979.

²⁹⁶ Stratenwerth G., op. cit.

²⁹⁷ Fiori G., op. cit., pag. 295.

il fatto serve ad orientare le condotte umane secondo un'esigenza di rispetto dei beni giuridici: l'accertamento della violazione della diligenza obiettiva (rapportata al parametro dell'homo eiusdem professionis et conditionis) testimonia la distanza tra la condotta del soggetto e una misura di comportamento vincolante per il singolo, "che funge anche da criterio regolatore dei rapporti tra i consociati e rispecchia una delle tipiche funzioni che nel sistema sono riconosciute alla fattispecie, all'illecito in quanto tale è coesistente una misura oggettiva"²⁹⁸.

Lo stesso principio di affidamento perderebbe significato se ogni soggetto dovesse aspettarsi dagli altri soltanto la condotta di cui ognuno è capace secondo le proprie possibilità individuali²⁹⁹.

Verrebbe inoltre ad esser menomata anche la funzionalità del rischio consentito:

le regole di diligenza, elaborate in relazione ad attività dalle quali è possibile prevedere il verificarsi di lesioni ai beni giuridici hanno la funzione di delimitare ex ante l'area di questo rischio: solo attenendosi ad esse il soggetto non realizzerà la tipicità colposa.

A tali obiezioni la teoria soggettivista ha però cercato di porre un freno chiarendo come in sede di illecito ha, in realtà, voluto attribuire rilevanza non alla capacità di determinarsi a quanto giuridicamente dovuto, ma alla capacità "strumentale" del singolo di riconoscere e dominare il rischio non consentito da lui creato³⁰⁰.

Significativa replica a una delle obiezioni più comunemente mosse all'orientamento soggettivista è quella che ha confutato l'incompatibilità della misura soggettiva con la possibilità di assicurare a comandi e divieti sanzionati penalmente il carattere di generalizzazione³⁰¹:

²⁹⁸ Forti G., op. cit., pag. 301.

²⁹⁹ Forti G., op. cit.

³⁰⁰ Stratenwerth G., op. cit.

³⁰¹ Stratenwerth G., op. cit.

si rileva, infatti, come ad essere normativizzato, secondo un parametro generale, è solo il rischio permesso, mentre dalle capacità personali dipende ciò che il singolo deve fare per osservarlo.

Pur volendo accettare tali conclusioni della teoria soggettivistica, essa però non fornisce una risposta appagante al problema della generalizzazione delle regole di diligenza³⁰².

Si tende cioè a riassorbire entro la questione delle modalità dell'azione da osservare nel caso singolo in relazione alle capacità individuali dell'autore, l'aspetto della ammissibilità oggettiva di certe attività³⁰³.

La determinazione oggettiva della norma generale di comportamento deve precedere la sua concretizzazione in una modalità di condotta valida per la situazione particolare.

3.3 RESPONSABILITÀ DEL SANITARIO A TITOLO DI COLPA

Quando si affronta il problema, in campo medico, della colpa professionale, non si possono non riportare le posizioni della dottrina in relazione all'annosa questione, mai del tutto sopita, dell'applicabilità o meno, in campo penale dell'art. 2236 c.c., che, com'è noto, limita la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, oltre che al dolo, alla sola colpa grave, con riferimento al caso in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

Non a caso, tale questione è stata definita una delle "più tormentate e controverse questioni in tema di colpa punibile"³⁰⁴, ed è ben lontana dall'aver trovato il suo definitivo epilogo.

³⁰² Si fa riferimento alla questione relativa al rapporto tra norma generale di comportamento e modo concreto di azione ricavato da essa in una determinata situazione e per un determinato destinatario.

³⁰³ "Per far questo ci si dovrà rifare a parametri obiettivi, che abbiano riguardo al tipo di attività e al tipo dei beni esposti al pericolo, prescindendo in un primo momento dalla considerazione dell'autore" Forti G., op. cit., pag. 309.

³⁰⁴ La definizione risale al Battaglini, La colpa professionale dei sanitari, in Giust. pen., 1953, II, pag. 503.

Veniamo, allora, ad esaminare i due filoni dottrinali e giurisprudenziali che si fronteggiano sul versante della colpa del medico e della sua configurazione.

Secondo un orientamento giurisprudenziale³⁰⁵, per molto tempo dominante, la colpa del medico nell'esercizio della sua professione doveva esser valutata con "*larghezza di vedute e comprensione*"³⁰⁶, non esistendo, da un lato, metodi obbligatori di indagine e di cura, ed essendo sempre possibile, dall'altro, l'errore di apprezzamento.

Si riteneva che in campo medico, "*le nozioni di imperizia, negligenza e imprudenza presentassero caratteristiche peculiari per il frequente insorgere del rischio e del fortuito*"³⁰⁷.

Ecco che a fondare la responsabilità per colpa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, poteva concorrere solo il c.d. errore grossolano: cioè quell'errore che "*trova origine nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di perizia tecnica o, infine, nella mancanza di prudenza e diligenza che non devono mai difettare in chi esercita la professione medica*"³⁰⁸.

Queste considerazioni portavano, dunque, ad una limitazione della responsabilità del professionista alla sola colpa grave, e a fare del sanitario un soggetto privilegiato, per la cui responsabilità penale, veniva ad esser richiesto un *quid pluris* rispetto a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.

Prima di riportare il secondo orientamento (definito "rigorista" in contrapposizione a quest'ultimo, definito, a sua volta, "lassista"), si deve dar conto di come, questa costruzione teorica, avesse salde fondamenta, nell'accoglimento dell'assunto per cui il disposto dell'art. 2236 c.c., fosse suscettibile di essere validamente esteso anche al settore penale.

³⁰⁵ Ad esempio: Cass. 26 \01\68; Cass. 29\03\63; Cass. 27\01\59.

³⁰⁶ Crespi A., I recenti orientamenti giurisprudenziali, op. cit.

³⁰⁷ Così Cass. 19\03\63, IV Sez.

³⁰⁸ Così Cass. 21\10\70, IV Sez.

Il secondo orientamento, di Dottrina e Giurisprudenza³⁰⁹, era invece contrassegnato da un approccio eccessivamente rigoroso, per cui si era portati a ravvisare la colpa, penalmente rilevante del sanitario, in ogni caso di esito infausto ed inoltre, come logico corollario di questa impostazione, si rifiutava l'estensione della validità dell'art. 2236 c.c. al diritto penale.

A ben vedere entrambe le tesi, per il rigore delle loro conclusioni, non meritano di essere accolte.

La seconda non tiene in debito conto che, ragionando così, si rischia di scoraggiare l'assunzione di compiti difficili ed inoltre si mortifica l'iniziativa del medico, indotto a preoccuparsi più della propria tranquillità rispetto a sequele giudiziarie, che della salute dei suoi assistiti³¹⁰.

Un aspetto fondamentale dell'arte medica, quello cioè volto a ricercare soluzioni più appropriate e mezzi terapeutici più efficaci, verrebbe ad essere seriamente compromesso.

Per quel che riguarda la prima tesi, anche questa suscita alcuni rilievi, dettati dall'esigenza di circoscrivere i limiti di applicabilità dell'art. 2236 c.c., in ordine alla determinazione della colpa medica, soprattutto in funzione garantistica dei diritti dei malati.

Due le conclusioni, emerse da questa retrospettiva sugli orientamenti che, per lungo tempo, si sono contesi il campo in materia di colpa del medico:

da un lato, va convenuto che il problema di fondo della colpa professionale del medico consiste nel trovare una soluzione che contemperi sia l'esigenza di tutelare adeguatamente il bene della vita del paziente, sia quella di assicurare una valutazione della condotta del medico confacente alla complessità dell'attività svolta; dall'altro si comprende come il richiamo all'art. 2236 c.c., vuoi nel senso di ammetterlo che di escluderlo, sia presente in entrambe le teorie e che quindi non si possa prescindere da una sua analisi accurata.

³⁰⁹ Battaglini E., La colpa professionale dei sanitari, in Giust. pen., 1953, II, pag. 503.

³¹⁰ Iadecola G., Il medico, op. cit.

3.4 LA QUESTIONE DELL'ESTENSIBILITÀ IN AMBITO PENALE DEL CRITERIO DI CUI ALL'ART. 2236 DEL CODICE CIVILE

Problema delicato è quello, di cui si renderà conto in questo paragrafo, della determinazione del grado della colpa medica, determinazione, questa, che necessariamente si ricollega ad un'analisi dell'art. 2236 del c.c.

È oggetto di dibattito se, nell'ambito della professione medica, sussista responsabilità penale solo quando la colpa è grave, così come previsto dall'art. 2236 c.c., è infatti evidente il dilemma che si porrebbe al giudice penale che dovesse decidere anche sulla domanda di risarcimento danni della parte civile costituitasi nel processo penale nei confronti del medico, nel caso in cui i criteri di individuazione della colpa dovessero esser ritenuti diversi da quelli prospettati dall'art. 2236 c.c.³¹¹:

se l'efficacia di questo non fosse estesa al diritto penale, il medico potrebbe esser condannato alla sanzione penale, nel caso di colpa lieve, ma non al risarcimento del danno, che richiederebbe invece la sussistenza della colpa grave, determinando così un ingiustificato vuoto di tutela, che contrasta con il sistema stesso, come si deduce dal capoverso dell'art. 185 c.p.³¹².

È però certo che un'interpretazione meramente letterale dell'art. 2236 c.c. porterebbe a risultati incomprensibili sul piano della logica, rimanendo inspiegabile il motivo per cui ci si debba accontentare di un minor grado di diligenza, quando si debbano affrontare problemi tecnici di particolare difficoltà.

Ecco allora che si deve limitare l'ambito operativo dell'art. 2236 c.c. alla sola colpa per imperizia³¹³.

³¹¹ Bilancetti M., op. cit.

³¹² L'art. 185 c.p. "Restituzioni e risarcimento del danno", afferma che ogni reato, che abbia causato un danno indifferentemente di carattere patrimoniale o non, obbliga al risarcimento, secondo quanto disposto dalle leggi civili.

³¹³ Crespi A., op. cit.

In tale senso si è, autorevolmente, espressa la Corte Costituzionale, nella fondamentale sentenza n. 166 del 22 Novembre 1973³¹⁴ chiamata a pronunciarsi, a seguito di un'ordinanza del Tribunale di Varese³¹⁵.

La Corte dichiarò l'infondatezza della censura di illegittimità costituzionale, osservando che *"la deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragion d'essere e tale esenzione o limitazione di responsabilità ... non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza ... e quindi mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di formale severità"*³¹⁶.

³¹⁴ In Giur. Pen., 1974, I, pag. 35.

³¹⁵ L'ordinanza del Tribunale di Varese del 12\luglio\1971, con cui fu sollevata la questione di legittimità costituzionale, rilevava "una questione di costituzionalità degli articoli 42 e 589 c.p., nella parte in cui consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi della colpa di tipo particolare... sussistendo una oggettiva inconciliabilità tra la situazione normativa esaminata, la quale consente che a parità di grado della colpa siano ricondotte conseguenze diverse sul piano della legge penale, con esclusivo riferimento alla professione esercitata dagli imputati, ed il principio della uguaglianza dei cittadini davanti alla legge ex art. 3 Cost."

³¹⁶ La Corte Costituzionale con tale pronuncia non faceva che richiamarsi alla tesi del Crespi, il quale, pur ammettendo la rilevanza anche nel diritto penale dell'art. 2236 c.c. (perché altrimenti si finirebbe per considerare penalmente rilevanti comportamenti che non realizzano nemmeno un illecito civile), sottolineava però che l'applicazione della norma incontra due limiti:

- a) occorre che la prestazione del sanitario incontri speciali difficoltà tecniche, così come si evince dal tenore letterale della norma;
- b) in secondo luogo la limitazione di responsabilità vale solo per il profilo dell'imperizia, e ciò *"al fine di allargare il campo della discrezionalità tecnica del professionista quando si tratti di problemi di particolare difficoltà, la cui soluzione implichi particolari rischi di insuccesso"*.

Il contenuto della diligenza rimane affidato all'art. 1176 c.c., ed in particolare al secondo comma, di cui l'art. 2236 c.c. costituisce una specificazione.

L'art. 1176 c.c., al primo comma, afferma che il criterio ordinario di diligenza, nell'adempimento delle obbligazioni in generale è dato dalla "diligenza del buon padre di famiglia", ossia, nell'adozione di tutti quei mezzi che, secondo una retta coscienza sociale (la cui inosservanza sostanzia, in definitiva, la colpa lieve), il debitore deve porre in essere, al fine di soddisfare la pretesa del creditore.

Al secondo comma, l'articolo in questione richiede che, nell'esercizio di un'attività professionale e quindi anche in quella medica, la diligenza (in senso ampio) debba esser commisurata alla natura dell'attività esercitata.

La ratio di questo secondo comma è evidente:

se così non fosse, il medico sarebbe propenso, di fronte a compiti ardui, ad un *commodus discessus*, discessus contrastante con il diritto alla salute, costituzionalmente sancito e tutelato³¹⁷.

"La colpa, se è un concetto unitario in astratto, in concreto va commisurata alle condizioni concrete oggettive e soggettive del giudicante.

*Chiunque svolge una determinata attività deve essere giudicato secondo il metro del soggetto esposto in tale professione..."*³¹⁸.

È opportuno sottolineare, a questo punto, che il secondo comma dell'art. 1176 c.c. non si pone come una norma eccezionale, cioè derogatoria rispetto ai principi generali, in tema di responsabilità penale per colpa, ma integra una specificazione ed un'applicazione di quei principi, affermando che, se la prestazione del professionista è difficile, si deve, da un lato, far riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto e, dall'altro, richiedere solo quegli atti che rientrano nella capacità del buon professionista della sua categoria³¹⁹.

³¹⁷ Bilancetti M., op. cit.

³¹⁸ Bilancetti M., op. cit., pag. 395.

³¹⁹ Cattaneo G., La responsabilità del professionista, Milano, 1958.

Se, al contrario si vedesse nell'art. 2236 una norma eccezionale, diventerebbe impossibile estenderne l'efficacia, analogicamente, in ambito penale, stante il divieto stabilito dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale³²⁰.

È poi importante sottolineare come l'art. 2236, dal momento che prevede un limite di responsabilità per la prestazione dell'attività del professionista in generale, debba trovar applicazione oltre che nel campo contrattuale anche in quello extracontrattuale, e questo perché, usando le parole del Bilancetti³²¹: "...la stessa ratio della norma limitatrice della responsabilità, che la relazione al codice indica nell'esigenza di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie del cliente in caso di insuccesso, sussiste sia in relazione alla responsabilità contrattuale che a quella extracontrattuale, tanto più che nel campo prestazioni professionali ed in particolare in quelle dei medici e dei chirurghi, l'attività che ne costituisce la fonte prima resta pur sempre unica ed inscindibile esista o non esista, venga o non venga in discussione, un vincolo contrattuale tra professionista e cliente".

L'ulteriore validità di questo assunto è testimoniata dal fatto che anche la Relazione al progetto di riforma del codice penale (Disegno di legge n. 2038 presentato il 2\08\95 al Senato) si è mossa in tale direzione;

vi si legge infatti: "in verità non si tratta di trasporre i criteri di valutazione della colpa civilistica nell'ambito penale, ma solo di accertare che nei casi di imperizia non grave una norma specifica di altro rano dell'ordinamento considera non illecito il fatto".

E questa previsione di liceltà non può essere disattesa in sede penale dato che le dichiarazioni espresse di legittimità e le cause di liceltà vanno recepite dall'intero ordinamento giuridico".

Ora, anche se la commissione interpreta la norma in questione come eccezionale, la conclusione è nel senso di un'estensione in

³²⁰ Art. 14 DISPOSIZIONI SULLA LEGGE IN GENERALE: "Applicazione delle leggi penali ed eccezionali. Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati."

³²¹ Bilancetti M., op. cit., pag. 403.

ambito penale del criterio dettato dall'art. 2236 c.c., secondo una visione unitaria dell'antigiuridicità³²².

Per esigenza di completezza, è necessario infine, riportare anche l'opinione di chi limita, la rilevanza dell'art. 2236 c.c., al solo ambito civilistico.

Una parte della dottrina, pur apprezzando tale teoria, nella misura in cui supera il precedente ed eccessivamente comprensivo orientamento, non vi aderisce³²³.

Sulla base dell'art. 61 n. 3 c.p., che prevede come circostanza aggravante, nei delitti colposi, l'aver agito con la previsione dell'evento; e dell'art. 133 c.p., che indica tra i criteri di commisurazione della pena il grado della colpa, si sostiene come, in ambito penale, una colpa particolarmente grave è rilevante solo in relazione alla determinazione dell'entità della pena³²⁴, e mai per determinare la sussistenza dell'elemento psicologico del reato, dal momento che il minor grado della colpa non può avere efficacia scriminante³²⁵.

Si aggiunge poi, che diventerebbe difficile discernere tra negligenza e imprudenza da un lato e imperizia dall'altro.

*"Non si può affatto escludere che ogni singola condotta colposa del sanitario venga fatta rientrare nel concetto di imperizia e quindi sempre sottoposta (nei casi di speciale difficoltà) al criterio della colpa grave"*³²⁶.

³²² Il Bilancetti nota come partendo dal carattere eccezionale dell'art. 2236 c.c., solo attraverso un difficile iter logico sia possibile approdare a tale, seppur ineccepibile, conclusione.

³²³ Peculiare è la posizione espressa dalla Corte di Cassazione, Sez. IV, 23 Marzo 1995, in Guida al diritto. Il Sole 24 ore, del 15/7/1995, pag. 72; l'art. 2236 può trovare considerazione, non per effetto di diretta applicazione in campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia. Quindi i canoni valutativi non possono che essere quelli ordinariamente adottati in campo penale ex art. 43 c.p., con l'accentuazione che il medico deve sempre attenersi a regole di diligenza massima e prudenza, considerata la natura dei beni che sono affidati alla sua protezione.

³²⁴ Mazzacuva N., problemi attuali etc., op. cit.

³²⁵ Cass., Sez. IV, 22 Febbraio 1991 in Mass. Cass. Pen., 1992, 2756.

³²⁶ Mazzacuva N., op. ult. cit., pag. 408.

Si evidenzia così per il Mazzacuva, la validità di una soluzione autonomistica per quanto concerne la responsabilità colposa del sanitario, essendo sufficienti le garanzie, proprie dell'accertamento penale in materia di illecito colposo: *"la voluta indeterminazione dei parametri fissati dal legislatore, nell'ambito della colpa generica, consentirà sempre che il processo di individuazione e di concretizzazione della regola di condotta che avrebbe dovuto essere osservata, sia adeguato alle circostanze del caso concreto ..."*³²⁷.

Esaminata la posizione contraria a quella da noi sostenuta, dobbiamo accennare un importante profilo dommatico: *la funzione dell'art. 2236 c.c. nell'ambito del delitto colposo*.

Tale articolo ha la funzione, in rapporto alla posizione del dovere di diligenza, di specificarne un particolare standard³²⁸: *"di fronte all'obbligo generale del neminem laedere, non si può negare la sussistenza di norme che ritagliano un particolare standard di diligenza"*³²⁹.

Aderendo a questa impostazione, sarà possibile ricostruire la colpa, evitando le perenni insidie del versari in re illicita.

*"...la personalizzazione del rimprovero di colpa dipenderà dall'elaborazione di regole di diligenza il più possibile personalizzate, ottenute cioè rinviando a modelli di sapere, capacità psicofisiche, attitudini a fronteggiare i pericoli, etc. il più possibile aderenti alle caratteristiche sociali, professionali e individuali dell'agente, a partire dalle sue più personali conoscenze..."*³³⁰

³²⁷ Mazzacuva N., op. cit., pag. 411.

³²⁸ Manna A., Le nuove frontiere etc., op. cit., pag. 152; Giunta F., Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I, La fattispecie, Padova, 1993, pag. 223.

³²⁹ Manna A., op. ult. cit.

³³⁰ Marinucci G., Non c'è dolo senza colpa, in Riv. It. Dir. Proc. Pen 1991; è importante sottolineare che fin dove possa spingersi questo processo di personalizzazione della colpa è problema sempre aperto, di cui non è possibile dar conto in questa tesi.

3.5 ACCERTAMENTO DEL NESSO CAUSALE FRA LA CONDOTTA DEL SANITARIO E L'EVENTO DANINOSO

Non è sufficiente accertare che la condotta del medico sia stata colposa, per poterne affermare la responsabilità penale in relazione ad un determinato evento infausto;

occorre, infatti, anche la prova che quest'ultimo si ponga in nesso causale con detta condotta, ossia che trovi in essa la sua matrice e la sua causa.

Bisogna, a tal proposito, dar conto di un preoccupante indirizzo giurisprudenziale, proteso a ritenere l'esistenza di un nesso eziologico tra la condotta imperita, imprudente o negligente del medico e l'evento mortale che ne è seguito, ogni volta che tale intervento, anche se non poteva con certezza salvare il ferito, avesse avuto buone probabilità di raggiungere lo scopo.

Si è così sostituito al criterio della certezza degli effetti quello della probabilità di tali effetti;

per cui *"il nesso causale sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avesse avuto non già la certezza ma soltanto serie possibilità di successo..."*³³¹.

Tale conclusione discende da un'interpretazione della disposizione dell'art. 40 cpv. c.p., la cui formulazione³³² deve indurre l'interprete a ritenere che dal legislatore si è inteso escludere che per il reato omissivo il concetto di causalità si ponga negli stessi termini di quello valido per il reato commissivo, essendosi fatto ricorso non al principio di eguaglianza, ma a quello di equivalenza tra il cagionare e il non impedire.

³³¹ Cass., Sez. IV, 12\07\91: si era, nel caso in esame della Corte, verificato un errore diagnostico clamoroso, che avrebbe privato la paziente del 30 % delle probabilità di superare il male, nel caso di specie infezione da tetano; in questo senso anche: Cass., Sez. IV, 14\02\90; Cass., Sez. IV, 7\03\90.

³³² Art. 40 cpv. c.p. "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo".

La causalità commissiva si differenzia da quella omissiva, dovendosi nei reati commissivi accertare il nesso tra azione e il suo risultato con una indagine ex post, mentre in quelli omissivi impropri, si deve accertare se tra quanto non si è fatto, ma che si aveva il dovere di fare, e la modificazione esterna, vi sia un rapporto, operazione che si deve condurre in termini ipotetici e con un giudizio prognostico ex ante, rispondendosi alla domanda se l'azione doverosa omessa avesse avuto la probabilità di evitare la modificazione esterna lesiva³³³.

Si era, così, giunti a fondare il giudizio in materia di causalità omissiva, sul metodo eziologico a struttura probabilistica: ritenendosi probabile non ciò che è quasi certo, ma solo ciò che è in alto grado che è possibile che si verifichi, tenuto conto delle leggi biologiche e scientifiche che governano la materia³³⁴.

La giustificazione di tale tesi riposerebbe sulla considerazione dell'importanza dei beni in gioco: la vita e l'integrità fisica, che consiglierebbero un maggior rigore nell'individuazione della responsabilità colposa.

*"... senonchè un'affermazione di responsabilità che fosse formulata sulla sola base del criterio probabilistico è palesemente resistita dallo stesso ordinamento giuridico. "E infatti" "v'è da chiedersi se il porre l'accento solo sull'importanza dei beni giuridici in gioco possa giustificare un orientamento giurisprudenziale che si allontana dai canoni tradizionali in materia di responsabilità colposa per onnesso impedimento dell'evento"'*³³⁵.

Si è in realtà riproposto, in questo settore, il ricorso al criterio dell'aumento del rischio³³⁷: *"alla stregua del quale, colui che rievoca la*

³³³ In questo senso vedi: Fiandaca Musco, Diritto penale etc., op. cit., pag. 440; Grasso, Il reato omissivo improprio, Milano, 1983, pag. 385.

³³⁴ Nota di Paolino Dell'Anno alla sentenza 12\07\91 cit.

³³⁵ Crespi A., op. cit., pag. 798.

³³⁶ Manna A., op. ult. cit., pag. 153; e nello stesso senso Fiandaca, Problemi e limiti della responsabilità penale dello psichiatra, in Foro It., 1988 pag. 107.

³³⁷ Tesi fondata dal Roxin C., Pflichtwidrigkeit und erfolg bei fahrlässigen delikten, in ZStW, 1962, pag. 411: in base alla quale, basta, per fondare la responsabilità colposa, che sia aumentato il rischio del verificarsi dell'evento, a seguito della condotta contraria a norma di diligenza.

posizione di garante dovrebbe essere ritenuto responsabile dell'evento dannoso occorso al garantito non esclusivamente quando la omissione, da parte sua, dell'azione doverosa avrebbe probabilmente impedito che il fatto dannoso si verificasse, ma anche ogni qual volta che tale colposa omissione avesse ridotto in qualsiasi misura il pericolo della lesione³³⁸.

Ecco che, il problema che si pone è quello di verificare se anche un ridotto aumento del rischio possa, nel reato commissivo mediante omissione, integrare gli estremi della colpa penalmente rilevante.

In realtà la teoria dell'aumento del rischio fu creata in riferimento all'illecito commissivo colposo, in cui non sostituisce ma integra l'accertamento della causalità³³⁹, mentre se questa fosse applicata al reato omissivo, finirebbe per sostituirsi alla verifica della causalità³⁴⁰ (costruendosi il rapporto di causalità non sul probabile, ma solo sul meramente possibile) e trasformerebbe i reati omissivi impropri in reati senza evento³⁴¹, essendo necessaria (ad integrare l'illecito) la mera capacità ipotetica della condotta, "...restando così soccombenti i principi, costituzionalmente garantiti, di legalità e certezza del diritto"³⁴².

Simile impostazione, si pone in contrasto con quanto richiesto dall'art. 40 c.p. che impernia la struttura dei reati di evento sul requisito della causalità, ed è dunque inaccettabile³⁴³.

Nel momento in cui il capoverso dell'art. 40 c.p., chiede un rapporto di equivalenza, tra la causalità materiale nei reati d'azione e quella di tipo ipotetico e normativo, nei reati omissivi, ciò significa

³³⁸ Dell'Anno P., op. cit.

³³⁹ Crespi A., op. cit.: "ragion per cui il suo impiego ha per effetto non già di estendere ma di restringere l'ambito della responsabilità".

³⁴⁰ Crespi A., op. cit., pag. 800: "Ecco che, il criterio dell'aumento del rischio, usato in funzione sostitutiva, del nesso eziologico, e quindi con connotati repressivi, giungerebbe in dubbio contra medicum".

³⁴¹ Renda, Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica, in Foro It., 1986, II, pag. 351.

³⁴² Dell'Anno P., op. cit.

³⁴³ Crespi A., op. cit., pag. 801.

che: "quest'ultima debba esser considerata un equivalente, ai fini dell'imputazione giuridica al soggetto garante dell'evento non impedito, della prima"³⁴⁴.

Com'è noto il concetto di causa delle azioni umane o degli eventi naturali costituisce da lungo tempo oggetto della ricerca filosofica, scientifica e delle scienze sociali. Nel più ristretto ambito della scienza giuridica il rapporto di causalità costituisce un criterio di imputazione oggettiva di un evento alla condotta di un soggetto; solo se l'evento può essere ritenuto ricollegabile alla condotta, l'agente potrà essere tenuto a risponderne (concorrendo i criteri di imputabilità soggettiva).

Il codice penale ha esplicitato questo concetto nella formula usata dall'art. 40, comma 1, con la previsione che l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, debba essere "conseguenza" della sua azione od omissione. Con questa formulazione il codice, come è tradizionalmente riconosciuto, ha inteso accogliere la c.d. teoria condizionalistica della causalità ("condicio sine qua non") o dell'equivalenza delle cause. All'accertamento dell'esistenza del rapporto di causalità si perviene con un procedimento di eliminazione mentale: un'azione è causa di un evento se non può essere mentalmente eliminata senza che l'evento venga meno o si verifichi con modalità diverse. Essa costituisce una condizione c.d. necessaria (contrapposta alle condizioni c.d. sufficienti) per il verificarsi dell'evento.

Si tratta di una ricostruzione largamente approssimativa; come è stato in più occasioni dimostrato, ma un approfondimento di questo tema è impossibile in questa sede. Al solo fine di evidenziare la complessità del problema si pensi alla duplice, contemporanea, indipendenza ed efficace azione omicida: con il processo di eliminazione mentale l'evento si verifica ugualmente ma apparirebbe singolare escludere il nesso di condizionamento per una delle due condotte.

³⁴⁴ Manna A., op. ult. cit., pag. 154.

Il problema si pone in termini più complessi nel caso di causalità omissiva perché, in questo caso, il decorso degli avvenimenti non è, nella realtà fenomenica, influenzato dall'azione (che non esiste) di un soggetto; per cui la causalità omissiva – che, proprio per queste caratteristiche, parte della dottrina qualifica come “equivalente normativo della causalità” – si configura come una costruzione giuridica (art. 40 comma 2 cod. pen. che non a caso usa la locuzione “equivale”, secondo l’equazione: non impedire equivale a cagionare) che consente di ricostruire l'imputabilità oggettiva come violazione di un obbligo di agire, di impedire il verificarsi dell'evento (in violazione del c.d. obbligo di garanzia); omissione che provoca l'evento di pericolo o di danno (reati omissivi impropri o commissivi mediante omissione; contrapposti ai reati omissivi propri nei quali il reato si perfeziona con la mera omissione della condotta dovuta).

La maggior complessità dei problemi in tema di causalità nei reati omissivi impropri non è ricollegata tanto alla necessità, in questo tipo di reati, di individuare (secondo i criteri ai quali si accennerà più avanti) se l'evento sia conseguenza dell'omissione accertata (problema comune ai reati commissivi), né dalla ricostruzione in via meramente ipotetica dell'efficacia del trattamento omissivo (anche questo è problema comune alla causalità attiva perché, anche in questi casi, il giudice deve ricostruire, in via di ipotesi, l'effetto dell'eliminazione della condotta commissiva) ma dalla necessità ulteriore di individuare la condotta positiva che, se posta in essere, avrebbe evitato il prodursi dell'evento (si è detto che, nella causalità omissiva, il procedimento logico è doppiamente ipotetico) ovvio essendo che se l'evento fosse destinato a prodursi ugualmente (in base all'indicato processo di eliminazione mentale che più propriamente, nella causalità omissiva, dovrebbe essere chiamato di “aggiunta” mentale), anche nel caso in cui l'agente avesse attivato tutti gli interventi richiestigli, le conseguenze dell'omissione non potrebbero essere a lui addebitate.

La causalità omissiva, proprio per essere giustificata in base ad una ricostruzione logica e non in base ad una concatenazione di fatti materiali esistenti nella realtà ed empiricamente verificabili, costituisce una causalità costruita su ipotesi e non su certezze. Si tratta

quindi di una causalità ipotetica, normativa, fondata, come quella commissiva, su un giudizio controfattuale (“contro i fatti”: se l'intervento omissivo fosse stato adottato si sarebbe evitato il prodursi dell'evento?) alla quale si fa ricorso per ricostruire una sequenza che però, a differenza della causalità commissiva, non potrà mai avere una verifica fenomenica che invece, nella causalità commissiva è normalmente (non sempre però) verificabile. In questo caso, si è detto, il rapporto si istituisce tra un'entità reale (l'evento verificatosi) e un'entità immaginata (la condotta omissiva) mentre nella causalità commissiva il rapporto è tra due entità reali.

Secondo un orientamento, ormai largamente diffuso e condiviso, per compiere questa ricostruzione devono essere utilizzate (come nella causalità commissiva, ma con l'ulteriore ricordata necessità di verificare ipoteticamente l'efficacia salvifica della condotta omissiva) le leggi c.d. di copertura (espressione ermetica che starebbe a significare che la spiegazione di un evento può aversi solo “coprendo” – meglio sarebbe dire “spiegando” – l'evento con una legge o, come parimenti si dice, sussumendo l'evento sotto una legge). Leggi di copertura, di origine scientifica, che possono avere un valore universale o un valore semplicemente statistico e la cui funzione è quella di attribuire un valore generalizzante a sequenze di accadimenti, altrimenti tra di loro arbitrariamente collegate, sulla base di presunzioni non fondate su leggi dotate di un pari grado di credibilità.

Va ancora precisato che la riferita conclusione teorica sulla diversità della causalità omissiva rispetto a quella commissiva, pur prevalente, è peraltro posta in discussione da una corrente dottrinale che invece motivatamente sostiene che, anche nella causalità omissiva, “l'effetto condizionante è dunque reale: il tasso di ipoteticità del sillogismo che così si imposta non è maggiore né diverso da quello di un sillogismo relativo alla causalità attiva” (la dottrina che fa proprio questo orientamento richiama gli studi che hanno inquadrato la condotta omissiva tra i “processi statici” e, pur riconoscendo la natura reale del condizionamento, ritiene che nella causalità omissiva la spiegazione dell'evento avvenga non con una “ricostruzione del passato”, come nella causalità commissiva, ma con un giudizio “prognostico”).

Indipendentemente dalla soluzione di questi problemi teorici, va segnalato che il pluridecennale dibattito, giurisprudenziale e dottrinale, inteso ad individuare criteri soddisfacenti per ricollegare l'evento all'omissione in termini di ragionevolezza non si è ancora concluso e, ancora di recente, ha trovato nuovi sviluppi. L'interprete deve infatti constatare come, a seconda delle epoche, il problema della causalità omisiva si sia posto oscillando da impostazioni teoriche (per es. quella dell'aumento del rischio) che tendevano a trasformare i reati omissivi in questione in reati di mera condotta - con grave lesione dei principi di legalità e di determinatezza, per averli invece il legislatore indiscutibilmente configurati come reati di evento (per es. i delitti di lesioni e omicidio) - ed altre, che richiedevano invece l'impossibile prova della certezza dell'esistenza del rapporto eziologico non raggiungibile in questa materia non solo per le caratteristiche ipotetiche della causalità omisiva, ma anche per la variabilità dei casi specifici, per la normale coesistenza di concause e per la frequentissima non assolutezza delle leggi scientifiche applicate.

Un'analisi maggiormente approfondita del tema, non consentita in questa sede, permetterebbe di affrontare anche le tematiche, di recente riportate all'attenzione da una parte della dottrina, che tendono a ricondurre il tema della causalità a quello della colpa. Alcuni autori hanno infatti evidenziato, come in realtà il nesso di condizionamento materiale (causalità della condotta) spesso si risolve nell'accertamento dell'effetto condizionante della violazione della regola di diligenza commessa (causalità della colpa). L'intreccio tra le due tematiche è del tutto evidente ed è altresì evidente come spesso sia avvenuto che i due termini siano stati sovrapposti, ma non sembra condivisibile la trasposizione, che da alcuni autori viene fatta, dalla imputazione oggettiva a quella soggettiva facendo leva sul concetto di evitabilità dell'evento.

L'interprete deve infatti tenere ben presente che l'imputazione oggettiva dell'evento (l'evento è conseguenza di "quella" condotta del soggetto) è cosa distinta, non solo in astratto, dall'affermare che la violazione di "quella" regola di diligenza abbia avuto l'evento come

conseguenza anche per le diverse modalità di conoscenza utilizzabili: mentre infatti l'indagine sulla colpa (riferita alla evitabilità) si fonda sulle conoscenze disponibili al momento della condotta, in base a criteri di generalizzazione, l'indagine sulla causa deve utilizzare tutte le conoscenze disponibili, per la ricostruzione del caso concreto, non solo al momento delle indagini ma addirittura della decisione.

Non è quindi sufficiente, per operare questa trasposizione, affermare che il rapporto di causalità si esprime anche nell'affermare l'inesistenza ove non sia dimostrato che, anche con una condotta diligente, l'evento si sarebbe verificato ugualmente. In questi casi, infatti, è possibile affermare l'esistenza del rapporto di causalità materiale, pur in assenza di colpa, perché il comportamento alternativo lecito era privo di efficacia (problema che attiene all'evitabilità dell'evento e che non ha un rilievo esclusivamente teorico sia perché le diverse formule di assoluzione che conseguono all'accertamento dell'inesistenza dell'elemento oggettivo o soggettivo, possono condizionare l'ammissibilità dell'azione civile, sia per le conseguenze sul piano probatorio cui si accennerà più avanti).

Esiste peraltro almeno un'ipotesi, ipotizzabile prevalentemente nella causalità commissiva, nella quale il problema dell'evitabilità dell'evento interferisce sicuramente su quello della causalità: si tratta dei casi nei quali la condotta sia stata certamente causa dell'evento che però non era comunque (o non v'è la prova che lo fosse) evitabile. È stato fatto il caso di un imperito intervento chirurgico che abbia provocato la morte di persona che verosimilmente non poteva essere salvata; caso nel quale, ferma restando l'esistenza della colpa, l'evento non era evitabile, ma nel quale si inserisce un'autonomia condotta la cui efficienza causale non può essere disconosciuta proprio perché, nel caso descritto, l'evento lesivo è conseguenza dell'improvvido intervento chirurgico e non della diversa causa in ipotesi idonea a provocarlo.

Passando a trattare più specificamente (con riferimento non solo alla causalità omisiva) della responsabilità professionale medica in tema di trattamenti chirurgici e terapeutici, deve osservarsi che la Giurisprudenza, ed in particolare quella di legittimità, ha

prevalentemente seguito, negli ultimi due decenni, una linea che può definirsi di tipo "probabilistico" affermando – con varianti per lo più terminologiche – che, per ritenere esistente il rapporto di causalità materiale, si dovesse accertare che l'intervento terapeutico del medico, se tempestivamente e correttamente eseguito, avrebbe avuto "serie ed apprezzabili probabilità di successo" (in realtà le formulazioni usate sono le più diverse e quella indicata è la formula riassuntiva che meglio esprime questa linea interpretativa).

Spesso questo giudizio di natura probabilistica si è espresso in termini percentuali con margini di oscillazione, per la verità, eccessivamente ampi (verso il basso) secondo un percorso interpretativo che si è spinto fino all'attribuzione di un evento a un soggetto sol perché, con la sua condotta, ha eliminato o diminuito le chances di salvezza del bene individuale protetto. In queste ipotesi è palese che l'orientamento c.d. "probabilistico" si risolve in quello dell'aumento del rischio e a questo rischio non si sottraggono neppure i sostenitori di un'altra teoria, quella dell'imputazione oggettiva dell'evento, sorta peraltro per restringere l'ambito di applicazione della teoria condizionalistica.

Anche in questo campo l'impostazione probabilistica trova il suo fondamento (peraltro di natura più pratica che teorica) sulle medesime difficoltà ricostruttive: la natura ipotetica della ricostruzione a posteriori, le difficoltà di individuazione del trattamento omesso che avrebbe potuto salvare il bene o diminuire il rischio, la più frequente diversità delle condizioni soggettive e la compresenza di concause, rende ancor più difficoltosa la ricostruzione del fatto sotto il profilo della causalità. Ma identico è il fondamento teorico-pratico che sta alla base della teoria probabilistica: la constatazione dell'impossibilità, nella causalità omissiva impropria, di individuare con certezza il fattore condizionante omesso che, se compiuto, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento. Fondamento al quale si aggiunge, in taluni casi, una considerazione metagiuridica, quale il richiamo al valore della vita umana, ("quando è in gioco la vita umana anche minime probabilità di sopravvivenza rendono necessario l'intervento attivo del medico" si legge in alcune sentenze)

confondendosi il problema dei fini della repressione penale del reato, con quello dell'accertamento dei suoi elementi costitutivi; con la conseguenza di una trasposizione sul piano giuridico di problemi etici e deontologici.

Questo orientamento è stato sottoposto a vivace critica da parte di alcune sentenze (v. in particolare Cass., sez. IV, 28 settembre 2000 n. 1688, <B.>, per esteso in Foro it., 2001, I, 420; più di recente sez. IV, 25 settembre 2001 n. 1652, <C.> e altri, su un tema diverso dalla responsabilità medica ma con analoghe conclusioni) che, richiamando un autorevole orientamento dottrinario, hanno capovolto l'impostazione tradizionale della giurisprudenza di legittimità fondata sul giudizio probabilistico, giungendo ad affermare che "in tanto il giudice può affermare che un'azione od omissione sono state causa di un evento, in quanto possa effettuare il giudizio controfattuale avvalendosi di una legge o proposizione scientifica che "enunci una connessione tra eventi in una percentuale vicina a cento".

I passaggi logici attraverso i quali questo orientamento è pervenuto alle conclusioni riportate possono così riassumersi: premesse le acquisizioni in precedenza riferite, sulla natura del giudizio controfattuale da operarsi nel caso di reato omissivo improprio, sul valore universale o semplicemente statistico delle leggi di copertura, sul dibattito dottrinale riguardo alla diversa natura, o meno, della causalità omissiva rispetto a quella commissiva; la sentenza citata afferma che il giudice non può non prendere atto dei migliori esiti della ricerca giuridico scientifica ed in particolare del fatto che tali orientamenti, pur divergendo sulla natura della causalità omissiva, pur tuttavia convergono sulla necessità che, per ritenere esistente il rapporto di causalità, a conclusione del giudizio controfattuale, il giudice dovrà verificare che l'intervento omesso, se effettuato, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento con una probabilità vicino alla certezza.

Va ancora rilevato che entrambi gli orientamenti non si sottraggono all'impressione che, in realtà, il problema della causalità, impostato in termini di probabilità percentualistica (sia o meno confinante con la certezza) si risolve in definitiva in un problema di

tipo processuale concernente i criteri di valutazione della prova con la conseguenza di un'anomala commissione tra i problemi dell'esistenza degli elementi costitutivi del reato e quelli relativi alla prova della loro esistenza.

La teoria probabilistica, per i margini di discrezionalità che la caratterizzano e al di là delle applicazioni specifiche che possono aver condotto a soluzioni accettabili nella stragrande maggioranza dei casi, ha l'evidente difetto di ricondurre l'accertamento di uno degli elementi costitutivi del reato, ad un tipo di giudizio che può divenire incompatibile, nel caso concreto, con il principio di legalità. Può infatti risolversi, se non in un giudizio di possibilità (come peraltro in qualche occasione è avvenuto), in un giudizio di mera probabilità statistica che è comunque espressione di un risultato valutativo della prova, su un requisito della fattispecie, cui si perviene con criteri estranei a quelli normativi indicati nell'art. 192 commi 1 e 2 del codice di rito.

Ciò anche nelle espressioni più serie ed accettabili di questo orientamento (quelle, già riferite, che si esprimono ravvisando il rapporto di causalità nei casi in cui l'intervento terapeutico colposamente omesso era caratterizzato da "serie ed apprezzabili probabilità di successo" o formule analoghe) che rifiutano il paradigma della possibilità (e quindi si pongono in antitesi rispetto alla teoria dell'aumento del rischio) per utilizzare quello della probabilità senza però procedere ad una marcata caratterizzazione di questo requisito che lo renda razionalmente credibile.

La teoria della certezza causale – che si innesta sugli studi fondamentali di F. STELLA (è necessario indicare il nome dello studioso perché l'elaborazione riferita è fondata soprattutto sulle sue ricerche) e che ha il grandissimo merito di aver ricondotto la ricerca in questione dal piano soggettivo del libero apprezzamento della causalità da parte del giudice, alla necessità oggettiva dell'applicazione delle leggi scientifiche – parte da premesse largamente condivisibili.

In particolare deve condividersi l'impostazione teorica diretta a privilegiare il ricorso a modelli di carattere generale e non individualizzanti (anticipatrice in questo senso è la sentenza 6

dicembre 1990, <B.>, – sul disastro di Stava – per esteso in Foro it., 1992, II, 36) e diretta altresì a parificare la natura del giudizio sull'esistenza della causalità commissiva a quella sull'esistenza della causalità omissiva. Ciò non tanto perché questa parificazione contraddica alla natura asseritamente meno grave di quest'ultima (in realtà di questa tesi, da molti seguita, non è mai stato indicato un accettabile fondamento) quanto perché la natura ipotetica del giudizio controfattuale nella causalità omissiva è tale anche nella causalità commissiva (con l'unica differenza, già rilevata, sull'efficacia dell'ipotetica condotta omessa) e non può incidere sul livello della sua credibilità razionale in considerazione della natura reale dell'effetto condizionante in entrambe le specie di causalità.

Per contro, l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che, per comodità dialettica, possiamo indicare come la teoria della "certezza" – che certamente risente dell'influenza neopositivistica laddove mostra di nutrire un'ottimistica se non totale fiducia nella scienza e nei risultati della ricerca scientifica – rischia di fatto di pervenire ad un disconoscimento (almeno nelle espressioni più radicali e al di là delle intenzioni di coloro che la propongono) della natura induttiva del giudizio sull'accertamento della causa che, nella nostra materia, non può che partire da un evento concreto che consenta di risalire al fenomeno che l'ha provocato.

Affermare un tale criterio di certezza significa infatti presumere – sempre e non solo nel caso di applicazione di leggi universali – l'esistenza di leggi dalle quali si può evincere con certezza la causa (o l'esclusione della causa) di un evento concreto, cioè trasformare la valutazione in esame in un giudizio di natura deduttiva per spiegare l'implicazione tra explanans ed explanandum e pretendere di ancorare ad un giudizio di asserita verità non confutabile un elemento del reato che, in base alle medesime premesse teoriche che la fondano, mai potrà essere accertato in termini di verità assoluta. E quando questo orientamento prende atto di questa impossibilità, ricade nelle incongruenze del sistema percentualistico indicando, senza individuarla in modo preciso, una percentuale "prossima a cento" (come deve intenderla l'interprete? 90, 95 o 99 per cento?).

Non può poi omettersi ogni riferimento, nell'esame di questo problema, ai più recenti risultati della ricerca epistemologica, che hanno rimesso in discussione i criteri che garantiscono la validità della conoscenza e autorizzano a qualificarla come "scienza". Gli indirizzi che si sono formati, pur contrastanti sull'individuazione di questi criteri (si pensi all'indirizzo empiristico di R. CARNAP e B. RUSSEL e a quello falsificazionista di K. POPPER) hanno però consentito di porre in guardia da un'eccessiva fiducia nell'impostazione neopositivistica, tenendo conto della circostanza che frequentemente leggi scientifiche, universali o semplicemente statistiche, idonee a risolvere il caso portato all'esame del giudice, non esistono e qualche volta, come le ricerche successive confermano, sono false; che pertanto il giudice è frequentemente costretto a fare ricorso a semplici regole di razionalità empirica, purché plausibili, o addirittura a massime di esperienza generalmente riconosciute; che frequentemente si verifica come leggi asseritamente universali non lo erano; che le leggi statistiche si risolvono spesso in un giudizio di frequenza probabilistica mutevole a seconda delle specifiche finalità della ricerca, delle tecniche di ricerca utilizzate, dei campioni esaminati, delle inferenze verificate.

Né indicazioni ermeneutiche risolutive possono trarsi, per risolvere questo complesso problema, dai lavori della commissione di riforma del codice penale ovvio essendo il significato ambivalente di queste proposte: potrebbe infatti seriamente affermarsi che, lungi dal convalidare una tesi interpretativa del diritto vigente, la Commissione ha proposto la modifica proprio perché la norma in vigore non consentiva l'interpretazione proposta. D'altro canto, proprio sul punto della causalità omissiva, l'indicata commissione ha modificato il progetto iniziale sostituendo al criterio della "certezza", nella causalità omissiva, previsto da una prima stesura, quello della "probabilità confinante con la certezza" adottato successivamente. A conferma della difficoltà in cui si dibatte la scienza giuridica nella formulazione di parametri di giudizio razionalmente accettabili.

Conclusivamente, su questo punto, può affermarsi che entrambe le teorie criticate finiscono per applicare al giudizio valutativo della prova un criterio percentualistico che è, se non estraneo ai criteri di

valutazione della prova previsti dalla legge, insufficiente per i fini indicati non essendo idoneo alla comprensione razionale di fenomeni complessi. Non v'è giudice che condannerebbe una persona affermando che è probabile che la medesima abbia commesso il reato, ma parimenti nessuna sentenza di assoluzione potrebbe fondarsi sull'affermazione che non si è raggiunta la prova della colpevolezza in termini di certezza assoluta (o quasi prossimi alla certezza). E ciò non solo per quanto riguarda gli elementi soggettivi del reato ma anche per quanto attiene agli elementi di natura oggettiva: le innumerevoli sentenze che hanno ricostruito l'evento in base a elementi indiziari - si pensi agli omicidi di persone delle quali non è mai stato rinvenuto il cadavere - stanno a dimostrarlo.

Non del tutto accettabili appaiono infine, su questo punto, le conclusioni cui perviene l'orientamento cui si è fatto cenno in precedenza (che distingue l'accertamento sulla causalità della condotta da quello sulla causalità della colpa) che, sul tema della prova dell'esistenza del nesso di condizionamento, opta per il criterio della quasi certezza per quanto riguarda l'accertamento della causalità materiale (causalità della condotta) e per un criterio probabilistico in relazione all'accertamento della causalità della colpa.

Si ritiene che si debba partire proprio dalla elaborazione concettuale contenuta negli studi di F. STELLA; studi che per un verso non sembrano pervenire alle drastiche conclusioni indicate; per altro verso forniscono la chiave di lettura per evitare che il giudizio probabilistico, soprattutto se fondato su basi statistiche, assuma carattere di arbitrarietà.

Sotto il primo profilo, si osserva che F. STELLA, nella sua opera fondamentale in materia (Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, Milano, 1975), in cui ha studiato il problema della causalità, richiamandosi agli studi dell'autore tedesco K. ENGELHARDT, non pone il problema in termini di certezza ma, laddove ritiene di riassumere la tesi che intendeva dimostrare (p. 316), così lo fa: "evento può essere imputato all'agente solo quando l'asserzione relativa all'esistenza del nesso di condizionamento soddisfa il requisito dell'alto grado di "conferma" o di "credibilità", e tale requisito può

considerarsi soddisfatto in tutte le ipotesi in cui il giudice, dopo aver enunciato le leggi universali o statistiche pertinenti..... abbia accertato che si sono verificate le "relative" condizioni iniziali, sempreché, sulla base della "evidenza" disponibile, risulti improbabile (= poco credibile) che l'evento si sia realizzato per l'intervento di "altri" processi causali (ai quali sia estraneo il comportamento dell'agente)."

Non sembra quindi che dalla concezione di F. STELLA derivi la necessità che, in base alle leggi statistiche o universali, la causalità debba essere oggetto di un giudizio di certezza, o prossimo alla certezza, essendo sufficiente che questo giudizio trovi un "alto" grado di conferma o di credibilità. Anzi in altra parte del saggio citato (a p. 315) l'Autore configura la spiegazione "mediante leggi" dell'accadimento lesivo come "spiegazione a struttura probabilistica", precisando poi come l'enunciato esplicativo debba apparire "razionalmente credibile; meglio ancora.... deve risultare provvisto di grado elevato di credibilità razionale". Queste valutazioni sono rimaste immutate nella recente seconda edizione del saggio indicato pubblicata nel 2000.

Anche in elaborazioni più recenti dell'illustre Autore (v. Rapporto di causalità, in Enc. Giur. Treccani, vol. XXV, 1991) vengono enunciati concetti analoghi: si veda a pag. 11: "attraverso il giudizio controfattuale, egli (il giudice) deve stabilire se la condotta è una condizione contingentemente necessaria; il risultato al quale approderà però, non sarà mai "deduttivamente certo", posto che l'incompletezza delle premesse esplicative (l'incompletezza delle leggi e delle condizioni empiriche enunciate) e l'uso di leggi statistiche nella spiegazione caratterizzeranno sempre la sua argomentazione come probabilistica ossia razionalmente credibile". E l'Autore, nello scritto da ultimo citato, critica vivacemente (definendola del tutto "arbitraria") la formula della "probabilità confinante con la certezza" (anche queste espressioni sono mantenute nel saggio "La nozione penalmente rilevante di causa" che riproduce, con alcune modificazioni, la citata voce dell'Enc. Giur. Treccani ed è pubblicata in appendice alla seconda edizione dell'opera del 1975), anche se, occorre riconoscerlo, in opere più recenti (Commentario breve al codice penale

a cura di A. CRESPI, F. STELLA e G. ZUCCALÀ, Padova, 1999, p. 143 e ss; Giustizia e modernità, Milano, 2001, p. 181) l'Autore sembra propendere maggiormente per questa impostazione.

Si ritiene, pertanto, che la formula "probabilità confinante con la certezza" non consenta di pervenire ad un giudizio razionalmente accettabile; come è peraltro confermato, dalla circostanza che esso viene sottoposto a critiche di segno contrario da parte di chi lo ritiene troppo rigido e da parte di chi invece auspica il ricorso (anche nella causalità omissiva) a criteri di certezza senza alcuna limitazione (come nel caso degli autori del progetto di riforma del codice nella prima stesura). Il che costituisce una seria conferma, quanto meno, dell'ambiguità della formula.

La chiave di lettura che ci consente, nel giudizio probabilistico, di pervenire a risultati non arbitrari e rispettosi dei principi di legalità e determinatezza è costituita dai due diversi concetti di probabilità utilizzabili. Ad uno soltanto dei quali, nella sostanza e al di là delle affermazioni di principio, i due orientamenti citati attribuiscono un valore effettivo in quanto essi si fondano prevalentemente (spesso esclusivamente) su un concetto di "probabilità statistica", cioè sulla verifica empirica di casi pregressi che conduce ad una enunciazione percentualistica dei casi in cui, data una certa premessa, si verifica una determinata conseguenza. Mentre la credibilità razionale, come ci si ripromette di dimostrare, non deriva sempre e soltanto dall'elevato coefficiente statistico di probabilità.

Ben diverso dal concetto di "probabilità statistica" è infatti il concetto di "probabilità logica" che involge un giudizio complessivo del quale la probabilità statistica è solo una componente e che - essendo caratterizzata, come si è affermato in dottrina, dalla "verifica aggiuntiva della credibilità dell'impiego della legge statistica nel caso concreto", si risolve in un'affermazione di elevata credibilità razionale (in un senso o nell'altro) del risultato dell'operazione logica compiuta dal giudice; in una spiegazione che, se positiva, proprio perché caratterizzata nel senso indicato, appare astrattamente del tutto conforme agli indicati criteri di valutazione della prova.

È corretto affermare che questo giudizio di probabilità si fonda sull'applicazione di leggi di copertura di carattere universale, o di leggi semplicemente statistiche (ma anche su massime di esperienze comunemente condivise) purché si tenga conto che le stesse leggi ritenute di carattere universale presuppongono l'esistenza di determinate condizioni (può affermarsi che la legge di gravità abbia ancora carattere universale in assenza di attrazione gravitazionale?) in mancanza delle quali le regole da esse previste non valgono più. Per tornare alle parole di F. STELLA "poiché sono inevitabili l'uso di assunzioni tacite e il ricorso alla clausola *coeteris paribus*, il giudice non potrà dire che è "deduttivamente certa" la spiegazione ottenuta; ciò che potrà dire - se l'evidenza disponibile lo consente - è che questa spiegazione è probabile, e che quindi è probabile che il comportamento dell'agente sia una condizione contingentemente necessaria (in un contesto di condizioni probabilmente sufficienti): dove la parola probabile sta appunto ad indicare la probabilità logica, o credibilità razionale, dell'enunciato che viene formulato".

Una prima conclusione da trarre, quindi, nell'affrontare il problema della causalità nella responsabilità professionale medica per omissione (ma anche in altri casi di causalità omissiva e in numerosi casi di condotta commissiva) è che questo giudizio ha così elevate caratteristiche di relatività, che percentualizzare le probabilità di sopravvivenza, o del non verificarsi del danno, ha sempre carattere di larga approssimazione, se non di arbitrarietà, perché si tratta di una valutazione soltanto statistica e non logica, tanto più che frequentemente il valore statistico probabilistico è ignoto nella sua percentuale. E il sillogismo giuridico non è un'equazione matematica, ma un'espressione della logica nel quale il giudizio, di tipo giuridico, sulla attendibilità dell'accertamento non va confuso con quello sulla attendibilità della legge di copertura applicata al caso concreto. Tanto più che, nel campo medico, è impossibile la verifica mediante ripetizione delle modalità del processo causale invece frequentemente consentita per la ricostruzione di eventi in altri settori della scienza.

Queste difficoltà, già presenti nell'utilizzazione di leggi di copertura di tipo universale, si accentuano a dismisura nel caso di

leggi statistiche che, per loro natura, sono dirette a rendere omogenee situazioni che tali non sono. Affermare infatti - in caso di adeguata e tempestiva somministrazione del trattamento terapeutico ritenuto necessario - che sarebbe stata garantita, in base alle rilevazioni statistiche effettuate su base epidemiologica, una percentuale di sopravvivenza del 20, 50 o 99 per cento non è sufficiente a risolvere il problema della causalità materiale perché si tratta di elementi statistici che prescindono dalle caratteristiche (note) del caso concreto, da quelle (note o ignote) dei casi rilevati nell'indagine statistica, e da quelle ignote, ma condizionanti e normalmente esistenti, nel caso esaminato.

Per verificare la differenza tra il giudizio di probabilità statistica e quello di probabilità logica, si faccia il caso di un farmaco la cui somministrazione abbia sempre dimostrato, nei numerosi casi trattati, la sua efficacia di antidoto nel caso di assunzione di una sostanza velenifera; si tratta quindi di una legge che parrebbe avere addirittura natura universale e non soltanto statistica, non esistendo casi in cui il paziente sia deceduto malgrado la somministrazione del farmaco. Ma possiamo ugualmente attribuire valore universale ad una tale legge senza verificare che la virtù salvifica del farmaco sia stata provata, anche nei casi limite di somministrazione del veleno in quantità massicce o in persone di età molto avanzata o in precarie condizioni di salute o di somministrazione dell'antidoto effettuata tardivamente?

Un altro esempio: se l'indagine statistica giunge alla conclusione che l'intervento ritenuto necessario è stato sempre efficace e quindi, con l'adozione di questo metodo, è possibile affermare che l'indice è pari a 100 e poi si verifica che i casi esaminati si riferivano a giovani atleti nel pieno della forma fisica, mentre quello esaminato si riferisce ad una persona anziana e in pessime condizioni di salute, possiamo ugualmente affermare che il giudizio controfattuale è convalidato da una legge di copertura di tipo universale o di elevato valore statistico?

Per converso possiamo escludere il rapporto di causalità nel caso di chi, sottoposto ad un certo tipo di esalazioni, contragga una malattia della quale si conoscano tutte le cause e che indagini epidemiologiche confermino insorgere nel 5% delle persone sottoposte alla medesima

fonte di inquinamento e debba ritenersi con certezza esclusa altra causa della malattia? (in questo esempio la causalità è commissiva, per chi ha provocato le esalazioni, ma l'insufficienza del giudizio statistico probabilistico si pone in termini non diversi in quella omissiva: basti pensare ai casi nei quali un intervento doveroso sia stato omesso perché ritenuto inutile in base a precedenti esperienze laddove si dimostri che le caratteristiche specifiche del caso avrebbero consentito di salvare la vita del paziente).

Per concludere, su questo punto, il giudice dovrà sempre fare ricorso, in esito al giudizio controfattuale compiuto in base alle leggi scientifiche di copertura, ad una valutazione di tipo probabilistico logico, e quindi non soltanto statistico o meramente probabilistico, pervenendo ad affermare l'esistenza del nesso di condizionamento non solo in caso di certezza, vera o presunta, ma altresì nei casi in cui questa conclusione sia assistita da un elevato grado di credibilità razionale. Ancora F. STELLA: "in definitiva, quel che il diritto penale richiede è che i giudizi contrafattuali, tesi a qualificare la condotta dell'agente come condizione necessaria, siano altamente plausibili alla stregua delle spiegazioni nomologiche, anche statistiche, enunciate."

Il giudice deve quindi abbandonare l'illusione di poter ricavare deduttivamente la conclusione sull'esistenza del rapporto di causalità da una legge scientifica (anche se di carattere universale !) che riproduca in laboratorio la sua ipotesi di ricostruzione dell'evento e dovrà fare ricorso, sempre, alla ricerca induttiva verificando l'applicabilità delle leggi scientifiche eventualmente esistenti alle caratteristiche del caso concreto portato al suo esame; tenendo in considerazione tutti gli specifici fattori presenti e quelli interagenti e pervenendo quindi ad un giudizio di elevata credibilità razionale, secondo i criteri di valutazione della prova previsti per tutti gli elementi costitutivi del reato; utilizzando anche i criteri di probabilità statistica ma tenendo ben presente che si tratta di criteri strumentali al fine di pervenire ad un giudizio di probabilità logica la cui credibilità razionale si riassume, conclusivamente, nella formula che l'evento specifico, hic et nunc prodotti, può essere causalmente ricollegato alla condotta dell'agente "al di là di ogni ragionevole dubbio".

Il che consente, tra l'altro, di evitare una colpevolizzazione ingiustificata del personale medico (il cui intervento, tra l'altro, spesso non può costituire oggetto di scelta, come avviene invece in altri settori della scienza e delle attività umane) ma anche una sorta di impunità per gli esercenti le professioni sanitarie.

Certamente si tratta di un compito che presenta aspetti di maggior complessità rispetto all'utilizzazione acritica delle leggi di copertura - con criteri di probabilità statistica ovvero di certezza - ma il giudice non può ad esso sottrarsi, se vuole attribuire credibilità razionale e plausibilità alle sue decisioni, che non possono essere fondate su una mera operazione matematica, così come non deve cedere alla tentazione di ritenere che la certezza dei dati o delle generalizzazioni che costituiscono il punto di partenza della ricerca garantisca anche la certezza della conclusione: ciò può essere vero nelle scienze naturali, non in quelle sociali come la scienza giuridica.

3.6 I RAPPORTI TRA CONSENSO DEL PAZIENTE E COLPA DEL SANITARIO: PROFILI GENERALI. CONFIGURAZIONE AUTONOMA DELLA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO PER VIOLAZIONE DEL DOVERE DI INFORMAZIONE

Un'ulteriore questione, di estrema attualità, in tema di responsabilità medica è quella relativa al ruolo del consenso, così come emerge nell'ambito della relazione medico-paziente, ed ai riflessi penalistici della presenza o meno di tale manifestazione di volontà da parte del paziente.

*"... la salute non è un bene che possa esser imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere, o peggio, dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto, trattandosi di una scelta che... riguarda la qualità della vita e che pertanto solo lui può legittimamente fare ..."*³⁴⁵, si sono riportate le parole della corte d'Assise, perché

³⁴⁵ Corte d'Assise di Firenze, 18 ottobre 1990.

testimoniano, con vigore, il principio della necessità del consenso al trattamento medico-chirurgico, inteso come regola fondamentale e presupposto essenziale della liceità dell'operato medico.

Si imposterà l'analisi dei rapporti tra consenso e responsabilità medica su due fronti di indagine:

si esaminerà, inizialmente, l'evoluzione del ruolo del consenso come riflesso dell'evoluzione del rapporto medico paziente, e l'importanza del requisito dell'informazione, quindi si analizzeranno i rimedi che sul piano normativo l'ordinamento appresta nel caso di assenza del consenso, e se ne verificherà la praticabilità, poi, laddove questa risulti impervia, come dimostreremo, si farà riferimento alle soluzioni avanzate in una prospettiva de iure condendo e comparatistica.

3.7 IL CONSENSO INFORMATO CARDINE DEL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE

Il tema del consenso informato, di cui ci siamo occupati, in linea generalissima, nel paragrafo 3 del secondo capitolo, è di ben più ampio respiro costituendo il presupposto di un modello di rapporto medico-paziente che è diverso rispetto a quello sul quale si è formata la maggioranza della classe medica³⁴⁷: *"non può sfuggire che il consenso informato, se non incide sul processo decisionale del medico è destinato ad essere un'evanescente formula astratta ..."*³⁴⁸.

Fino ad un recente passato, il processo decisionale era imperniato solo sulla figura del medico, oggi, il paziente non è solo l'oggetto della

prestazione medica ma anche il titolare di precisi diritti: di scegliere, di consentire o di rifiutare l'opera del medico, in una parola di autodeterminarsi in relazione a decisioni sulla propria salute e sulla propria vita.

E tale diritto di autodeterminazione del paziente è, a sua volta, dotato di una base forte, essendo ancorato a principi rinvenibili sia in norme di legge come:

l'art. 33 della legge n. 833\78, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di prestarlo e ricorrono i presupposti dello stato di necessità; sia nella nostra Costituzione come:

- a) l'art. 32, 2 co., a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge;
- b) art. 13, che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento alla salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica.

Tale scelta esistenziale del paziente, deve esser libera non solo formalmente ma il più possibile effettivamente, come frutto di una consapevolezza raggiunta attraverso un'informazione offerta in modo corretto³⁴⁹.

Il consenso informato si pone, allora, come espressione di un profondo rispetto della persona nei cui confronti si inizia il trattamento sanitario, ma nel contempo costituisce anche il mezzo con cui il paziente assume le proprie responsabilità in ordine agli eventi, di qualunque natura questi siano, che ne possono derivare³⁵⁰.

È importante sottolineare che il consenso informato, non si pone come semplice regola formale, non deve più esser considerato un "optional" ma principalmente un "presupposto giuridico"³⁵¹, la cui violazione dovrà essere penalmente sanzionata.

Di un tale indirizzo si è fatta interpretare la nostra giurisprudenza, sia sul versante civile che su quello penale, giungendo a riconoscere al

³⁴⁹ Fresa R., op. ult. cit.

³⁵⁰ Fresa R., op. cit.

³⁵¹ Barni M., Il consenso del paziente non è un optional, Il Medico d'Italia, 7, 1990.

³⁴⁶ Melillo G., Condotta medica arbitraria e responsabilità penale, Giust. Pen., 1991.

³⁴⁷ Non è senza significato che il concetto dell'informazione dell'ammalato, in passato inesistente, sia stato sancito dal Comitato di bioetica nel 1992 e riguardi tutte le fasi del rapporto medico-paziente e del progresso diagnostico e terapeutico.

³⁴⁸ Fresa R., Il consenso informato in odontoiatria: legislazione e guida pratica, Ravenna, 1997.

dovere di informazione una valenza autonoma, in quanto correlato alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto³⁵².

In definitiva, deve, ritenersi, ormai, principio giurisprudenziale consolidato, che incorra in responsabilità il medico che effettui una prestazione in assenza di preventivo consenso, che, necessariamente, per essere valido, deve essere informato, cioè deve essere preceduto da informazione, in quanto è chiaro che, senza conoscenza, non vi può essere decisione libera, autonoma e consapevole.

A tal proposito, illuminanti sono le considerazioni effettuate dal Tribunale di Napoli nella sentenza n. 1317 del 30\01\98³⁵³, il quale, partendo dall'assunto della autonomia illecità dell'intervento compiuto senza il consenso informato del paziente, è giunto ad affermare la sussistenza della responsabilità professionale del medico, anche se l'intervento sia stato correttamente eseguito.

*"La illecità della condotta del medico infatti non viene fatta consistere nell'essere stato imperito, imprudente o negligente, ma nell'aver violato la libertà di autodeterminazione del paziente, impedendogli di effettuare una scelta consapevole ed informata"*³⁵⁴.

3.8 IL DIFETTO DI CONSENSO: PROFILI DE IURE CONDITO E DE IURE CONDENDO

Posto che il ruolo del consenso, nell'ambito del trattamento medico-chirurgico, si sostanzia nell'esser presupposto imprescindibile

perché la condotta del medico non sia punibile, si deve, ora, esaminare l'ipotesi in cui l'intervento sia praticato senza il consenso del paziente³⁵⁵, indipendentemente dall'esito, e vedere quali sono i rimedi, sul piano normativo, applicabili, e, nel caso in cui tali rimedi risultassero insufficienti o inadeguati, esaminare le proposte de iure condendo.

Questa ricerca deve avvenire alla luce di un diffuso orientamento giurisprudenziale³⁵⁶, secondo il quale, ove a seguito dell'intervento arbitrario³⁵⁷, si verifichi la morte del paziente, tale conseguenza dannosa è collegata, automaticamente, al trattamento non consentito, prescindendo da una rigorosa indagine sull'effettiva esistenza del nesso di causalità tra condotta ed evento.

Partiamo dall'analisi delle conseguenze penali, così come previste dal nostro ordinamento, della condotta del sanitario, che agisca senza il consenso del paziente, a prescindere dall'esito dell'intervento.

A questo riguardo verrebbe spontaneo indicare subito le ipotesi criminose di cui agli art. 605, 610 e 613 del Codice penale³⁵⁸, ma in realtà, di questo ci eravamo già occupati nel terzo paragrafo del primo capitolo, concludendo nel senso di una sostanziale inapplicabilità delle norme in questione.

Avevamo infatti rilevato come tali norme presentino caratteristiche estremamente specifiche, che dunque, mal si attagliano con l'esigenza di "referente normativo idoneo a proteggere in modo pieno e diretto la libertà di autodeterminazione del paziente"³⁵⁹,

³⁵² Cass. 10094 \94 e trib. Di Napoli n. 1317 \98.

³⁵³ Nel caso di specie l'attrice esprimeva di essere stata sottoposta a due cicli di chemioterapia e di rt a causa di un tumore alla mammella, e deduceva che non era stata informata dal medico curante dei rischi cui andava incontro con il secondo trattamento; trattamento che le aveva indotto una necrosi centrale del midollo di tipo siringomielitico. L'attrice precisava che era completamente paralizzata, presentando paraplegia dal seno in giù, ipotrofia degli arti inferiori e incontinenza completa delle urine e delle feci. Si costituivano in giudizio il marito e i figli dell'attrice, oltre naturalmente questa, per ottenere il risarcimento di tutti i danni morali e materiali a causa di colpa professionale attribuibile al medico.

³⁵⁴ Rossetti M., breve commento alla sentenza del tribunale di Napoli n. 1317 del 30\01\98.

³⁵⁵ Al difetto totale di consenso viene equiparata l'ipotesi in cui il consenso, essendo stato manifestato sulla base di informazioni incomplete o false, sia invalido.

³⁵⁶ Inagurato con il caso Massimo: sent. 10 Ottobre 1990 della Corte d'Assise di Firenze.

³⁵⁷ Trattamento effettuato senza il consenso del paziente, così come si desume dal titolo dell'opera del Crispigni sull'argomento: La responsabilità per il trattamento medico-chirurgico arbitrario, Scien. Posit., 1914.

³⁵⁸ Art. 605 c.p. (sequestro di persona), art. 610 c.p. (violenza privata, art. 613 c.p. (stato di incapacità procurato mediante violenza).

³⁵⁹ Giraldi C., op. cit., pag. 161.

arrivando alla paradossale conclusione per cui la violazione dei requisiti del consenso non ha sempre specifiche conseguenze penali dirette, per cui ci si troverebbe di fronte ad una sorta di precetto senza sanzione³⁶⁰.

Sempre nel corso del primo capitolo, ci eravamo occupati, poi, della possibilità, nel caso di morte del paziente, di sanzionare il trattamento medico arbitrario, ricorrendo all'articolo 586 del Codice penale³⁶¹.

La possibilità o meno di fare riferimento a questo articolo, deve essere condizionata, all'accertamento che il medico ha posto in essere i delitti contro la libertà morale secondo modalità tali da concretare quel pericolo tipico, insito nella realizzazione del fatto doloso che deve rispecchiarsi nell'evento più grave³⁶².

Tale richiamo all'art. 586 c.p., fu effettuato per la prima volta in Italia, dalla Corte d'Assise di Firenze, nella sentenza del 10/10/90, la quale condannò, per omicidio preterintenzionale, un chirurgo responsabile di aver posto in essere un intervento chirurgico, difforme rispetto a quello preventivamente concordato, a cui era seguita la morte della paziente.

Tale soluzione, così come abbiamo fatto presente nel corso del primo capitolo, non è condivisibile, ove si consideri che tale fattispecie postula che l'affermazione della responsabilità sia ancorata all'accertamento di una condotta colposa³⁶³, collegabile all'evento non

³⁶⁰ Del Corso S., op. cit. il quale ritiene che: "le singole fattispecie che, secondo la dottrina dominante, salvaguarderebbero la libertà di autodeterminazione, afferiscono alla patologia e non alla fisiologia della situazione in esame".

³⁶¹ Articolo che prevede la fattispecie dell'omicidio preterintenzionale.

³⁶² L'evento non voluto deve essere in rapporto di derivazione logica con il pericolo insito nel fatto doloso di base: Stile A.M., Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, in Encicl. dir., vol. XXVII, pag. 148.

³⁶³ Canestrari, L'aberratio delicti e la responsabilità preterintenzionale: un istituto in via d'estinzione e una categoria normativa da ricostruire, in AA.VV., Responsabilità oggettiva, pag. 434.

voluti, con la conseguenza che non sarebbe punibile il medico che determinasse la lesione dell'integrità fisica o la morte del paziente senza una violazione delle regole cautelari³⁶⁴.

Nella sentenza in esame, invece, si è privilegiato un meccanismo di imputazione dell'evento più grave sulla base del solo nesso materiale della condotta³⁶⁵.

Si sono, inoltre, avanzati dubbi circa la configurabilità del reato base (lesioni volontarie), nel senso che pur ammettendo che il profilo oggettivo sia stato incarnato, non altrettanto può dirsi per il profilo soggettivo, che postula, come visto, la sussistenza di una volontà orientata in modo certo verso l'offesa dell'interesse che abbiamo identificato nella complessiva funzionalità organica dell'individuo.

Dobbiamo allora concludere nel senso della presenza di un indubbio limite legislativo, il quale, è capace di fornire al consenso, solo una tutela indiretta e quindi del tutto inadeguata.

Ecco, quindi, che le soluzioni prospettate costituiscono un'evidente forzatura del disposto normativo³⁶⁶.

Per non incorrere nell'esasperazione del caso Massimo, ed evitare così che la prassi si sostituisca al legislatore, si fa sempre più cogente, la necessità della previsione, in una prospettiva de iure condendo, di una normativa apposita.

De iure condendo, si potrebbe stabilire che il trattamento medico chirurgico, eseguito senza il preventivo consenso del paziente, integri una fattispecie criminosa, anche se non seguito da conseguenze lesive dell'integrità fisica:

questa autonoma figura di reato, qualificabile come trattamento sanitario arbitrario, lede infatti, la libertà morale del paziente, incidendo sulla sua sfera di autodeterminazione libera e incosciente senza intaccare il bene della salute³⁶⁷.

³⁶⁴ Ruggiero F., Il consenso dell'avente diritto etc., op. cit.

³⁶⁵ Ruggiero F., op. cit.

³⁶⁶ Ruggiero F., op. ult. cit.

³⁶⁷ Un intervento di riforma auspicato orientato in tal senso è auspicato dal Manna nel corso delle sue pere sull'argomento.

Questa riforma è inoltre auspicabile al fine di evitare gli eccessi della sentenza Massimo; si è verificata in quell'occasione, a fronte di un vuoto di tutela del nostro ordinamento, una ricostruzione non strettamente aderente al dato normativo, ricostruzione giustificata come "prezzo pagato per soddisfare le esigenze di tutela dell'individuo, e della sua libertà di autodeterminazione, nel trattamento medico-chirurgico"³⁶⁸.

Del resto in questa direzione si sono mossi la maggior parte dei paesi stranieri come il Portogallo, la Germania, l'Austria e i paesi di common law³⁶⁹.

Il nuovo codice penale portoghese ha segnato un inquadramento sistematico dell'attività medico-chirurgica: il trattamento medico arbitrario ha così assunto una precisa rilevanza, prevedendosi anche dei limiti all'obbligatorietà della ricerca del consenso³⁷⁰, inoltre ex art. 159 è stato esplicitamente previsto un dovere di chiarimento, nel senso che "il consenso è efficace solo quando il paziente sia stato debitamente istruito sulla diagnosi e la natura, portata e vastità delle possibili conseguenze dell'intervento o del trattamento, salvo che ciò implichi la comunicazione di circostanze le quali, se conosciute dal paziente porrebbero in pericolo la sua vita o potrebbero causargli danno grave alla salute, fisica o psichica"³⁷¹.

³⁶⁸ Giannaria, op. cit.

³⁶⁹ Lo studio di diritto comparato, in un'epoca sempre più proiettata verso una dimensione sovranazionale, rappresenta un insostituibile strumento di ricerca, perché "numerosi problemi che, restando nel limite dell'esperienza d'un paese e delle sue controversie, possono sembrare difficili, trovano soluzioni assai semplici quando si guarda attentamente le altrui codificazioni" Vassalli G., L'esperienza italiana in materia di riforme du droit penal, Rev. int. de droit penal, 1982.

³⁷⁰ L'art. 158, comma 1, del codice penale portoghese prevede il trattamento medico arbitrario, mentre al comma 2, prevede che non è punibile il medico che per necessità o convenienza ("... b: quando il consenso è stato dato per un'operazione differente rispetto a quella effettuata, ma quest'ultima è suggerita fortemente dal sapere e dalla esperienza del medico come mezzo per evitare danni alla salute e al corpo") allarghi il campo dell'operazione.

³⁷¹ Decreto legge 15 Marzo 1995 n. 48.

In Germania ci si è orientati verso un inquadramento del trattamento medico arbitrario nei delitti contro la libertà morale, prevedendo specificatamente l'esigenza di un consenso informato sullo scopo e sulle possibili conseguenze del trattamento, a meno che questo comporti un grave pericolo per le condizioni fisiche o mentali del paziente³⁷².

Nella stessa direzione si è mosso il codice penale Austriaco, BGBl 29/01/74 entrato in vigore il 1/01/75, che prevede all'art. 110 il trattamento medico praticato arbitrariamente³⁷³ nell'ambito dei reati contro la libertà personale.

³⁷² § 123 dell'Alternativ - Entwurf del 1966: Trattamento medico arbitrario:

1 Chiunque esegue un trattamento medico su di un'altra persona senza il consenso di lei, e così facendo agisce, o in buona fede crede di agire, secondo le regole della scienza medica applicabili, è punito con la reclusione fino ad un anno;

2 Il delitto è perseguibile a querela di parte. Se la vittima muore, il diritto di sporgere querela si trasmette agli eredi;

3 Nassus trattamento medico sarà punibile se il consenso poteva essere ottenuto solo rinviando l'intervento, il che avrebbe posto il paziente in pericolo di vita o di un danno grave alla salute, e le circostanze non erano tali da presumere che il consenso sarebbe stato negato.

4 Il consenso è valido solo se la persona che lo deve manifestare è stata informata sul tipo, sullo scopo e sulle possibili conseguenze del trattamento, come una ragionevole e prudente persona vorrebbe tenere in conto nel formare la sua decisione. Nessuna spiegazione è dovuta se ciò possa produrre un grave e serio turbamento delle condizioni fisiche o mentali del paziente.

³⁷³ § 110: il trattamento medico praticato arbitrariamente:

1 Chiunque cura un'altra persona senza il consenso di lei e così viola le regole della scienza medica, è punito con una pena privativa della libertà personale fino a sei mesi o con una pena pecuniaria rappresentante al massimo 360 volte il tasso giornaliero;

2 Se l'autore non ha sollecitato il consenso della persona curata, credendo che la vita o la salute di tale persona sarebbe stata messa in pericolo dal ritardo nella terapia, non dovrà essere punito ai sensi del comma 1, poiché, se il pericolo supposto non esisteva, egli avrebbe potuto rendersene conto dando prova dell'attenzione necessaria;

3 L'autore non può essere perseguito se non a querela della persona arbitrariamente curata.

Per quel che riguarda i paesi di common law, la Giurisprudenza ha, ormai da tempo, enucleato il concetto di battery (violenza), ossia ogni procedura diagnostico-terapeutica non sostenuta da esplicito e documentato consenso³⁷⁴.

Si tratta di una situazione comportamentale illecita in sé, anche se non seguita da esito infausto³⁷⁵, che realizza certamente una tutela più avanzata del paziente³⁷⁶.

È ora importante sempre in una prospettiva de iure condendo, sottolineare un'ulteriore monito: "si deve evitare che la valorizzazione del consenso, nata a tutela del malato e per rafforzare la solidarietà fra medico e paziente, si risolva, ove esasperata, in uno strumento di garanzia del medico di fronte alla legge: ciò secondo l'ottica di quella medicina difensiva, ben nota alla discussione bioetica anglosassone, che conduce il sanitario a non ricercare tanto la strategia terapeutica più favorevole per il malato stesso, quanto la strada che promette di limitare la prevedibilità di contenzioso civile o penale"³⁷⁷.

Ora, a parte quelle che sono le pur ineludibili esigenze normative³⁷⁸, è importante, al fine di una completa tutela della libertà di autodeterminazione del paziente, cercare di forgiare una moderna coscienza medica.

Bisogna, infatti, confrontarsi con quella concezione, quel luogo comune, che alcuni trovano eticamente inaccettabile, per la quale si

³⁷⁴ Ruggiero F., op. cit.

³⁷⁵ A differenza di quanto avviene nel nostro ordinamento in cui si concentra l'attenzione sull'evento dannoso piuttosto che sulle modalità di comportamento del medico, e quindi la violenza (nel senso di battery) viene invocata solo ove si sia verificato l'evento dannoso.

³⁷⁶ Ruggiero F., op. cit.

³⁷⁷ Eusebi L., Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico penali, in Riv. it. med. leg. XVII, 1995.

³⁷⁸ Del Corso, op. cit., sostiene che: "non ci si deve illudere che l'introduzione di una forma di tutela penale del consenso possa da sola ribaltare il senso, il ruolo e le funzioni della medicina: un risultato rispetto al quale una normativa può rappresentare un primo, importante passo verso un diverso costume di civiltà, non il costume stesso".

ritiene di poter prescindere da un consenso personale del paziente, in vista della protezione globale dell'ammalato, alla quale partecipano, a fin di bene, medici e congiunti³⁷⁹.

Affermare che l'atto di consenso è strettamente personale e che non può essere delegato ad altri, non consente di condividere la nuova idea di un consenso sociale, in quanto il medico non può, nella speranza di ricevere un assenso dal malato, coinvolgere familiari e amici dell'avente diritto³⁸⁰.

"le prassi dell'informazione per interposta persona, dell'aberrante conseguenza della sostituzione decisionale paziente-parente, la confusione di idee in fatto di consenso presunto sono indici della scarsa considerazione dedicata al paziente come persona, in quanto artefice del proprio divenire e delle scelte che lo riguardano ... con ciò sottovalutando la capacità di ognuno di elaborare e di reagire di fronte ad eventi infausti che lo riguardano, e dall'altro confondendo i piani dei diritti (dei pazienti) e doveri (dei medici) con quello delle oggettive difficoltà (dei pazienti ad accettare l'informazione, dei medici a presentarla in modo adeguato)"³⁸¹.

Non a caso, un significativo punto di arrivo del dibattito europeo è rappresentato dalla Guida Europea di Etica Medica (Parigi 1982, modificata nel 1987 in Principi di etica medica europea), documento fondamentale a cui si sono ispirati tutti i codici di deontologia medica della Comunità Europea.

La guida dà particolare rilievo al consenso del paziente e, nel definirlo esplicitamente informato, precisa che "salvo il caso di urgenza, il medico illustrerà al malato gli effetti e le conseguenze prevedibili della terapia", e solo in un secondo momento "acquisirà il consenso del paziente, soprattutto quando gli atti proposti comportino un rischio serio".

In Italia, solo di recente, il consenso informato ha ottenuto il pieno riconoscimento:

³⁷⁹ Rodriguez D., op. cit.

³⁸⁰ Eibenstein F., op. cit.

³⁸¹ Rodriguez D., op. cit., pag. 1164.

il codice deontologico, all'art. 30, prevede, infatti, che " 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 nell'informarlo dovrà tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche.

Ogni ulteriore richiesta da parte del paziente dovrà essere soddisfatta. Il medico deve altresì soddisfare le richieste di informazioni del cittadino in tema di prevenzione.

Le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste tali da poter procurare preoccupazioni e sofferenze devono esser 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 l'informazione deve essere rispettata".

Ora, anche se si sono avanzate legittime perplessità sulla natura di fonte delle norme del codice deontologico³², questo deve costituire la base di un mutamento, nelle concezioni del medico, del rapporto medico-paziente al fine di salvaguardare e rendere effettiva la c.d. therapeutic alliance e trasformare, così, il consenso del paziente da atto di affidamento in atto di partecipazione³³.

responsione

La colpa professionale
nella sanzione disciplinare

4.1. LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO DIPENDENTE DEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE

In ordine alla specifica responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale, è opportuno premettere che la previsione di cui all'art. 28 d.p.r. 761/79, che fa rinvio al T.U. degli impiegati civili dello Stato, per autorevoli interpreti – seguiti anche da una certa Giurisprudenza – sembrava introdurre una differente disciplina per i medici dipendenti pubblici, rispetto a quelli privati.

In particolare, si è affermato che il medico dipendente rispondeva personalmente dei danni arrecati ad altri nell'esercizio delle proprie attribuzioni solo se si verificasse un danno ingiusto – violazione di un diritto soggettivo commesso con dolo o colpa grave – mentre negli altri casi il terzo danneggiato poteva soltanto agire contro la pubblica amministrazione, che avrebbe avuto poi la facoltà di rivalersi nei confronti del proprio medico dipendente.

La disparità di trattamento che ne è derivato dall'abbracciare tale interpretazione, invero non del tutto comprensibile, è stata superata considerando l'art. 28 norma generale e valorizzando la specialità della disciplina dettata dal codice civile in merito alle professioni intellettuali, che troverebbero pertanto applicazione, anche in riferimento ai medici dipendenti.

Ciò premesso, l'orientamento della Giurisprudenza è stato caratterizzato da diverse fasi: inizialmente la giurisprudenza (Cass. 2750/1988-2428/1990) ha ritenuto che l'accettazione di un paziente all'interno di una struttura determinava l'instaurarsi di un rapporto contrattuale soltanto tra quest'ultimo e l'Ente.

³² Pisapia, Libera professione e colpa per omissione, in Studi di diritto penale, Padova, 1956, pag. 369.

³³ Del Corso S., op. cit.

Il medico, pertanto, agendo nella sua qualità di "organo" del soggetto pubblico, avrebbe con il malato un rapporto "giuridicamente indiretto". Pertanto la sua responsabilità sarebbe di tipo extracontrattuale con la conseguenza, tra l'altro, della prescrizione del diritto del paziente al risarcimento nel termine di 5 anni.

Un diverso orientamento, introdotto dalla Sentenza della Cassazione n. 2144/1988, non fa alcuna distinzione tra la responsabilità dell'ente pubblico ospedaliero e del medico dipendente: in ogni caso si tratta di natura contrattuale di tipo professionale.

Le decisioni ispirate a tale principio si basano, appunto, sul disposto dell'art. 28 Cost. il quale prescrive che "i funzionari e dipendenti dello stato e degli enti pubblici, sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative degli atti compiuti in violazione dei diritti". Su tale presupposto l'ente e il sanitario risponderebbero ugualmente per responsabilità contrattuale.

Un più recente, ma ormai consolidato, orientamento della Suprema Corte (Cass. 589/1999) fa invece riferimento al cd. "contatto sociale" che si ritiene dia origine ad un "rapporto contrattuale di fatto". Il "contatto" che si crea al momento dell'accettazione del paziente in ospedale – pur non costituendo formalmente un atto negoziale – dà origine ad una vera obbligazione da parte del sanitario accettante, con la conseguenza che quest'ultimo diviene contrattualmente responsabile verso il "malato" che abbia subito un danno.

In altri termini, la prestazione sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due.

Da tutto ciò consegue che *"la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente ha radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui accertata la stessa, risulterà contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi"* (Cass. 589/1999).

Ciò premesso, non bisogna sottovalutare la possibilità – consentita dall'ordinamento italiano – di cumulare l'azione contrattuale a quella extracontrattuale, nel caso in cui un'unica

condotta del medico sia lesiva degli specifici obblighi nascenti dal contratto (una specifica cura, un trattamento determinato) e del generico diritto alla salute tutelato dalla costituzione. La scelta, ben inteso, avverrà sulla scorta di una valutazione del danneggiato che terrà conto delle differenze di disciplina, dell'eventuale decorso del termine prescrizione più breve, anche se l'auspicato avvicinamento dei criteri di disciplina delle due forme di responsabilità potrà forse in futuro allineare ancor di più le stesse, anche per il tramite di appositi interventi legislativi.

Altre pronunce successive³⁸⁴, basandosi sulla presente, hanno confermato l'impostazione che si è cercato d'illustrare, spingendosi anche alla disamina dei casi simili³⁸⁵.

³⁸⁴ Cfr. Cass. civ. sez. III, 27 maggio 1993, n. 5939: <<La responsabilità dell'Ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, e del medico suo dipendente per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico pubblico (o privato), tra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha natura contrattuale di tipo professionale. Ne consegue che la responsabilità diretta dell'ente e quella del medico, inserito organicamente nella organizzazione del servizio, sono disciplinate in via analogica dalle norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto di opera professionale, senza che possa trovare applicazione nei confronti del medico la normativa prevista dagli art. 22 e 23 del d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3 con riguardo alla responsabilità degli impiegati civili dello Stato per gli atti compiuti in violazione dei diritti dei cittadini.>> Panfilì c. Boghi, in Giust. civ. Mass., 1993, 933 (s.m.); Cass. civ. sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, Guzzelmini c. Usl, in Rass. dir. civ., 1995, 908 nota (VENNERI).

³⁸⁵ Come nel caso della clinica privata, Tribunale Napoli, 15 febbraio 1995: <<Il ricovero di un paziente in una casa di cura privata è caratterizzato dalla nascita di un contratto a prestazioni corrispettive avente ad oggetto, da parte dell'ente, l'obbligo di porre in essere un'attività sanitaria polivalente non dissimile, nella sostanza, da quella apprestata da un ospedale, costituendo la prestazione del medico operante il profilo essenziale e maggiormente qualificante della suddetta attività e a nulla rilevando che il medico operi in quel centro una o infinite volte. Ne consegue che, in caso di erronea esecuzione dell'operazione chirurgica, la casa di cura privata risponde ex art. 2049 c.c. solidalmente con il medico dei danni prodotti, essendo sufficiente che vi sia un potere di direzione e vigilanza dell'ente privato sull'attività del medico, in virtù di un rapporto non occasionale ma non

In conclusione, è opportuno accennare all'azione di rivalsa dell'ente ospedaliero nei confronti del medico dipendente, una volta accertata la responsabilità di quest'ultimo e osservare che la giurisdizione spetta alla Corte dei Conti³⁹⁶.

Del danno causato dal medico, nell'esercizio della sua professione, rispondono anche altri soggetti; assai spesso. Infatti, il danneggiato domanda il risarcimento anche nei confronti di soggetti tenuti al risarcimento con il medico (il membro dell'équipe), ovvero con il medico e per il medico (il datore di lavoro pubblico o privato o la pubblica amministrazione).

Pertanto il medico autore di un danno è oggi chiamato a rispondere del proprio operato non soltanto dal paziente che si afferma danneggiato, ma anche da terzi che hanno risarcito il danno al paziente, ed agiscono in rivalsa nei confronti del medico.

³⁹⁶ necessariamente di lavoro subordinato, che può essere anche temporaneo e non continuativo.>> Cosentino c. Magli e altro, in Foro napoletano, 1996, 76; in Gius. 1996, 87 (s.m.).

E ancora si veda Tribunale Roma 28 giugno 1982: <<L'attività che un chirurgo, libero professionista, svolge presso una casa di cura privata, quanto meno in virtù di un non occasionale rapporto d'esecuzione d'opere, comporta, per sua natura, un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza tra la casa di cura committente ed il chirurgo preposto; ne consegue che, in caso di danni derivanti da un intervento chirurgico erroneamente eseguito per imperizia dell'operatore, oltre alla responsabilità di costui verso il paziente per il fatto illecito (ex art. 2043 c.c.) sussiste, con vincolo solidale, la responsabilità contrattuale (ex art. 1218 e 1228 c.c.) ed extracontrattuale (ex art. 2049 c.c.) della predetta casa di cura>>. G. Z. c. A. F. e altro, in Temi romana, 1982, 601 (nota).

³⁹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. un., 15 luglio 1988 n. 4634: <<Spetta alla giurisdizione della corte dei conti l'azione di rivalsa promossa da ente ospedaliero (poi trasformato in U.S.L.) nei confronti del dipendente a seguito d'intervenuta condanna al risarcimento dei danni arrecati a terzi (nella specie lesioni personali provocate da un medico nel corso di un intervento chirurgico), atteso che l'art. 103 cost. attribuisce al giudice contabile tutte le ipotesi di responsabilità per danni arrecati agli enti pubblici da persone aventi con questi vincoli d'impiego o comunque di servizio, come conseguenza della violazione di tali rapporti, tra i quali rientrano, in carenza di esplicite deroghe legislative, i rapporti tra U.S.L. e propri dipendenti>>. Lucherini c. Comune Roma in Riv. corte conti 1988, fasc. 4, 236.

Per gli enti privati e le persone fisiche esercenti attività sanitaria, non esiste alcun obbligo di assicurare la responsabilità civile propria e dei propri dipendenti.

Il medico dipendente di una struttura privata, pertanto, non potrà mai essere certo dell'esistenza di una copertura assicurativa della propria responsabilità civile, in virtù di una polizza stipulata dal proprio datore di lavoro.

Per gli enti pubblici, invece, e segnatamente per le aziende sanitarie e le aziende ospedaliere l'art. 28 del d.p.r. 761/79 stabilisce che la Pubblica Amministrazione ha la facoltà, e non l'obbligo, di garantire il personale dipendente, mediante adeguata polizza di assicurazione per la responsabilità civile, dalle eventuali azioni giudiziarie promosse da terzi, ivi comprese le spese di giudizio.

Qualora la Pubblica Amministrazione decida di stipulare le polizze su indicate, queste ultime non devono contemplare il diritto di rivalsa dell'assicuratore, salvo i casi di dolo o colpa grave.

L'ignoranza non è più ammessa. Oggi accade infatti che molti enti ospedalieri chiedono ai medici le coordinate delle polizze personali per una copertura in solido con la loro compagnia in caso di richieste risarcitorie.

Le aziende ospedaliere incontrano crescenti difficoltà nel coprire con le loro polizze la responsabilità civile dei medici dipendenti: sono riuscite finché i premi non sono triplicati per far fronte agli oneri crescenti del settore.

Le Compagnie, infatti, non considerano più la polizza del medico come copertura a secondo rischio: l'assicurazione personale del medico non subentra più automaticamente una volta esaurito il massimale dell'ospedale, ma può entrare in gioco subito dopo che si è evidenziato il danno per la denuncia dei pazienti.

Può poi accadere che un ospedale sia assicurato con coperture insufficienti dati il numero e l'entità delle richieste di risarcimento. Senza contare che molti ospedali per contenere le spese assicurano solo i rischi per i quali rispondono direttamente, connessi all'organizzazione dei reparti.

De iure condendo, appare sempre più ineludibile la necessità di rendere obbligatoria per legge l'assicurazione per responsabilità civile, per medici, paramedici e strutture sanitarie.

Una simile riforma avrebbe il pregio di garantire da una parte i pazienti e dall'altra gli operatori sanitari, rendendo i primi certi del dovuto risarcimento e i secondi, più sereni e quindi efficienti nell'agire, impedendo alle compagnie assicuratrici di "fuggire" da un così difficile settore. Inoltre la sostanziale socializzazione del rischio sanitario, indurrebbe, finalmente, legislazione, dottrina e soprattutto, giurisprudenza ad una maggiore attenzione e severità nei confronti di richieste di risarcimento discutibili, quando non addirittura basamente speculative, o sostanzialmente truffaldine.

Occorrerebbe comunque "addestrare" gli operatori a fare la cosa giusta, a seguire protocolli che riducano il rischio, e quindi l'errore, significa agire in anticipo, impedendo, almeno in molti casi, il verificarsi del danno.

Punto di partenza di un'efficace azione di prevenzione è l'introduzione, anche nell'attività sanitaria, di metodologie di *risk management*.

Il clinical risk management concerne il sistema di linee guida, protocolli, percorsi, procedure e prassi organizzative e cliniche adottate all'interno di un ospedale per ridurre le probabilità che si verifichino eventi e azioni potenzialmente in grado di produrre effetti negativi o inattesi sullo stato di salute del paziente.

Il ricorso alla gestione del rischio sta diventando sempre più imperativo per le strutture sanitarie; negli ultimi anni infatti è andata progressivamente aumentando la sensibilità e l'attenzione di coloro che hanno responsabilità organizzative e cliniche all'interno degli ospedali alle tecniche di risk management.

A fronte del mutato atteggiamento degli utenti ed all'esigenza di stipulare contratti di assicurazione a tutela degli utenti e dei professionisti gli ospedali hanno dovuto avviare percorsi ed azioni di "reingegnerizzazione" delle proprie prassi, al fine di introdurre procedure e soluzioni che garantiscano la riduzione del rischio a tutela

degli utenti, dei professionisti ed al fine di poter dimostrare alle compagnie assicurative la presenza di procedure e prassi in grado di ridurre il rischio clinico e, quindi, il premio assicurativo. Questo è possibile solamente se si prevede una completa riorganizzazione dei sistemi attraverso programmi di miglioramento continuo che, idealmente, dovrebbero correggere automaticamente gli errori quando si verificano.

In pratica, il cuore di questi sistemi è la capacità di identificare ogni tipo di errore, sviluppare meccanismi che riducano la probabilità che si verifichino, ridurre il ricorso a fattori umani, migliorare l'accesso alle informazioni, standardizzare i processi e garantire una formazione ed un aggiornamento continui degli operatori sanitari.

4.2 LA RESPONSABILITÀ MEDICA D'EQUIPE

L'esperienza odierna assegna all'attività medica svolta nella forma d'équipe un ruolo del tutto peculiare, in quanto legata alla crescente specializzazione delle singole materie ed è sempre più costante la necessità che, per i trattamenti sanitari, intervengano diversi specialisti in regime di collaborazione.

L'osservatorio della Dottrina e della Giurisprudenza su tale forma di esercizio della professione, appare, ad oggi, ancora limitato, nonostante numerosi lavori³⁸⁷ comincino a dedicare ad essa spazi più ampi. In materia penale l'individuazione della responsabilità del medico è facilmente risolto dall'art. 27 della Costituzione, secondo il

³⁸⁷ È certamente il caso de P. STANZIONE V. ZAMBRANO, Attività sanitaria e responsabilità civile, Il diritto privato oggi. Serie a cura di Paolo Cendon, Milano, 1998, 459 e segg.. Tra gli altri: E. BELFIORE, Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in équipe (nota a sent. App. Bari 26 gennaio 1981, Lilli e altro), in Foro it., 1983, II, 167. V. PIRRONE, Responsabilità dell'équipe chirurgica, in Giur. merito, 1990, 1141. M. ANTINOZZI, Riflessi assicurativi della responsabilità del lavoro in équipe, in Dir. e prat. assicur., 1982, 381.

quale la responsabilità penale è personale. Ne consegue che il sanitario, che abbia tenuto una condotta penalmente rilevante nello svolgimento della propria attività professionale – sia essa in forma autonoma o in équipe – è in ogni caso punito a norma di legge.

Nell'ipotesi, quindi, che l'attività professionale sia svolta da una équipe medica, la responsabilità penale sarà attribuita personalmente all'operatore sanitario, in ragione del preciso comportamento da lui assunto, indipendentemente dalle colpe e responsabilità addebitabili agli altri componenti dell'équipe.

In materia civile, invece, il riconoscimento della responsabilità in capo al professionista dipende, in parte, dal ruolo da lui assunto nell'ambito della équipe.

Occorre pertanto distinguere, preliminarmente, l'ipotesi in cui l'équipe sia diretta e coordinata da un medico in funzione di *capo-équipe* (ad esempio il primario), da quella in cui sia composta da sanitari che operino in posizione autonoma e paritaria.

Nel primo caso, è facile comprendere, come il medico preposto alla direzione dell'intervento o del trattamento sanitario abbia non solo il compito di coordinare e orientare l'attività degli altri professionisti, ma anche il preciso dovere di vigilare sul loro operato. Il *capo-équipe* dovrà quindi assolvere i doveri derivanti dall'esercizio della propria attività medica e, al contempo, verificare il rispetto di tali doveri anche da parte dei suoi collaboratori.

Lo stesso dovrà usare particolare diligenza nella scelta dei suoi assistenti, onde evitare di dover rispondere personalmente dei danni da questi determinati. È utile, al tal proposito, richiamare la norma di cui all'art. 1228 c.c. secondo la quale il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi e colposi di costoro, salva diversa volontà delle parti.

Pertanto, il paziente danneggiato da un comportamento colposo del professionista, membro di un'équipe medica, potrà comunque pretendere il risarcimento del danno dal *capo-équipe*, tanto a titolo di *culpa in eligendo* quanto di *culpa in vigilando*: sia per non aver avuto la necessaria diligenza atta a prevenire il danno, sia per non aver controllato l'operato dei suoi collaboratori.

Nel caso in cui, invece, i medici operino in posizione autonoma e paritaria, vige il "principio dell'affidamento", per il quale ogni membro dell'équipe deve assolvere i propri doveri professionali con diligenza, prudenza e perizia al fine di garantire il raggiungimento del risultato auspicato, confidando al contempo nell'adempimento preciso degli stessi obblighi da parte dei colleghi.

In sostanza, ogni sanitario deve potersi concentrare sul corretto adempimento della propria prestazione professionale, operando in autonomia e senza ingerenze da parte di altri, salvo il caso in cui la sua cattiva condotta comprometta il buon esito dell'intervento o del trattamento medico. Se ciò non accade, il principio di affidamento viene meno ed il collega che si avveda di una situazione di pericolo determinata da tale condotta negligente, è autorizzato non solo ad ammonirlo, ma anche ad intervenire per evitare che il buon esito dell'intervento o terapia sia compromesso³⁸⁸.

Pertanto, di regola, ogni medico è responsabile della propria condotta e risponde dei danni eventualmente derivanti, salvo che egli non abbia contribuito in un modo o nell'altro ad agevolare la

³⁸⁸ Cfr. Pretura Genova 13 novembre 1991: Nel caso di morte per arresto cardiaco di un bambino di nove anni, verificatasi nel corso di un'operazione di appendicectomia eseguita da una équipe medica ospedaliera, rispondono di omicidio colposo: a) l'anestesista per aver omissso, durante la fase preparatoria dell'intervento, di intubare il paziente e di applicargli il monitor dell'elettrocardiogramma, in violazione di regole di condotta dettate da precisi codici deontologici e dalla migliore letteratura medica con riguardo agli interventi d'urgenza; b) il primario anestesista, intervenuto successivamente in via di ausilio, per aver fatto interrompere anzitempo il massaggio cardiaco con una decisione frettolosa e inconsulta, quando i segni del decesso erano ancora dubbi; c) i tre chirurghi per aver omissso, constatane la affrettata ed inconsulta desistenza, di sostituirsi ai due anestesisti non potendo ignorare, alla stregua del necessario corredo professionale di ogni medico anche generico, che la pratica rianimatoria del massaggio cardiaco avrebbe dovuto essere protratta per un tempo non inferiore alla mezz'ora ed essere accompagnata da idonea terapia farmacologica cardio-stimolante. f, Galliccia e altro, in Foro it., 1992, II, 586. Per un'analisi approfondita della sentenza in oggetto, si veda P. STANZIONE V. ZAMBRANO, op. cit., 483 e segg. [2] Art. posi di costoro.

determinazione di un danno provocato dall'altrui attività ed allora risponderà in solido con questi, al risarcimento di tutti i danni.

Un esempio calzante di quanto sopra evidenziato può essere quello dello specialista in anestesia che è responsabile della fase pre-operatoria inerente per l'appunto l'anestesia del malato.

In tale sede egli deve sovrintendere anche all'operato degli infermieri professionali che, sotto la sua guida, devono compiere le attività ausiliarie di posizionamento del malato e di assistenza agli atti anestesiológicos. Quando tale fase pre-operatoria si conclude, con il conseguente trasferimento del malato in sala operatoria, il *capo équipe* non può certo riconfermare da capo tutta la fase pre-operatoria già trascorsa, né sembra lecito imputargli comportamenti negligenti attribuibili alla condotta dell'anestesista, che non si riferiscano ad evidenti situazioni di non diligenza suo - del *capo équipe* - comportamento.

In altre parole, se l'operando venisse per ipotesi trasportato in sala operatoria visibilmente ancora non completamente addormentato dell'anestetico, il capo équipe non potrebbe certo esimersi dall'attivare il suo potere-dovere di supervisione e correggere gli esiti verificabili ed evidenti della prestazione anestesiológica. Così come dovrebbe attivarsi nel caso di evidenti mancanze nella preparazione della strumentazione della quale dovrà poi servirsi, o se dovesse avvedersi di eventuali condizioni di incapacità di alcuni suoi collaboratori.

In conclusione, sembra opportuno riaffermare, da un lato, la funzione di coordinamento e supervisione del capo équipe, sia esso il primario o il chirurgo che in quel momento ne fa le veci, dall'altro, non individuare nello stesso sanitario il centro d'imputazione di ogni e qualsiasi comportamento non diligente dei suoi collaboratori, nei limiti in cui tale condotta non possa obiettivamente essere ricondotta ad un suo mancato controllo, avuto riguardo alle condizioni peculiari del caso, di tempo e di luogo.

La professionalità di ciascun membro dell'équipe, infatti, come detto, pur diversificata in ragione delle acquisite competenze specialistiche, ricomprende nel suo corredo nozioni che possono essere valorizzate ed utilizzate anche per intervenire laddove la

condotta di altro membro - sia esso di pari grado o gerarchicamente ad esso sovraordinato - risulti indiligente e potenzialmente dannosa.

Un profilo di potenziale complicità è certamente quello relativo all'esatta configurazione della responsabilità dell'ente ospedaliero, sia essa diretta o indiretta e pertanto disciplinata dalle norme sulla responsabilità per fatto altrui ovvero su quella per fatto degli ausiliari. Nella pratica accadrà comunque che l'operato dei componenti l'équipe sarà sottoposto a giudizio di responsabilità chiamando anche in giudizio l'ente ospedaliero, a prescindere dall'esatta configurazione della sua responsabilità.

4.3 LA RESPONSABILITÀ PER FATTO DEGLI AUSILIARI

Quando nell'esecuzione di un rapporto obbligatorio il debitore principale dell'obbligazione si avvale di ausiliari nell'esecuzione della prestazione, possono sorgere problemi in ordine all'esatta individuazione del soggetto che è tenuto a rispondere dei danni provocati dagli ausiliari medesimi.

L'art. 1228 cod. civ.³⁶⁹ risolve il dilemma, disponendo che il debitore risponde anche dei fatti dolosi o colposi commessi dai terzi dell'opera dei quali si avvalga nell'adempimento dell'obbligazione.

Appare pertanto subito chiaro il presupposto fondamentale di tale responsabilità: la circostanza che si tratti di fatti posti in essere dall'ausiliario su incarico del debitore, nell'esecuzione del rapporto obbligatorio e che configurino un inadempimento dell'obbligazione che il debitore è tenuto ad adempiere.

Il fondamento di tale impostazione è rintracciabile, secondo la più autorevole dottrina, nell'esigenza che il creditore possa fare

³⁶⁹ 1228. - Responsabilità per fatto degli ausiliari.

Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro.

affidamento sulla responsabilità originaria del debitore che si avvalga di terzi nell'adempimento dell'obbligazione.

I fatti ai quali fa riferimento l'articolo in esame, dunque, debbono comportare un'impossibilità, anche temporanea, della prestazione, che può incidere anche sui momenti relativi ai c.d. oneri preparatori, ovvero arrecare un danno ai beni del creditore, violando così la diligenza richiesta nell'adempimento.

La pertinenza del danno che dovesse prodursi in capo al creditore, rispetto al rapporto obbligatorio sussistente, è descritta da un ventaglio di possibili rapporti sui quali l'esistenza dell'obbligazione produce i propri effetti, nell'ottica del comportamento improntato alla cautela e alla diligenza che il debitore deve tenere per non danneggiare in alcun modo i beni del creditore.

Al di fuori di questa sfera potrebbe tutt'al più sussistere responsabilità extracontrattuale dell'ausiliario nei confronti del creditore.

I criteri di valutazione della responsabilità dell'ausiliario, fatte salve le premesse sulla riconducibilità delle conseguenze al debitore originario, poco sopra accennate, non possono che dipendere dagli stessi criteri in base ai quali viene valutata la diligente prestazione del debitore.

Risulta, pertanto, consequenziale valutare il comportamento dell'ausiliario del prestatore d'opera professionale sulla scorta delle valutazioni precedentemente condotte in materia di responsabilità contrattuale e di diligenza necessaria nell'adempimento, che non sarà semplicemente quella del buon padre di famiglia ma quella specifica, espressa dallo standard medio di riferimento, rappresentato dalla categoria di appartenenza.

Se, inverso, il debitore sia in questo caso un medico, e se è vero che a questi è richiesta la diligenza "del buon medico di famiglia e/o specialista", la medesima diligenza sarà pretesa, a buon diritto, dall'ausiliario, del quale il medico stesso si serva nell'adempire alla propria prestazione.

La suddetta responsabilità dell'ausiliario, evidentemente è da leggersi in rapporto a quella del debitore, nel senso che sul debitore

grava anche l'onere di verificare la rispondenza dell'attività dell'ausiliario alla diligenza richiesta, nonché la pronta attivazione, ogni qualvolta dovesse risultare necessario operare la tempestiva sostituzione dell'ausiliario che non ottemperasse ai propri doveri. Pertanto, non potrebbe certo essere invocata la ricorrenza del caso fortuito - liberatoria di responsabilità - al cospetto della sopravvenuta ed imprevista inidoneità dell'ausiliario alla prestazione dei propri compiti, qualora si potesse dimostrare la prevedibilità di tale emergenza.

Tornando ad un esame più letterale del disposto legislativo, si può notare altresì come la norma indichi nella sussistenza di un incarico, conferito dal debitore, nella nostra fattispecie il medico, all'ausiliario (per es. altro collega) un altro presupposto fondamentale per la sussistenza della fattispecie, non potendo ricollegarsi al debitore una responsabilità che dipenda da atti compiuti dall'ausiliario senza averne ricevuto incarico e pertanto nella insussistenza di un rapporto nel quale il debitore "si vale dell'opera di terzi".

4.4. OMEOPATIA E RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

L'omeopatia, come in genere tutta la cosiddetta medicina alternativa, ha avuto una grande e rapida diffusione soprattutto nei paesi occidentali.

In riferimento in generale alle diverse branche delle medicine alternative si evidenziano due diversi aspetti: al medico è riconosciuta dallo stesso codice deontologico della professione medica (art. 82) la potestà di "praticare metodi innovativi o alternativi, riservando le consolidate esperienze scientifiche", ovviamente sotto personale responsabilità; in secondo luogo, le pratiche alternative andrebbero effettuate sempre e solamente da medici dato che, in ogni caso, è necessario un procedimento diagnostico ed un rigore metodologico applicativo.

È importante, inoltre, distinguere le medicine alternative *sic et simpliciter* e quelle cosiddette tradizionali: quest'ultime, derivanti da

pratiche preesistenti e collaudate, mostrano spesso se non un'efficacia scientifica dimostrata, quantomeno un notevole bagaglio di efficacia empirica.

Le legislazioni dei vari Paesi differiscono notevolmente circa il loro approccio alle medicine alternative; si può osservare una legislazione di tipo "esclusivo", oppure "tollerante", le cosiddette "inclusive" ed, infine, quelle "integrate". Le nazioni occidentali, in genere, adottano un tipo di legislazione esclusiva, con il riconoscimento della sola medicina scientifica, con qualche propensione, in alcuni casi, verso la tolleranza.

In Italia l'omeopatia, inizialmente tollerata, ha assunto un ruolo sempre più rilevante soprattutto negli ultimi anni.

Nel campo della omeopatia vi sono non poche difficoltà nell'individuare i casi in cui ricorre la responsabilità professionale medica; ciò deriva dal fatto che vi è una sostanziale mancanza di risultati scientificamente apprezzabili delle terapie che i medici omeopatici possono predisporre.

Il codice deontologico medico affronta il problema delle "medicine o pratiche alternative", facendo rientrare, in questo campo, tutte quelle pratiche che pretendono di curare il malato, facendo uso di metodologie diverse da quelle ufficiali ed affronta il problema della responsabilità, consentendo l'uso di tali diverse metodologie, però sotto la responsabilità del medico che intende applicarle.

A questo punto il problema del consenso del paziente gioca un ruolo di fondamentale importanza; se infatti l'informazione deve essere completa ed esauriente, al medico che pratichi l'omeopatia, si pongono dei doveri di indiscutibile rilievo deontologico.

Dal momento che l'uso di tali metodologie alternative, è rimesso alla sua cosciente valutazione, nel segno della responsabilità professionale, è conseguenza immediata che la sua opera dovrà essere valutata con particolare diligenza ed inoltre il medico che intende applicare ad un paziente una cura omeopatica per la risoluzione di un caso clinico, in alternativa alla medicina tradizionale, dovrà coscientemente informare il paziente sui benefici scientificamente provati dalla comunità scientifica relativa a tale cura e dovrà essere

sicuro che il paziente abbia esattamente compreso la sua informazione.

Se tutto ciò non avviene, il medico che ha prescritto tale cura alternativa omeopatica, risponderà personalmente di colpa professionale medica per imprudenza, nel caso in cui si presenti un mancato miglioramento della patologia in atto, che normalmente il paziente avrebbe potuto conseguire se invece della pratica omeopatica gli fosse stata prescritta una terapia tradizionale.

L'art. 28 del codice deontologico medico dichiara che *"al medico è riconosciuta piena autonomia nella scelta, nell'applicazione e nella programmazione dell'iter dei presidi diagnostici e terapeutici, anche in regime di ricovero, fermi restando i principi della responsabilità professionale"*. Ogni prescrizione ed ogni trattamento devono essere, comunque, ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche, alla massima correttezza e all'osservanza del rapporto rischio-beneficio.

Il medico è tenuto ad una adeguata conoscenza della natura e degli effetti dei farmaci, delle loro indicazioni, controindicazioni, interazioni e delle prevedibili reazioni individuali, nonché delle caratteristiche di impiego dei mezzi diagnostici e terapeutici che prescrive e utilizza.

Il ricorso a terapie nuove è riservato all'ambito della sperimentazione clinica e soggetto alla relativa disciplina. Sono vietate l'adozione e la diffusione di terapie segrete, scientificamente infondate o non supportate da adeguata sperimentazione e documentazione clinico-scientifica, oppure atte a suscitare illusorie speranze.

4.5 IL CASO DEL CHIRURGO ESTETICO

L'attività del chirurgo estetico (con tale termine intendendosi quella branca della chirurgia plastica non finalizzata alla eliminazione di malformazioni genetiche, o di deformazioni dovute a malattie od incidente ma tesa a rendere "migliore" un aspetto fisico, adeguatamente conforme all'età e a condizioni di salute corrispondente alla norma) si distingue da quella del terapeuta in

generale, che persegue la guarigione da un'infermità o, quantomeno, l'attenuazione delle manifestazioni relative, in quanto tende a conseguire un miglioramento dell'aspetto fisico del paziente che sia consono alle esigenze della sua vita professionale e di relazione.

Escludendo i casi di necessità e di trattamento sanitario obbligatorio per legge, l'esercizio del diritto del paziente di scegliere se sottoporsi ad intervento terapeutico è legato al dovere di informazione, che grava sul sanitario, circa i benefici che dall'intervento possano scaturire, le modalità di intervento, la possibilità di optare tra diverse tecniche operatorie e, infine, i rischi prevedibili in sede post operatoria.

Nel rapporto tra paziente e chirurgo estetico il dovere di informazione ha contenuto più ampio rispetto al corrispondente dovere a carico del terapeuta, in quanto non è limitato alla prospettiva dei possibili rischi del trattamento proposto, ma concerne anche la possibilità di conseguire un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente nella vita professionale e in quella di relazione.

In caso di omissione di tale dovere di informazione, restano a carico del medico i rischi non comunicati e questi risponderà dell'eventuale peggioramento delle attuali condizioni del paziente. Spetta al cliente che abbia subito un esito peggiorativo, in seguito all'intervento di chirurgia estetica e intenda ottenere la dichiarazione di responsabilità del chirurgo, l'onere della prova del mancato assolvimento del dovere di informazione da parte del professionista, l'onere, cioè, di provare che il chirurgo non gli aveva prospettato la possibilità, anche remota, di un peggioramento estetico.

Recentemente la Corte di Cassazione ha ritenuto che i gravi "esiti cicatriziali residuati ad un intervento di chirurgia estetica" possono integrare gli estremi della "alterazione anatomico patologica" dell'organismo e, conseguentemente, qualora il medico non avesse preventivamente e correttamente informato il paziente della possibilità di tali esiti, possono quindi integrare l'elemento oggettivo del reato di lesioni colpose e la possibilità per il paziente di chiedere il risarcimento dei danni morali.

Se la fase preparatoria del negozio è la sede naturale dell'obbligo di informazione, la cui violazione dà luogo a responsabilità precontrattuale. L'obbligo di informazione, tuttavia, non si esaurisce nella fase prodromica alla conclusione del contratto, ma può tras migrare all'ambito contrattuale, divenendo oggetto della prestazione dovuta.

Ciò è apparso, in tutta la sua nitidezza, nella prestazione professionale del medico: una serie di obblighi, quale ad esempio quello di informare il paziente, *prima facie* localizzabili nella fase antecedente all'effettuazione dell'*opus* professionale, sono entrati a pieno titolo nella complessa prestazione dei medici.

Il Supremo Collegio ha, infatti, affermato la responsabilità contrattuale del medico, in particolare, chirurgo estetico che, pur avendo diligentemente eseguito l'intervento abbia ommesso di informare il paziente circa la natura e i rischi dell'operazione: "Nel rapporto tra paziente e chirurgo estetico il dovere di informazione, oltre alla prospettiva dei possibili rischi del trattamento proposto, concerne anche la conseguibilità o meno del miglioramento estetico perseguito dal cliente in relazione alle esigenze della sua vita professionale e di relazione. Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale, la violazione del dovere di informazione gravante sul professionista è fonte di responsabilità contrattuale." Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto che il dovere di informazione del medico nei confronti di una cliente danzatrice professionale spogliarellista, sottopostasi ad un intervento di chirurgia plastica del seno, non fosse stato assolto, quanto al residuo di cicatrici, mediante l'esibizione di alcune fotografie relative ad interventi di analoga natura³⁹⁰.

Da quanto detto, si evince che il chirurgo estetico, se nell'esecuzione della prestazione non è stato negligente o abbia adottato una condotta fondata sull'imperizia, non risponde nei confronti del proprio cliente del mancato raggiungimento del risultato che il cliente si attendeva e che non è tenuto ad assicurare ma, in virtù di quel particolare dovere di informazione, risponde dei danni conseguenti

³⁹⁰ Pollacci c. Baygeli, Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394, *Giur. It.*, 1987, I, 1, 1136, n. ROMANO.

all'intervento, anche inevitabili e non dovuti a negligenza e imperizia, che non siano stati preventivamente prospettati al paziente.

Nella chirurgia estetica, quindi, si tende a valorizzare l'autonomia decisionale del paziente che deve essere informato di tutte le possibili conseguenze dell'intervento, per poterne accettare con consapevolezza tutti i rischi, anche i più remoti.

Per quanto la possibilità di conseguire il risultato voluto sia maggiore che altrove, non si può negare che il buon esito dell'intervento potrebbe essere influenzato da una negativa reattività dell'organismo. È allora preferibile ritenere che il medico assuma un'obbligazione di risultato negativo, nel senso che egli si obbliga a garantire solo il non verificarsi di un peggioramento delle attuali condizioni del paziente.

Secondo parte della giurisprudenza³⁹¹, la responsabilità del chirurgo estetico si profila come responsabilità da carenza del risultato

³⁹¹ La Cassazione: "In tema di responsabilità del medico, connessa all'esecuzione di un intervento chirurgico, l'accertamento del consenso del paziente, essenziale per la liceità di un intervento operatorio, postula la precisa distinzione fra intervento di chirurgia estetica ed intervento operatorio a fini funzionali, al fine di stabilire se l'operazione in concreto eseguita sia diretta all'uno o all'altro tipo di intervento, conformemente alla richiesta dell'interessato, e se, nell'uno o nell'altro caso, quest'ultimo vi abbia acconsentito dopo essere stato opportunamente informato dal chirurgo della effettiva portata dell'intervento, in relazione alla sua gravità, agli effetti conseguibili, alle inevitabili difficoltà, alle eventuali complicazioni ed ai prevedibili rischi coinvolgenti probabilità di esito infausto, così da poter decidere tra l'opportunità di procedere all'intervento, stante la ragionevole aspettativa di successo e la necessità di ometterlo, in mancanza di prevedibili vantaggi, esclusi in ogni caso dalla certezza di esiti infausti permanenti" (Cass. 12/6/1982 Mass. Foro it. 1982, 754). Più recentemente: "Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale, il dovere di informazione gravante sul professionista - la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale e del conseguente obbligo al risarcimento del danno commisurato all'interesse cosiddetto positivo - investe non solo le potenziali cause di invalidità o di inefficacia della prestazione professionale, ma anche le ragioni, che rendono inutile, in rapporto al risultato (ancorché non espressamente dedotto in contratto) sperato dal cliente, o addirittura dannoso - in particolare nel rapporto fra paziente e chirurgo praticante la chirurgia estetica - detto rapporto non è limitato - come nel rapporto fra paziente e terapeuta in genere - alla prospettiva dei possibili rischi, ma concerne anche la conseguibilità o meno del miglioramento estetico perseguito dal paziente in rapporto alle esigenze della sua vita professionale e di relazione" (Cass. 8/8/1985 Foro it. 1986, I, 1, 121).

promesso, in rapporto all'informazione in concreto data al paziente. La Corte d'Appello di Milano con una sentenza (App. Milano 30/4/1991 Foro it. 1991, I, 2, 2855) specifica che il risultato estetico, non costituendo un dato assoluto, deve essere valutato in rapporto alla situazione pregressa del paziente, nonché alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto da parte della tecnica operatoria, così ha escluso la responsabilità del chirurgo nella conduzione dell'intervento in esame. Del resto il consulente tecnico aveva concluso che, tenendo conto delle precedenti condizioni della paziente, il risultato raggiunto poteva senz'altro considerarsi un miglioramento. A giudizio della Corte il professionista sarebbe stato responsabile per danni solo nel caso che, contravvenendo all'obbligo di una corretta informazione, avesse taciuto i possibili effetti dell'intervento o avesse prospettato risultati concretamente irraggiungibili.

È da segnalare, tuttavia, la tendenza giurisprudenziale volta a trasformare l'obbligazione del medico-chirurgo in obbligazione di risultato: ove l'intervento operatorio sia di facile esecuzione, la prova del cliente di un risultato peggiorativo delle condizioni di salute costituisce il fondamento della presunzione di non diligente esecuzione della prestazione.

"Nel giudizio avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità del medico chirurgo per l'infelice esito di un intervento chirurgico, l'onere della prova si riparte tra attore e convenuto a seconda della natura dell'intervento effettuato, e precisamente: a) nel caso di intervento di difficile esecuzione, il medico ha l'onere di provare soltanto la natura complessa dell'operazione, mentre il paziente ha l'onere di provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee; b) nel caso di intervento di facile o routinaria esecuzione, invece, il paziente ha il solo onere di provare la natura routinaria dell'intervento, mentre sarà il medico, se vuole andare esente da responsabilità, a dover dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza od imperizia"³⁹².

Con la sentenza n. 9617 del 1999 (Guida al diritto, 48, 1999, p. 75, n. BATTIONI), la Suprema Corte ha riconosciuto espressamente come

³⁹² Auriennum c. Torella, Cass. civ. sez. III, 4 febbraio 1998, n. 1127, Giur. It., 1998, 1800.

obbligazione di risultato e non di mezzi quella di un medico che aveva proposto e praticato un intervento di incollaggio alle tube a una paziente, poi rimasta incinta, quale metodo anticoncezionale sicuro al 100%.

Ciò premesso si rileva come sarebbe, comunque, eccessivamente penalizzante per il chirurgo estetico valutare la sua responsabilità secondo i canoni relativi alle obbligazioni "di risultato".

Sembra in effetti più corretto, spostare l'attenzione dall'inquadramento tradizionale della prestazione in oggetto, nell'alveo delle obbligazioni "di risultato" ovvero in quelle "di mezzi", ad un piano diverso che privilegi la fase della definizione del contenuto della prestazione del chirurgo estetico, data la delicatezza particolare che in questa specialità assume anche la prestazione del consenso da parte del paziente.

È il chiarimento del contenuto della prestazione³⁹³, in sede contrattuale, da farsi per iscritto, che formalizzerebbe, disegnandone i confini, ad un tempo e l'informazione sul trattamento e i limiti di responsabilità del chirurgo, che si impegni ad una determinata opera.

A questa posizione si oppone una considerazione di non poco conto: discriminare la specialità in esame sostenendo la necessità di valutare più rigorosamente la fase dell'informazione e della prestazione del consenso, significherebbe introdurre, all'interno della scienza medica, una differenziazione che non trova specifiche ragioni deontologiche per essere sostenuta³⁹⁴.

³⁹³ M. MILANCETTI, La responsabilità del chirurgo estetico, in *Giur. it.*, 1997, 2, IV, 357 e segg.

³⁹⁴ A questo proposito può leggersi la sen. della Cass. civ. sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014, ove si dice che: «Un consenso immune da vizi non può che formarsi dopo aver avuto piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione e dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, sicché presuppone una completa informazione sugli stessi da parte del sanitario o del chirurgo, senza che possa distinguersi, sotto tale profilo, tra chirurgia riabilitativa e chirurgia estetica (con particolare riferimento alla chirurgia estetica, Cass. 8.8.1985, n. 4394; Cass. 12.6.1982, n. 3604). Solo così il paziente potrà consapevolmente decidere se sottoporsi all'intervento o se ometterlo, in un bilanciamento tra vantaggi e rischi, specie allorché si tratti di intervento non necessitato, come nel caso della chirurgia estetica.» Sforza c. Milesi Olgiati, in *Foro it.*, 1995, I, 2913 nota (SCODITTI); in Nuova giur. civ. commen., 1995, I, 937 nota (FERRANDO).

L'elaborazione giurisprudenziale, comunque, non si è fermata a questo, creando, con non poche perplessità tra gli stessi giudici della Suprema Corte³⁹⁵ un'ennesima differenziazione all'interno della categoria delle prestazioni poste in essere dal chirurgo estetico, ossia quella tra interventi di chirurgia estetica "ordinari", ed interventi di chirurgia estetica c.d. "ricostruttivi".

Questi ultimi sarebbero interventi riferibili a casi, come quello trattato dalla sentenza in commento, nei quali sia stato il paziente stesso a procurarsi volontariamente alcune alterazioni – nel caso di specie tatuaggi osceni e ripugnanti – per poi volerne conseguire l'eliminazione. Di fronte a casi simili il contenuto dell'obbligo d'informazione sarebbe diverso rispetto a quello richiesto, al contrario, nei casi di chirurgia estetica "ordinaria", dovendosi nel primo caso adempiere all'obbligo d'informazione del paziente in modo meno rigoroso e limitato agli esiti eventuali che potrebbero rendere vana l'operazione e non dovendo il medico spingersi oltre nell'informazione diligente al paziente.

Ebbene, tale conclusione potrebbe portare una distinzione, del tutto inaccettabile, tra pazienti di serie a) e pazienti di serie b), consentendo al chirurgo una modulazione del proprio dovere d'informazione piena del paziente assolutamente discrezionale, dando accesso di fatto ad un'alterazione del contenuto della sua prestazione, che parrebbe ricollegato ad una valutazione del medico stesso sulla identificazione del tipo d'intervento – ricostruttivo/non ricostruttivo – che non appare fondata.

Sembra, in conclusione, che la strada intrapresa, caratterizzata dalla rivisitazione della distinzione tradizionale tra prestazioni "di

³⁹⁵ Si tratta della sen. Cass. civ., 9 aprile 1997, n. 3046, Veneziano - Amendola, in *Giur. it.*, recentissime, IV dispensa, aprile 1997, commento di Vincenzo Carbone. Cfr., *Ibidem*: «Nel contratto avente ad oggetto una prestazione di chirurgia estetica, il sanitario può assumere una semplice obbligazione di mezzi, ovvero anche una obbligazione di risultato, da intendersi quest'ultimo non come un dato assoluto ma da valutare con riferimento alla situazione pregressa ed alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto dalle tecniche operatorie.»

mezzo" e prestazioni di "risultato" possa fornire fecondi apporti anche nei settori che, in virtù di tale differenziazione, hanno subito maggiormente le sue estremizzazioni, spostando piuttosto l'attenzione sulla corretta e completa informazione del paziente³⁶ e sulla prestazione cosciente del consenso al trattamento al quale si deve sottoporre; su tali premesse si potrà definire a quale prestazione il sanitario è chiamato e quali siano i confini di responsabilità che l'obbligazione che ha assunto descrivono, senza fondare la qualità dell'informazione da fornire su differenti categorie di prestazioni, dando seguito a bizantine distinzioni, piuttosto sottolineando l'importanza di un'informazione sempre diligente quale contenuto indefettibile della prestazione del sanitario.

4.6 IL NESSO DI CAUSALITÀ

Come noto, un elemento fondamentale del reato, ai sensi dell'articolo 40 del codice penale, è il nesso di causalità materiale e giuridica tra la condotta (o azione) volontaria e l'evento di danno.

Il fatto-reato è costituito, pertanto, oltre che dall'elemento psicologico (dolo o colpa), anche dalla condotta e dall'evento dannoso, quale conseguenza della prima.

È da rilevare che la disposizione contenuta nell'art. 40 c.p., fa riferimento all'evento dannoso e pericoloso.

Il 2° co dell'articolo in esame, prevede in particolare l'ipotesi generale del delitto omissivo improprio: "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

³⁶ Cfr. Cass. civ., sez. II, 8 agosto 1985 n. 4394: «<Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale, la violazione del dovere di informazione gravante sul professionista e' fonte di responsabilità contrattuale e del conseguente obbligo di risarcimento del danno commisurato all'interesse c.d. positivo. Tale dovere investe oltre le potenziali cause di invalidità d'inefficacia della prestazione professionale anche le ragioni che la rendono inutile o dannosa in rapporto al risultato (ancorché non espressamente dedotto in contratto)>> Pollaci c. Bayali, in Giur. it., 1987, I, 1, 1136 (nota).

L'art. 41 c.p. successivo stabilisce che le cause preesistenti, simultanee o sopravvenute alla condotta umana, anche se da essa indipendenti, non fanno venir meno la responsabilità penale del soggetto considerato. Infatti, il concorso delle cause non esclude il rapporto di causalità. Solamente le cause sopravvenute possono escludere il nesso causale, qualora siano sufficienti a produrre l'evento dannoso (art. 41 co. 2 c.p.).

Gli artt. 40 e 41 c.p. sopra riportati esprimono due principi strettamente connessi: il principio della *conditio sine qua non* e dell'equivalenza delle cause; ciascuna causa concorrente è considerata alla stregua delle altre, determinanti il verificarsi del fatto-reato.

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza (Cass. pen. sez. IV del 23 gennaio 1990), il nesso di causalità, nell'ambito della responsabilità medica, deve essere accertato secondo il criterio della probabilità e non della necessaria certezza.

Buona parte della giurisprudenza ritiene che l'accertamento del nesso causale deve basarsi sulle leggi statistiche esistenti: infatti, una conoscenza basata sulle leggi universali sarebbe impossibile.

Secondo l'orientamento in oggetto, si avrebbe responsabilità penale medica, qualora si accertasse che l'intervento avrebbe salvato la vita o comunque evitato l'evento dannoso, secondo una valutazione d'alta probabilità.

Nell'ipotesi trattata dalla Giurisprudenza circa l'omessa inoculazione del siero antitetanico, la Suprema Corte ha ritenuto sussistere l'errore diagnostico, in quanto non era stata effettuata "una tempestiva diagnosi del processo infettivo pur in presenza della sintomatologia". Nel caso in esame, l'omissione del medico aveva aumentato del 30% il rischio di morte, secondo le leggi scientifiche e statistiche acquisite. Il criterio della probabilità deve essere accompagnato, pertanto, dal principio dell'aumento del rischio.

Autorevole Giurisprudenza (Cass. 6 dicembre 1990) parla di "causalità scientifica perché fondata sulla migliore scienza ed esperienza del momento".

Le conoscenze acquisite dalla scienza medica non escludono, però, l'accertamento del rapporto causale in termini di certezza; in

mananza di questa, il giudizio deve essere altamente probabile e rapportato al momento della commissione del fatto (giudizio *ex ante*).

La storica sentenza della Corte costituzionale n° 364 del 1988 affianca il concetto della probabilità a quello della prevedibilità e prevenibilità delle conseguenze dannose.

Il medico risponde penalmente nell'ipotesi in cui poteva prevedere e prevenire il fatto-reato, quale conseguenza della sua condotta, in base alle regole di generalizzata esperienza (leggi scientifiche o statistiche di copertura o criterio dell'*id quod plerumque accidit*).

L'orientamento summenzionato è conforme al principio di colpevolezza, inteso sotto l'aspetto obiettivo ed in coordinazione con la lettura combinata dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost. (v. Cass. pen. sez. IV n. 7151 del 11 gennaio 1999).

La giurisprudenza di legittimità su indicata ritiene che la valutazione della causalità, nell'ambito della responsabilità omissiva, presenta maggiori difficoltà.

Il medico assume una posizione di garanzia nei confronti del paziente; a quest'ultimo deve garantire "la conservazione al meglio della vita".

Nell'ambito dei reati omissivi, la "condotta comandata" (o esigibile concretamente) deve inserirsi nel decorso causale già attivo e deve essere "capace nel concreto ad impedire l'evento vietato" (es. lesioni, morte ecc...).

L'accertamento del rapporto di causalità è basato sul criterio dell'idoneità concreta della condotta ad impedire l'evento dannoso o pericoloso, sulla base delle leggi scientifiche acquisite alla medicina.

Una diversa impostazione alla soluzione della problematica *de qua* aprirebbe le porte alla responsabilità oggettiva (*versari in re illicita*), prescindendo dall'elemento psicologico (dolo o colpa).

Nelle sentenze sono ricorrenti le formule "probabilità confinante con la certezza", "alto grado di credibilità razionale".

Dall'orientamento in oggetto consegue che è da escludere la responsabilità penale medica, qualora sussista il dubbio circa

l'idoneità o l'attitudine della condotta alternativa lecita a prevenire l'evento dannoso o pericoloso (*in dubio pro reo*).

Nel passato (v. casi storici: Talidomide, macchie blue), la responsabilità penale è stata accertata secondo un metodo individualizzante ("frutto") del giudice.

In altri termini il nesso causale è stato oggetto di un giudizio svincolato dal criterio probabilistico, e da qualsiasi legge scientifica.

Altra giurisprudenza (Cass. pen. sez. IV del 15 maggio 1989) opta per il criterio della certezza in ossequio al principio della condizione essenziale ex art. 40 c.p. (*conditio sine qua non*).

Una più recente e autorevole giurisprudenza (Cass. pen. sez. IV 1 ottobre 1998 n. 1957) attenua il principio della certezza con il soggettivo convincimento del giudice, sia pure basato su valutazioni di natura probabilistica.

La sentenza in questione esclude l'astratta probabilità basata su dati meramente statistici.

Occorre precisare che nella rilevazione del nesso di causalità tra la condotta e l'evento dannoso la Giurisprudenza tiene particolarmente in esame l'obbligo dell'informazione che il medico deve ottemperare correttamente e tempestivamente³⁹⁷.

Ai fini del rapporto di causalità, trovano applicazione, anche in sede civile, infatti, i principi espressi nelle norme penali di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen.³⁹⁸.

³⁹⁷ Trib. Venezia Sez. II del 4 febbraio 1998: responsabilità per lesioni colpose derivante da errore, determinato da colpa, sull'esistenza del consenso, non realmente manifestato dal paziente;

Corte assise di Firenze n. 13 del 18 ottobre 1990 (confermata dalla Cass. sez. pen. n. 699/92): omicidio preterintenzionale, derivante da lesioni colpose, in seguito ad operazione chirurgica effettuata senza il consenso del paziente; Corte Assise d'Appello di Roma del 1986, Pretore di Roma del 1987, Corte Assise di Cagliari: casi di testimoni di Geova che hanno negato il consenso alle emotrasfusioni per motivi religiosi: i medici hanno agito in conformità alla volontà dei parenti; pertanto, la morte non può essere a loro imputata a titolo di dolo Senorbi-Cagliari, lì 23/X/00.

³⁹⁸ Cass. civ. sez. III, 15 gennaio 1996, n. 268: <Nel caso che l'evento dannoso si ricolleggi a più azioni o omissioni, il problema del concorso delle cause trova

A tal proposito, risulta particolarmente oneroso verificare, sia in sede civile che in sede penale, la giusta configurazione del rapporto tra evento dannoso e l'azione od omissione.

Relativamente a tale verifica si rileva come la Corte di Cassazione³⁹⁹, abbia affermato che "ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il nesso di causalità tra fatto illecito ed evento dannoso può essere anche indiretto e mediato, essendo all'uopo sufficiente che il primo

soluzione nell'art. 41 c.p., secondo cui, in presenza di una pluralità di fatti imputabili a più persone, a tutti deve riconoscersi un'efficacia causativa ove abbiano determinato una situazione tale che senza di essi l'evento, sebbene prodotto dal fatto avvenuto per ultimo, non si sarebbe verificato. Qualora, invece, la causa sopravvenuta sia stata da sola sufficiente a determinare l'evento, questa può assurgere a causa efficiente esclusiva, in quanto, inserendosi nella successione dei fatti, toglie ogni legame tra le cause remote e l'evento. (Nella specie, sei uomini spingevano, di notte, lungo il ciglio della strada, una betoniera; sopraggiungeva un motociclo che, benché il trasporto fosse segnalato mediante una lampada bianca, andava a scontrare contro la betoniera; questa perdeva equilibrio e schiacciava uno degli uomini che la trasportava, causandone la morte. La S.C., in applicazione dell'enunciato principio, ha confermato la sentenza del merito, la quale aveva escluso che l'instabilità propria della betoniera potesse costituire una causa sopravvenuta di per sé idonea a determinare l'evento e ad interrompere il nesso di causalità con l'investimento ad opera del motociclista, attribuendo, pertanto la responsabilità del fatto, per il 40%, a quest'ultimo e, per il 60%, alla vittima ed ai suoi compagni).>> Vianello c. Busetto e altro, in Giust. civ. Mass., 1996, 48; in Danno e resp., 1996, 521.

Cfr. anche Cass. civ. sez. III, 27 maggio 1995, n. 5923: <<In materia di responsabilità aquiliana, il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 40 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento solo nel principio della causalità efficiente, desumibile dal comma 2 dell'art. 41 dello stesso codice, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa azione risulti tale da rendere irrilevante le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto>>. Onesto e altro c. Min. difesa, in Giust. civ. Mass, 1995, 1093.

³⁹⁹ Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 1989 n. 65, Fondi c. ENEL, in Giust. civ. Mass., 1989, fasc. 1.

abbia posto in essere uno stato di cose senza il quale il secondo non si sarebbe prodotto e che il danno si trovi con tale antecedente necessario in un rapporto eziologico normale e non fuori dell'ordinario".

Pertanto, si evidenzia come l'assunto sopra riportato, espresso dalla Suprema Corte, si trovi in linea con il criterio di cui all'art. 1223 cod. civ., nel senso di ricomprendere nell'area dei danni risarcibili anche quelli che, pur essendo mediati e indiretti, rientrano tuttavia nella serie delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto.

Il rischio che secondo alcuni autori si cela dietro l'introduzione del criterio probabilistico nella valutazione del nesso di causalità, è quello di estremizzare la valutazione, confondendo la ricorrenza del dovere del medico d'intervenire per tentare di salvare il malato, con l'individuazione del nesso di causalità.

Se da un lato, dunque, il dovere del medico d'intervenire per salvare il malato sussiste anche quando le probabilità di guarigione sono minime, altra dovrebbe essere la valutazione in termini probabilistici per valutare la ricorribilità del nesso di causalità tra la condotta del medico e l'evento dannoso.

La necessità di configurare e adeguare la teoria della *condicio sine qua non*, pur integrata dalle valutazioni in termini di probabilità, si pone sul piano anche dell'individuazione e valutazione - in senso negativo - di fattori eccezionali che turbino il processo di causalità che si dice adeguata, volendo in tal modo significare l'esigenza che non siano imputati all'azione od omissione del sanitario quegli eventi dannosi che non rientrano nel normale sviluppo etiopatogenetico, in quanto "anormali e atipici" ovvero eccezionali, giacché posti al di fuori del processo causale anzidetto.

Un'autorevole sentenza della Corte di Cassazione sezione penale stabilisce che, in tema di responsabilità per colpa professionale del medico, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'agente e l'evento, al criterio della certezza degli effetti della condotta lesiva si può sostituire il criterio della probabilità, anche limitata, di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli; ne consegue che il rapporto di causalità sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe

avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata.

Ed ancora una autorevole altra sentenza della Corte di cassazione questa volta in sede Civile, stabilisce che, con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità fra lesione personale ed un intervento chirurgico, al fine dell'eventuale responsabilità risarcitoria dell'autore di tale intervento, ove il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica.

UN CASO PARTICOLARE

In merito alla ricostruzione del nesso causale nel settore della responsabilità professionale medica, ed in particolare tra condotta omissiva ed evento, assume un ruolo particolarmente significativo una recente sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali (n. 30328 del 2002).

In tale procedimento, la Corte ha esaminato la responsabilità per omicidio colposo nei confronti di un primario di una divisione di chirurgia, condannato per non aver adeguatamente curato un suo paziente da una sepsi addominale. Al medico veniva addebitata la responsabilità di non aver compiuto una corretta diagnosi e quindi di non avere adottato una idonea terapia.

L'orientamento giurisprudenziale consolidato sino a tale innovativa sentenza, è stato quello di evidenziare la ricorrenza della responsabilità penale del sanitario nel caso in cui fosse dimostrata la possibilità di tenere un comportamento alternativo dello stesso, che avrebbe impedito l'evento con un elevato grado di probabilità "prossimo alla certezza" e cioè con una percentuale di casi "quasi prossima a cento".

In tale sentenza si effettua preliminarmente un esame accurato della causalità penalmente rilevante, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri nello specifico settore dell'attività medico-chirurgica.

Tale causalità "omissiva" enuncia la clausola generale di equivalenza tra il mancato adempimento dell'evento e il cagionarlo.

La Corte evidenzia come nella causalità omissiva non possa essere accertato un rapporto naturalistico di causazione tra la condotta omissa e l'evento. Il giudice è, quindi, sempre tenuto ad accertare che se l'azione doverosa omissa fosse stata realizzata non si sarebbe verificato il danno.

La sentenza in esame passa a esaminare quale debba essere il grado di probabilità richiesto quanto all'efficacia del comportamento alternativo, omissa ma supposto come realizzato, rispetto al singolo evento lesivo.

In particolare, la Corte non condivide quell'indirizzo interpretativo secondo il quale, alla luce delle accentuate difficoltà probatorie nel settore della responsabilità medica e alle aspettative di protezione rafforzata dei beni primari della vita e della salute, il giudice non sarebbe tenuto a pervenire ad un accertamento rigoroso della causalità e dovrebbe riconoscersi sufficiente, ai fini probatori, l'esistenza di "serie e apprezzabili probabilità di successo dell'ipotetico comportamento doveroso del medico". Con tale definizione, infatti, si finisce per esprimere coefficienti di probabilità indeterminati, mutevoli, manipolabili dall'interprete, talora attestati su standard davvero esigui.

Il giudice, quindi, non può sostenere automaticamente l'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale in base al coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, ma è tenuto a verificarne la validità al caso concreto, con tutte le circostanze a disposizione, al fine di dimostrare che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo, con alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica.

Nella decisione della Corte, inoltre, viene affermato un ulteriore principio in base al quale l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale debbano necessariamente comportare la conseguente assoluzione del medico.

Dalla disamina della decisione della Corte, emerge la novità principale: ovvero quella di aver ridimensionato l'importanza ed il valore ai coefficienti di probabilità contenuti nelle leggi statistiche.

Sarà, pertanto, possibile giungere all'affermazione della responsabilità penale del medico per reato omissivo, non tanto quando sussista una legge statistica che consenta di ritenere che la sua condotta omissiva, con una probabilità vicina alla certezza, sia stata causa di un determinato evento, ma quando il giudice, alla luce di tutte le risultanze probatorie, dichiara che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica".

Dal punto di vista strettamente assicurativo tale sentenza non introduce novità. L'efficacia civile delle decisioni prese in sede penale è limitata all'accertamento della sussistenza del danno.

Pertanto, non variando l'incidenza del giudicato penale in materia civilistica, la decisione presa dalla Suprema Corte lascia inalterata la responsabilità dei medici, limitandosi esclusivamente a cambiare quelli che sono i criteri di accertamento della sussistenza del fatto e della sua illiceità penale.

4.7 L'ONERE DELLA PROVA: UNA QUESTIONE ANCORA APERTA

Per inquadrare la tematica in oggetto, soprattutto con riferimento all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale dei disposti legislativi, è opportuno svolgere una breve premessa circa i lineamenti generali in tema di prova.

A tal riguardo fondamentale è il richiamo all'art. 2697 cod. civ., secondo il quale *"Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"*.

L'interpretazione dottrinale maggiormente seguita individua nell'articolo in esame due fondamentali funzioni: da un lato quella di ripartire l'onere della prova, dall'altro quella di consentire comunque

al giudice di decidere, accogliendo o rigettando la domanda, sulla base del collegamento sistematico con l'art. 116 cod. proc. civ. che, affermando il principio del libero convincimento, completa il quadro.

Di conseguenza il giudice non può limitarsi ad un mero *non liquet* ma deve decidere, applicando, se gli elementi offerti non consentono il raggiungimento della prova, la regola dell'art. 2697 cod. civ.. Giova inoltre ribadire che l'applicazione di quest'ultima trova un proprio spazio solo quando non esistono regole particolari sull'onere della prova, quale quella - che qui interessa - dell'art. 1218 cod. civ..

I presupposti, dunque, per iniziare a parlare di responsabilità del professionista sono:

la prova del danno, della sua natura, della sua gravità;

la prova della colpa professionale: imperizia, imprudenza, negligenza o inosservanza leggi, regolamenti, ordini o discipline, tale che l'errore professionale sia inescusabile;

l'accertamento del nesso di causalità fra la condotta del sanitario e l'evento dannoso, ovvero la prova che proprio tale comportamento abbia causato il danno, che invece sarebbe stato evitato oppure contenuto adottando una diversa condotta.

Il giudice può decidere in senso favorevole, anche se l'attore non fornisce la prova dei fatti costitutivi della propria pretesa, quando emergano prove, a quest'ultimo favorevoli, provenienti dalla controparte o da un terzo che sia intervenuto nel giudizio, talché dovrà decidere in senso sfavorevole a chi non ha dimostrato i fatti che costituiscono il fondamento della propria pretesa solo quando gli sia impossibile decidere, tenendo in considerazione tutti gli elementi che siano stati acquisiti al processo.

Ne consegue che nella situazione esaminata ci si trovi al cospetto non tanto di un onere, piuttosto di un "aumento del rischio" - non di un'automatica impossibilità di veder soddisfatta la propria pretesa - ricollegato al mancato soddisfacimento del "comportamento prescritto" dall'art. 2697 cod. civ.

Una volta valutata la documentazione in proprio possesso, nel caso in cui sia emerso un danno ricollegabile all'intervento medico, si aprirà la via del risarcimento. Dal punto di vista penale, entro 3 mesi dal

fatto ritenuto lesivo a causa dell'errore professionale, è possibile presentare querela per lesioni colpose dovute a colpa professionale medica ovvero, nel caso in cui le conseguenze dell'intervento si siano rivelate letali, per omicidio colposo. L'azione penale comunque non è indispensabile per ottenere il risarcimento, in quanto il relativo processo tende principalmente all'accertamento della penale responsabilità del sanitario, anche se è possibile richiedere il risarcimento del danno costituendosi parte civile. A prescindere da qualsivoglia querela, infatti, processo o condanna penale, colui che lamenta di aver subito un danno a seguito del comportamento doloso o colposo del medico, potrà azionarsi in sede civile, citando il professionista, e la struttura nella quale costui ha operato, per ottenere il risarcimento del danno subito.

Comunque, quale che sia la via scelta ai fini del risarcimento, il danneggiato avrà l'onere di provare il danno e la sua riconducibilità all'inadempimento del professionista, mentre spetterà a quest'ultimo la prova liberatoria di aver agito secondo le norme del caso, con diligenza, prudenza e perizia.

È quindi necessario un breve cenno alle regole che disciplinano la responsabilità del sanitario nel rapporto medico-paziente, inquadrabile nel cosiddetto "contratto d'opera professionale".

Secondo i nostri giudici, come trattato nell'apposita sezione, queste regole si applicano anche al rapporto struttura ospedaliera-paziente e il ricovero presso un determinato centro integra un vero e proprio contratto di prestazione d'opera professionale medica.

Secondo gli orientamenti più recenti della Giurisprudenza italiana, le prestazioni mediche sono obbligazioni "di mezzi" e non "di risultato", il che significa che il sanitario, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera e le proprie capacità tecniche al fine di raggiungere il risultato sperato, ma non si impegna a conseguirlo; da ciò deriva che se il professionista dimostra di aver eseguito l'incarico con la diligenza specifica richiesta dalla particolare natura della attività professionale che esercita (cioè la diligenza di un professionista medico di media preparazione ed esperienza, dinanzi al medesimo caso) non sarà in linea di massima considerato responsabile dell'infelice esito del suo intervento.

È importante precisare che tale regola, come già in precedenza illustrato nel caso della responsabilità del chirurgo estetico non vale per gli interventi per l'appunto di chirurgia estetica, compresi quelli per protesi odontoiatriche: il paziente, generalmente, vi si sottopone esclusivamente allo scopo di ottenere un effettivo miglioramento estetico e/o funzionale, di solito concordato con il professionista. Ne consegue che, laddove tale risultato non si ottenga, sarà più agevole configurare l'inadempimento del medico.

Alcune volte, poi, la professione del sanitario può implicare la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (si pensi ad un caso particolarmente complesso o non ancora studiato a sufficienza): in questo caso il medico gode, secondo il nostro ordinamento, di una limitazione di responsabilità, nel senso che risponderà di eventuali imperizie del suo agire solamente per dolo o colpa grave (art. 2236 cod.civ.), intendendosi per dolo la volontarietà dell'azione lesiva e, per colpa grave, gli errori non scusabili per la loro grossolanità, le ignoranze incompatibili con il grado di addestramento e di preparazione che una data professione richiede o che la reputazione di un professionista dà motivo di ritenere esistenti, la temerarietà sperimentale e ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari che il cliente affida alle cure di un prestatore d'opera.

Da quanto detto deriva che in un giudizio teso all'accertamento della colpa professionale medica al fine di ottenere un risarcimento (da richiedere indifferentemente al singolo sanitario, ad una équipe di medici o alla struttura ospitante) l'onere della prova si suddivide tra gli interessati a seconda della natura dell'intervento effettuato, e precisamente:

nel caso di intervento di *difficile esecuzione*, il medico avrà l'onere di provare la natura complessa dell'operazione, mentre il paziente dovrà provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee, eventualmente integranti dolo e/o colpa grave;

nel caso di *intervento di facile o routinaria esecuzione*, invece, il paziente avrà il solo onere di provare la natura routinaria dell'intervento, mentre sarà il medico, se vorrà andare esente da

responsabilità, a dover dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza, imprudenza od imperizia; nel caso di *chirurgia estetica* sarà sufficiente dimostrare la difformità tra il risultato ottenuto e quello prospettato dal sanitario, o comunque ragionevolmente atteso, per ottenere il rimborso delle somme versate e l'eventuale risarcimento per il danno residuo.

Da ultimo, è utile sapere che data l'importanza dei "beni" (salute, vita, ecc..) sottoposti alle cure del medico, l'affidamento che normalmente lo stesso ingenera in coloro che vi si rivolgono, nonché la forte rilevanza e l'impatto sociale di tutti gli avvenimenti e notizie che in qualche modo coinvolgono sanitari, i giudici sono estremamente cauti ed esigenti nel valutare le misure adottate dai professionisti a tutela della salute dei pazienti, insistendo spesso su una serie di aspetti che possono divenire fattori indicativi di colpa professionale.

A titolo esemplificativo:

la circostanza che si tratti di un medico generico ovvero di uno specialista, con conseguente maggiore garanzia e aspettativa per il paziente che si rivolge a quest'ultimo;

la completezza dell'informativa ricevuta dal paziente in ordine ai benefici possibili, alle modalità d'intervento, alla possibilità di scelta fra diverse tecniche operatorie, ai rischi prevedibili in sede post-operatoria. Quest'ultima informativa è particolarmente necessaria in sede di *chirurgia estetica*, laddove, come detto, è richiesta la sussistenza di concrete possibilità per il paziente di conseguire un effettivo miglioramento dell'aspetto fisico che si ripercuota favorevolmente sulla vita professionale o di relazione;

la somministrazione di terapie comuni, ma potenzialmente idonee a determinare intossicazioni acute e reazioni allergiche in soggetti predisposti, senza aver fatto precedere l'assunzione da analisi di laboratorio e opportuni accertamenti;

l'esistenza di alternative mediche non effettuate, le quali avrebbero avuto una seppur generica probabilità di successo per il miglioramento della salute del paziente, indipendentemente da una determinazione matematica percentuale di questa probabilità;

nel caso di più medici, anche in differenti posizioni gerarchiche, il dovere di ciascuno di essi di attivarsi in presenza di dubbi diagnostici, al fine di effettuare nuovi accertamenti o acquisire nuovi elementi;

la scelta effettuata da un professionista tra un trattamento terapeutico e un metodo d'intervento, laddove il secondo possa comportare dei rischi per la salute del paziente;

l'assistenza effettuata in sede post-operatoria, anche dal punto di vista della durata, e gli interventi praticati per assicurare un rapido e favorevole decorso della infermità, prevedendo o eliminando tutte le possibili complicazioni.

A conferma di quanto sopra espresso, si sottolinea come la Giurisprudenza, attestatasi fino agli anni '70 su posizioni piuttosto favorevoli al medico, ha cominciato in quegli anni a mutare il proprio indirizzo, fino a creare una sorta di inversione dell'onere della prova nei casi di non difficile esecuzione dell'intervento. All'uopo risulta di estrema chiarezza una recentissima sentenza della Cassazione⁴⁰⁰ ove si legge che: "nel giudizio avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità del medico chirurgo per l'infelice esito di un intervento chirurgico, l'onere della prova si riparte tra attore e convenuto a seconda della natura dell'intervento effettuato, e precisamente:

a) nel caso di intervento di difficile esecuzione, il medico ha l'onere di provare soltanto la natura complessa dell'operazione, mentre il paziente ha l'onere di provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inadeguate;

b) nel caso di intervento di facile o routinaria esecuzione, invece, il paziente ha il solo onere di provare la natura routinaria dell'intervento, mentre sarà il medico, se vuole andare esente da responsabilità, a dover dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza od imperizia".

Quindi di fronte ad un intervento di facile esecuzione e del peggioramento delle condizioni del paziente che vi si è sottoposto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, per indirizzo ormai

⁴⁰⁰ Si tratta della sen. 01127 del 04/02/1998 pronunciata dalla III sez. della Corte di Cassazione.

costante⁴⁰¹, distribuisce l'onere della prova tra le parti nel senso di far gravare sul paziente l'onere di provare che l'intervento e/o la terapia erano di facile esecuzione e che ne è derivato un risultato peggiorativo, e sul sanitario l'onere di fornire la prova contraria, ossia la prova che la sua prestazione è stata eseguita diligentemente e che l'esito dannoso è stato provocato da un evento sopravvenuto impreveduto ed imprevedibile, ovvero da una pregressa condizione particolare del malato che non è stato possibile accertare con la dovuta diligenza professionale⁴⁰².

Quanto poi all'eventualità, che la giurisprudenza più recente ritiene possibile, ossia quella che con il chirurgo estetico il paziente perfezioni un contratto avente ad oggetto un'obbligazione di risultato,

⁴⁰¹ Tra le altre, cfr. 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 perché 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>».

Arcuti c. Pascarelli, in Giust. civ. Mass., 1994, 1235 (s.m.).
E ancora Cass. civ. sez. III, 30 maggio 1996, n. 5005, Usl n. 11 Pordenone c. Chiaranda e altro, in Giust. civ. Mass., 1996, 797; Cass. civ. sez. III, 11 aprile 1995, n. 4152, Bossi c. Marconi, in Giust. civ. Mass., 1995, 807.

⁴⁰² Cfr. Cass. civ. sez. III, 16 novembre 1993, n. 11287 Dettori c. Pistoro, in Giust. civ. Mass., 1993, fasc. 11, conforme a Tribunale Roma, 10 ottobre 1992 P.T. c. L.G.R., in Giur. it. 1993, I, 2, 337.

piuttosto che di mezzi, la prova di tale contenuto grava sul paziente, così come sul medesimo grava l'onere di provare l'insufficiente informazione ricevuta dal sanitario⁴⁰³.

⁴⁰³ A titolo esemplificativo si legga ancora Cass. civ. sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014: «<Il cliente che, avendo subito un intervento di chirurgia riabilitativa, o anche di chirurgia estetica, senza conseguire i risultati sperati, intenda chiedere al professionista il risarcimento dei danni sostenendo che l'obbligazione da questo contrattata era, nel caso specifico, di risultato o addebitando al professionista la violazione del dovere di informazione sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, ha l'onere di provare l'inadempimento, che è fatto costitutivo del suo diritto al risarcimento del danno, e, perciò, che la prestazione dovuta dal professionista era di risultato, e non solo di mezzi, o che il professionista non ha adempiuto puntualmente all'obbligo di informazione>».

Nella stessa sentenza, ad ulteriore chiarimento della materia, si legge anche che: «<Questa Corte ha avuto modo di chiarire, anche di recente, che "ai fini della ripartizione dell'onere della prova in materia di obbligazioni, si deve aver riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento di una obbligazione l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti in funzione delle quali esso assume giuridiche rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento>» (da ultimo, Cass. 29.1.1993, n. 1119). Il problema non si pone diversamente allorché l'inadempimento venga addotto non per conseguire la risoluzione del contratto, ma ai fini di ottenere il risarcimento del danno. L'obiettivo difficoltà in cui si trovi la parte di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere, che grava, comunque, su di essa (fra le altre, Cass., sent. n. 83/2596 del 1983), mentre l'antico brocardo, negativa non sinit probanda, è da intendere nel senso che, non potendo essere provato ciò che non è, la prova dei fatti negativi deve essere fornita mediante la prova dei fatti positivi, ma non già nel senso che la negatività dei fatti escluda od inverta l'onere (Cass., sent. n. 2612 del 1969). Esattamente, quindi, la Corte di Appello ha ritenuto che spettasse alla Sforza fornire la prova che la controparte non aveva adempiuto all'obbligo di informazione ovvero dell'oggetto del contratto, eventualmente estendendosi al conseguimento di un determinato risultato (dovendosi escludere che la Corte abbia ritenuto che, in astratto, l'obbligazione assunta dal chirurgo estetico sia sempre una obbligazione di risultato, anche se non ha omesso di valutarne l'attività sotto tale profilo). Sforza c. Milesi Olgiati, in Foro it., 1995, I, 2913 nota (SCODITTI), e in Nuova giur. civ. comment., 1995, I, 937 nota (FERRANDO).

art. 5

La responsabilità civile in generale. Responsabilità contrattuale e extracontrattuale giudiziaria.

5.1 La responsabilità contrattuale

Il medico, come ogni professionista, è soggetto, nell'esercizio della propria attività, a responsabilità civile e penale. Egli, infatti, risponderà, in sede civile, dei danni causati al paziente nell'esercizio della propria attività e, in sede penale, per i reati eventualmente commessi nell'esercizio dell'attività stessa (ad es. lesioni colpose).

Nell'ambito del diritto civile, la responsabilità assume, tradizionalmente, due forme: la responsabilità contrattuale (art. 1218 e ss. del cod. civ.) e la responsabilità extracontrattuale (art. 2043 del cod. civ.). A quest'ultima, peraltro, normalmente ci si riferisce quando si parla tout court di responsabilità civile.

La responsabilità contrattuale, in particolare, consiste nel rispondere dei danni conseguenti all'inadempimento di un contratto, mentre la responsabilità extracontrattuale nel rispondere dei danni conseguenti ad un fatto illecito.

La peculiarità della responsabilità medica è data dal fatto che essa può assumere entrambe le forme sopra richiamate che, spesso, ricorrono congiuntamente.

È necessario premettere che non tutti i pazienti sono consapevoli del fatto che ogniqualvolta essi si rivolgono ad un medico viene concluso con lo stesso un contratto, che prende il nome di "contratto di opera intellettuale", che rientra nella più ampia specie del contratto d'opera, che è espressamente regolato dagli artt. 2222 ss. del cod. civ.

Il medico, precisamente, si obbliga a compiere, verso un corrispettivo, un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente; questa opera o servizio consiste nell'attività di cura diretta ad ottenere la guarigione del paziente.

Nel caso in cui il medico si renda inadempiente al predetto contratto, il paziente ha diritto, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., di ottenere il risarcimento del danno se il debitore, ovvero il medico, non prova che l'inadempimento è dovuto ad impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Nella responsabilità contrattuale, pertanto, a differenza di quanto accade nel campo della responsabilità extracontrattuale, il contraente che lamenta l'inadempimento dell'altra parte deve solo provare che si era concluso un contratto e che l'altra parte è rimasta inadempiente.

Nel caso del rapporto medico-paziente, dunque, è il paziente che dovrà provare, che si era rivolto ad un medico e che questi si è reso inadempiente alla propria obbligazione, senza bisogno di provare che l'inadempimento è dovuto alla colpa (negligenza, imprudenza o imperizia) del medico.

Quest'ultimo, a sua volta, potrà liberarsi dalla responsabilità solo provando che l'inadempimento è stato determinato da "impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

A questo punto, si rende, però, necessario chiarire in cosa consista l'inadempimento del medico, individuando, in tal modo, quale sia il contenuto e la natura dell'obbligazione che assume il medico, al fine di verificare in quali casi essa possa essere ritenuta inadempita.

A tal fine, è opportuno ricordare che l'obbligazione che il medico assume nei confronti del proprio cliente è, come quella di ogni altro professionista intellettuale, di regola (ma con talune eccezioni, come ad esempio nel caso discusso della chirurgia estetica) una obbligazione di mezzi e non di risultato.

Ciò vuol dire che l'obbligazione del medico consiste nel fare tutto il possibile per ottenere la guarigione del paziente, ma egli non

garantisce il risultato, ovvero la guarigione del paziente. Ciò risponde al fatto che il professionista adempie alla propria obbligazione effettuando tutto il possibile per ottenere un certo risultato, anche se questo non viene raggiunto; infatti, il corrispettivo pattuito andrà comunque corrisposto al professionista, anche quando il risultato non sia stato raggiunto. Tuttavia, tale ragionamento giuridico può ritenersi valido sino a quando non si provi una responsabilità del professionista, dimostrando che il medico, nell'adempimento del proprio obbligo di mezzi, non abbia fatto tutto il possibile, tenendo presente allo stato la migliore scienza o esperienza, per raggiungere il risultato.

La colpa professionale, che può derivare, in maniera alternativa o concorrente, da un comportamento negligente, imprudente o dettato da imperizia del medico, deve essere valutata, pertanto, con riferimento all'impegno che il professionista cd. "modello" avrebbe posto in essere in quel particolare caso e quello che è stato utilizzato nel caso concreto da quel professionista.

Tale regola si trae dall'art. 1176 co. 2° cod. civ., secondo il quale, nell'adempimento delle obbligazioni relative ad una attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata (art. 1176, 2 co. cod. civ.).

A questa regola se ne aggiunge un'altra, prevista dall'art. 2236 cod. civ., il quale come già ampiamente illustrato in precedenza, stabilisce che, nel caso in cui la prestazione del professionista implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera intellettuale risponde dei danni solo per dolo o colpa grave (vengono, cioè, escluse la colpa lieve e quella lievissima).

Ciò premesso, facendo applicazione delle regole di responsabilità sopra indicate (artt. 1218, 1176 e 2236 Cod. civ.), in caso di mancato raggiungimento del risultato (guarigione) cui l'attività del medico è preordinata, il paziente (o, in caso di morte, i suoi eredi che agiscano per il risarcimento dei danni) dovrà provare l'inadempimento e cioè che il medico non ha posto nella propria attività la diligenza del c.d. agente modello e cioè la diligenza richiesta dalla natura dell'attività svolta e consentita dallo stato dell'arte.

La prova di tale mancanza di diligenza posta in capo al paziente (creditore) può apparire, in *prima facie*, piuttosto ardua; in realtà, la Corte di Cassazione, da tempo, ha stabilito l'importante principio secondo il quale la stessa mancanza di risultato può essere considerata come un indizio dell'inadempimento del medico. Secondo tale principio, infatti, nel caso di interventi routinari, il paziente "adempie l'onere a suo carico provando solo che l'operazione era di facile esecuzione e che ne è derivato un risultato peggiorativo, dovendosi presumere l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale del chirurgo"⁴⁰¹.

Per adempiere un tale onere, il paziente potrà richiamarsi al dato di esperienza comune (c.d. fatto notorio che il giudice può porre a fondamento della propria decisione a norma dell'art. 1152 cod. proc. civ.). Nel caso di specie, può ritenersi, infatti, dato di esperienza comune che un intervento di appendicite non richiede nel medico-chirurgo una particolare abilità di tipo superiore alla media, dal momento che, allo stato attuale della scienza medica, si tratta di un intervento di routine.

Nel caso in cui il dato di esperienza comune non basti, il giudice si affiderà ad un perito medico-legale (cosiddetto Consulente tecnico di ufficio - C.t.u.) che accetterà se l'attività richiesta al medico era o no di facile esecuzione allo stato della scienza medica. Una volta provato che l'intervento operatorio era di facile esecuzione e che il paziente ha conseguito un risultato peggiorativo (cioè non ha conseguito la guarigione o, addirittura, la malattia si è aggravata o una nuova si è aggiunta a quella preesistente), l'onere della prova passa al medico che, per liberarsi dalla responsabilità, dovrà "fornire la prova contraria, cioè che la prestazione era stata eseguita idoneamente e l'esito peggiorativo era stato causato dal sopravvenire di un evento imprevedibile oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del malato, non accertabile con il criterio della ordinaria diligenza professionale".

⁴⁰¹ Cass. Civile, Sez. III, 16 novembre 1993, n. 11287, in Giust. Civ. Mass 1993, fasc. 11.

5.2 La responsabilità extracontrattuale

Come già anticipato nel precedente paragrafo, l'obbligazione del medico ad una determinata prestazione può derivare da un contratto d'opera intellettuale oppure può avere origine non contrattuale, come ad esempio una situazione di urgenza; un'incarico conferito da una P.A. per pubblico interesse; un rapporto in favore di un terzo beneficiario, come nel caso dei familiari che affidino la cura del proprio congiunto incapace di intendere e di volere alla cura di un medico di fiducia e così via dicendo.

In quest'ultima ipotesi rileva, anche ai fini del risarcimento, la lesione del diritto - assoluto e protetto costituzionalmente all'art. 32 - al bene salute.

La violazione del diritto di credito dà luogo alla responsabilità contrattuale, la violazione del diritto assoluto dà origine alla responsabilità extracontrattuale.

Chi ha subito un danno a causa di una condotta illecita del medico chirurgo, può agire per il risarcimento del danno, sia contrattuale sia extracontrattuale; la scelta di quale delle due azioni esercitare, quando concorrano entrambi i presupposti, è rimessa alla valutazione discrezionale del paziente.

In generale, ricorre il cosiddetto illecito extracontrattuale - o aquiliano, dal nome della Lex Aquilia che disciplinava nel diritto romano tale responsabilità - quando sussista la violazione di un diritto o di una situazione giuridica tutelata in modo assoluto - *erga omnes*.

In questa materia, anche se vi è un preesistente rapporto giuridico con il medico - per cui sia configurabile una prospettiva in termini di responsabilità contrattuale - sarà di regola comprese anche la responsabilità extracontrattuale, in quanto i diritti che possono essere pregiudicati sono quelli primari ed assoluti dell'individuo, quali la vita e l'integrità psicofisica, al rispetto dei quali chiunque è tenuto.

Si cumulano, in tale sede, l'obbligazione giuridica assunta con il contratto e l'obbligazione generale che si ispira al principio del

neminem laedere, di cui all'art. 2043 del cod. civ., che stabilisce "qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

5.3 Gli aspetti di diversità: la disciplina dell'onere della prova e la disciplina della prescrizione

La distinzione tra le due forme di responsabilità cui il medico può, in astratto, rispondere, assume notevole rilievo, in quanto comporta l'applicazione di norme differenti, con diretta ripercussione sulla risarcibilità o meno di determinate fattispecie.

Le principali differenze del tipo di inquadramento in esame attengono all'onere della prova, al regime prescrizione ed alla determinazione del danno risarcibile.

Con particolare riferimento alla tematica relativa all'onere della prova, nell'illecito contrattuale, il creditore potrà limitarsi a provare l'esistenza dell'obbligazione e la sua scadenza, mentre dovrà essere il debitore a provare di aver adempiuto e, in caso di inadempimento, a dimostrare, per liberarsi dalla responsabilità, di non aver potuto adempiere per causa a lui non imputabile o per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Qualora, invece, si tratti di illecito extracontrattuale, l'onere della prova grava interamente su colui che intende ottenere il risarcimento del danno.

Questi, infatti, dovrà provare tutti gli elementi della fattispecie: l'esistenza di un danno ingiusto, il nesso causale con il comportamento di colui che l'ha provocato e l'eventuale dolo o colpa dell'agente.

In tema di prescrizione si sottolinea, inoltre, come il diritto di richiedere un risarcimento del danno, derivante da responsabilità medica, è limitato nel tempo: si estingue se il titolare non lo esercita per un periodo determinato dalla legge secondo i casi. I diritti disponibili – qual è il diritto al risarcimento del danno (sia per responsabilità contrattuale che extracontrattuale) – sono, infatti, soggetti a prescrizione.

L'azione esercitata per ottenere il risarcimento del danno contrattuale è soggetta alla prescrizione ordinaria di 10 anni (2946 c.c.). Quella esercitata per ottenere il risarcimento del danno extracontrattuale è sottoposta dall'art. 2947 c.c. ad un termine più breve di regola quinquennale.

I più recenti orientamenti della giurisprudenza e della dottrina tendono a considerare la responsabilità medica sempre sotto il profilo contrattuale. Pertanto, la prescrizione del diritto al risarcimento, sarà decennale non solo nei casi in cui ci sia un vero e proprio contratto, ad esempio nel caso in cui il paziente si rechi presso uno studio privato per sottoporsi a visita specialistica o presso una clinica privata per subire un intervento chirurgico, ma anche quando si configuri un cd. "contatto sociale", che si instaura, ad esempio, tra il paziente e la struttura pubblica.

È importante precisare, inoltre, come la prescrizione decorra, ai sensi dell'art. 2935, "dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere" e quindi dal momento in cui l'evento dannoso viene ad esistenza o si appalesa come tale.

Nell'ambito della responsabilità medica, in particolare, il computo degli anni (cinque o dieci) deve, di norma, cominciare dal giorno in cui si sia verificata la lesione (intervento chirurgico sbagliato, dimissione dall'ospedale con diagnosi errata ecc...). Non così se il paziente non si accorga immediatamente del danno subito: in tal caso, il tempo della prescrizione decorre dal giorno in cui i sintomi si rendono evidenti e collegabili a quella specifica prestazione medica.

5.4 Cumulo delle due azioni di responsabilità

Come in precedenza evidenziato, la particolare natura della materia consente di cumulare le due azioni, ponendo quindi il paziente danneggiato in una condizione di sicuro vantaggio. In un contesto economico di tipo dinamico, infatti, i rapporti contrattuali tendono ad una complessità più elevata rispetto a quella che è possibile riscontrare in contesti di tipo statico; essi tendono ad

intersecarsi con situazioni giuridiche soggettive ed ulteriori rapporti giuridici, rispetto ai quali hanno potenzialità di incidenza diretta o, quanto meno, mediata.

Di conseguenza, il comportamento tenuto durante l'iter formativo e/o in sede di esecuzione di rapporti obbligatori, è suscettibile di produrre effetti che oltrepassano il rapporto al quale il comportamento era funzionalizzato, incidendo quindi in misura più o meno ampia su situazioni giuridiche soggettive e/o rapporti giuridici a *latere*.

La derivazione, dunque, dell'evento lesivo dall'iter formativo e/o dall'esecuzione di un vincolo obbligatorio, come nel caso specifico della conclusione di un contratto d'opera intellettuale, non costituisce un esimente dal generale divieto di *neminem laedere* posto dall'articolo 2043 cod. civ.

Il medesimo accadimento storico è quindi potenzialmente idoneo ad incidere sia sull'assetto di interessi che le parti avevano inteso plasmare mediante la conclusione uno specifico negozio, sia sul complesso di situazioni giuridiche soggettive che a queste fa capo.

Può quindi accadere che dall'inesecuzione o da un adempimento incompleto e/o difforme da quanto pattuito scaturiscano conseguenze che travalicano i confini del rapporto giuridico che le parti avevano inteso porre in essere ed incidono su situazioni soggettive diverse facenti capo alla sfera giuridica dell'una o dell'altra parte. In tal caso, si verifica un cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

L'ammissibilità del cumulo è stata riconosciuta dal Supremo Collegio a partire dal lontano 1949⁴⁰⁵ sino ai nostri giorni.

⁴⁰⁵ Cass. n. 2630 del 31 dicembre 1949; n. 740 del 17 marzo 1950, in Riv. Circolaz., 1951, 17 con nota di Rosso e in Resp. Civ. e Prev., 1950, 313, con nota di Gentile; n. 302 dell'8 febbraio 1951; n. 719 del 30 marzo 1951; n. 861 dell'11 aprile 1951; n. 933 del 16 aprile 1951, in Foro It., 1951, I, 1190, con nota di Russo, in Giur. Compl. Cass. Civ., 1951, 2°, 69, con nota di Brasiello e in Riv. Dir. Comm., 1952, II, 1; n. 1574 del 16 giugno 1951, in Resp. Civ. e Prev., 1951, 509 con una frequenza crescente (per tutte si vedano Cass. n. 1767 dell'8 giugno 1955, in Mass. Giur. It., 1955, 432; n. 2038 del

La dottrina ha analizzato a più riprese il fenomeno, qualificando la fattispecie come concorso di norme o come concorso di azioni, nel senso che compete all'attore proporre l'una o l'altra azione, o assieme ed alternativamente entrambe le azioni⁴⁰⁶; tale impostazione può essere, però, condivisa solo in parte. Infatti, il concetto di cumulo di responsabilità è ben più ampio di quello di concorso di azioni, ricomprendendo, il primo, ipotesi nelle quali ad una responsabilità di natura contrattuale si aggiunge una responsabilità extracontrattuale derivante dal medesimo episodio storico, il secondo, ipotesi nelle quali è possibile fondare alternativamente la propria pretesa su un titolo contrattuale o extracontrattuale.

Una ricostruzione ragionevole del fenomeno discende dalle premesse esposte in precedenza. Prendendo infatti in considerazione il contesto e la funzione degli istituti della responsabilità contrattuale e della responsabilità aquiliana, si evince che, nel primo caso, il legislatore ha inteso predisporre rimedi diretti a realizzare in via sostitutiva, quanto meno mediante una riparazione per equivalente, quel determinato assetto di interessi che le parti avevano voluto porre in essere mediante la conclusione di uno specifico negozio giuridico; nel secondo caso, il legislatore ha predisposto strumenti di reazione nei confronti di ingerenze dolose o colpose nell'altrui sfera giuridica, dalle quali sia derivato un danno ingiusto.

Non appare quindi possibile negare che, qualora da un determinato inadempimento contrattuale, o da un adempimento parziale o non conforme ai patti, discendano, per taluno dei contraenti, conseguenze patrimoniali negative che trascendono gli stessi interessi regolamentati dalla fonte delle obbligazioni, si ricada, quanto meno per il danno ulteriore rispetto agli interessi riconducibili all'obbligazioni inadempita, nel dominio della responsabilità aquiliana, essendosi

20 settembre 1961, in Sett. Cass., 1961, 1276; n. 2441 del 7 agosto 1962, in Mass. Giur. It., 1962, 838; n. 1430 del 17 giugno 1967, in Mass. Giur. It., 1967, 549; n. 2903 del 30 luglio 1969, in Giur. It., 1969, 1188; n. 4437 del 7 agosto 1982, in Giur. It., 1982, 1125; n. 2278 del 29 marzo 1983, in Giur. It., 1983, 588).

prodotto quel danno ingiusto che, ai sensi dell'articolo 2043 cod. civ., legittima giuste pretese risarcitorie della parte lesa.

Al fine di valutare la sussistenza dell'elemento psicologico minimo di ascrizione di responsabilità aquiliana, ma anche contrattuale, ovvero la colpa, nel caso di cumulo di responsabilità non è possibile trascurare il ruolo centrale rivestito dal flusso di informazioni che i contraenti in tutte le fasi negoziali si scambiano; in argomento una dottrina molto recente ed interessante si è espressa in questi termini: *"quando invece la colpa operi nell'ambito di un preesistente rapporto contrattuale ovvero nel contesto di un rapporto che, pur non avendo i connotati di un rapporto obbligatorio, sia determinato anche contrattualmente (...) o si tratti di un rapporto fondato sulla prossimità di beni (...), ovvero si versi in un contesto in cui esista un rapporto contrattuale ma si sia in presenza di un flusso informativo determinato dall'esistenza di una catena di relazioni contrattuali, o ancora nell'ipotesi di relazioni sorgenti da rapporti di cortesia, il contenuto del dovere del potenziale danneggiante sorge determinato anche in sede extracontrattuale in quanto esiste un destinatario diretto di quel dovere, determinato e determinabile. Una delle caratteristiche essenziali, che distingue questi contesti da quelli descritti in precedenza, è data dalla circostanza che esiste un flusso informativo tra le parti (...) destinato ad incidere sensibilmente sulla struttura dei modelli di condotta e dunque dei criteri di valutazione della violazione"* (Cafaggi, Profili di relazionalità della colpa, Padova, 1996, 166 ss.).

5.5 Il danno ingiusto e risarcibile: A) Il danno patrimoniale e B) non patrimoniale. Il danno alla persona: in particolare, il danno biologico.

È questa una materia che deve ora essere affrontata per completezza sistematica, ma che non può essere in questa sede adeguatamente approfondita, meritando il suo esame certamente una pubblicazione ad hoc, che è auspicabile segua a breve il presente studio.

Relativamente alla tematica del danno risarcibile si evidenzia che, in materia di responsabilità extracontrattuale, la valutazione del

danno viene operata sulla base del disposto dell'art. 2056 c.c., norma che richiama espressamente una serie di articoli, di seguito, riportati: art. 1223 cod. civ.: tale articolo stabilisce che il risarcimento deve comprendere sia il danno emergente sia il lucro cessante (perdita di *change*), in quanto siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento;

1226 cod. civ.: che sancisce il principio secondo cui, in mancanza di prova sul preciso ammontare del danno, il giudice può procedere ad una valutazione equitativa;

1227 cod. civ.: che prevede la diminuzione del risarcimento in caso di concorso colposo del danneggiato e l'esclusione dei danni che lo stesso avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Il citato art. 2056 del cod. civ., però, non richiama l'art. 1225 cod. civ. dettato per la responsabilità contrattuale, il quale prescrive che, qualora non vi sia dolo o colpa del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione.

Il criterio della prevedibilità del danno non si applica quindi alla responsabilità extracontrattuale. È agevole pertanto notare, in questo breve *excursus* dei criteri di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, richiamati dall'art. 2056 cod. civ., la mancanza dell'ulteriore criterio della prevedibilità del danno di cui all'art. 1225 cod. civ., secondo il quale il risarcimento è limitato al danno prevedibile nel tempo in cui è sorta l'obbligazione, ove l'inadempimento o il ritardo non dipendano dal dolo del debitore. Sicché la limitazione ai danni prevedibili, fissata dalla norma appena richiamata, non si applica all'illecito extracontrattuale; con riguardo a quest'ultimo, la valutazione del danno risente piuttosto dell'esatta configurazione del criterio di causalità tra l'atto e l'evento dannoso.

Peraltro, secondo parte della dottrina, nell'ottica di una tesi di parziale vanificazione delle consistenti differenze di disciplina tra le due forme di responsabilità, la formulazione dell'art. 1225 cod. civ. consentirebbe, nonostante il suo mancato richiamo ad opera dell'art. 2056 cod. civ., l'estensione della norma anche all'illecito aquiliano, sulla base della sussistenza dell'identità di *ratio*.

A sostegno di tale argomentazione si cita anche il caso dell'affermata applicabilità dell'art. 2236 cod. civ. all'illecito extracontrattuale, precisando che il mancato esplicito richiamo della norma non significa l'affermazione dell'assoluta impossibilità di applicazione della norma stessa, non costituendo ostacolo insormontabile la semplice mancata indicazione. In generale il danno è ogni pregiudizio causato ad un soggetto con riguardo al suo patrimonio, ai suoi diritti o alla sua persona. Per l'ordinamento giuridico esso si riferisce in ogni caso alla lesione dell'interesse giuridicamente rilevante, configurandosi come alterazione peggiorativa del bene atto a soddisfare l'interesse di una persona oppure come perdita della disponibilità o del godimento di un bene.

La dottrina dominante, in ordine agli obblighi risarcitori conseguenti all'inadempimento contrattuale, confortata dalle decisioni del Supremo Collegio, ha più volte ribadito che il risarcimento del danno, ha la funzione di porre il patrimonio del danneggiato nello stesso stato in cui si sarebbe trovato senza l'evento lesivo⁴⁰⁶.

Negli ultimi anni la Giurisprudenza ha cercato di delimitare l'area del danno risarcibile, alla luce della funzione indennitaria riconosciuta agli istituti risarcitori.

Tra gli orientamenti emersi dalla Giurisprudenza della Cassazione ve ne sono alcuni di particolare interesse, sui quali appare utile, nonostante si tratti di precedenti giurisprudenziali consolidati, soffermarsi un attimo.

Il Supremo Collegio, a partire dal 1988 ha affermato che, poiché il risarcimento è diretto alla completa *restitutio in integrum* del soggetto leso, la misura del danno non deve essere necessariamente contenuta nei limiti del valore del bene danneggiato, ma deve avere per oggetto l'intero pregiudizio subito dal soggetto che ha subito il danno (per tutte Cass. 88/6856); si ricorda, inoltre, che si considera risarcibile anche il pregiudizio mediato che sia causalmente collegato

⁴⁰⁶ (Per tutte Cass. 87/7389 e Cass. 69/2145).

all'inadempimento o all'adempimento parziale e/o non conforme ai patti (per tutte Cass. 87/6325).

All'interno di una più ampia nozione di danno risarcibile si collocano, inoltre, due concetti ulteriori, il danno emergente ed il lucro cessante; mentre il primo rappresenta l'effettivo danno subito dal soggetto, qualche riflessione in più merita il lucro cessante.

Una definizione minimale del concetto citato, porta ad identificare nel lucro cessante quanto il danneggiato avrebbe ricavato in caso di adempimento dell'obbligazione; tale definizione, in realtà, appare riduttiva, in quanto esclude dall'area del danno risarcibile la perdita di *chance*.

Tale interpretazione dunque non è condivisibile, in quanto, nel momento in cui le parti regolamentano un determinato assetto di interessi mediante la conclusione di un negozio che ha, nei loro confronti, forza di legge ai sensi dell'articolo 1372 cod. civ., pianificano, o quanto meno sono potenzialmente in condizione di farlo, determinate strategie relazionali future; rimanendo ancorati ad una definizione minimale del lucro cessante, sfuggirebbe all'area del danno risarcibile qualunque lesione alla capacità pianificatoria ed all'attività relazionale, a meno che non si ritenga di dover collocare tali pregiudizi nell'area della responsabilità aquiliana.

Negare una qualsivoglia forma di tutela alla lesione della capacità pianificatoria ed all'attività relazionale, determinerebbe una violazione mediata degli articoli 2 e 41 della Costituzione, ed immediata dell'articolo 1223 cod. civ. o, per chi colloca tali fenomeni nell'area della responsabilità aquiliana, dell'articolo 2043 cod. civ.

Il diniego di tutela alla capacità pianificatoria ed all'attività relazionale appare inoltre idoneo a determinare distorsioni sul piano allocativo, causando quindi una lesione dell'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato.

Argomentazioni a sostegno di tale prospettiva possono essere desunte dall'ormai consolidata risarcibilità del danno futuro che tragga origine da una causa efficiente già in atto (per tutte Cass. 68/3597); appare infatti innegabile che la nozione di danno futuro sia strettamente collegata al concetto di capacità pianificatoria ed a quello di attività relazionale.

Il danno patrimoniale e B) non patrimoniale

Dalla definizione di cui all'articolo 2043 del cod. civ. in ordine alla responsabilità aquiliana di cui sopra, si evince che la parola "danno" è ripetuta ben due volte; ciò dipende dal fatto che esso assume due ruoli diversi.

Nella prima accezione il concetto di danno, seguito dall'aggettivo ingiusto, è inteso quale clausola generale, sostanzialmente aperta, in cui la prassi giurisprudenziale ha fatto rientrare qualunque lesione ad un bene e/o interesse soggetto alla tutela giuridica dell'Ordinamento Italiano.

Come noto, infatti, a seguito della storica sentenza della Suprema Corte n. 500 del 1999, si sono notevolmente ampliate le fattispecie del danno aquiliano risarcibile, fino ad abbracciare ipotesi più diverse ed ulteriori rispetto al vecchio e, se si vuole, ristretto ambito legato al concetto di danno *contra ius*.

Nella seconda parte dell'articolo in esame, il significato di danno è inteso nella sua accezione originaria di danno patrimoniale, ovvero come lesione del patrimonio in senso lato (fornato non solamente dai beni e/o rapporti giuridici, ma anche qualunque utilità) che ha causato una perdita economicamente valutabile. Il danno patrimoniale così come individuato dalla seconda parte dell'art. 2043 del cod. civ., si contraddistingue tradizionalmente dal danno non patrimoniale, disciplinato dall'art. 2059 del c.c., dove il fatto che ha cagionato il danno deve derivare da un comportamento costituente reato, ai sensi dell'art. 185 del codice penale.

Il concetto di danno riportato nella seconda parte dell'articolo in esame, fino ad un certo punto è stato corretto ritenendolo esclusivamente danno patrimoniale nel rapporto con l'art. 2059 del cod. civ., rubricato, per l'appunto, danno non patrimoniale; infatti, è opportuno sottolineare come, da 15 anni a questa parte, tale bipartizione è stata superata dall'elaborazione giurisprudenziale, che ha incluso nell'ambito della risarcibilità del danno patrimoniale anche il cosiddetto danno alla salute e/o danno biologico.

Relativamente all'estensione della tutela risarcitoria comprendendo l'oggetto relativo alla tutela della persona, che ha

diritto di vivere senza essere molestata, che ha modificato la funzione originaria del risarcimento stesso.

In tale contesto, infatti, il risarcimento viene ad assumere una funzione non più meramente compensativa, in quanto manca una perdita di reddito, ma assolve ad una funzione sostanzialmente satisfattiva.

La funzione compensativa, infatti, è quella in base alla quale, in termini di equivalenza giuridica, si riporta il patrimonio nello stato in cui era prima della commissione del fatto, tenuto conto dell'interesse soggettivo della vittima, pregiudicato da un certo evento dannoso.

Per i motivi di cui sopra, la stessa Corte di Cassazione ha cominciato a definire il danno biologico quale *tertium genus*, tra il danno patrimoniale ed il danno non patrimoniale.

Il danno, come detto, si compone di due elementi: il danno emergente spesso rappresentato nella responsabilità legata all'attività medica, nelle spese mediche già sopportate e che dovranno essere sopportate in futuro, ed il lucro cessante che, a seconda dei casi specifici, potrebbe tradursi nel tempo in una eventuale limitazione del tempo da dedicare all'attività professionale ed alla vita di relazione e, per queste vie, in diminuzione di reddito.

Viene poi in questione il danno non patrimoniale in senso lato, consistente nella diminuita vita di relazione, un danno che investe, normalmente, la vita familiare nel suo complesso; ciò, in molti casi, può giustificare il riconoscimento di un diritto al risarcimento anche in capo ad un terzo (ad esempio al genitore del figlio che ha subito un danno dovuto all'inadempimento contrattuale del medico), ancorché egli stia al di fuori della problematica inerente al vero e proprio di diritto lesa.

c) Il danno alla persona: in particolare il danno biologico

Viene definito "danno biologico" o "danno alla salute" il danno provocato all'integrità psico-fisica di un soggetto.

Il danno biologico è il danno rappresentato dalle lesioni dell'integrità psicofisica e della salute, a prescindere dagli effetti economici negativi.

In questo senso rilevano, per capirne la portata, invalidità, menomazioni, deturpazioni, impotenze sessuali, malattie nervose, insonnia, alterazioni mentali e qualsiasi altra lesione – invalidante o meno – della realtà corporea o mentale della persona, senza riguardo alle conseguenze economiche. Esso ricomprende inoltre le limitazioni che il soggetto subisce nell'esplicare della vita nei suoi vari interessi.

Il concetto di risarcibilità del danno biologico in sé è piuttosto recente: comincia, infatti, a delinearsi agli inizi degli anni 70 e riceve la "consacrazione" della Corte Costituzionale con la storica sentenza 184/1986 che parla di danno in *re ipsa*, valutabile autonomamente ed indipendentemente dalla perdita di ricchezza che ne possa conseguire.

Queste considerazioni si sono sviluppate nell'ambito dell'attività giurisprudenziale e dello studio condotto dalla dottrina che si sono dovute da sempre destreggiare tra le uniche figure di danno individuate nell'ordinamento e sopra sinteticamente illustrate, ovvero quella del danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e quella del danno morale (art. 2059 c.c.).

La Giurisprudenza ha ritenuto che si tratta comunque di un danno risarcibile, anche se non vi è un'evidente connessione con una perdita economico-patrimoniale, superando così le prime reticenze. Conseguentemente, si sono cercati dei criteri per trasformare il danno subito in un controvalore economico a cui condannare chi ne è stato la causa.

Requisito fondamentale, ai fini del risarcimento, è che il danno sia suscettibile di valutazione medico-legale: deve pertanto trattarsi di una vera e propria patologia; mentre il mero stress e le forme di sofferenza, se non sfociano in una malattia psichica, non rientrano nella sfera del danno alla salute.

Il danno biologico deve essere valutato, come diritto fondamentale dell'individuo, nella sua globalità e non solo quale produttore di reddito" "non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva e sociale, sportiva e ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità, e cioè a tutte le attività realizzatrici della persona umana".

Il danno estetico e il danno alla vita sessuale, ad esempio, sono pacificamente ricompresi dalla Suprema Corte nella sfera del danno biologico⁴⁰⁷.

Lo stesso può dirsi per il danno alla capacità lavorativa generica (2598/02 – 7084/01) e – in verità con orientamento non granitico – per il danno alla vita di relazione 6023/01 – 15859/00).

Una volta accertata l'esistenza del danno così qualificato, sorge il problema della sua valutazione. Questa operazione, secondo i principi dettati dalla Cassazione, deve essere compiuta in modo "flessibile" per consentire la diversificazione del risarcimento a seconda delle conseguenze della lesione (8286/96 – 9828/95).

I criteri di valutazione applicabili, nel caso di lesione derivante da responsabilità medica, possono essere schematizzati in quattro tipologie:

1) **criterio equitativo puro**, che consiste nella quantificazione equitativa effettuata dal giudice, indipendentemente da qualsivoglia schema o tabella, ma sorretta da una adeguata motivazione della scelta effettuata e del criterio logico seguito.

2) **criterio tabellare**, basato su una formula matematica, $D = K \times R$, in cui D è il danno, K è il coefficiente di capitalizzazione proporzionato all'età del danneggiato; R è il reddito (reale o fittizio) di quest'ultimo.

3) **criterio a punto elastico**, che assegna ad ogni punto di invalidità un valore monetario che può essere modificato equitativamente dal giudice per renderlo adeguato al caso concreto. Il risarcimento del danno permanente si ottiene moltiplicando tale valore per il numero di punti percentuali con i quali si indica la invalidità; il danno temporaneo si risarcisce moltiplicando il numero dei giorni per una somma' (giornaliera appunto) definita equitativamente dal giudice.

4) **criterio a punto variabile**: è quello che maggiormente è utilizzato nei tribunali italiani. Come il criterio di cui sopra, assegna ad

⁴⁰⁷ Sent. 6023/01 – 15859/00 – 10762/99 – 15859/00.

ogni punto di invalidità un valore monetario (calcolato, di norma, con riferimento alla media dei precedenti giudizi dello stesso tribunale o di altri uffici giudiziari); il calcolo è determinato attraverso una funzione matematica: crescente al crescere dell'invalidità (e non direttamente proporzionale) e decrescente al crescere dell'età del danneggiato. Il giudice, naturalmente ha facoltà di operare le modifiche ritenute opportune in relazione al caso concreto. Partendo da questi presupposti sono state elaborate le tabelle normalmente utilizzate negli uffici giudiziari e dalle assicurazioni per quantificare il danno biologico.

5.6 L'estensione dell'area dei danni risarcibili: la particolare figura del cd.danno esistenziale

La pratica giudiziaria, in questi ultimi periodi, ha potuto registrare l'affermazione di una figura giuridica che può definirsi, forse impropriamente, nuova: quella del *c.d. danno esistenziale*.

Il carattere di novità non deriva tanto dalla individuazione della fattispecie, che già da tempo la Dottrina e la Giurisprudenza di merito segnalavano, quanto dall'assimilazione ad opera della Giurisprudenza di legittimità che, evidenziandola quale figura autonoma, ha di fatto, ampliato il ventaglio dei pregiudizi risarcibili.

Si tratta, dunque, di una tipologia di danno che, così come era già avvenuto per il danno biologico, ha ricevuto la sua consacrazione in via giurisprudenziale, prescindendo da preesistenti qualificazioni normative.

Appare necessario distinguere la neonata fattispecie dalle altre anteriori tipologie, anche al fine di stabilire il posto da assegnare a ciascuna nel sempre più intricato scenario della responsabilità per danni.

Riconoscendo, infatti, giuridica rilevanza alle più disparate tipologie di pregiudizi, solamente perché astrattamente e, spesso, confusamente, riconducibili ad un fatto-evento attribuibile a terzi, si rischia di espandere, senza alcun limite prevedibile, l'ambito della responsabilità civile dell'individuo.

D'altro canto, il lavoro giurisprudenziale che ha portato ad apprestare tutela giuridica a chi un danno ha subito, che sia suscettibile o meno di accertamento medico, ha consentito una tutela in senso pieno della persona, più aderente peraltro, al dettato costituzionale e sempre più svincolato, almeno in via di fatto, dal ristretto disposto dell'art. 2059 c.c..

Il lento cammino che ha condotto alla espansione dell'ambito del danno risarcibile, ha avuto la sua tappa fondamentale nell'individuazione e, specialmente, nell'attribuzione di tutela alla figura del danno biologico. Successivamente e, certo, in conseguenza all'ammissione del danno biologico, come danno alla salute suscettibile di accertamento e rilevazione medica, risarcibile equitativamente sulla base delle risultanze mediche medesime, la Giurisprudenza ha enucleato ulteriori possibilità di lesione, in rapporto alle molteplici esplicazioni della personalità umana.

La Cassazione, con la sentenza n. 7713/2000, ha, pertanto, riconosciuto la risarcibilità del danno esistenziale.

Il fatto che ha dato causa alla pronuncia in questione prende le mosse dal ricorso di un uomo che, condannato a corrispondere al figlio naturale un assegno di mantenimento e resosi inadempiente a tale obbligo, era stato proscioltto in sede penale dall'imputazione di violazione degli obblighi di assistenza familiare.

L'uomo escludeva la situazione di bisogno del figlio poiché al suo mantenimento aveva, intanto, provveduto la madre naturale.

La Corte di Appello di Venezia, accogliendo la domanda del ragazzo, aveva condannato il padre al risarcimento dei danni subiti dal figlio "sia sotto il profilo affettivo che economico"; a causa del comportamento "intenzionalmente e pervicacemente defattigatorio del padre naturale".

La conclusione della Corte di Cassazione è stata, anch'essa, nel senso che il comportamento omissivo e negligente del padre naturale, concretizzasse una "lesione in sé" dei diritti del minore, cioè "inerenti alla qualità di figlio e di minore". La Corte ha individuato un pregiudizio indipendente dal profilo economico, sussistendo esso

ancorché al sostentamento del minore avesse, intanto, provveduto l'altro genitore e non fosse, perciò, riscontrabile alcuna carenza patrimoniale.

Ad essere lesi sono stati, secondo questa pronuncia, i diritti impliciti nella condizione giuridica "di figlio e di minore", il cui rispetto da parte dei genitori è presupposto fondamentale per la sana ed equilibrata crescita dello stesso, oltre che condizione per un suo inserimento non problematico nel contesto sociale. La "lesione in sé" provocata dalla negligenza e dal disinteresse del genitore, integrerebbe, perciò, gli estremi di un vero e proprio danno esistenziale.

Il riconoscimento del danno esistenziale si inserisce evidentemente nell'ambito di quella più generale tendenza, manifestatasi con maggior vigore negli ultimi anni, intrapresa dalla giustizia di merito e di legittimità, nel senso di una maggiore attenzione verso i temi della famiglia (legami parentali; potestà dei genitori; vincoli di solidarietà familiare) e delle relazioni sociali della persona.

È, infatti, venuto più volte in considerazione il tema della solidarietà familiare, attraverso autorevoli richiami all'esercizio-adempimento di quel fondamentale potere-dovere che è la potestà dei genitori; così come si è dato risalto alla solidarietà sociale nella forma della responsabilità civile: e ciò alla luce dei sempre più numerosi pericoli scaturiti dalle nuove attività, nonché delle latenti insidie presenti nei nuovi modelli di comportamento umano capaci, spesso, di costituire altrettanto minacce al libero e placido esplicarsi della vita.

La nozione di danno esistenziale ricomprende qualsiasi evento che, per la sua negativa incidenza sul complesso dei rapporti facenti capo alla persona, è suscettibile di ripercuotersi in maniera consistente, e talvolta permanente, sull'esistenza della stessa. Pertanto è opportuno avere una visione non restrittiva degli eventi potenzialmente lesivi, non ancorata, cioè, a valutazioni tecniche basate su parametri e tabellazioni, bensì capace di segnalare quelle interferenze comunque negative e pregiudizievoli in senso ampio.

In tal modo, se la bipartizione danno patrimoniale-danno morale poteva apparire, come detto, angusta, talvolta anche

L'inclusione del danno biologico può non risultare esaustiva: un fatto-evento causato da terzi può rivelarsi dannoso quand'anche, non traducendosi nella concreta e materiale lesione dell'integrità fisico-psichica, sia tuttavia idoneo ad incidere sulle possibilità realizzative della persona umana. In questa particolare fattispecie viene, dunque, ad essere leso il diritto allo svolgimento della personalità umana, considerato globalmente ex art. 2 Cost., o, se vogliamo, qualsiasi diritto comunque assistito da garanzia costituzionale.

La mera frustrazione prodotta dal fatto, con il suo carico di speranze ed aspettative vanificate, di affetti e relazioni umane messi in discussione, può riverberarsi – anche nel lungo periodo – sulla quotidiana esistenza dell'individuo, a prescindere da un danno fisico medicalmente accertabile, integrando quella "lesione in sé" a cui allude la S.C.. Tale pregiudizio, in quanto efficace e "ingiusto" oltre che causalmente riconducibile al fatto, legittima la richiesta di risarcimento.

Siffatta configurazione ben si inserisce anche sull'orientamento già consolidato della Corte Costituzionale, in ordine alla necessità del "risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana".

Seguendo tale impostazione è, altresì, possibile tentare l'inquadramento dogmatico della figura del danno esistenziale. Resta ferma la possibilità di mettere in relazione tale figura con l'art. 2043 c.c., il quale concerne il danno "ingiusto" cioè lesivo di situazioni soggettive giuridicamente protette, atteso che la tutela costituzionale non distingue tra categorie di diritti tutelabili.

Da questo tentativo di analisi emerge con sufficiente certezza l'autonomia del tipo rispetto alle altre figure a cui si è accennato.

Il danno esistenziale, infatti, proprio perché sussiste a prescindere da lesioni concrete (a differenza del danno biologico); sussiste, altresì, al di là di una incidenza del fatto-evento su una prospettiva reddituale (a differenza del danno patrimoniale) ed, infine, sussiste anche in assenza di comportamenti penalmente rilevanti, non può essere ricondotto, neanche secondo una configurazione da *genus a species*, ad alcuna delle figure menzionate.

Pertanto non pare condivisibile l'impostazione che ne fa un *genus* al quale ricondurre il danno biologico ed il danno psichico, quali distinte *species*; più ammissibile appare la costruzione che, al contrario, considera il danno esistenziale una delle possibili sfaccettature (insieme al danno estetico, alla vita di relazione, al danno psichico e via dicendo) del danno biologico, assunto a categoria generale ed onnicomprensiva di danno alla persona: non bisogna, tuttavia, dimenticare che, a differenza del danno biologico – il quale identificandosi nella concreta lesione suscettibile di accertamento medico-legale, deve essere provato unicamente con riferimento all'entità, ai fini risarcitori – il danno esistenziale, pur qualificato "lesione in sé", deve essere specificamente provato nei suoi stessi presupposti; può sussistere, come si è cercato di chiarire, anche in mancanza di una lesione, e presentarsi, anzi, come esclusiva ed unica conseguenza del fatto che si assume lesivo. Il che mette in discussione tali raggruppamenti qualificatori.

In conclusione, si ritiene preferibile condividere la teoria secondo cui vada ribadita l'autonomia del tipo e che, quale categoria unitaria, vada considerata quella del danno da atto illecito *tout court*, al cui interno ricomprendere tutte le tipologie di danno rispondenti ai requisiti posti dalla norma (ingiustizia del danno, dolo o colpa, nesso causale) qualunque sia poi, in concreto, il diritto costituzionalmente protetto che abbia subito un pregiudizio; d'altro canto, eventuali lesioni che si assume di aver subito, ma non rientranti nell'art. 2043, ad esempio perché non direttamente riconducibili alla colpa dell'autore, andranno riguardati ex art. 2059, se ed in quanto previsti dalla legge.

Una preoccupazione che può affiorare in esito a quanto sopra esposto, riguarda l'eccessiva proliferazione di figure di danno risarcibile; infatti, tra il disposto certamente oggi superato dell'art. 2059 da un lato e le fattispecie che sono andate costruendosi in via giurisprudenziale – e a tutt'oggi con limitate e poco nitide specificazioni normative – dall'altro, diventa davvero difficile individuare lesioni vere o presunte che si possano dichiarare non risarcibili.

Non può infatti ignorarsi come, invocando un danno esistenziale, grazie all'autorevole precedente, diventa molto più facile che in passato

ottenere il risarcimento anche di danni "indiretti", pur conseguenza di lesioni fisiche e tangibili. Senza procedere per approssimazioni, si pensi ai cosiddetti danni riflessi, lamentati ad esempio, dai congiunti della vittima dell'illecito: questi, in base ai passati inquadramenti dogmatici, ledendo diritti di cui erano portatori soggetti diversi dall'originario danneggiato, erano riconducibili solo in via mediata alla condotta illecita (perciò riflessi); oggi possono, invece, ricevere l'autonomia qualificazione di danni esistenziali (perciò immediati e diretti) invocabili *jure proprio* ed, altrettanto direttamente, risarcibili⁴⁰⁸.

5.7 Particolari ipotesi di responsabilità civile:

- a) la responsabilità del medico specializzando;
- b) la responsabilità contrattuale dell'azienda ospedaliera;
- c) la responsabilità contrattuale del policlinico universitario.

a) la responsabilità del medico specializzando

L'attività del medico non strutturato con la struttura sanitaria, e quindi non in regime di dipendenza o libero professionale, è regolata dal D.Lgs. 8.8.91 n. 257 e in tema di responsabilità rilevano solo pochi articoli.

L'art. 4 della sopra citata legge stabilisce che "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". Lo specializzando, dunque, partecipando a tutte le attività mediche, si inserisce con estrema facilità nei compiti assistenziali, confondendosi con il personale medico strutturato.

⁴⁰⁸ Da un articolo dell'Avv. Recupero Bruno, pubblicato sulla rivista Diritti & Diritti del 27.09.2000.

Naturalmente è opportuno che il paziente venga ad essere informato, anche dallo stesso specializzando, che la sua presenza è solo ai fini di imparare e non può in alcun modo decidere o modificare il piano terapeutico, condiviso peraltro con il medico strutturato.

Anche se è da rilevare che detta normativa rimane, per molti aspetti, alquanto lacunosa, è fondamentale rilevare come, ai fini delle responsabilità legate alla condotta posta in essere dallo specializzando, l'unico responsabile diretto rimane il medico strutturato deputato *ipso iure* alla pianificazione della terapia del paziente; è piuttosto pacifico che nulla potrebbe e dovrebbe fare lo specializzando senza il controllo e la direzione del medico strutturato. Se in linea teorica ciò appare piuttosto chiaro, in concreto questo non sempre avviene.

Gli specializzandi, infatti, assolvono spesso determinati compiti riservati ai medici strutturati, sulla base di determinate responsabilità funzionali di natura contrattuale, quali ad esempio la scritturazione della cartella clinica, la valutazione dei valori biochimici di laboratorio e dei parametri vitali, con conseguente modificazione del piano terapeutico, la decisione e la attualizzazione di esami diagnostici, la somministrazione di medicinali in conseguenza della modificazione dello stato di salute del paziente, e così via dicendo.

In riferimento a quanto sopra esposto, si rileva inoltre che l'art. 3 della sopra citata legge, specifica che l'attività dello specializzando è finalizzata all'apprendimento; infatti lo stesso articolo recita: *"l'ammissione e la frequenza alla scuola, finalizzate alla formazione di medico specialista dell'iscritto, non determinano la costituzione di alcun rapporto di impiego"*.

L'art. 8 sopra richiamato, infatti, individua solamente la responsabilità civile personale degli specializzandi, ma non dei terzi affermando che *"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 detratto dalla borsa di studio di cui all'art. 6, spettante a ciascun specializzando"*.

Tutto ciò premesso, quindi, non esistendo una speciale norma, si regredisce la responsabilità dello specializzando, alla responsabilità

dell'Università, per tutti i danni che lo stesso potrebbe causare nello svolgimento della propria attività. Come affermato prima, considerato che quasi sempre i danni causati dallo specializzando, sono da ricondurre ad una prestazione che sconfina nelle funzioni del medico strutturato, la colpa come elemento psicologico è da valutare con estrema importanza perché frequentemente è di entità grave, proprio perché lo specializzando è già un medico dotato di determinate conoscenze.

b) la responsabilità contrattuale dell'azienda ospedaliera

In diverse cause i medici hanno eccepito il difetto di legittimazione processuale passiva, in quanto la possibilità di imputazione civile per la responsabilità di funzionari e dipendenti dello stato o enti pubblici non rileva se non in caso di dolo o colpa grave.

Difatti le modalità che individuano la legittimazione passiva e attiva in materia di responsabilità civile è regolata in via mediata dall'art. 28 Cost. e diretta ai sensi dell'art. 28 D.P.R. 20.12.1979, che applica anche ai dipendenti delle A.S.L. la normativa in materia di responsabilità civile sussumibile dal D.P.R. 10.1.1957 n. 3 e, in particolare, agli artt. 22 e 23, che estendono la responsabilità civile personale ai dipendenti pubblici solo in caso di colpa grave e dolo.

In tutti gli altri casi, la responsabilità colpisce precipuamente solo l'Amministrazione dell'ente pubblico, il quale poi può operare in via di regresso onde recuperare il *pretium* riconosciuto al paziente solo extragiudizialmente e comunque a causa finita.

Quindi l'operatore può essere convenuto dal paziente se questi lamenta la colpa grave nella scelta della tecnica operatoria e/o nell'esecuzione dell'intervento; così la sentenza Cass. 4.2.98 n. 1127. La problematica della colpa grave torna in luce alla lettura dell'articolo 28 DPR 20/12/1979 n° 761 che richiama gli artt. 22 e 23 del DPR 10/01/1957 n° 3. Pare di evincere che il medico dipendente della A.S.L. dovrebbe rispondere direttamente verso i terzi dei danni causati solo per dolo o colpa grave.

Però questa interpretazione, come già illustrato nel paragrafo precedente relativo alla responsabilità del medico dipendente di una

struttura sanitaria pubblica, non è appagante sia perché l'articolo 28 della Costituzione non prevede questa ingiustificata limitazione (per atti compiuti in violazione di diritti, i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo leggi penali, civili e amministrative), sia perché restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti.

Se si accettasse la tesi sopra prospettata, inoltre, si creerebbe un contrasto con il principio di uguaglianza dell'articolo 3 della Costituzione, in quanto il medico che opera come dipendente in strutture pubbliche, fruirebbe di un metro di valutazione diverso della responsabilità rispetto ad altri medici che operano ad esempio in strutture private.

In conclusione, dunque, la A.S.L. risponde delle conseguenze dannose non solo per l'operato del medico, ma anche per quanto è connesso con tale attività (ad esempio deficienza organizzativa, cattivo funzionamento delle strutture e delle apparecchiature eccetera...).

L'Ente è sicuramente responsabile verso i terzi danneggiati se è tenuto in solido con il medico, dipendente o convenzionato (articolo 2055 Codice Civile), può rivalersi sul medico e sicuramente costituisce garanzia patrimoniale maggiore, che ha lo scopo di soddisfare pienamente la pretesa risarcitoria.

Se l'Ente non è assicurato, quindi, le conseguenze della responsabilità civile ricadranno sull'autore del danno. La garanzia patrimoniale si ha anche per i danni così detti anonimi, cioè quelli per i quali non è possibile individuare la causa precisa del fatto lesivo, come ad esempio il caso dell'operazione effettuata da équipe, ed è impossibile risalire allo specialista cui addebitare la condotta colposa nel caso ad es. di infezione tetanica.

c) la responsabilità contrattuale del policlinico universitario

Il caso in specie è stato rilevato in una causa che riguardava una paziente ricoverata presso la clinica ostetrica dell'Università degli Studi di Torino che, a seguito di un errore terapeutico, ha riportato gravi menomazioni.

L'attrice ha citato solidalmente l'Università e il medico chiedendo il risarcimento del danno biologico e morale che aveva subito.

La domanda nei confronti dell'Università era stata fondata sia sull'esistenza di un contratto di prestazione d'opera professionale, per effetto del ricovero presso la clinica ostetrica, sia sul rapporto di servizio che doveva ritenersi sussistente tra la clinica universitaria e il medico che aveva eseguito la cura.

Non sono state accolte le eccezioni dell'Università che dichiarava il difetto di legittimazione processuale passiva, sostenendo che l'attrice aveva stipulato con l'Ente Ospedaliero S. Anna una convenzione per la gestione degli Istituti ostetrici e ginecologici, in base alla quale era tale Ente che avrebbe dovuto rispondere nei confronti della paziente, in virtù sia del rapporto contrattuale con essa stabilito, sia perché datore di lavoro del medico.

La Corte d'Appello ha condannato l'Università e il medico a pagare in solido tra loro per risarcimento dei danni rispettivamente biologico e morale, oltre interessi.

L'Università ha impugnato la sentenza per falsa interpretazione, ma la Suprema Corte⁴⁹⁹ ha rigettato il ricorso dell'Università, in quanto ha ritenuto che il giudice d'appello abbia correttamente accertato l'esistenza di un rapporto contrattuale fra l'Università e la paziente, deducendo dal regolamento generale universitario del 1924 e dal testo unico delle leggi sull'istruzione superiore del 1933 che la clinica S. Anna costituisce uno strumento attraverso il quale le amministrazioni universitarie fanno funzionare le cliniche come strutture ospedaliere.

Il ricovero in una struttura deputata a fornire assistenza sanitaria avviene, infatti, sulla base di un contratto tra il paziente e il soggetto che gestisce la struttura; l'adempimento di tale contratto, per quanto riguarda le prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale.

⁴⁹⁹ Sezione Terza Civile, sent. n. 9198 del 1.9.99, Pres. Fiduccia, Rel. Vittoria.

Il soggetto, pubblico o privato, gestore della struttura sanitaria risponde perciò per i danni che siano derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, in base alle norme dettate dagli artt. 1176, secondo comma, e 2236 cod. civ. (Cass. 7 ottobre 1998 n. 9911), o a lui somministrati senza che fosse stato informato dei relativi rischi (Cass. 24 settembre 1997 n. 9374).

Secondo la S.C. la struttura sanitaria in cui il paziente è stato accolto risponde dei danni provocati dal personale sanitario e ne costituisce criterio di imputazione, rispettivamente sulla base degli artt. 28 Cost. e 2049 c.c..

Conclusioni

È arrivato, alla fine di questa nostra trattazione, il momento di "tirare le somme".

Ci siamo occupati di un tema, quello dei profili giuridici, del trattamento medico-chirurgico, definito, non a torto, tra i più complessi in ambito penalistico.

Non abbiamo ritenuto, di dover far nostra, la posizione espressa dal Ramacci⁴¹⁰, in occasione della Tavola rotonda organizzata dall'Istituto di diritto penale dell'Università di Siena il 26 Aprile del 1983, il quale ritenne: *"una perdita di tempo continuare a parlare della liceità del trattamento medico-chirurgico ... sia perché l'esercizio di tale attività è circondato da una valutazione positiva, sia perché, dal punto di vista sociale, la richiesta di assistenza sanitaria non è in declino ma in costante aumento, ed infine perché lo Stato ha fatto propria la finalità dell'assistenza sanitaria, ricomprendendola all'interno dei propri fini istituzionali"*.

Una simile conclusione, infatti, alla luce dell'esponenziale crescita del contenzioso civile e penale relativo all'attività medico-chirurgica e ai conseguenti sviluppi giurisprudenziali, suona infatti ormai come pesantemente sarcastica: l'attività del medico appare, infatti, ormai negli ultimi anni come bersaglio costante di attribuzione di responsabilità sempre maggiori e sempre più difficili da determinare.

Abbiamo ritenuto, pertanto, l'argomento, relativo ai profili di liceità, degno di assurgere a oggetto del nostro lavoro, tutto questo nella convinzione che per individuare se, quando e da dove il trattamento medico-chirurgico diviene illecito, non si possa prescindere da un'indagine relativa al suo fondamento.

⁴¹⁰ Ramacci F., Libertà individuale e tutela della salute, in Riv. it. med. leg., 1983.

Da come si affronta il tema dipende la risposta all'interrogativo sulle conseguenze per il sanitario del trattamento, ad esito favorevole o sfavorevole, non coperto dall'accordo del malato.

Ma, a parte questa considerazione preliminare, dobbiamo dire di esser stati mossi a questo argomento sulla base di alcune problematiche come quelle:

- a) di un'emergenza legislativa;
- b) di un nuovo modello del rapporto medico-paziente;
- c) di un recente dibattito dottrinale sull'argomento del consenso, e più specificatamente, sulla necessità di un consenso informato; che hanno avuto il pregio di rendere attuali dibattiti tradizionali.

Per quel che riguarda il primo punto di interesse e cioè quello relativo al fondamento di liceità del trattamento medico chirurgico, siamo partiti dall'analisi critica, dei due orientamenti tradizionali, che si contendono il campo:

- a) secondo una parte della dottrina il trattamento medico-chirurgico integrerebbe sempre le fattispecie di delitti di lesioni e di omicidio, salvo poi esser giustificato tramite il ricorso alle scriminanti;
- b) secondo, invece, altra parte della dottrina, già a livello di fatto tipico sarebbe possibile escludere che l'atto medico-chirurgico possa esser sussunto nelle fattispecie in discorso.

Abbiamo, allora, vagliato criticamente le cause di giustificazione, quelle codificate e non, e ne abbiamo evidenziato i limiti.

In ogni caso, il risultato più importante dell'indagine è stato quello di aver individuato il ruolo del consenso del paziente come:

baluardo a difesa della libertà di autodeterminazione, libertà dotata di rilevanza costituzionale negli art. 2, 13, 32, Cost..

Spostando la nostra analisi sul consenso, ci siamo resi conto di come sia sommamente opportuna l'introduzione di una norma ad hoc, che tuteli specificatamente la libertà di autodeterminazione;

nel nostro ordinamento, infatti la tutela penale diretta del consenso è parziale, mentre la tutela ampia è solo indiretta e questo accade perché si ricorre a fattispecie che hanno chiaramente origine e campo di applicazione diversi.

Ulteriori motivi di attualità, si aggiungono laddove si consideri l'importanza assunta dal consenso informato.

Si è guardato al consenso informato, come ad un momento della generale libertà di autodeterminazione, comprendente l'autodeterminazione informativa⁴¹, intesa come potere del soggetto di controllare il circuito informativo che lo riguarda.

Il ruolo del consenso informato del paziente, nell'attività medico-chirurgica, ha assunto una posizione centrale ed imprescindibile, in quanto espressione del diritto, costituzionalmente garantito dagli art. 2, 13, 1 comma e 32,2 comma Cost., dell'individuo di scegliere se curarsi o no, se privilegiare terapie tradizionali o alternative.

Dunque, senza un valido consenso ed il consenso è valido solo se consapevole e consapevole solo se informato, ogni attività terapeutica è illecita, a prescindere dall'esito, tranne che nei casi di urgenza e necessità per la salvaguardia della vita del paziente.

In altri termini, deve ritenersi sussistere ipotesi di responsabilità professionale, quando ci sia la violazione del dovere di informazione, cui consegue non solo la violazione del diritto costituzionalmente garantito dell'autodeterminazione, ma anche il danno alla salute del paziente derivato causalmente dall'intervento, pur necessario e correttamente eseguito, non avendo il paziente, potuto scegliere, personalmente, di praticare la cura.

L'insieme di queste considerazioni, unito all'aver individuato una lacuna nel nostro ordinamento positivo, ci conducono ad invocare l'introduzione di due nuove ipotesi criminose:

- 1) il trattamento medico colposo, in cui l'imperizia penalmente rilevante sia limitata alla sola colpa grave;
- 2) il trattamento medico arbitrario (da inserire fra i reati contro la libertà morale) in cui la presenza del consenso informato del paziente rappresenti un limite alla validità del trattamento stesso.

⁴¹ Definizione di Viciani S., op. cit.

Un ultimo rilievo merita la considerazione di un nuovo modo di concepire il rapporto medico-paziente:

"la valorizzazione del requisito del consenso, non deve significare che questo assuma il ruolo di criterio comportamentale univoco per l'attività sanitaria... emerge, infatti, la necessità di una reciproca integrazione fra il principio del consenso e principio di beneficienza, inteso al discernimento del massimo bene per il malato attraverso il dialogo del medesimo con il medico.

Si tratta di stabilire, se la medicina debba essere intesa come mero insieme di abilità tecniche tendenzialmente disponibili per qualsiasi opzione del singolo, o se il singolo nell'affidarsi alla medicina come scienza umana sia tenuto ad accoglierne una serie di criteri d'intervento (pur faticosamente) condivisi.

Solo in quest'ultima prospettiva può continuarsi a parlare di un ruolo professionale del medico ..."⁴¹².

AVV. CLAUDIO FERRAZZA

AVV. ROBERTA PAGLIARELLA

AVV. DANIELA VALENTINI

DOTT. PAOLO FERRAZZA

⁴¹² Eusebi L., op. cit., pag. 739.

