







Il volume prende spunto dal congresso monotematico nazionale, FeDerSerD (Federazione Italiana degli Operatori e dei Dipartimenti e dei Servizi delle Dipendenze) Lazio, Abruzzo Marche e Molise dal titolo “La responsabilità nei Ser.T.” tenutosi a Roma nel maggio 2011.



*Grafica della copertina:* Elena Pellegrini

Copyright © 2012 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Ristampa	Anno
0 1 2 3 4 5 6 7 8 9	2012 2013 2014 2015 2016 2017 2018 2019 2020 2021

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sui diritti d'autore.

Sono vietate e sanzionate (se non espressamente autorizzate) la riproduzione in ogni modo e forma (comprese le fotocopie, la scansione, la memorizzazione elettronica) e la comunicazione (ivi inclusi a titolo esemplificativo ma non esaustivo: la distribuzione, l'adattamento, la traduzione e la rielaborazione, anche a mezzo di canali digitali interattivi e con qualsiasi modalità attualmente nota od in futuro sviluppata).

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale, possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali ([www.clearedi.org](http://www.clearedi.org); e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org)).

Stampa: Tipomozza, via Merano 18, Milano.

# Indice

**Premessa**, di *Pietro Fausto D'Egidio e Claudio Leonardi*

**Il Contratto Terapeutico e la garanzia della cura**, di *Pietro Fausto D'Egidio*

**Il confine tra la responsabilità del governo del sistema sanitario e quello dei professionisti**, di *Aniello Nappi*

**Il rapporto contrattuale con il paziente**, di *Giorgio Calesella*

**La responsabilità professionale nella evoluzione del diritto**, di *Nicola Trifuoggi*

**Finalità della pena e criteri di valutazione della Magistratura**, di *Enrico Della Ratta Rinaldi*

**Dipendenze tra protezione e punizione. La capacità di intendere e volere e di giudizio. Le limitazioni della capacità di agire quale strumento di tutela delle persone fragili**, di *Antonio Smeriglio*

**Confini tra clinica e norma**, di *Emanuele Bignamini*

**Le procedure tra responsabilità e deresponsabilità**, di *Maurizio Fea*

**Qualità dei servizi e diritti del paziente**, di *Cesare Di Carlo*

**Commento**

*Claudio Leonardi*

*Gianna Sacchini*

*Gianni Cordova*

**Postfazione**, di *Alfio Lucchini*

**Allegati****La Costituzione**

Articolo 3

**Codice Civile**

Art. 1173

Art. 1218

Art. 2236

**Codice penale**

Art. 649

**Suprema corte di cassazione sezioni unite civili**

Sentenza 11 gennaio 2008, n. 577

**Suprema corte di cassazione**

Sentenza 22 gennaio 1999, n. 589

**Suprema corte di cassazione sezioni unite penali**

Sentenza 10 luglio 2002 - 11 settembre 2002 n. 30328

**Suprema corte di cassazione sezione quarta penale**

Sentenza 9 febbraio 2006 - 12 aprile 2006, n. 12894

## **Gli autori**

**Pietro Fausto D'Egidio**, Medico, Direttore Servizio per le Tossicodipendenze ASL Pescara, Segretario Esecutivo Nazionale FeDerSerD.

**Claudio Leonardi**, Medico, Direttore U.O.C. Prevenzione e Cura delle Tossicodipendenze ed Alcolismo Ser.T. D11, ASL Roma C, Componente Ufficio di Presidenza di FeDerSerD.

**Emanuele Bignamini**, Psichiatra, Direttore Dipartimento Dipendenze 1, ASL Torino 2. Componente Ufficio di Presidenza di FeDerSerD.

**Giorgio Calesella**, Avvocato Cassazionista, Milano.

**Giovanni Cordova**, Sociologo, Fondatore Presidente LAAD, Onlus Lega Abruzzese Antidroga Pescara, Presidente FeDerSerD Regione Abruzzo Marche Molise.

**Enrico Della Ratta Rinaldi**, Magistrato Tribunale di Sorveglianza di Roma.

**Cesare Di Carlo**, Medico, Direttore Ser.T. Giulianova AUSL Teramo.

**Maurizio Fea**, Psichiatra, Docente Scienze della Formazione Università Cattolica di Milano, Responsabile Nazionale Formazione FeDerSerD.

**Alfio Lucchini**, Psichiatra Psicoterapeuta Direttore Dipartimento Dipendenze ASL Milano 2 Presidente Nazionale FeDerSerD.

**Aniello Nappi**, Magistrato Consiglio Superiore della Magistratura, Presidente Commissione Settima per l'organizzazione degli uffici giudiziari, Roma.

**Gianna Sacchini**, Psicologo Direttore S.C. Ser.T. AZUR ZT11 Fermo. Vice direttore comitato scientifico nazionale di FeDerSerD.

**Antonio Smeriglio**, Sostituto Procuratore della Procura della Repubblica di Torino.

**Nicola Trifuoggi**, Magistrato, Procuratore Capo di Pescara.

Hanno collaborato: Nicoletta D'Aloisio, Francesca Lucini, Marina Mariani



# Premessa

di *Pietro Fausto D'Egidio e Claudio Leonardi*

Ci sono molti motivi che spiegano il successo di numeri e di credibilità che ha avuto in questi anni FeDerSerD.

Tra questi, la capacità di affrontare con tempismo ed approfonditamente i temi più sensibili che attraversano il nostro lavoro quotidiano.

Per questo motivo abbiamo ritenuto necessario svolgere una riflessione sulle responsabilità degli operatori del Sistema Sanitario Nazionale e dei Servizi per le Tossicodipendenze in particolare.

Le molteplici responsabilità che si rappresentano nella nostra attività giornaliera hanno come conseguenza il fatto che tutti gli operatori si trovano quotidianamente ad affrontare alcuni dilemmi carichi di tensione etica e di preoccupazioni legali, che generano demotivazione e conflitti nei gruppi di lavoro.

Tali problematiche hanno da sempre caratterizzato il nostro lavoro ma progressivamente stanno assumendo maggiore importanza non solo in relazione alle maggiori competenze professionali acquisite dagli addetti e dall'intera comunità scientifica, ma anche e soprattutto in relazione alla maggiore complessità del sistema di tutela della salute individuale e collettiva, nonché per il degrado del sistema".

Le responsabilità si declinano a vari livelli:

- a) la responsabilità di ciascuno di noi nel mantenere alta la nostra specifica qualità professionale dall'aggiornamento alla relazione con il paziente;
- b) la responsabilità di ciascun operatore nel dare un contributo alla qualità della relazione nel gruppo di lavoro. Una squadra in armonia è molto più efficace, inutile dirlo;
- c) la responsabilità nell'accettare gli indirizzi aziendali ma anche nel leggerli con la conoscenza, che deriva dal nostro lavoro, dei bisogni dei pazienti e dei territori e nell'obbligo di portare questo contributo di conoscenze agli organismi gerarchicamente sovraordinati affinché, e questa è la loro responsabilità (di altri), ne tengano opportunamente conto.

Nella realtà di molti di noi, della maggior parte di noi, i Servizi si distinguono per affrontare i problemi e gli operatori per assumersi le responsabilità derivanti.

Molte volte, però, non ci è chiaro quali sono i livelli di responsabilità e i loro confini.

Vogliamo trattare anche di questo: della responsabilità organizzativa.

In tutti i Servizi italiani si lavora ogni giorno.

In molti Servizi i colleghi si trovano ad affrontare eventi spesso riconducibili ad alcune, poche fattispecie:

- a) chi ha la responsabilità di decidere quale è il carico massimo di lavoro per quella struttura con quel personale?
- b) cosa dobbiamo fare se la legge ci impone una valutazione diagnostica multidisciplinare e nel nostro servizio non abbiamo lo psicologo e/o l'assistente sociale e/o l'educatore?
- c) se i livelli di doverosa collaborazione con le altre strutture della ASL sono insufficienti, quali sono le azioni corrette da mettere in essere per migliorarle?
- d) cosa è giusto fare se ci si chiede molto, troppo impegno per le azioni progettuali, togliendoci il minimo necessario per le attività istituzionali, di continuità assistenziale?
- e) con un decreto legge del luglio 2010 nei Ser.T. viene imposto, fatto unico in tutto il SSN, di fornire periodicamente dati analitici per ciascun paziente. Questa legge richiede troppo tempo che viene sottratto ai pazienti: come comportarsi?
- f) chi valuta se il personale è insufficiente per lasciare aperto il servizio anche i festivi? O il sabato?

Questo volume tenterà di rispondere a queste e ad altre domande.

# Il Contratto Terapeutico e la garanzia della cura

di *Pietro Fausto D'Egidio*

Di contratto terapeutico si parla soprattutto nell'ambito della psicologia e della psichiatria.

In questi ambiti di solito il “contratto terapeutico” definisce l'accordo *iniziale* tra terapeuta e paziente nel quale si definiscono le regole della terapia e si concordano gli obiettivi da raggiungere.

Nei Ser.T. il concetto di contratto terapeutico ha la stessa valenza.

## Un contratto terapeutico moderno

Ancora adesso, purtroppo il “contratto terapeutico” discende da una decisione clinica presa in scienza e coscienza dove per scienza si intende l'opinione (indipendente) del medico e per coscienza l'esclusivo interesse del paziente (stabilito dal medico).

Gli elementi cruciali di questo contratto terapeutico “tradizionale” sono:

1. un rapporto medico-paziente di tipo paternalistico (fiduciario e individuale);
2. l'opinione del medico.

Le conseguenze di questo approccio sono date principalmente da un comportamento eterogeneo tra medici e da troppe poche garanzie per il paziente.

Le poche garanzie per il paziente nascono dalla crisi della medicina deterministica a cui si sta cercando di sostituire un paradigma terapeutico moderno:

1. la malattia è un processo caotico di estrema complessità a esito imprevedibile (nel singolo caso);
2. non è possibile prevedere l'effetto di una terapia sulla base di considerazioni fisiopatologiche;

3. il comportamento delle malattie può essere descritto solo in termini probabilistici;
  4. l'effetto di una terapia nel singolo paziente può essere descritto solo in termini probabilistici;
  5. si valutano grandi numeri e studi metodologicamente corretti.
- Un “contratto terapeutico” moderno ha come postulati che:
1. l'esperienza individuale del medico da sola ha limitato valore nella scelta terapeutica;
  2. la valutazione dell'operato di un medico si concentra sugli aspetti procedurali:
    - a) selezione delle procedure appropriate;
    - b) corretta applicazione di queste procedure.
  3. I valori e le preferenze del paziente sono centrali nella scelta terapeutica:
    - a) Contratto di Ulisse (con il termine di “Contratto di Ulisse” si è proprio chiamato il particolare accordo tra un paziente psichiatrico e i suoi medici, per cui egli acconsente ad essere ospedalizzato, oppure trattato con terapie specifiche, contro la sua volontà nei periodi di crisi);
    - b) Contratto terapeutico per la cura della dipendenza.

## **Il potere del medico sul paziente**

Parlando del rapporto medico/paziente, della definizione del “contratto terapeutico” e, più in generale, di tutte le attività inerenti gli interventi diagnostici e di cura, dobbiamo fare una riflessione sul rapporto di potere che in esso è connaturato.

Parlando di rapporto di potere, dobbiamo ricordare che esso, nel nostro caso, ha una rilevanza culturale e anche ideologica importante nella nostra società, perché si ricollega ed evoca quella distinzione tra la sfera pubblica e la sfera privata che è una conquista della modernità.

Dopo il Medioevo si differenziano radicalmente le due sfere di relazioni: quella pubblica e quella privata e il tutto si fonda su un presupposto ideologico, e mistificatorio per certi aspetti, che è questo: nella sfera del privato (del mercato e della pubblica opinione) tutti i rapporti sono paritari, quindi ogni soggetto è uguale all'altro, non ci sono differenze; i rapporti di potere, cioè i rapporti in ragione dei quali un soggetto può influire sul comportamento dell'altro anche contro la sua volontà sono solo quelli pubblici, dove c'è l'intervento pubblico.

Quindi è solo lo Stato o gli enti pubblici che vi fanno capo che esercitano un potere.

Tutti i rapporti privati, tutti i rapporti che appartengono alla sfera del mercato o alla sfera della pubblica opinione sono rapporti paritari.

Ora, che questa distinzione fosse una mistificazione è un dato di fatto acquisito, perché tutti sappiamo ormai che anche tra i rapporti tra privati ci possono essere delle situazioni di potere e di soggezione.

Non per nulla per esempio il contratto di lavoro viene disciplinato nel presupposto che il datore di lavoro possa essere in una situazione prevalente rispetto al lavoratore e quindi possa esercitare un potere.

Tutta la legislazione che inizia dalla fine dell'800 e che si sviluppa nel '900, è improntata alla sopravvenuta consapevolezza e quindi alla demistificazione del fatto che anche i rapporti tra privati possono essere rapporti di potere e quindi debbono essere regolati, appunto nella consapevolezza che questo rapporto può determinare l'influenza di una persona su un'altra e quindi può determinare l'esercizio di un potere.

Un esempio classico è il potere del medico sul paziente.

Il medico è il depositario di una scienza indiscutibile, il paziente è vulnerabile e in una condizione di grande bisogno.

## **Sulla privacy**

Prendo spunto e riporto quanto affermò alcuni anni fa Nello Nappi a Lanciano in un evento di FeDerSerD dedicato alla Privacy.

La legge sulla privacy si inserisce in questa sopravvenuta consapevolezza, ma vi si inserisce con un ulteriore vantaggio della nostra cultura perché la nostra cultura è diventata sempre più una cultura immateriale, perché gli stessi rapporti di potere privato non sono più determinati dalla "roba", cioè dal rapporto immediato con il bene, ma quanto dalla possibilità di muovere fonti di potere economico, di gestirle pur non essendo proprietari.

Tutti abbiamo assistito in questi anni al dibattito che scaturiva dal tema del management, cioè le persone che gestiscono società per azioni senza essere neppure azionisti a volte (e quindi cade tutto il mito marxista sulla proprietà), non sono proprietari delle grandi società di capitali oggi detti "public company", essendo i proprietari una massa diffusa di cittadini, di lavoratori che dovrebbe esercitare il potere, ma chi fa l'amministratore in queste società spesso si affranca dagli stessi titolari dei pacchetti di maggioranza.

Questa dematerializzazione del potere ha la sua componente essenziale nel riconoscimento della funzione determinante dell'esercizio del potere, che viene dalla conoscenza e dall'organizzazione delle conoscenze, perché saper cose che sono nella disponibilità comune e cumularle, conservarle e riorganizzarle, ti dà la possibilità di ottenere informazioni aggiuntive rispetto a quelle di base, diventando uno strumento di potere importante.

Vi è una sentenza della Prima Sezione Civile della Cassazione che dimostra che i Giudici della Cassazione hanno approfondito che cosa è la privacy: questo è molto importante.

Dice la sentenza: in tema di trattamento, in collegamento con la legge 675 del '96 e il decreto legislativo 196 del 2003 il cosiddetto codice della privacy, hanno ad oggetto della tutela anche i dati già pubblici o pubblicati quindi già noti, poiché colui che compie operazioni di trattamento di tali informazioni, dal loro accostamento, comparazione, esame, analisi, congiunzioni, rapporto o incrocio può ricavare un'ulteriore informazione e quindi un valore aggiunto informativo non estraibile dai dati isolatamente, potenzialmente lesivo della dignità dell'interessato ai sensi dell'art.3 della Costituzione, valore sommo a cui è ispirata la legislazione il trattamento dei dati personali.

In sostanza cosa dice questo signore: che il fatto che io abiti a Lancia-  
no, che abbia un certo numero di cellulare, sia in collegamento con il CED della Cassazione, frequenti regolarmente un certo cinema, abbia un alloggio a Roma, numero dei miei figli, cosa fa mia moglie, orientamento politico, propensione sessuale, tutte queste informazioni non sono segrete, però queste informazioni messe tutte insieme, consentono a chi le può conservare e le può trattare (vedremo poi che cosa significa trattare e chi le può fare), di costruire un profilo della mia personalità che gli consenta di esercitare su di me un potere occulto, perché, in base a queste informazioni, l'interessato potrà sapere quali sono le forme di pubblicità che possano essere più efficaci nei miei confronti, quale messaggio mi si può dare, si può sottolineare il profilo della persona o di tante persone tali da poter influire sui loro comportamenti, e considerando da una parte i mezzi di comunicazione di massa e dall'altra la possibilità di disporre le informazioni dettagliate (immaginate le cineprese o le videocamere che sono di fronte ad una banca); insomma, se tutte queste informazioni potessero essere raccolte comporterebbe un potere terrificante, la possibilità di intuire e di ricattare, anche in una campagna elettorale.

È un potere enorme, il potere della conoscenza: mentre prima noi pensavamo di poter impartire degli ordini ai quali il destinatario non potesse sottrarsi, oggi noi abbiamo la consapevolezza che il potere può prescindere dal manifestarsi formalmente, dalla condizione di un obbligo a qualcuno, ma può estrinsecarsi nella manipolazione delle persone e questa manipolazione è resa possibile dalla grande massa di informazioni che può essere raccolta.

In questa logica è chiaro che i sistemi informatici esaltano le possibilità di acquisizione e di manipolazione delle informazioni e quindi questa esigenza di tutela della privacy si è manifestata soprattutto con la informatizzazione diffusa.

Lo strumento della informatica agevola, moltiplica, esalta il potere della conoscenza dei fatti altrui, ma non è indispensabile perché anche uno schedario, come facevano una volta i servizi segreti, uno schedario per tutti, (certo non ti consente un incrocio rapido, di acquisire agevolmente quelle informazioni ulteriori di cui parla la sentenza citata e che sono possibili con i sistemi informatici) ti dà ugualmente la possibilità di conoscere e quindi di manipolare e di influire sui comportamenti altrui.

Ad esempio tutte le sentenze della Corte di Cassazione Civili (quelle Penali non tutte), sono inserite nel CED, e anche quando vengono massimizzate non ne viene fatto il riassunto e anche se non ne viene fatto un riassunto c'è un'indicazione del presidente e del relatore.

Ora la macchinosità del CED è quella di informare chi opera nel campo giudiziario a fini di ricerca; però da quell'archivio si può scoprire quante sentenze ha fatto un consigliere e si può comparare la laboriosità di un consigliere con quello dell'altro, tanto per rendervi l'idea, ma lo scopo previsto non è questo.

Quindi il potere ricognitivo, che deriva dall'accumulazione dell'informazione, risulta esaltato sia dalla moltissima mole delle informazioni che possono essere accumulate in spazi esigui, sia dalla possibilità di incrocio di informazioni che ti consentono di arrivare a sapere delle persone più indeterminate, comuni, quali sono le abitudini, dove è stato (pensate ai biglietti dell'aereo, adesso è tutto registrato, chi avesse l'accesso potrebbe sapere che cosa uno ha fatto negli ultimi mesi, con chi è stato, chi c'era con lui su un aereo, ecc.).

Quindi, la reazione, la risposta di questa legge a questa esigenza di controllo e di limite al potere che deriva dalla conoscenza, è andata in due direzioni: innanzitutto per quanto riguarda i privati – che come si è detto prima, si era già manifestata nella nostra esperienza giuridica del secolo scorso – di trattare come potere anche i rapporti tra i privati, cosa che comporta, una funzionalizzazione e una procedimentazione dell'attività privata: che cosa vuol dire?

Gli amministrativisti definiscono funzione quelle attività che hanno rilevanza giuridica non solo per il risultato cui arrivano ma anche per il modo in cui vi arrivano; è funzione ogni attività che diventa d'interesse, è rilevante, non soltanto per il risultato ma anche per i mezzi, le modalità, le occasioni in cui viene esercitata.

Che sia funzionalizzata un'attività pubblica è normale, perché è chiaro che chi opera come pubblico funzionario esercita un'attività la cui rilevanza non soltanto sta nel fatto che lui ottiene una certa modificazione del mondo esterno o un assoggettamento di una persona, ma diventa rilevante il perché e il per come e in quale occasione lo fa.

La procedimentalizzazione, che è il risvolto formale della funzionalizzazione, è quella di costruire quest'attività come un procedimento giuridico-

camente rilevante cioè un procedimento che stabilisce i modi dell'azione, le persone e gli altri soggetti che debbono essere coinvolti quando si compie una determinata attività funzionalizzata, e questo serve sia di controllo da parte di altri organi, sia in funzione di partecipazione di soggetti che la legge ritiene rilevantemente interessati a quell'attività.

Dunque la risposta di questa legge è innanzitutto importante sul piano privato cioè per coloro che esercitano un'attività di conoscenza, di raccolta di dati personali (e poi si vedrà che la legge dà una definizione di che cosa sono i dati personali).

Questa legge è innanzitutto importante per i privati, funzionalizza l'attività di acquisizione, di conservazione dei dati personali da parte di privati, i quali, pur rimanendo dei privati cittadini, vengono disciplinati; la loro attività viene disciplinata e procedimentalizzata come se fosse una attività pubblica: perché?

Perché c'è un'esigenza di controllo su quello che si fa, su come si raggiungono certi risultati, su quali sono gli effettivi scopi, i quali debbono essere dichiarati, e sull'eventuale partecipazione degli interessati.

Diciamo, quindi, che la parte più fortemente innovativa della legge sulla privacy è nella disciplina delle attività private di trattamento dei dati personali.

Questo perché lì è più inusitato il metro della funzionalizzazione e della procedimentalizzazione; perché normalmente quello che si fa e perché si fa e come si fa e con quali risultati, sono fatti personali.

Però se questa attività di accumulo di conoscenza rientra nei canoni di quella possibilità di un esercizio del potere uno deve seguire determinate procedure che servono a garantire la tutela di certi beni, di certi interessi e sono le libertà fondamentali, la dignità, che sono sullo sfondo di questa disciplina e quindi il soggetto diventa una sorta di funzionario privato, e un funzionario della collettività deve poter intervenire per controllare se il singolo compie quel trattamento di dati personali secondo i parametri dettati, allo scopo di tutelare la dignità, la libertà delle persone cui i dati si riferiscono.

Quindi diciamo che il diritto alla privacy è stato costruito con l'interesse di controllare che queste informazioni siano trattate secondo certi parametri.

Questo determina una funzionalizzazione e una procedimentalizzazione di queste attività di acquisizione di informazioni che è inusitata per le attività private e non lo è per le attività pubbliche.

C'è di innovativo che il trattamento di dati personali da parte di strutture pubbliche viene consentito, non c'è bisogno dell'autorizzazione del garante, mentre invece il procedimento per i privati si apre con l'autorizzazione da parte del garante del trattamento dei dati personali.

Questo per il pubblico non c'è, ma i dati personali debbono essere trattati solo nella misura in cui sono indispensabili ai fini delle finalità del servizio della struttura pubblica, quindi solo nei limiti di ciò che è effettivamente indispensabile per l'esercizio di questa attività e debbono essere trattati con un approntamento di strumenti che garantiscono la sicurezza, cioè escludano, o comunque limitino, la possibilità che questi dati siano utilizzati non solo per scopi diversi ma anche da persone diverse da quelle legittimate.

## **Il setting del nostro lavoro è un setting di cura**

Ma qual è il contesto in cui si esplica questo “contratto”?

Esiste ancora, purtroppo, la confusione nelle rappresentazioni sociali tra malato e vizioso e tra medico ed educatore.

Sostenere con forza, come poche sere fa in televisione “io sono un educatore” per togliere senso e ruolo agli altri interlocutori medici e vedere personaggi istituzionali che, di fronte a questo irragionevole dualismo, si pongono come mediatori/moderatori, fa pensare che abbiamo ancora una lunga strada da fare e che non è obsoleto rappresentare sempre la sintesi del NIDA che dice: “La tossicodipendenza è una malattia al di là di ogni irragionevole dubbio”.

Anche la conferenza nazionale DPR 309 di Trieste ha mostrato un passo avanti su queste tematiche, ribadendo che: “dobbiamo garantire le cure finalizzate al recupero”.

È stato ribadito e condiviso in concetto che: “La tossicodipendenza non è il risultato di scelte di vita devianti e di decisioni consapevoli. Piuttosto la tossicodipendenza è il frutto di un percorso patogenetico come per ogni altra malattia” così come affermato anche dall'UNDOC.

Non si comincia ad usare droga perché si è malati, ma l'iniziale uso di droga (che avviene per i più vari motivi) può trasformarsi in malattia.

La tossicodipendenza è una patologia che comporta alterazione della motivazione e della capacità di mantenere comportamenti su libera scelta.

La tossicodipendenza sia da droghe legali che da droghe illegali è ai primi posti tra i fattori di rischio per la mortalità e per l'invalidità in Italia.

La tossicodipendenza è una malattia che necessita di cure e contestualmente è necessario aiutare la persona a ritrovare quell'equilibrio personale, familiare, sociale mediante una serie di interventi integrati e complessi quali sono quelli finalizzati alla riabilitazione.

I farmaci agonisti, metadone – buprenorfina – buprenorfina/naloxone, sono presidi utili per la cura della tossicodipendenza da eroina.

Questi farmaci debbono essere usati ad un dosaggio adeguato, non esistono dosaggi “alti o bassi” di per sé ma tutti i dosaggi vanno contestual-

mente valutati con i risultati raggiunti e i sintomi principali riferiti quali la presenza di astinenza e craving.

I farmaci debbono essere usati da medici all'interno di un approccio multi professionale con una equipe che sia in grado di operare una presa in carico completa del paziente: medica, psicologica e di supporto sociale ed educativo.

Se quindi non abbiamo dubbi sul fatto che il setting del nostro lavoro è un setting di cura sanitario, e non una scuola o un centro di rieducazione, allora dobbiamo partire dal concetto che fondamento di liceità del nostro operare quotidiano è rappresentato dall'atto con il quale il paziente pone in disponibilità al sanitario, nell'ambito del contratto terapeutico, interessi e beni personalissimi ed inalienabili quali l'integrità psicofisica, in vista di un altro bene, cioè la salute.

## Responsabilità da contatto sociale

Nella fattispecie il "contratto terapeutico" non ha una valenza giuridica comunque riferita al concetto di "contratto".

Ma esiste sempre un contratto giuridicamente valido tra malato e medico.

In effetti ciò che regola in termini giuridici e quindi di responsabilità il rapporto medico/paziente si è evoluto nel tempo passando da una responsabilità extracontrattuale ad una responsabilità contrattuale.

La differenza sostanziale è la seguente:

	<i>Responsabilità contrattuale</i>	<i>Responsabilità aquiliana</i>
Onere della prova	Provare il contratto ed allegare inadempimento	Provare condotta, nesso di causalità ed evento
Prescrizione	Dieci anni	Cinque anni
Risarcimento del danno	Solo il danno previsto e prevedibile	Anche del danno imprevisto

La svolta è avvenuta con una nota sentenza della Corte di Cassazione n. 589 del 1998 che ha giustificato la responsabilità contrattuale del medico dipendente sulla base della teoria del cd. "contatto sociale".

Questa teoria è stata invocata dai giudici di legittimità per estendere l'ambito delle fonti di obbligazione (art. 1173 cod. civ.) ed applicare la disciplina in tema di responsabilità contrattuale anche ai rapporti che sorgono attraverso il solo obbligo sociale di prestazione.

Si afferma, infatti, che il medico è tenuto ad adempiere obblighi di cura che derivano dalla sua appartenenza ad una professione cd. protetta e su cui il paziente ha fatto “affidamento” entrando in “contatto” con il medico, pur in assenza del “formale” negozio giuridico.

In altri termini, il medico è chiamato a rispondere a titolo contrattuale dei danni cagionati nell’esercizio della propria attività professionale per il solo fatto di essere venuto in contatto con il paziente, anche in assenza di un obbligo di prestazione a favore del paziente posto a suo carico.

## **Il concetto di prestazione particolarmente complessa**

È rimasta in vigore la distinzione tra interventi di facile esecuzione o di routine – in cui il medico è responsabile anche in caso di colpa “lieve” – ed interventi di difficile esecuzione – in cui il sanitario è responsabile solo in caso di dolo o colpa “grave”.

Richiamando i principi della responsabilità contrattuale si è potuta applicare in via diretta e non più analogica la disciplina dettata dall’art. 2236 cod. civ., relativa alla limitazione di responsabilità per il medico ai soli casi di dolo o colpa grave, allorquando la prestazione si presentava particolarmente complessa.

Il concetto di prestazione particolarmente complessa è molto importante per i medici e gli operatori tutti dei Ser.T.

Infatti noi sosteniamo, in palese contrasto con alcune rappresentazioni superficiali del nostro lavoro, la straordinaria complessità della nostra prestazione: la cura delle dipendenze.

È luogo comune, facilitato dall’alto contenuto tecnologico della nostra società, misurare la complessità in relazione diretta con l’uso di complessi strumenti e tecniche di intervento diagnostiche e terapeutiche.

Al contrario nel nostro lavoro non usiamo particolari e sofisticate tecnologie strumentali né poniamo in essere interventi terapeutici apparentemente invasivi.

Pur tuttavia l’impegno diagnostico in specie di gravità, nell’individuazione della mutevole motivazione al cambiamento, nella difficile costruzione e mantenimento di un setting terapeutico efficace, nell’attenta capacità di misurare il ruolo precipuo di fattori sociali, lavorativi, scolastici, familiari, giudiziari, psicologici, temperamentali, organici – sia per l’effetto delle sostanze psicotrope che per le patologie spesso ad esso correlate – innegabilmente connotano le prestazioni offerte nei nostri servizi come prestazione particolarmente complessa.

## **L'onere della prova**

L'utilizzo delle regole dettate in tema di responsabilità contrattuale ha inoltre alleggerito l'onere della prova a carico del paziente/attore, dato che ora egli è tenuto a dimostrare solo l'inadempimento e/o inesattezza dell'adempimento del medico, mentre spetterà a quest'ultimo provare che l'inadempimento è stato incolpevole o derivante da impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile (art. 1218 cod. civ.).

## **Da una obbligazione di mezzi ad una obbligazione di risultati**

L'evoluzione medico scientifica – che a volte ha ingenerato l'errata rappresentazione della forbice esistente tra ciò che la scienza medica ha raggiunto in termini di progresso e di risultato e ciò che nel singolo caso si può effettivamente fare – sta portando i giudici a ritenere che la prestazione medica sia sempre meno un'obbligazione di mezzi, ossia un'obbligazione in cui il medico si impegna ad operare con la massima diligenza ma senza poter garantire il risultato finale sperato dal paziente, ad una obbligazione di risultato, in cui appunto il medico è chiamato a rispondere tutte le volte in cui non raggiunge il risultato auspicato dal paziente.

## **Le responsabilità di carattere organizzativo**

Un altro dato interessante è che il 70% degli incidenti deriverebbe da problemi di carattere organizzativo all'interno della struttura di accoglienza, degli ospedali o degli ambulatori territoriali.

In effetti, è sempre più netta l'attenzione a distinguere tra la responsabilità del singolo e quella della struttura di cura, dato che spesso il “danno” subito dal paziente non è dipeso da uno specifico atto del medico o dell'infermiere ma da difetti o carenze organizzative della struttura.

L'esigenza di superare la consueta qualificazione in termini di contratto di prestazione d'opera intellettuale nasce dalla convinzione che fra la responsabilità del medico e quella della struttura non vi sia una perfetta coincidenza, dato che la prestazione strictu sensu medica è solo una parte della più complessa obbligazione assunta dall'ente.

Tale obbligazione comprende, accanto alla prestazione principale di cura, anche una serie di altre prestazioni che la struttura fornisce al malato: un efficace rapporto operatore/utenti, la presenza di tutte le figure profes-

sionali necessarie nel numero adeguato per il carico di lavoro, la sicurezza degli impianti e dei locali in cui si svolgono le operazioni sanitarie, l'organizzazione dei turni del personale medico, paramedico ed infermieristico, la messa a punto di programmi per il buon funzionamento delle attrezzature elettromedicali, ecc.

Alla base di questo nuovo indirizzo giurisprudenziale vi è la considerazione che ciò che caratterizza il servizio reso dalla struttura di cura rispetto a quello reso dal medico tradizionale è la natura "organizzata, multi settoriale e complessa" per cui è lecito attendersi che la gestione delle risorse umane e delle attrezzature di cui dispone la struttura sia ispirata a parametri di efficienza organizzativa che riducano al minimo, o almeno a livello accettabile, il rischio cui è sottoposto il paziente durante le procedure di diagnosi e di cura.

Con la conseguenza che, ove tale efficienza organizzativa manchi, la struttura dovrebbe essere ritenuta responsabile indipendentemente da una colpa del singolo medico o del singolo operatore sanitario.

## **Il dovere di organizzazione**

La novità consiste proprio nello spezzare il legame tra colpa del sanitario e responsabilità dell'ente per riconoscere una responsabilità autonoma della struttura per violazione di doveri suoi propri, tra i quali spicca il dovere di organizzazione.

La crescente importanza rivestita dagli aspetti organizzativi e gestionali, dell'adeguatezza strutturale del luogo di cura e del controllo della qualità del servizio erogato è confermata anche a livello legislativo.

Si veda, fra gli altri, il DPR 14 gennaio 1997 che in un apposito atto allegato stabilisce i requisiti minimi di tipo strutturale, organizzativo e tecnologico necessari per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private.

Lo stesso procedimento di accreditamento istituzionale introdotto con il D.Lgs. n. 229 del 1999 presuppone l'identificazione da parte delle Regioni di requisiti minimi (ulteriori rispetto a quali previsti a livello nazionale per ottenere l'autorizzazione all'esercizio di attività sanitaria) e dei rispettivi indicatori.

La configurazione della deficienza organizzativa come fonte autonoma di responsabilità della struttura, chiamata a rispondere dei danni occorsi al paziente a causa dell'inadempimento del contratto di cura o di speditività intercorso con lo stesso, costituisce un ulteriore sviluppo della dinamica giurisprudenziale volta ad aumentare le possibilità di ristoro del danneggiato in caso di medical malpractice.

## Obbligo di informare il paziente delle carenze strutturali

Va evidenziato, però che il nuovo approccio della giurisprudenza produce riflessi importanti anche sulla posizione del medico.

Difatti, il difetto organizzativo fa gravare sul sanitario nuovi e diversi compiti, rappresentati dall'obbligo di informare il paziente anche in merito alle eventuali carenze strutturali e dalla necessità di una maggiore diligenza richiesta dalla difficile situazione ambientale in cui si svolge la prestazione medica o sanitaria in senso lato.

Del resto<sup>1</sup>, anche nel caso in cui il professionista invochi il più stretto grado di colpa di cui all'art. 2236 cod. civ., sarà sempre suo onere dimostrare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà e che, nella fattispecie, non vi era stato dolo o colpa grave.

Per quanto concerne la distribuzione dell'onere della prova, può essere anzitutto opportuno richiamare il più recente orientamento della Cassazione secondo cui, a fronte dell'inesatto adempimento di una prestazione medica, resa nell'ambito di una struttura sanitaria, compete alla struttura e/o al medico, in ragione e applicazione del principio di riferibilità o vicinanza della prova, provare l'incolpevolezza dell'inadempimento (ossia della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore) e la diligenza nell'adempimento.

Più in generale, va detto che è rimasta in vigore la distinzione tra interventi di facile esecuzione o di routine – in cui il medico è responsabile anche in caso di colpa “lieve” – ed interventi di difficile esecuzione – in cui il sanitario è responsabile solo in caso di dolo o colpa “grave”.

Rispetto agli interventi del primo tipo il paziente deve provare solo che esso rientrava in pieno nell'ambito delle conoscenze tecniche acquisite dalla comunità scientifica.

Al professionista spetterà invece dimostrare che l'insuccesso non è dipeso da propria negligenza, poiché in questo ambito scatta il principio cd. *res ipsa loquitur* secondo cui vi è una presunzione di colpa in capo al medico.

È stato precisato che l'accertamento in merito alla speciale difficoltà dell'operazione deve riguardare il singolo caso concreto in tutte le sue particolarità operative e non può limitarsi all'intervento considerato in via astratta e generale.

Non si deve comunque dimenticare che la limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave attiene esclusivamente al profilo della perizia e non copre i danni provocati da negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso.

1. [www.leadershipmedica.com](http://www.leadershipmedica.com).

I principi dettati in tema di responsabilità contrattuale hanno permesso di affermare che anche i medici sono tenuti a rispettare i cd. “obblighi di protezione”, ossia quegli obblighi accessori alla prestazione principale (nella specie, diagnosi o cura) che, seppur non espressamente stabiliti, sono posti a carico del debitore al fine di rafforzare la tutela del creditore.

Grazie a questi concetti si è potuto ampliare il raggio di azione della responsabilità contrattuale, ricomprendendovi anche la violazione degli obblighi esterni alla prestazione principale, altrimenti destinati a ricevere tutela in base ai principi della responsabilità extracontrattuale.

Fra questi obblighi accessori posti a carico del medico rientra anche l'obbligo di informazione e l'obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto, anche nella fase postoperatoria.

Si deve subito precisare che l'obbligo di informazione nell'ambito della professione medica può assumere svariate dimensioni e contenuti.

La giurisprudenza e la dottrina hanno per lo più focalizzato la loro attenzione sull'obbligo di informare il paziente circa la natura ed i rischi connessi al trattamento terapeutico, al fine di ottenere il suo consenso “informato” all'esecuzione dell'operazione.

Peraltro, l'obbligo di informazione può avere un contenuto più ampio ed avere ad oggetto anche la fase successiva al trattamento terapeutico.

In un caso sottoposto al Tribunale di Venezia, si è ritenuto violato l'obbligo di informare il paziente sul suo stato di salute generale, ossia un'informazione che riguardava la fase diagnostica e finale del suo ricovero.

Il Giudice veneziano, uniformandosi all'orientamento della Suprema Corte sul punto, ha inoltre dichiarato che l'obbligo di informazione non termina con la dimissione del paziente.

La tendenza giurisprudenziale è proprio nel senso di ampliare i confini degli obblighi di informazione posti a carico del medico fino a ricomprendervi anche l'obbligo di informare il paziente circa la carenze strutturali del nosocomio presso cui è ricoverato.

Si parla sempre e con forza della responsabilità del medico e dei diritti del paziente.

Necessita qualche riflessione sulle responsabilità: sulle responsabilità non solo del medico ma anche, e vediamo se ce ne sono, del paziente.

## **Responsabilità dell'operatore**

Consideriamo non solo il medico ma in generale tutto il personale di assistenza e di cura nei Servizi per le Tossicodipendenze.

C'è la responsabilità di ogni operatore nel mantenere alta la specifica qualità professionale dall'aggiornamento alla relazione con il paziente.

C'è la responsabilità di ciascun operatore nel dare un contributo alla qualità della relazione nel gruppo di lavoro.

Una squadra in armonia è molto più efficace, inutile dirlo.

C'è anche la responsabilità non solo nell'accettare gli indirizzi aziendali ma anche nel leggerli con la conoscenza, che deriva dal nostro lavoro, dei bisogni dei pazienti e dei territori e nell'obbligo di portare questo contributo di conoscenze agli organismi gerarchicamente sovraordinati affinché, e questa è la loro responsabilità, ne tengano opportunamente conto.

## **Responsabilità del paziente**

Ma esiste una responsabilità del paziente nell'insuccesso di una cura?

E, ove queste condotte di irresponsabilità perdurino, fino a quanto è giusto che il medico continui ad operare.

Ovvero, arriva un momento in cui il medico dice, può dire, deve dire: la cura è finita?

La tossicodipendenza è una malattia che compromette, oltre alla normale e corretta funzionalità fisica, anche quella psichica, di relazione e sociale.

Pertanto la migliore cura è quella che prevede, che può prevedere, che si realizza con una terapia farmacologica, una terapia psicologica, un intervento socio-educazionale che contemplano anche una serie di prescrizioni di condotta:

- non frequentare tossicodipendenti;
- non sostare nelle aree limitrofe del Ser.T.;
- non spacciare/non delinquere;
- usare correttamente i farmaci prescritti;
- dire la verità al medico;
- rispettare i sanitari, il personale, gli altri pazienti e la struttura del Ser.T.;
- rispettare gli orari del servizio.

Se il gruppo di terapeuti informa chiaramente e fa quello che è possibile fare per aiutarti a rispettare le prescrizioni e a mantenere e far crescere la motivazione, ma il paziente non lo rispetta.

Cosa fare?

È corretto assumere che, per responsabilità del paziente, il setting di cura non esiste più e cessa in tutti i suoi aspetti.

Il paziente<sup>2</sup> con la sua condotta o con la sua volontà (si pensi al caso in cui si opponga al trattamento) può interferire nell'attuazione del programma diagnostico o terapeutico.

2. [www.associazioneamami.it](http://www.associazioneamami.it).

Inoltre può egli stesso assumere comportamenti idonei ad alterare il processo decisionale relativo al trattamento: ad esempio tacendo su alcune circostanze di cui il medico avrebbe dovuto essere informato, o non curandosi di ricevere o comprendere l'informazione pur fornita dal medico o evitando di sollecitare da parte del medico spiegazioni che quello non avrebbe mai spontaneamente fornito in quanto indotto dal paziente stesso a ritenerle note.

Altro profilo in cui rileva la posizione del paziente nella definizione delle regole di relazione è quello relativo all'attuazione del trattamento diagnostico e terapeutico e più specificamente nella definizione del "contratto terapeutico".

Una prima forma di cooperazione è rappresentata dalla stessa disponibilità a ricevere il trattamento sanitario: una condotta assenteista e discontinua, il ritardo nel rivolgersi al medico nonostante l'insorgenza del disturbo possono incidere negativamente sull'esito del trattamento, concorrendo a determinarne l'insuccesso.

L'ipotesi emerge solo incidentalmente in alcune pronunce in merito, dove, se implicitamente si dà rilevanza a tali profili, la negligenza del danneggiato, in quanto non provata dal convenuto, non è in fluente sull'esito della decisione.

Trascurando qualsiasi osservazione nel merito dei profili relativi al rapporto tra imputabilità e colpa rispetto alla condotta del danneggiato, si direbbe che alcune sentenze contengono l'astratto riconoscimento della configurabilità del concorso di colpa del paziente consistente nella mancata cooperazione al trattamento medico.

E ciò è ragionevole se si pensa che, in molti casi, l'informazione che consente al paziente di cooperare è detenuta dal medico e non appartiene all'ordinaria conoscenza: l'asimmetria informativa tra medico e paziente (che determina una diversa distribuzione degli obblighi di comunicazione all'interno della relazione) incide dunque sulla configurabilità stessa dell'obbligo di cooperazione, rispetto al quale l'informazione prestata dal medico ha una funzione strumentale.

# **Il confine tra la responsabilità del governo del sistema sanitario e quello dei professionisti**

*di Aniello Nappi*

I Ser.T. sono un'articolazione del Sistema Sanitario Nazionale e, come prevede espressamente l'art. 3 del Decreto Ministeriale 444 del 1990, devono assicurare trattamenti di carattere medico-farmacologico, psicologico, socio-riabilitativo, provvedendo all'assistenza finalizzata al recupero dei tossicodipendenti.

La struttura organizzativa, anch'essa prevista dal Decreto 444 del 1990, inserisce i Servizi per le Tossicodipendenze all'interno delle Aziende Sanitarie.

## **Il contratto di assistenza-ospitalità tra Struttura Sanitaria e utente**

Partendo da questi presupposti è possibile verificare quale sia lo stato della giurisprudenza sul problema della responsabilità, innanzitutto civile, delle strutture sanitarie e del personale che vi opera.

Negli ultimi anni c'è stata un'evoluzione della giurisprudenza particolarmente significativa il cui punto di arrivo è sintetizzato molto chiaramente in una sentenza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, la numero 577 del 2008, che si occupò di un caso particolare, relativo alla infezione da HIV contratta a seguito di trasfusioni di sangue.

In precedenza si tendeva a costruire la relazione tra la struttura sanitaria e il paziente, sulla base del rapporto contrattuale medico-paziente ossia del contratto di opera professionale che ciascun paziente instaura con il proprio medico, disciplinato come contratto di prestazione intellettuale.

Questo comportava che fosse configurabile una responsabilità della struttura sanitaria sulla base della responsabilità del medico dipendente.

Tale impostazione è stata gradualmente superata considerando il contratto che si stipula fra il paziente e la struttura sanitaria, come un contratto atipico, diverso da quello che intercorre tra il medico e il paziente.

Si tratta di un contratto di ospitalità o di assistenza, non disciplinato specificamente dal Codice; è uno di quei contratti atipici che fa riferimento alla disciplina generale dei contratti.

## **Il Contratto da contatto sociale tra medico dipendente della Struttura Sanitaria e paziente**

Per quanto riguarda il rapporto contrattuale che intercorre invece tra il paziente e il medico, si era, in una prima fase di questa evoluzione giurisprudenziale, immaginato che, poiché il sanitario della struttura ospedaliera non era scelto direttamente dal paziente, ci potesse essere una responsabilità di tipo extra-contrattuale con delle conseguenze notevoli sul piano della disciplina della responsabilità.

Anche qui, la giurisprudenza si è evoluta, si parla di responsabilità da contatto sociale.

Mentre il rapporto che regola la prestazione della struttura sanitaria nei confronti del paziente è un vero e proprio contratto, benché atipico, in quanto frutto di una scelta del paziente, il rapporto tra il medico dipendente e il paziente che vi si reca senza sapere neppure chi sarà ad assisterlo, è impostato su una forma diversa di contratto, quella del contatto sociale.

L'obbligazione nascente da un contatto sociale, non è altro che la stipula tacita per fatti concludenti, per comportamenti, di un contratto.

Nel momento in cui il paziente si ricovera nella struttura ospedaliera ed entra in contatto con un sanitario accettandone le prestazioni curative, tacitamente stipula con lui un contratto.

## **Il contratto di ospitalità-assistenza e il contratto da contatto sociale come forme contrattuali distinte**

Si tratta quindi di due contratti distinti che hanno lo stesso obiettivo: il contratto di ospitalità che il paziente stipula con la struttura sanitaria e il contratto sociale che stringe con il medico da cui accetta di essere curato.

Questa distinzione tra i due contratti ha consentito di ricostruire la responsabilità della struttura sanitaria indipendentemente da qualsiasi colpa del medico.

Significa che tutto quello che attiene a danni derivanti da carenze organizzative della struttura determina una responsabilità nei confronti del paziente anche se nulla può essere rimproverato al medico curante dipendente della struttura stessa.

Si tratta di un principio molto importante perché, scindendo le due responsabilità, si accresce la tutela della persona in cura.

## **Il regime di prova nella responsabilità civile di tipo contrattuale**

Un altro tipo di responsabilità è quella extra-contrattuale, per esempio, da incidente automobilistico: nello scontro fra due veicoli si presume una colpa di entrambi i conducenti poiché vige un regime di parità.

Diversamente, nella responsabilità contrattuale c'è un regime di prova molto più favorevole al creditore, cioè al paziente; in questo caso è il debitore, cioè la struttura sanitaria o eventualmente il medico, che deve dimostrare di aver adempiuto correttamente l'obbligazione che era stata inserita come prestazione del contratto.

Quindi, c'è una prima agevolazione per il paziente che entra in contatto con la struttura sanitaria in quanto gli spetta soltanto dimostrare che è stato stipulato il contratto e poi compete alla struttura dimostrare di avere adempiuto a questo contratto.

## **La prova del danno e il nesso di causalità in ambito di responsabilità contrattuale**

Un altro profilo sul quale c'è stata un'evoluzione della giurisprudenza è quello della prova del danno e della prova del nesso di causalità tra il danno lamentato dal paziente e l'eventuale inadempimento della struttura o del sanitario.

Pur riconoscendo che al paziente, cioè al creditore di questo rapporto contrattuale, incombesse l'onere di provare esclusivamente l'esistenza del contratto, si diceva che il paziente dovesse, inoltre, quantomeno dimostrare di aver subito effettivamente un danno, per esempio, la mancata rimozione di una situazione lesiva che era oggetto della prestazione.

La prova del nesso di causalità era in discussione se dovesse essere fornita dalla struttura sanitaria o dal paziente.

Alla fine si è arrivati, con questa sentenza del 2008 delle Sezioni Unite, a definire in termini ben più precisi la responsabilità della struttura sanitaria.

La responsabilità della struttura sanitaria e del medico sono state ben definite dalla citata sentenza del 2008 delle Sezioni Unite.

Secondo tale sentenza, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, cioè il paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del con-

tratto con l'azienda sanitaria o del contatto sociale con il medico che lo ha preso in cura, l'insorgenza o l'aggravamento della patologia lamentata e sostenere che vi sia stato un inadempimento del debitore, cioè della struttura o del medico, che sia astrattamente configurabile e idoneo a provocare il danno.

Non è quindi il paziente che deve dimostrare il rapporto di causalità tra la condotta commissiva od omissiva e il danno lamentato; è sufficiente che egli dimostri la possibilità, anche astratta, che il danno sia derivato da un comportamento inadempiente della struttura o del sanitario.

Una volta dimostrato questo, spetta alla struttura sanitaria ed eventualmente al medico di cui si alleggi la responsabilità, dimostrare di avere invece correttamente adempiuto a tutti gli obblighi derivanti dal contratto.

## **Responsabilità civile del medico e responsabilità civile della struttura**

Quindi c'è una doppia responsabilità, quella della struttura che è indipendente da quella eventuale del sanitario e la responsabilità del medico che si accompagna quasi sempre a quella della struttura.

La responsabilità del medico, quando sia ipotizzabile una sua colpa, si aggiunge alla responsabilità della struttura sanitaria, c'è un concorso di responsabilità a meno che non si ipotizzi un comportamento del tutto anormale del sanitario.

La struttura sanitaria, per esempio, non risponderebbe del danno provocato dal medico che approfitti della circostanza per uccidere sua moglie ricoverata in ospedale.

Quando invece è addebitabile al sanitario una colpa che sia riconducibile alla sua attività professionale per conto della struttura, la sua responsabilità non esclude, ma si aggiunge, a quella della struttura sanitaria.

Riassumendo noi possiamo dire che vi può essere una responsabilità della struttura senza la responsabilità del medico ma, di solito, quando c'è la responsabilità del medico, c'è sempre anche la responsabilità della struttura.

## **Contratto di ospitalità-assistenza e il contratto da contatto sociale nei Ser.T.**

In che modo questa ricostruzione dei rapporti, di tipo contrattuale tra struttura sanitaria-paziente e da contatto sociale tra medico-paziente, può essere applicata al caso specifico dei Ser.T.?

Il tipo di contratto che l'utente stipula con il Ser.T. è, ovviamente, diverso da quello che può esservi tra un qualsiasi generico ammalato che si ricoveri in una struttura sanitaria e il medico che vi opera, oppure tra lo stesso e l'organizzazione che gestisce la struttura.

Sappiamo che ci può essere una terapia volontaria, quella relativa al tossicodipendente che si rivolge al Ser.T. per esserne assistito insieme alla sua famiglia, oppure ci può essere il caso in cui il tossicodipendente venga segnalato al Ser.T. il quale ha il dovere di contattarlo e di favorirne il recupero.

Mentre nel primo caso è facilmente ricostruibile un'ipotesi di rapporto contrattuale perché c'è una scelta volontaria del tossicodipendente che si rivolge al servizio, una più difficile ricostruzione come rapporto contrattuale, potrebbe essere rappresentata dal caso in cui il paziente non si rivolga spontaneamente al Ser.T. per la cura.

Tuttavia, in questo caso, recuperando quella categoria del contatto sociale che ipotizza la nascita di obbligazioni civilistiche e quindi di obbligazioni assistenziali per il solo contatto tra la struttura, il medico e il paziente, possiamo ipotizzare che la disciplina giuridica sia quella relativa al contatto sociale.

Nei casi in cui vi è una collaborazione delle famiglie con una richiesta di cura, il servizio si assume nei loro confronti un'obbligazione di assistenza per tentare il recupero del tossicodipendente.

Tutti i problemi che si ponevano sull'insufficienza delle strutture e sulle scelte che competono a chi opera nei Ser.T. dovrebbero trovare soluzione in questo quadro categoriale.

## **Responsabilità da mancata tutela della riservatezza dei pazienti**

Tutto ciò che attiene a difetti organizzativi, a carenze di tempi, a carenze di mezzi, ovviamente, comportano una responsabilità della struttura che non coinvolge l'operatore del Ser.T.

Porto ad esempio un caso per il quale vi è un precedente: la struttura sanitaria è tenuta a risarcire il danno sofferto dal paziente in conseguenza della diffusione di dati sensibili contenuti nella cartella clinica, a meno che non dimostri di aver adottato tutte le misure necessarie per garantire il diritto alla riservatezza del paziente e a evitare che i dati relativi ai test sanitari e alle condizioni di salute del paziente possano pervenire a conoscenza di terzi.

La tutela della riservatezza degli utenti è uno dei temi più sensibili del rapporto con i pazienti dei Ser.T.

Se c'è un'omissione o una condotta specifica addebitabile ad un singolo sanitario, questo sanitario ne risponderà.

Tuttavia, a meno che la sua condotta non sia tale da interrompere il rapporto organico con la struttura, come nel caso del medico che approfitti dell'occasione per liberarsi della moglie, la responsabilità del singolo operatore non esclude quella del servizio.

Può accadere che ci siano casi in cui la violazione della privacy del paziente derivi da un difetto di organizzazione che non impedisca ad un estraneo di prendere conoscenza dei dati archiviati presso il Ser.T.

In questo caso la responsabilità sarà della struttura ma non del sanitario.

## **Obbligo d'informazione da parte del medico**

A carico del medico ci può essere un obbligo d'informazione nei confronti dei propri utenti.

Infatti la giurisprudenza dice che il medico che opera all'interno di una struttura sanitaria, che ne sia o meno dipendente, ha sempre il dovere di informare il paziente di eventuali carenze o limiti organizzativi o strutturali dell'organizzazione.

Ove ciò non accada, egli ne risponderà in solido con la struttura sanitaria.

I destinatari di queste informazioni saranno preferibilmente i tossicodipendenti e i loro familiari; c'è un obbligo di informazione che vale ad affrancare l'operatore dalla responsabilità organizzativa e strutturale perché egli ha avvertito di quali sono i problemi che si pongono in una struttura carente sul piano dei mezzi e dell'organizzazione e, quindi, assolve al suo dovere, alla sua obbligazione che ha contratto quando è entrato in rapporto con il paziente.

## **Assenza di responsabilità penale per le strutture pubbliche**

Va subito detto che essendo i Ser.T. strutture pubbliche non si applica alla loro attività la disciplina delle responsabilità da reato degli enti.

Nel 2001 è stata varata in Italia, una legge per ottemperare a una direttiva dell'Unione Europea che prevede una responsabilità anche dell'ente per i comportamenti penalmente illeciti commessi dai propri dipendenti.

Questa disciplina che definisce quindi una responsabilità penale della struttura aggiuntiva rispetto a quella dei propri dipendenti, non è applicabile alle strutture pubbliche.

Quindi, nel caso in cui venga commesso un reato da parte di un dipendente di una struttura sanitaria pubblica, non è possibile far ricorso alla legge del 2001 sulla responsabilità degli enti.

Questo significa che la responsabilità penale delle società, contravvenendo al vecchio principio per cui le società non possono delinquere “Societas delinquere non potest”, è stata introdotta dalla legge del 2001; tuttavia questo discorso non ha valore per i Ser.T. in quanto sono parte di una struttura pubblica e quindi non rientrano nella legge.

Per gli enti pubblici si può configurare solo una responsabilità di tipo civile.

## **Responsabilità penale dell'operatore della struttura pubblica**

Per quanto riguarda la responsabilità penale dell'operatore, il discorso sull'onere della prova, è completamente diverso da quello che si pone per la responsabilità civile.

In ambito penale, infatti, la responsabilità non è di tipo contrattuale ma extracontrattuale.

Si tratta della responsabilità da illecito penale.

In questo caso è il danneggiato che deve provare non solo di aver subito un danno ma anche che questo danno sia stato provocato dall'accusato quanto meno a titolo di colpa.

Nella giurisprudenza, anche in quella degli Stati Uniti d'America, ai fini della dimostrazione del rapporto di causalità tra la condotta addebitata all'accusato e il danno lamentato dal danneggiato, si tende a considerare per la responsabilità civile il nesso di causalità provato in termini di probabilità, mentre, ai fini della responsabilità penale, provato in termini di certezza.

Questo vuol dire che, mentre per la responsabilità civile è sufficiente provare la probabilità della colpevolezza, ai fini della responsabilità penale occorre dimostrare la certezza del rapporto di causalità tra la condotta dell'imputato e del danno lamentato.

In entrambi i casi si devono provare tre cose:

1. il fatto danneggiante;
2. il danno provocato;
3. e una legge scientifica che consenta di ricollegare il fatto A come causa del danno B e il danno B come effetto del fatto A.

Ora in entrambi i casi si deve provare non solo il fatto A e il fatto B, non solo il fatto causa e il fatto effetto ma bisogna provare anche la legge scientifica che collega i due eventi.

La giurisprudenza ha detto che sia ai fini della responsabilità civile, sia ai fini della responsabilità penale, del rapporto di causalità si può parlare solo con riferimento a un fatto senza il quale l'evento dannoso non si sarebbe verificato.

È la famosa teoria della "conditio sine qua non".

Non è possibile considerare un fatto causa di un altro, se non si dimostri che il fatto conseguenza non si sarebbe verificato senza il fatto che si assume esserne la causa.

E questo vale sia per le responsabilità civili che per le responsabilità penali.

Quello che cambia è il regime giuridico, è il regime delle presunzioni perché, come abbiamo detto, mentre in ambito penale l'onere della prova incombe sempre a colui che accusa e quindi è il danneggiato che deve dimostrare non solo di aver subito un danno ma che a cagionargli il danno sia stata la persona che ne indica come l'autore, ai fini della responsabilità civile abbiamo visto che il danneggiato ha un onere probatorio molto inferiore ma non perché cambi il tipo di rapporto di causalità, perché cambia il regime giuridico di questa responsabilità.

Nel rapporto di responsabilità civile al danneggiato compete solo di dimostrare l'esistenza del contratto e di ipotizzare che il danno da lui lamentato sia riconducibile a un inadempimento di quel contratto.

Poi, una volta dimostrata l'esistenza del contratto e l'astratta idoneità del comportamento inadempiente a cagionargli il danno, compete al contraente cioè al debitore, alla struttura sanitaria ed eventualmente al medico, dimostrare di aver adempiuto.

Pertanto, in un caso si discute della violazione di un obbligo contrattuale per cui è sufficiente che venga dimostrata l'esistenza del contratto, nell'altro caso si discute esclusivamente dell'aver provocato un danno e, quindi, è necessario dover dimostrare che l'autore di questo danno è proprio la persona che si indica.

Passare dal mondo del dover essere al mondo dell'essere, soprattutto nel nostro Paese è un'impresa alquanto preoccupante perché viviamo in un sistema nel quale manca una classe dirigente adeguata, manca la disponibilità ad assumersi le responsabilità per gli incarichi che si rivestono.

Le funzioni direttive sono considerate prevalentemente come una coccarda da esibire in pubblico, ma, tutto ciò che compete per qualifica in termini di responsabilità, è per lo più rimosso, spesso più per incapacità che per volontà del presunto responsabile.

## **Note di approfondimento su alcune fattispecie**

### **– Ancora sulla particolare complessità di un atto medico**

Il Codice Civile prevede che il professionista risponda solo per dolo o colpa grave e prevede una responsabilità ridotta nei casi in cui la prestazione fornita, la prestazione che è stata ridotta in obbligazione, sia particolarmente complessa.

Ora, in tempi lontani, il medico veniva quasi sempre esentato da responsabilità.

Si era detto che, per esempio, se durante un intervento chirurgico complesso, l'operatore lasciava una garza o una pinza all'interno dell'addome del paziente, veniva comunque esentato da responsabilità perché l'intervento era complesso.

Senonché poi intervenne una sentenza della Corte Costituzionale la quale precisò che la particolare complessità riguarda la violazione dell'obbligo della perizia, non quello dell'attenzione e della diligenza del medico, perché l'attenzione e la diligenza il medico deve averla comunque, qualunque sia il livello di complessità dell'intervento.

Allora, si disse, il chirurgo che interviene può essere mandato esente da responsabilità, solo nei casi in cui la violazione che viene in discussione è quello in cui è venuto meno l'obbligo della perizia, non quanto è venuto meno l'obbligo della diligenza e dell'attenzione.

In realtà queste categorie sono soggette all'evoluzione del costume e dell'attenzione sociale per certi tipi di attività, perché un tempo il medico aveva un ruolo sociale particolarmente significativo all'interno della comunità.

Era una figura socialmente influente, era probabilmente vista dai Giudici come una figura socialmente omogenea e, quindi, c'era la tendenza a un atteggiamento di maggior benevolenza nei confronti del sanitario.

Poi c'è stata una importante sentenza della Corte Costituzionale, negli anni '70, c'è stata un'evoluzione dei costumi, il clima è cambiato e si è arrivati in un certo periodo a un eccesso opposto perché, a proposito del nesso di causalità, si era arrivati a sostenere che la causalità omissiva nei casi in cui il danno fosse derivato da una condotta omissiva del medico, poiché l'omissione in realtà non esiste in natura, ma è solo la violazione di un obbligo giuridico, il rapporto di causalità potesse essere provato con minore rigore.

Questo aveva portato ad una almeno astratta estensione, forse eccessiva, della responsabilità dei medici.

Oggi si è trovato un equilibrio meno precario e si è riconosciuto innanzitutto, con la famosa sentenza Franzese, che anche la causalità omissiva richiede una prova rigorosa come la causalità commissiva.

Quindi si è definito un ambito di valutazione della particolare complessità degli interventi che ha reso sostanzialmente omogenee le categorie del Diritto Civile e del Diritto Penale.

La particolare complessità in genere va rapportata anche al tipo di autore, al medico, perché se un intervento di appendicectomia, per un qualsiasi chirurgo può essere considerato certamente non complesso, un intervento analogo compiuto in condizioni di necessità da parte di un medico generico, può essere considerato un intervento complesso.

Quindi, non è definibile in astratto, in assoluto, il concetto di complessità che riduce l'ambito della rilevanza della colpa del medico, ma va definito in rapporto alle situazioni e al livello medio culturale che si può esigere da quel sanitario specifico che è stato chiamato in causa.

È un intervento particolarmente complesso quello che supera i limiti di ciò che ci si può attendere da quello specifico medico, in quello specifico contesto.

#### **– Ancora per meglio interpretare i confini tra la responsabilità del professionista e quella della struttura**

“In un reparto di Medicina, l'unica Medicina della città, si fanno molti interventi anche di urgenza, di emergenza, la notte e le notti sono veramente particolarmente faticose. Si arriva a fare 8, 10 ricoveri ogni notte. Una notte giunge un paziente con uno stato di male epilettico, il medico prescrive la somministrazione di una fiala di diazepam e l'infermiera la somministra. Il paziente continua ad avere le scosse tonico-cloniche. Viene somministrata una seconda fiala, ancora senza nessun risultato, finché il medico si accorge che, invece di somministrare il diazepam l'infermiere stava somministrando una fiala di antinfiammatorio. Ora, se quella infermiera era stremata dal lavoro a causa della mancanza di un numero adeguato di personale in servizio, si può dire che la responsabilità era dell'infermiera e non della struttura che l'aveva messa a lavorare in quelle condizioni? O si può dire che la responsabilità era solo della struttura per quel danno causato al paziente?”.

Sì, ovviamente, tutto dipende dai limiti della stanchezza.

Definito in astratto si può dire che le ipotesi di responsabilità della struttura che non coinvolgono il medico sono tutte quelle che possono essere ricondotte a deficit organizzativi.

Chi non è responsabile dell'organizzazione, non è responsabile dei danni derivanti dal deficit organizzativo.

Poniamo che un medico di turno di notte si addormenti e, non somministrando al paziente ricoverato il medicinale che avrebbe dovuto somministrargli, ne provoca la morte.

Non c'è dubbio che in questo caso c'è un rapporto di causalità tra la condotta omissiva del medico che si è addormentato, non ha osservato il protocollo prescritto, e la morte del paziente.

Ora, poniamo, immaginiamo quali possono essere le cause del sonno del medico.

Il sonno del medico potrebbe essere dovuto a una eccezionale occorrenza d'interventi d'urgenza che lo hanno stremato e ha dovuto praticare un numero abnorme di interventi d'urgenza e quindi, ad un certo punto, ha ceduto e si è addormentato.

Allora, in questo caso, sicuramente si potrebbe ipotizzare una responsabilità della struttura sanitaria se si dimostrasse che l'occorrenza di quel numero rilevante di urgenze non fosse del tutto imprevedibile.

Quindi, in questo caso, bisogna provare, stabilire se l'impegno fisico del medico in quella frazione di tempo è stato davvero tale da non consentire di addebitargli una colpa.

Quindi, noi qui dovremmo dimostrare che la fatica fisica a cui è stato sottoposto è stata così abnorme che il medico non ce l'ha fatta più e si è addormentato.

Quindi, benché ci sia sicuramente un rapporto di causalità tra la sua omissione ed il danno provocato al paziente, sarebbe un fatto oggettivamente illecito ma senza colpa.

Invece, immaginiamo che il medico si sia addormentato perché aveva bevuto.

Si è fatto un bicchierino e si è addormentato.

Allora, qui viene fuori, come per la prova della colpa sia richiesto un rigore meno stringente della prova richiesta per il nesso di causalità.

Prima di tutto debbo accertare il nesso di causalità, allora, per poter dire che il medico ha causato la morte del paziente debbo essere sicuro che, se il medico avesse somministrato quel farmaco al paziente, la morte non si sarebbe verificata.

Non è possibile dire che tra il comportamento del medico e la morte del paziente c'è un rapporto di causalità se non posso affermare che senza quel comportamento omissivo la morte non si sarebbe verificata.

Questo è molto difficile, in genere, affermarlo perché potrebbe aver solo determinato delle condizioni favorevoli.

Comunque bisogna poter dire che l'omissione, la mancata somministrazione è una condizione necessaria dell'evento morte.

Se non è possibile dire questo non si può dire che c'è un rapporto di causalità tra la condotta del medico e la morte del paziente.

Un rigore probatorio minore si richiede per la colpa, perché, se io dimostro che il medico ha bevuto, è sufficiente per dire che è in colpa, se si è addormentato benché non abbia avuto un eccesso di lavoro.

Non è necessario che io vada a provare che si sarebbe addormentato lo stesso anche se non avesse bevuto.

Non è necessario!

Mentre per il rapporto di causalità io debbo dimostrare che la morte non si sarebbe verificata se il medico avesse somministrato il protocollo, ai fini della colpa, che presuppone sempre l'esistenza del nesso di causalità, intanto io posso affrontare il discorso della colpa se ho già risolto il problema della causalità, quindi, se non ho accertato prima il rapporto di causalità non posso passare a parlare del rapporto di colpa perché non sarebbe rilevante.

Quindi, una volta accertato in termini rigorosi il rapporto di causalità posso pormi il problema della colpa.

E qui non è necessario dimostrare, in termini di condizione necessaria, il collegamento della colpa all'evento perché è sufficiente che l'evento rientri nell'ambito dei fatti che la norma di cautela, la norma prudenziale violata dal medico era destinata a prevenire.

Allora, se è una norma prudenziale quella che impone al medico di turno di notte di non bere e lui l'ha violata, per affermare che quel medico è responsabile della morte del paziente, una volta accertato che la mancata somministrazione ne è causa, non è necessario dimostrare che lui si sarebbe addormentato lo stesso.

Ora, questo discorso per far comprendere che cosa?

Che la possibilità di definire una responsabilità della struttura che prescinda dalla responsabilità del sanitario richiede tre passaggi:

1. prima bisogna verificare se c'è un nesso di causalità tra la condotta del medico e l'evento dannoso;
2. poi bisogna verificare se c'è una colpa;
3. e, in definitiva, si deve accertare se l'evento, quand'anche non dovuto a colpa del medico, sia riconducibile ad un difetto organizzativo imputabile alla struttura.

– **Ancora sulla responsabilità della struttura e su chi si personifica: il responsabile del Servizio, il Direttore Generale?**

Una volta definito che la responsabilità è della struttura la individuazione del responsabile, per quanto attiene al danneggiato, non è importante.

A lui non interessa chi sia specificamente l'autore del danno perché si può rivolgere direttamente all'Ente e chiedere di esserne risarcito.

Il problema della individuazione della persona cui possa essere addebitata specificamente la responsabilità è un problema che attiene soprattutto al rapporto tra l'organizzazione e il suo dipendente, perché ovviamente, qualunque danneggiato troverà più conveniente e più solvibile, purché si tratti di una struttura pubblica, l'organizzazione piuttosto che la persona singola.

Certamente, di solito la struttura pubblica, l'organizzazione, ha una solvibilità, una disponibilità finanziaria maggiore di quella che poi, possa avere la persona.

Però, per individuare chi specificamente possa essere responsabile bisogna andare a vedere qual è la struttura organizzativa di quello specifico Ente.

Quindi ci sarà un dirigente preposto, ad esempio, all'approvvigionamento della garza e, se il danno è derivato dalla mancanza della garza, sarà lui il responsabile individuabile come persona, fermo restando che è la struttura organizzativa ad essere responsabile.

Perché come per il medico, la responsabilità del medico non esclude quella della struttura così, per il dipendente amministrativo della struttura, la sua responsabilità non esclude quella dell'Ente.

– **Ancora sulle responsabilità in caso di ridotte risorse umane, possibilità di errore e avvenuta segnalazione ai superiori**

Le responsabilità restano, a meno che non si vada oltre certi limiti.

Bisogna dimostrare che l'entità ed il numero degli interventi cui ha dovuto far fronte è tale che non potesse esigersi da lui un comportamento prudente e avveduto.

Se l'errore c'è se ne risponde, a meno che non si tratti di una situazione di necessità, di una situazione tale da rendere impossibile evitare l'errore.

Ma sono casi eccezionali.

– **Sulla realtà dei medici che lavorano nelle carceri, e che sono dipendenti dalle ASL, la responsabilità della struttura sarà della ASL o dell'istituto penitenziario?**

Dipende dall'Ente al quale è addebitabile la carenza organizzativa che determina la responsabilità della struttura.

Se è una carenza che attiene all'organizzazione sanitaria sarà responsabile la Regione, se è una carenza che attiene all'organizzazione penitenziaria, sarà responsabile il Ministero della Giustizia.

Dipende dal tipo di carenza organizzativa.

# Il rapporto contrattuale con il paziente

di *Giorgio Calesella*

## Il ruolo del difensore nel processo

La posizione dell'avvocato difensore è fortemente differente rispetto a quella del magistrato e del pubblico ministero.

La differenza di fondo sta nel fatto che un avvocato difensore imposta i problemi in un'altra ottica.

Pensa, dice, ipotizza, consiglia e detta delle strategie che, spesso, sottoposte poi al vaglio del magistrato, vengono in gran parte o totalmente stravolte.

Tra l'altro, finché si parla di un magistrato civile abbiamo un procedimento sostanzialmente monofasico, mentre quando si parla di un procedimento penale abbiamo a che fare con un procedimento almeno bi-fasico dove, comunque, nella prima parte, che è quella delle indagini preliminari, l'avvocato difensore ha obiettivamente una posizione molto più debole di quella dell'accusa.

Questo deve essere un passaggio che nessuno deve mai dimenticare perché, al di là di tutto, fino al momento della chiusura delle indagini preliminari nell'ambito del penale, l'avvocato difensore ha dei poteri molto limitati.

Quindi, questo stato di fatto genera di fondo un'ansia che posso solo comprendere perché fa parte anche della nostra quotidianità, cioè quella di riuscire a intradare nella maniera migliore chi ti viene a dire: "Ma io, come mi devo comportare?".

E deve essere anche ben chiaro che nessuno di noi legali ha la sfera di cristallo!

Noi cerchiamo di usare del buon senso, cerchiamo di usare delle cognizioni giuridiche che abbiamo accumulate nel tempo.

## La cultura giuridica

È la cultura giuridica che ci dovrebbe dare un'idea di quello che è l'orientamento prevalente della giustizia, ma per quanto cerchiamo di lavorare su quello che è un'aderenza rispetto ai principi della Corte di Cassazione secondo gli indirizzi maggioritari, noi non abbiamo dei regimi prefissati in base ai quali a fronte di un comportamento "X" corrisponde un giudizio "Y".

Non dimentichiamo che, comunque, il Giudice è sempre sovrano nelle sue valutazioni e dove la sovranità e la discrezionalità, seppur vincolata al rispetto delle norme, sono uno degli aspetti essenziali di quella che è l'indipendenza e l'autonomia del magistrato che, in questo modo, applica, utilizza quella quota parte di "*imperium*" che gli viene delegata nell'ambito del potere della funzione giurisdizionale e lo applica alla soluzione dei problemi sottoposti alla sua attenzione.

## Non si può non essere certi ex ante di un giudizio di merito

Ciò premesso, metodologicamente quindi, mi muovo in una maniera differente rispetto a un magistrato perché devo cercare, appunto, di capire come impostare la questione, cioè non giudico *ex post*, molte volte devo riuscire a dare soddisfazione a una domanda *ex ante*, correndo sempre più il rischio di concorrere nella commissione del reato assieme al cliente.

Perché? Perché lo consigliamo.

Riflettendo su questi concetti ci rendiamo conto di quanto è comunque aleatorio tutto il percorso che noi cerchiamo di porre in essere e come tante domande che gli operatori dei Ser.T. ad esempio pongono, in realtà hanno delle risposte che sono comunque dubitative o comunque cercano di essere di buon senso ma non possono darvi garanzie totali, e certezze totali, mai!

## Il minore dei mali

Personalmente, come difensore, il ragionamento che cerco di porre in essere, è quello di partire dall'idea di andare un pò per esclusione di categorie.

Cioè, facciamo un passaggio diverso, non "cosa devo fare?" ma, posto di fronte ad una scelta, qual è il minore dei mali.

Nell'ambito di un procedimento, bisogna cercare di porsi le domande rispetto alle quali un giudice cerca di ricostruire il vostro comportamento e il vostro atteggiamento mentale al momento dell'evento.

Voi nei Ser.T. vivete in una situazione di parossistica carenza, questo è un dato di fatto, ma non soltanto voi che vi occupate dei Ser.T.

Vi sono un sacco di altri esempi nell'ambito della Medicina dove questi tipi di problemi fanno parte della quotidianità.

Peraltro, non solo da noi, anche in altri Paesi e, quindi dobbiamo cominciare a farci una prima domanda.

## **Il concorso di responsabilità**

Ma, allora, qual è quella responsabilità di cui stiamo parlando?

È evidente che in questi casi noi abbiamo un concorso.

Un concorso fra la responsabilità vostra come operatori e quella della struttura.

Lo schema di questa bipartizione è quello di una responsabilità delle strutture associata a delle responsabilità degli operatori.

Questo perché in questi casi, se esaminiamo quali sono i beni tutelati dalla norma, abbiamo un concorso d'interessi costituzionalmente prevalenti: sicuramente il diritto alla salute ma, non dimentichiamo, anche l'art. 97 che è il diritto al buon funzionamento dell'organizzazione e della Pubblica Amministrazione.

In questi casi, si tenta di valutare e discernere le responsabilità di ciascuno, e poi esiste un istituto che si chiama Corte dei Conti, la quale negli ultimi anni è molto attiva e svolge una attività di monitoraggio, costante e approfondito sul comportamento per esempio degli amministratori e degli amministrativi, dei tecnici dei vari Enti dello Stato e in particolare delle ASL.

Quindi, è chiaro che nel caso dei Ser.T., noi abbiamo sempre questa responsabilità concorrente fra quello che sono le scelte degli operatori e il loro modo di porsi, di atteggiarsi e le loro conseguenze e il loro riflesso rispetto alla struttura organizzativa, e viceversa.

Cioè, la struttura organizzativa con le sue carenze o le sue efficienze, può inevitabilmente riflettersi anche su quello che è l'operato degli operatori e la loro ipotetica responsabilità.

## La responsabilità e il diritto comunitario

Si è assistito ad un allargamento di quello che è il profilo delle responsabilità in materia sanitaria non solo per gli interventi delle Sezioni Unite, ultimo quello del 2008 ma anche perché in realtà c'è un fenomeno che è forse meno conosciuto dal punto di vista dell'ampliamento delle responsabilità, che è rappresentato dal diritto comunitario.

Oggi, noi non possiamo lavorare se non applichiamo di fatto una grande quantità di normative comunitarie e che noi non sappiamo essere comunitarie perché vengono introdotte in Italia con dei decreti legislativi ma che in realtà fanno parte degli obblighi che ci impone la Comunità Europea.

Questo che cosa vuole dire: in realtà, si è voluto stabilire attraverso delle normative "comuni" in materia di prodotti il primo principio e, cioè, che di fatto vi può essere una "doppia" responsabilità per l'immissione e l'uso di tutto ciò che può essere utilizzato nell'ambito della cura e della salute umana.

Oltre oceano sono arrivati addirittura più in là, perché sono arrivati ad affermare il principio che nel momento in cui la parte variabile della retribuzione di un medico è ancorata in una maniera rilevante al conseguimento di risparmi di spesa o sull'utilizzo di dispositivi medici o sulle terapie, vi è una responsabilità precisa, specifica del medico che concorre con quella della struttura.

Da noi non siamo ancora arrivati a dire "se spendi meno ti do un aumento e c'è una responsabilità" però ci arriveremo, la strada è stata aperta.

Siamo, però, già arrivati a parlare di risparmio e di ancorare parte della retribuzione al concetto di risparmio.

E tutto questo che cosa produce?

Non fa altro che allargare ulteriormente il basket di quelle che sono le possibili responsabilità in cui si può trovare coinvolta una struttura sanitaria, piuttosto che un operatore sanitario, rispetto a quello che è il danno.

Vediamolo con una chiave di lettura diversa: se io sono il familiare di una persona che muore perché c'è una valvola cardiaca inefficiente, è chiaro che se c'è un buon avvocato a questo punto questo avvocato andrà a controllare come è avvenuto l'approvvigionamento; se è stata fatta una gara al prezzo più alto o al prezzo più basso; che controlli sono stati eseguiti; se trattasi di una colpa da attribuire all'organizzazione e questo, nella fattispecie, è il meccanismo per cui la responsabilità dell'Ente può sussistere indipendentemente da quella del medico.

## Le assicurazioni

Non sempre c'è un nesso di causa/effetto.

Lo affermo con l'esperienza della vita vissuta dal punto di vista professionale in cui ti rendi conto che ogni giorno questo problema si pone, ma ricordiamo che è qui che si sviluppa la differenza tra il mio ruolo e chi giudica.

Noi ci troviamo davanti delle famiglie, ci troviamo davanti dei pazienti insoddisfatti i quali a questo punto non hanno alcun tipo di freno nel coinvolgere in un procedimento una struttura, un medico, tutti quanti, con lo specifico intento di allargare il più possibile il novero dei possibili imputati o dei possibili accusati, perché dal punto di vista dell'obbligazione risarcitoria, più responsabili cumulo, più aumenterà la probabilità di ottenere un risarcimento.

D'altronde la colpa per organizzazione della struttura nel momento in cui si riflette anche sul nostro operato, potrebbe anche crearci dei problemi a livello di assicurazione, a livello della nostra assicurazione professionale; perché a questo punto, è vero che io sono chiamato a rispondere per colpa il più delle volte e, evidentemente, in caso di colpa l'assicurazione dovrebbe sempre pagare, però a questo punto il limite della compagnia di assicurazione è cercare di individuare se la mia colpa è a tutti gli effetti una colpa ancorché grave o, se addirittura non c'è un "quid pluris", che è un elemento psicologico di volontarietà dell'atto.

E, dove può essere percorso il tema della volontarietà?

Nel fatto di accettare comunque una situazione operativa che io conosco, che io conosco e concludo.

Come faccio ad invocare il fatto di non saperlo: il fatto che io non potevo "non sapere".

Questo è il vero "cul de sac" o alternativa del diavolo.

Cosa faccio?

E qui bisogna fare una scelta di fondo molto complessa.

Personalmente, chiamato a rispondere su questi passaggi, a chi mi viene a chiedere un consiglio dico: la prima cosa, "se va male comunque paghi! punto".

Allora, è meglio pagare dei soldi o con una condanna penale?

Credo che se è possibile evitare il penale bisogna evitarlo, perché i soldi sono fungibili, una condanna penale incide su ben altri aspetti.

## **Evitare comportamenti che possono avere una rilevanza penale**

Bisogna evitare di creare presupposti e non porre in essere un comportamento che possa avere una rilevanza penale.

Quindi, non interrompo mai il servizio! Mai!

A qualunque condizione!

## **Informare sempre per iscritto chi ne è responsabile delle carenze organizzative**

Il vero passaggio è un altro, ed è ciò che non viene mai fatto, cioè scrivere, coinvolgere, mi creo una tale quantità di prove nei confronti di chi è realmente carente e mi ha messo nella condizione di “non poter fare o fare poco” per cui, un domani, nessuno potrà dirmi che io non ho cercato di metterci una pezza.

Tenete presente che la valutazione a posteriori, in Italia, si basa molto sui pezzi di carta.

Poi ci sono le testimonianze, ma in prima battuta, qualunque perito di un GIP o di un Procuratore della Repubblica, guarda le carte!

Poi si cerca di avere un eloquio e di poter disquisire e sostenere il proprio punto di vista, ma se le carte non sono a nostro favore, o meglio, se non abbiamo la tracciabilità del nostro operato in termini documentali, l'aspetto delle testimonianze affievolisce moltissimo.

Quindi la prima regola è quella di avere delle carte solide, anche se, molte volte è difficile e impopolare mettere nero su bianco delle carenze e cominciare a segnalarle, perché, evidentemente trasferisce ad altri il problema.

Questa è una scelta con cui ciascuno si trova chiamato a combattere.

Io sono, in questo momento, per la applicazione del decreto legislativo n. 231 (D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300” – pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 140 del 19 giugno 2001), organismo di vigilanza di un Ente privatizzato, dove ho esattamente questo problema e dove mi sono reso conto che se io non scrivo, a costo di essere impopolare e correre anche il rischio di essere allontanato perché impopolare e rompiscatole, e succede qualche cosa, il capro espiatorio sono io.

Purtroppo funziona così.

Quindi, questo è un primo passaggio ineluttabile: mettere nero su bianco quello che è il problema.

Comunicare al soggetto gerarchicamente sovraordinato che c'è una carenza, e questi al livello ancora superiore, e via, via.

Il principio è lo stesso.

Se non lo concludo ne sono corresponsabile.

A tutto ciò il magistrato potrebbe, però, rispondere: "Dipende!".

Ma, perché?

Perché comunque, in tutti i casi, subentra l'indagine di merito, ovvero l'indagine sul fatto, a cui poi applicheremo le norme di diritto e sulla base della quale cercheremo di andare a capire esattamente cosa è accaduto in quel momento e le condizioni che si sono verificate in quel momento e la condizione in cui, parlando del caso lavoro nei Ser.T., i professionisti sono chiamati ad operare.

È chiaro che sostenere una colpa per organizzazione, se viene un terremoto nella nostra Pianura Padana, che è notoriamente una zona a zero rischi sismici, è evidente che questo è un evento imprevedibile e straordinario, e che anche un'eventuale carenza in quello che può essere una disponibilità di cure difficilmente sarà una colpa per organizzazione.

Ma, se lo stesso problema si pone a San Francisco sulla faglia di Sant'Andrea, la posizione, evidentemente, sarà completamente diversa.

Allora è chiaro che una risposta a priori è praticamente impossibile.

## **Individuare il male peggiore**

Bisogna porsi la domanda quando ci si trova nella situazione e dire: "cos'è il male peggiore?"; "se non intervengo che cosa può succedere alla persona che ho davanti?".

Evitiamo che rischi la vita! Sempre!

Evitiamo sempre che possa rischiare la vita!

Prendiamo ad esempio l'ultima sentenza della Cassazione del febbraio 2011 sul consenso informato.

La terza sezione Penale della Cassazione sul consenso informato è ritornata a dire che il consenso informato sostanzialmente è sempre obbligatorio, restringendo ulteriormente i casi in cui il consenso può essere presunto.

Ma allora, anche qui, non facciamone un problema di consenso o un problema di privacy.

Facciamone un problema di sostanza.

Quindi, il punto è: la prima cosa è evitare che ci possano essere pericoli di vita o di lesioni per il soggetto che io mi trovo davanti.

In caso d'intervento urgente o necessario su un minore: "Cosa faccio?".

La risposta che personalmente darei a un medico è sempre: “Agisci, e domani poi vai dal Giudice Tutelare!”.

Poni la domanda al Giudice Tutelare in modo tale che, al limite, o ti ratifichi il comportamento o ti provveda a nominare un amministratore di sostegno.

Quante volte, immagino, gli operatori si trovano nella situazione di avere dei soggetti con cui, di fatto, non si ha interlocuzione perché, o sono in condizioni psichiche completamente alterate oppure, non hanno delle condizioni palesemente alterate, ma hanno una negazione della cognizione o dello stato di quello che è la loro malattia e, quindi, loro stessi rifiutano quello che gli si dice e propongono.

Allora, a quel punto, è chiaro che non possono essere chiusi in una stanza, a meno che non si ritenga necessario un TSO, ma nel momento in cui si assume una responsabilità e, chiaramente, si deve fare una scelta se prenderla o meno, il consiglio è: “non si deve mai abbandonare la persona!”.

Piuttosto, ripeto, si ponga il problema nelle mani anche di un magistrato.

Esistono apposta con quella funzione.

Nel momento in cui esiste una persona che non ha la cognizione, la capacità, un volere sufficientemente certo, a questo punto, se non esiste una famiglia, non esiste un amministratore di sostegno, i professionisti di settore devono rivolgersi a quello che è l'istituto previsto per questo tipo di problematiche che è il Giudice Tutelare nella volontaria giurisdizione.

Complica la vita. Lo so.

Ma qui torniamo sempre a un problema di scelte di fondo: ognuno è chiamato a fare delle scelte dove a volte la perfezione non è possibile.

Noi avvocati quando parliamo di analisi di rischio in termini di accadimento probabilistico di un evento negativo, in ambito aziendale, parliamo per l'appunto di una probabilità e diamo anche una magnitudo numerica.

Fra una probabilità di accadimento 100 e accadimento 0, c'è 90, 70, 60, 50.

Il concetto è che bisogna cercare di agire per ridurre il rischio, non per azzerarlo perché non si riuscirà mai!

Però, purtroppo, è possibile trovarsi in una situazione difficile.

## **Note di approfondimento su alcune fattispecie**

### **– Ancora sul denunciare agli organi superiori un difetto di organizzazione e quanto ciò esenta dall'essere corresponsabile**

In questa fattispecie dipende da caso a caso, ma in generale si può dire che la segnalazione scritta di un difetto organizzativo influenzi non poco l'essere corresponsabile.

Nell'ambito della colpa per organizzazione la prima sentenza italiana è quella di Monza del '95 che ha stabilito una serie di passaggi importanti ma dove, fondamentale, il fatto più importante è che ogni struttura sanitaria deve essere in grado di garantire le prestazioni rispetto alla propria organizzazione.

Cioè, non dice che l'ospedaletto sperduto di montagna deve garantire le TAC con la medicina nucleare, però deve dire qual è, in una carta dei servizi, quello che può garantire.

Quindi il tema qual è?

È chiaro che la struttura, quindi gli amministratori, devono mettere in condizioni, pubblico e operatori sanitari, di sapere fino a dove loro si possono spingere nell'offrire; e ciò che dico e che offro devo mantenerli al miglior livello possibile, dai dispositivi, alle attrezzature, eccetera.

Quindi, non tutte le strutture sono obbligate a garantire tutto.

Se io sanitario mi trovo in una situazione in cui mi viene chiesta una prestazione che è "over" rispetto a quello che è la struttura, io a questo punto ho sicuramente un obbligo di informativa nei confronti del paziente.

Nel senso che gli devo comunicare che questa struttura è in grado di fare "da qui a qui", e che siccome, a mio parere, lui è in una condizione che richiede invece un passaggio superiore, gli devo dire: "o vai da un'altra parte, oppure se stai qui ti prendi dei rischi!".

Qui si pone però un altro problema: è sufficiente dire che se stai qui ti prendi dei rischi?

Una giurisprudenza maggioritaria dice di no.

Cioè, una corrente di giurisprudenza abbastanza maggioritaria dice che il medico dovrebbe rifiutarsi di assumersi un compito più gravoso di quello che è in grado di sopportare.

Quindi, il livello di conoscenza lo dovrebbe avere come medico, glielo dovrebbe dare anche la struttura ma lo dovrebbe avere, comunque, come medico e, per il criterio dell'alternatività e concorrenza delle due responsabilità, è evidente che nel momento in cui si segnala che non si è in grado "di" e si manda il paziente da un'altra parte, a quel punto sicuramente ci si scrimina.

Pertanto: "Professionisti non mettete mai a repentaglio la vita degli altri, perché questo non discriminerà mai!".

**– Sul principio di lealtà e di tutela dell'immagine della Azienda in cui si lavora e la possibilità di punizioni da parte della Azienda (privata o pubblica) in caso di denunce di carenze**

Ritengo assolutamente impossibile, categoricamente, questa evenienza.

Non lo è giuridicamente e, soprattutto se stiamo parlando di un rapporto non libero-professionale ma di un rapporto di pubblico impiego, addirittura

potrebbe esserci un tentativo di comportamento coercitivo da parte del datore di lavoro, che addirittura potrebbe essere considerato in un rapporto di diritto privato, un comportamento antisindacale.

Il problema giuridico non esiste, anzi, sussiste il contrario, cioè non è una violazione di un obbligo di lealtà il fatto che un operatore concluda un'inefficienza, ma è esattamente il contrario.

È un comportamento responsabile per, tra l'altro, ridurre i rischi legati a quello che può essere un paziente a rischio.

La sentenza delle Sezioni Unite, che dobbiamo considerare Vangelo anche perché è freschissima, ribadisce che nel momento in cui invitiamo il paziente a recarsi altrove, poniamo in essere un meccanismo di protezione, di interesse verso il paziente, sempre più esteso e, quindi, necessariamente l'obbligo di lealtà dell'operatore verso la sua Azienda non è leso.

# **La responsabilità professionale nella evoluzione del diritto**

di *Nicola Trifuoggi*

Anche in Italia si assiste ad un notevole incremento del contenzioso nei confronti dell'atto medico, la più gran parte per manchevolezze minime, dal quale si spera di ottenere risarcimenti da favola.

## **La evoluzione del diritto**

Ora, quando si parla di evoluzione del diritto questa può riguardare due aspetti diversi: un'evoluzione normativa, cioè delle norme di legge, e un'evoluzione giurisprudenziale.

Né l'una né l'altra si sono verificate per quanto riguarda i principi di responsabilità.

Vi è stata invece, sicuramente, una evoluzione normativa per quanto riguarda la parte amministrativa sottostante, cioè l'organizzazione.

Vi sono norme continue, vi sono adattamenti, norme non necessariamente di carattere generale, non necessariamente interessanti tutto il territorio nazionale.

## **Profilo normativo e profilo giurisprudenziale**

L'attuale dissesto finanziario, soprattutto per alcune Regioni, per la gran parte a carico della sanità, sta imponendo cambiamenti importanti a livello organizzativo.

I principi in tema di responsabilità, sotto il profilo normativo, sono rimasti quelli di sempre; mentre, invece, l'evoluzione giurisprudenziale si arricchisce continuamente.

## **Sulla responsabilità civile**

Abbiamo una giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione sulla responsabilità civile recentissima, quella che sostanzialmente consente di configurare una responsabilità contemporanea sia della struttura che del singolo medico che avesse adottato dei comportamenti tali da poter indurre un paziente a chiedere un risarcimento danni nei suoi confronti.

## **Sulla responsabilità penale: la sentenza Franzese e la certezza del nesso di causalità**

Abbiamo una responsabilità penale che è stata delineata da una sentenza che è rimasta poi, sostanzialmente uguale negli anni, del 2002, la sentenza Franzese, fra l'altro scritta dall'attuale Presidente della Corte di Appello dell'Aquila, Gianni Canzio, che, dopo molte incertezze che si erano verificate negli anni, ha sancito il principio che la responsabilità professionale del medico sussiste solo quando vi sia la quasi certezza, non la certezza assoluta perché in materia credo che di certezze assolute non si possa parlare, la quasi certezza che la cura non è stata adottata, che l'intervento che non è stato fatto, in sostituzione di altro che invece è stato fatto, avrebbero o salvato la vita del paziente, o ne avrebbero migliorato la qualità della vita, o ne avrebbero prolungato apprezzabilmente la vita.

Tutto questo è importante perché noi siamo partiti diversi anni fa, invece, da un criterio probabilistico, per cui si diceva: se c'è il 30% di possibilità di sopravvivenza e il medico non ha adottato quel certo protocollo terapeutico, c'è la responsabilità.

Poi questo 30% è salito al 40, 50 sino ad arrivare attualmente alla sentenza Franzese che è stata poi confermata anche di recente con una sentenza del 2010 per la quale bisogna verificare quale sia solitamente l'andamento della patologia concreta accertata, quale sia normalmente l'efficacia delle terapie, quali siano i fattori che solitamente influenzano il successo degli sforzi terapeutici.

Sulla base di tali elementi l'esistenza del nesso causale fra comportamento dell'operatore e l'evento che poi si è verificato, può essere ritenuta quando l'ipotesi circa il sicuro effetto salvifico dei trattamenti terapeutici non compiuti, sia caratterizzata da elevata probabilità logica, ovvero sia fortemente corroborata alla luce delle informazioni scientifiche e fattuali disponibili.

## **Ogni caso giuridico è diverso da tutti gli altri**

Tutto questo dovrebbe tranquillizzare un pò la classe medica.

D'altra parte io posso testimoniare, svolgo la mia attività di magistrato da 44 anni, oramai, che non mi risulta che vi sia mai stato una caccia al medico da parte della Magistratura.

Non bisogna farsi trarre in inganno dalle notizie di giornali e dalle massime delle sentenze che si leggono perché sotto ogni massima si nasconde un caso specifico, concreto, e ogni caso è diverso da tutti gli altri per via di una serie infinita di variabili e, quindi, se poi si legge completamente la sentenza, ci si accorge che le condanne sono conseguite soltanto a comportamenti francamente inaccettabili da chi svolge la professione medica.

## **La responsabilità infermieristica**

Un'unica modifica rilevante vi è stata per quanto riguarda le professioni sanitarie e riguarda l'infermiere perché con il nuovo statuto si è molto modificata la possibilità della loro responsabilità, ma la responsabilità va accertata sempre sulla base degli stessi criteri.

La responsabilità che principalmente emerge dalla nuova normativa sulla professione infermieristica è la responsabilità documentale, perché compete alle infermiere la tenuta di certi documenti, come la cartella clinica.

## **In sede di responsabilità civile la prima imputata è la struttura**

Invece di parlare di un'evoluzione che non c'è vorrei tentare brevemente di far riferimento a qualcuno dei principi generali perché solo conoscendo i principi generali poi possiamo comprendere che cosa accade nei casi concreti.

Statisticamente è più facile che per un risarcimento del danno venga citata in giudizio la struttura, piuttosto che non il singolo anche perché la struttura risponde di quello che il singolo ha fatto.

È più facile dimostrare che vi è stata un'anomalia, dal momento del ricovero o dell'accettazione di un paziente fino alla sua dimissione o fino alla fine della terapia, complessivamente, mentre non sempre è individuabile una responsabilità del singolo operatore.

Spesso, se vi sono responsabilità, queste sono da attribuire a varie cause per cui si preferisce rivolgersi direttamente alla struttura e poi po-

co conta chi sia il responsabile perché è la struttura poi che paga, è la ASL che deve risarcire i danni.

Il problema della individuazione della persona che avrebbe dovuto provvedere e che non ha provveduto e la cui responsabilità poi viene ad integrare la responsabilità dell'ente è un problema che si porrà in una fase successiva, nel momento in cui per esempio la Corte dei Conti dovesse chiedere il ristoro dei danni pagati dall'erario perché allora a quel punto sarà il caso di individuare l'attribuzione specifica della responsabilità.

Ma, in sede civile è come quando si annulla un concorso: si annulla un concorso ma non è che viene stabilito se il concorso è nullo per la responsabilità di chi ha redatto il bando o di chi lo ha copiato ecc.; il bando è nullo e basta.

Si vedrà ripeto, poi se ci sono delle responsabilità contabili.

## **In sede penale la responsabilità è assolutamente personale**

In sede penale invece il discorso è diverso perché come tutti sappiamo la responsabilità penale è assolutamente personale.

La responsabilità penale di Enti è già stata trattata; la responsabilità penale degli Enti che poi non sono enti ma sono le società, si traduce poi in sanzioni quali: la sospensione dell'amministratore, la irrogazione di sanzioni accessorie che impediscono di contrattare con la Pubblica Amministrazione e così via di seguito.

## **Nesso di causalità**

Per la responsabilità penale è necessario che vi sia una condotta, cioè il comportamento dal quale deriva poi un evento lesivo, che vi sia questo evento lesivo e che vi sia questo rapporto fra i due, cioè bisogna stabilire se da quella condotta sia derivato quell'evento e se quell'evento è stato determinato da quella condotta.

Questo è quello che viene definito il nesso di causalità.

## **La azione o la omissione lesiva**

Quello che non è stato detto, ma è stato dato per scontato, è che la stessa condotta, cioè il comportamento, a sua volta può essere separato in due diverse specificazioni.

La prima è la azione o omissione, quindi io posso commettere un danno sia agendo, sia omettendo di fare quello che devo fare: se la legge mi impone di adottare un certo comportamento che io non adotto.

Ma, poi, ci vuole quello che viene definito l'elemento psicologico, cioè io devo essere consapevole di quello che faccio.

## **La consapevolezza di quello che si fa**

A tal proposito vi sono delle cause di esclusione: la forza maggiore, il caso fortuito, il fulmine che cade mentre io sto facendo una certa cosa e che mi interrompe la corrente al momento opportuno, cioè vi sono delle situazioni che esulano dalla volontà dell'operatore: ci vuole una partecipazione consapevole di chi commette il reato.

## **L'elemento soggettivo del reato**

Questa partecipazione consapevole che viene definita elemento soggettivo del reato, è dal nostro Codice Penale diviso in tre parti: il dolo, la preterintenzione e la colpa.

## **La preterintenzione**

La preterintenzione riguarda un solo reato, l'omicidio preterintenzionale, ed è il caso di colui che volendo percuotere un altro o volendo ferirlo leggermente poi ne causa la morte.

Può accadere, è accaduto tante volte.

Un pugno dato a qualcuno che poi cade e batte la testa sullo spigolo del marciapiede, perché le fatalità sono tante, e muore.

Chi ha dato il pugno voleva soltanto dare un pugno, non voleva uccidere.

Ma vi è un reato apposito e, non mi addentro nelle discussioni che da cent'anni vi sono in dottrina del diritto per cercare di capire quale sia poi effettivamente l'elemento psicologico.

## **Il dolo e la colpa**

Il dolo si ha quando si vuole conseguire un obiettivo e si compie un'azione con la quale si riesce o non si riesce, non per propria volontà, a conseguire quell'obiettivo.

Io incontro il mio nemico per strada, tiro fuori dalla fondina la mia pistola, gli sparo, per ucciderlo e lo uccido.

Oppure non ci riesco perché non sono un buon tiratore; allora risponderò di tentativo di omicidio, però il mio obiettivo era quello di uccidere.

La colpa è tutt'altra cosa: la colpa è quando si determina un evento che non si voleva, che peraltro si poteva prevedere, che peraltro si poteva prevenire.

E, allora, sempre nel Codice Penale è scritto che la colpa viene sostanziata da tre distinti, ulteriori atteggiamenti psicologici, o dalla violazione di norme, regolamenti, ordini, discipline.

## **Imperizia, imprudenza, negligenza**

I tre atteggiamenti psicologici sono: l'imperizia, l'imprudenza e la negligenza.

L'imperizia è quando si compie un'attività per la quale non si è qualificati, ma la si compie lo stesso.

L'imprudenza è quando si disattendono, si violano quelle norme di elementare cautela spicciola quotidiana: è imprudente l'automobilista che va a cento all'ora in città di giorno.

La negligenza è quando ci si comporta con sciattezza, con poco interesse; si parla di diligenza del buon padre di famiglia, in genere, nel diritto; cioè, quello che si farebbe normalmente a casa propria, che si dovrebbe fare normalmente a casa propria, bisogna farlo comunque per tutti.

L'elemento caratterizzante della colpa professionale è, in genere, l'imperizia.

Per ignoranza o per mancata preparazione naturalmente, ma non è l'unico.

L'imperizia, peraltro, non è un dogma fisso perché si è detto tante volte nella giurisprudenza che la perizia va calcolata sulla base delle cognizioni che quella persona dovrebbe avere: non si può pretendere lo stesso comportamento dal medico generico rispetto al grande specialista di una specifica materia.

È chiaro che dal grande specialista ci si attende una perizia che sia maggiore rispetto a quella del generico.

Quando si violano queste norme di perizia bisogna poi vedere come e perché sono state violate: bisogna, per esempio, anche tenere conto degli strumenti che sono a disposizione.

Perché bisogna poi calare questi discorsi teorici nel singolo specifico caso e, ripeto, io non ne ho mai trovato due uguali di casi, mai, per quanto riguarda la responsabilità professionale.

Vi è sempre l'elemento umano che incide in un senso o nell'altro.

Esempio, vi era un film in cui, durante un "volo transatlantico" ad un certo punto una passeggera ha una violentissima crisi respiratoria.

Viene chiesto se è presente un medico, perché le hostess non sono riuscite a fare nulla, c'è un medico che si alza, "Sono io!" e verifica che l'unica possibilità di salvare la vita di questa signora che aveva una dispnea non altrimenti trattabile, è quella di praticare una tracheotomia.

Trovare un oggetto appuntito in un aereo è impossibile a causa delle norme di sicurezza e né si poteva pensare che si potesse operare con un coltellino di plastica che è quello che viene offerto quando danno da mangiare.

Allora il medico ha avuto una idea geniale: ha operato la signora con il gancio di un appendiabiti, appositamente addezzato.

Le ha provocato un devastante danno estetico come potete immaginare, naturalmente, ma le ha salvato la vita.

Volete che a questo medico che ha provocato queste lesioni, che vanno al di là delle lesioni normali in un intervento di tracheotomia, qualcuno possa rimproverare di aver fatto qualcosa di sbagliato, che c'è stata imperizia?

No! I mezzi a disposizione erano quelli e lui li ha utilizzati bene.

La Corte di Cassazione, sulla base di quello che è scritto sul Codice Civile, ha detto che per quanto riguarda l'imperizia bisogna guardare con benevolenza perché non è facile valutare la colpa medica sotto questo profilo.

Ma questo vale per l'imperizia, non vale per le altre categorie, perché per esempio, faccio degli esempi volutamente esagerati per rendere meglio il senso di quello che voglio dire, il chirurgo che dovesse andare a operare ubriaco beh, sarà responsabile di quello che fa per imprudenza, perché magari sarà bravissimo, ma si è comportato certamente con imprudenza.

O il chirurgo che accetti di operare con un bisturi sporco di terra ovviamente risponderà per negligenza per quello che ha fatto.

Ne risponderà lui e chi glie lo ha passato, questo è un discorso che poi va allargato alle varie posizioni.

Quindi questo è in linea di massima il presupposto.

Se ci troviamo di fronte a una lesione provocata, (non ci addentriamo in campi minati quali sono il consenso, il consenso informato eccetera, perché lì poi andremo molto al di là) noi dobbiamo considerare che un qualsiasi intervento medico invasivo comporta una lesione, anche una puntura comporta una lesione, sarà minima quanto si vuole, ma è una lesione.

Queste lesioni sono scriminate in via generale dal Codice Penale perché il trattamento medico chirurgico è ovviamente scriminato in via generale.

Resta da vedere però, se questo trattamento medico chirurgico, in maniera particolare, fosse necessario; se è stato fatto bene anche in relazione ai risultati che poi sono stati ottenuti.

Perché, quando il paziente muore, è possibile che dovesse morire perché le cognizioni della scienza medica arrivano a un certo punto (vi sono delle malattie che non sono ancora curabili nonostante tutti gli sforzi più appassionati e affettuosi dei sanitari), però può darsi che, in questo processo si sia innescato un qualcosa di storto, qualcosa di deviante che abbia quindi contribuito a provocare la morte o la lesione di una persona.

Per quanto riguarda i Ser.T., in modo particolare, non vi è giurisprudenza né di merito né di legittimità, quindi né dei Tribunali delle Corti, né della Corte di Cassazione per quanto riguarda la responsabilità penale di appartenenti ai Ser.T., ai quali va applicato ovviamente quella che è la normativa generale.

Ho trovato soltanto un paio di decisioni che non riguardano specificamente i Ser.T. ma riguardano delle Comunità e dei pazienti particolari, cioè i pazienti con la cosiddetta “doppia diagnosi”, quei pazienti che contemporaneamente fruiscono di un percorso riabilitativo ma che sono sottoposti a cure psichiatriche.

Allora, direi che, è più l’aspetto psichiatrico che poi viene in luce in queste sentenze, perché si trattava di pazienti che si sono resi responsabili di atti lesivi, o nei confronti di se stessi, suicidio, o nei confronti di altri.

In entrambi questi casi, si è detto che sussisteva la responsabilità del sanitario o di altri della struttura, in uno dei casi c’era un ricoverato in una Comunità che aveva mostrato varie volte un’indole particolarmente violenta e, in una circostanza era stato sorpreso ad aggredire una persona (ricoverata anch’essa) e ai presenti era sembrato nascondesse un coltello, che per altro poi non era stato trovato.

Perché la responsabilità del medico?

Ad un certo punto il paziente ha tirato fuori questo coltello e ha ucciso l’educatore che lo seguiva.

Perché la responsabilità del medico?

Perché il medico gli aveva cambiato la cura, cioè gli aveva tolto quella cura che serviva ad abbassare il tasso di aggressività di questa persona, senza aver verificato i precedenti.

Il medico si è difeso dicendo: “nessuno mi ha fatto presente l’anamnesi del paziente”.

Gli risponde il Tribunale, poi confermato in Corte di Appello, poi confermato in Cassazione nel 2008, “eri tu che dovevi raccoglierla l’anamnesi pregressa, non lo hai fatto, hai ignorato le segnalazioni, eppure eri a conoscenza di episodi di violenza che si sono verificati quindi, avresti dovuto immaginare”.

Altra sentenza nella quale si parla di atti lesivi, questa volta in maniera che a me sembra stupefacente, però poi ripeto, ogni caso è diverso da come appare.

Sempre nell'ambito di una Comunità, c'era una persona che, perché particolarmente appassionata, era stata addirittura autorizzata all'uso di armi a scopo sportivo.

È costui, sportivo per sportivo, ha ammazzato due persone e ne ha ferito altre quattro, utilizzando un'arma che i medici gli avevano consentito di utilizzare.

Qui non mi sembra il caso di aggiungere nessun commento.

Ultimo caso che ha una sua particolarità, è quello di un suicidio di un paziente psichiatrico.

La particolarità qual è: il paziente si era ricoverato volontariamente.

Allora, si dice, siccome si è ricoverato volontariamente ci devono essere delle cautele minori rispetto a chi deve essere sottoposto a un TSO.

Senonché poi si è verificato che, pur essendoci andato con le sue gambe e, quindi, essendosi ricoverato volontariamente, aveva una patologia tale per cui gli era stato imposto il divieto di uscire e determinate cautele; queste cautele non sono state osservate nel senso che bisognava sorvegliare questo tizio perché aveva dei chiari intenti autolesionistici e, a un certo punto, è uscito dalla sua stanza, è passato davanti a qualcuno che doveva controllare e ha detto: "Mi vado a prendere un caffè alla macchinetta!" E invece del caffè si è buttato dalla finestra.

Ecco, si dice qui "tu sapevi che c'era questa possibilità", cioè alla fine il discorso è sempre lo stesso: quello della prevedibilità.

## **Stato di necessità e carenze organizzative**

Se è qualcosa di assolutamente imprevedibile, che nessuno sia pur adottando le massime cautele, poteva immaginare e, di conseguenza, poteva prevenire, e quindi poteva evitare, siamo di fronte all'inevitabile.

Il motivo per il quale ribadisco per l'ennesima volta che ogni caso è diverso dagli altri e, quindi, va esaminato specificamente in concreto.

A volte, la responsabilità è una responsabilità, come in quest'ultimo caso, che deriva da una omissione.

Mettiamo che i ricoverati fumino al letto: potrebbe incendiarsi un giornale, verificarsi una tragedia.

Io operatore cosa debbo fare?

Bisogna organizzarsi per quanto si può per evitare che ciò accada.

C'è una sentenza di una Corte, la Corte di Appello di Napoli che dice che determinati fatti sono compiuti in stato di necessità, ma lo stato di necessità non è mai dietro carenze, carenze organizzative perché le carenze organizzative, nei limiti di quando è possibile, bisogna cercare di ovviarle, con quel minimo che è consentito dalle risorse a disposizione, ma quel minimo bisogna adottarlo.

Prendiamo il caso di un Ser.T. che è attrezzato per seguire 150 persone, nella fase emergenziale può arrivare fino a 300, in realtà ne ha in carico 700.

Spero siano casi eccezionali, ma andiamo oltre.

Se nonostante questa situazione bussava un altro alla porta, io che cosa devo fare?

E, allora, noi qui dobbiamo distinguere quella che è una responsabilità morale da una responsabilità giuridica.

Io mi rendo conto che per molti professionisti dei Ser.T. l'attività è una missione e, se questo è, e io ne sono convinto, è chiaro che al 701 che bussava alla porta, la tentazione è quella di non rispondere di no.

Però, bisogna fare un discorso meno emotivo e più pratico e faccio anche qui un esempio banale: facciamo l'ipotesi che io con la mia barca, "non ce l'ho!" ma se avessi una barca, io ho una barca che può portare 10 persone, omologata per 10 persone, io intervengo sul luogo di un naufragio e trovo 30-40 naufraghi e, io so che la mia barca, anche se omologata per 10 ne può portare 20, quando il ventunesimo tenta di salire, io lo devo buttare in mare senno affondiamo tutti e 21, allora bisogna farsi questo conto, purtroppo la situazione è quella che è, le finanze sono quelle che sono, le strutture, le dotazioni di personale di attrezzature sono quelle che sono.

Fare gli eroi è bello, è importante purché, però, questo eroismo poi non vada a discapito di tutti coloro che legittimamente frequentano, frequentano il centro, perché a questo punto non è eroismo, diventa incoscienza e, questa incoscienza se dovesse portare poi delle conseguenze lesive a qualcuno degli altri pazienti che legittimamente sono dentro e che vengono seguiti da un pezzo, potrebbe essere fonte di responsabilità penale.

## **Note di approfondimento su alcune fattispecie**

### **– Urgenza della prestazione, liste di attesa in situazioni di sovraccarico stagionale e liceità dei comportamenti**

Come in qualsiasi attività del comparto medico dobbiamo distinguere fra quelli che sono gli interventi urgenti e quelli che sono gli interventi che richiedono attività nel tempo.

Perché il primo compito della struttura sanitaria è salvare la vita e l'integrità fisica delle persone che vi si rivolgono.

Le persone, nel momento in cui si sono rivolte al Ser.T. hanno stipulato questa sorta di contratto per il solo fatto di essere entrati e si trovano di fronte a persone che, nei loro confronti, assumono una posizione di garanzia.

Nel momento in cui io mi sono affidato al medico, io mi sono scaricato delle mie responsabilità per i danni che ho, perché le ho affidate al medico.

Allora, a questo punto, se l'attività che deve essere compiuta è un'attività emergenziale, è chiaro che va compiuta, nei limiti del possibile, secondo le possibilità che si hanno nella struttura, o provvedendo direttamente o avviando la persona ad altra struttura, quando ve ne è il tempo, quando non vi siano delle situazioni che richiedano un intervento assolutamente immediato.

Diverso, invece, è il discorso per quanto riguarda i trattamenti.

Perché, per quanto riguarda i trattamenti, trattandosi di movimenti stagionali, la creazione di una lista di attesa è un pò una presa in giro.

Perché: ci vediamo fra tre mesi!

Quando quello fra quindici giorni se n'è andato, se n'è tornato a casa sua.

Però, se prendere in carico altri pazienti va a detrimento delle attività nei confronti dei pazienti, che poi siano residenti o non residenti conta poco.

Questo va evitato mediante una segnalazione a chi può modificare la struttura.

Perché, nei casi che noi abbiamo verificato, l'esempio che vi facevo io, del carico del più del doppio dell'emergenziale, che cosa significa?

Significa che la struttura è perennemente o episodicamente, in relazione alle stagioni dell'anno, inadeguata alle esigenze del territorio perché quel territorio ha esigenze di tipo diverso.

Possono provvedere i professionisti in questa maniera? Assolutamente no!

Bisogna far presente questa inadeguatezza a chi potrebbe teoricamente, ma non è detto che in pratica lo possa fare, risolvere il problema, dicendo: "guarda, noi abbiamo una struttura per trecento persone, ma qui ce ne sono sempre ottocento, allora devi creare una struttura che ci metta in condizione di operare con tranquillità, con serenità, perché lavorare in affanno non va bene, naturalmente, aumenta la possibilità di errori".

Il lavorare con l'ansia della prestazione ad ogni costo, una dietro l'altra induce a commettere errori.

In questa maniera, ci si scarica delle responsabilità, salvo che per gli interventi emergenziali urgenti.

Non è detto poi, che la persona alla quale il professionista operativo si rivolge, e che non provvede, a sua volta sia responsabile perché avrà dei vincoli anche lui.

Nelle Regioni commissariate non si può assumere altro personale!

Nelle Regioni commissariate si tagliano i posti, dappertutto!

Quindi, anche il Direttore Generale della ASL prende atto e a sua volta scriverà magari all'Assessore, anzi, al Commissario.

Non è una scappatoia, è un modo di esonerarsi da responsabilità che non ci si può assumere.

I professionisti devono evitare di assumere anche le responsabilità che non competono!

– **Ancora sulle liste di attesa per le Comunità Terapeutiche e l’urgenza di dare risposte alle persone**

Il presupposto deve essere sempre quello della necessità che venga salvaguardata l’esistenza o l’integrità fisica delle persone con una piccola aggiunta che, chi opera in campo sanitario ha anche un obbligo di comunicazione.

Nel senso che se qualcuno che non può provvedere autonomamente ha sentore della esistenza di un imminente pericolo di vita o di grave attentato all’integrità fisica di qualcuno, ha l’obbligo di segnalarlo a chi ha la possibilità dell’intervento emergenziale.

Nella sentenza prima citata, del ricoverato in Comunità che ha accoltellato il suo educatore, c’è tutta una lunga parte di questa sentenza che parla del dovere di informazione fra elementi, fra persone, fra organi che bene o male si trovano ad agire all’interno dello stesso campo.

Quindi, se la Comunità, facendo i suoi accertamenti, nel senso che, nonostante la lista di attesa l’interessato si presenta e voi vi rendete conto del fatto che vi è questo grosso rischio, voi avete l’obbligo di comunicarlo a chi ve lo ha inviato.

– **Sulla rilevanza di seguire delle linee guida per non incorrere in imperizia**

Le linee guida sono essenziali per essere esonerato da responsabilità, a meno che non vi siano delle particolarità, nel caso specifico, che sconsigliano l’applicazione delle linee guida.

In linea di massima, chi utilizza le linee guida non può essere sottoposto a procedimento penale o se sottoposto verrà poi assolto.

La differenza fra il “civile” e il “penale” è che nel civile, parlandosi di responsabilità contrattuale, chi ha subito il danno è sufficiente che dica: “Ho subito questo danno e probabilmente mi è stato causato da questo!”, poi è chi glielo ha causato, potenzialmente, che deve giustificarsi.

In sede penale invece si dice è il danneggiato che deve provare.

È la Procura della Repubblica!

Il danneggiato si rivolge alla Procura della Repubblica e, in sede penale, il principio di civiltà giuridica è che chi accusa deve dimostrare il suo assunto, non è l’imputato che deve dimostrare di essere innocente.

È l’accusa che deve dimostrare che è colpevole!

– **Ancora sul budget e l’importanza della decisione clinica in rapporto ai limiti imposti dal budget assegnato**

Quello che prevale è la salute del paziente.

Quindi, ad un certo punto, ha voglia il Direttore Generale di dire: “gli operati al cuore il giorno dopo devono tornarsene a casa!”.

Io che li ho operati non posso dimmetterli perché devo seguire quella che è la degenza abituale per un certo tipo di intervento con le complicanze che intanto si dovessero essere verificate, con la specificità, ripeto, di ogni caso, ma è lui che decide.

Nessuno gli potrà rimproverare una scelta di questo genere e, se gli fosse imposto, chi risponde poi delle lesioni o del decesso di chi è stato dimesso frettolosamente, risponderà chi ha provocato il danno e non certo chi lo ha subito.

# **Finalità della pena e criteri di valutazione della Magistratura**

*di Enrico Della Ratta Rinaldi*

Parlando delle finalità della pena e dei criteri di valutazione della Magistratura è necessario fornire un quadro generale di qual è la finalità delle misure alternative e dell'intervento della Magistratura, che in qualche modo declina la pena secondo le finalità proprie nel caso concreto.

La necessità di confronto fra chi proviene da una cultura giuridica e chi invece proviene da una cultura clinica, medica, di scienze sociali o psicologica, ci impone in qualche modo di parlare di diritto, di diritto e non di regole, di principi, che dovrebbero appassionare chi come noi si occupa di inclusione sociale, di cura della persona e così via.

## **I caratteri della magistratura di sorveglianza**

Introdurrei quelli che sono i caratteri della Magistratura di sorveglianza rispetto alle altre magistrature.

Un carattere strutturale della Magistratura è per il giudice quello di occuparsi di cosa è successo in passato in relazione ad una determinata fattispecie (è successo un reato e nel processo bisogna stabilire se in quel giorno quella persona ha commesso un reato): quindi è una giurisdizione il cui oggetto, la cosa da accertare, è una cosa del passato.

La Magistratura di sorveglianza, invece, tendenzialmente si occupa di accertare in qualche modo che cosa succederà nel futuro; questo è quindi un ribaltamento della prospettiva del magistrato di sorveglianza rispetto al magistrato che si occupa del passato.

## **La magistratura di sorveglianza si occupa di stabilire che cosa avverrà probabilmente in futuro**

Nelle altre funzioni giurisdizionali ci si occupa di stabilire che cosa è successo quel giorno; nella Magistratura di sorveglianza, invece, ci si occupa di stabilire che cosa avverrà probabilmente in futuro.

E, questo è un primo ribaltamento che pone innanzitutto un grande dilemma: ma come è possibile stabilire che cosa avverrà in futuro?

È molto difficile stabilire che cosa è successo in passato e anzi, da un punto di filosofia della scienza, fare un discorso di probabilità di cosa è avvenuto alla luce degli elementi che abbiamo oggi, è molto più complicato che fare un discorso di probabilità di quello che avverrà in futuro.

Però, parlando di compiti comuni alla Magistratura e a coloro che hanno una professione clinica, la nostra responsabilità, quando facciamo una prognosi sul comportamento del soggetto, non è quella dell'“obbligo di risultato” secondo cui, se facciamo una prognosi errata, siamo stati inadempienti.

Il nostro compito è quello di fare bene la prognosi, che non significa sempre indovinarla, ma significa riuscire ad indovinare la prognosi in un numero di casi prevalente.

Cercare di prevedere quali saranno gli effetti del trattamento penale nei confronti di un certo soggetto attiene alla volontà di rendere il sistema penale in qualche modo efficace perché il sistema penale è certamente un sistema di pene che serve a dare ai consociati l'idea che in qualche modo non convenga commettere reati, ma è anche un sistema che ha come obiettivo quello di ridurre la criminalità.

## **Il magistrato di sorveglianza giudica su una realtà complessa**

Vediamo una differenza fondamentale tra la Magistratura di sorveglianza e gli altri settori della Magistratura.

Ci occupiamo di quello che probabilmente succederà in vista di una finalità di efficacia del sistema penale che in qualche modo, naturalmente ognuno nei suoi ruoli, è condivisa.

Altra differenza fondamentale tra Magistratura di sorveglianza e le altre funzioni giurisdizionali è che nelle altre funzioni giurisdizionali, la realtà, oggetto dell'accertamento, è una realtà frammentata: quando un giudice deve stabilire se una persona ha commesso un reato, gli interessa soltanto sapere se quella persona, nell'esempio del furto, ha sottratto una cosa mobile altrui e, quindi, vedere se quella persona ha portato questa cosa fuori dal-

la sfera di controllo della vittima, se questa era una cosa mobile e se era effettivamente altrui.

Esaurito questo accertamento, nella fattispecie penale, non c'è una ulteriore analisi della realtà.

Tutta la complessità della situazione umana non viene presa in considerazione tendenzialmente.

Nella Magistratura di sorveglianza invece non si giudica una realtà frammentata, non si giudicano soltanto gli elementi della fattispecie, ma si giudica su una realtà complessa che è l'insieme delle condizioni che possono influenzare le scelte individuali da parte della persona e che possono includere l'ambiente sociale, condizioni di indigenza o di salute; in questa concezione paradigmatica è la situazione della tossicodipendenza perché è una situazione nella quale vi è un elemento che non fa parte della fattispecie penale ma che nella storia della vicenda umana ha un peso fortissimo, pur essendo fuori dalla fattispecie penale.

## **La Magistratura di sorveglianza fa principalmente uso di principi**

Giudicare su una realtà complessa anziché su una realtà frammentata significa non applicare regole ma significa applicare principi.

L'ordinamento italiano sceglie i propri principi, con la redazione di una costituzione rigida; la Magistratura di sorveglianza, poiché deve giudicare su una realtà complessa, fa principalmente uso di principi, oltre che di regole: la regola si applica a una singola fattispecie, i principi sono dedotti dall'intero ordinamento, quindi, non possono che prendere in considerazione la realtà nella sua complessità, anziché i singoli frammenti di realtà, che corrispondono alle regole e, per la attuazione di tutto ciò ha bisogno dell'aiuto di altre professionalità come il giurista.

## **La Magistratura di sorveglianza sviluppa una fortissima cooperazione con il territorio**

La Magistratura di sorveglianza è caratterizzata dal fatto che nel collegio ci sono esperti in discipline sociali ed ha una fortissima cooperazione con il territorio, molto più di altre magistrature: i Ser.T., le ASL, i Centri di Salute Mentale sono un partner fondamentale nella nostra missione.

In questo entra poi il certificato di tossicodipendenza o il certificato di compiuto percorso terapeutico, che è un altro esempio di cooperazione, do-

ve il giudice deve stabilire all'esito del procedimento, che contiene anche l'accertamento che una persona sia tossicodipendente; e non è però in grado di stabilire se una persona è tossicodipendente, se non con l'ausilio di altre persone che si occupano di accertare, nel caso specifico, se la persona è tossicodipendente.

Alle notizie che arrivano dal territorio il giudice può dare più o meno peso, mentre il certificato di tossicodipendenza può avere invece un effetto preclusivo, vale a dire se non c'è il certificato di tossicodipendenza, determinate misure non possono essere date.

## **L'importanza del certificato di tossicodipendenza**

Questo deve far riflettere sul fatto di redigere o non redigere il certificato di tossicodipendenza poiché a seconda del modo in cui noi eroghiamo questo servizio, diamo un impulso alla società di un certo tipo o di un altro tipo.

Quando i professionisti dei Ser.T. vengono responsabilizzati dell'erogazione di questo servizio, che consiste nel formulare una diagnosi clinica di tossicodipendenza o meno, già lo stile in cui questo viene fatto influenza la velocità; è quindi un servizio già ha un pizzico di funzione giuridica, perché ha delle conseguenze sulla vita delle persone.

Nel momento in cui si ha un procedimento giurisdizionale che viene precluso dalla mancata erogazione di certificati di tossicodipendenza, allora c'è una responsabilizzazione ancor più evidente in termini di funzione pubblica; nel momento in cui viene redatto il certificato di tossicodipendenza si rende possibile un procedimento giurisdizionale e si rende possibile la declinazione di una pena.

Per questo occorre interrogarsi sul perché questo servizio esiste, che effetto ha sulla società, perché è previsto dall'ordinamento che esista questo servizio.

## **La Magistratura di sorveglianza non dà pene, bensì premi**

Nelle caratterizzazioni della Magistratura di sorveglianza non si danno pene, bensì premi: il premio è un dispositivo di efficacia del sistema penale secondo il quale, se qualcuno non ha nulla da perdere e non ha nulla da guadagnare, non viene incentivato a tenere un certo comportamento.

Un esempio è dato dalla "liberazione anticipata" che ha fatto sì che il carcere sia diventato un luogo di civiltà con molte più possibilità di rieducazione.

## **Il buon lavoro dei Servizi favorisce l'applicazione di provvedimenti premianti**

Tornando al discorso del prima e del dopo, una giurisdizione che si occupa non di quello che è successo in passato ma di quello che succederà in futuro, da un punto di vista pratico noi possiamo influenzare le prove che utilizziamo poiché abbiamo il dovere di contribuire a determinarle: nel procedimento di sorveglianza, noi valutiamo elementi che i professionisti Ser.T. in qualche modo hanno contribuito a creare e, avviene in una relazione con il paziente costruita con il tempo.

Questo è molto importante e dovrebbe rendere tutti noi consapevoli delle nostre responsabilità verso la società, nel senso che il processo di sorveglianza, il processo di rieducazione del condannato inizia nel momento in cui si instaura un dialogo con il condannato e si predispongono gli elementi di valutazione che poi verranno dati alla Magistratura di sorveglianza.

## **Ser.T. e magistratura di sorveglianza debbono coordinare il loro lavoro**

Parlare con una logica di separazione tra il magistrato che esercita una funzione e il clinico che eroga un servizio, e poi un documento che transita da una parte all'altra venendo interpretato con parametri estremamente diversi rispetto a quelli con cui questo documento è stato redatto, significa dire che ognuno fa il suo lavoro.

Cioè uno è molto bravo nell'esercitare quella che si dice la tecnologia del suo lavoro, ovvero utilizza il patrimonio dell'intelletto umano per raggiungere determinati risultati: se noi manteniamo una separazione per cui appunto ognuno fa il suo, allora noi abbiamo due tecnologie; se riflettiamo insieme su quali sono i nostri scopi comuni, noi andiamo verso una razionalità.

Noi esercitiamo insieme uno scopo di inclusione sociale, che rappresenta un servizio che noi rendiamo alla società e insieme una funzione alla società, perché è un modo per orientare i comportamenti dei cittadini in senso positivo.

## **Stabilire se una persona è tossicodipendente**

Nei confronti poi dei tossicodipendenti, la Magistratura di sorveglianza deve fare quattro passaggi nell'esercizio delle sue funzioni:

1. stabilire se una persona è tossicodipendente (utilizzando obbligatoriamente il certificato di tossicodipendenza, avvalendosi di altre professionalità), per rendere la pena inflitta adatta alla persona che la subisce, più giusta affinché il sistema penale sia efficace;
2. stabilire se sono stati commessi i reati in relazione allo stato di tossicodipendenza (diagnosi clinica richiesta al clinico). Se invece, il soggetto che ha commesso reati in relazione alla tossicodipendenza non è esclusivamente rimesso al clinico ma più al giudice di sorveglianza, il clinico non dovrebbe chiudersi nelle sue regole professionali nel valutare l'affidabilità del percorso, ma accettare da parte del giudice ogni osservazione sulla diagnosi, e il magistrato di sorveglianza dovrebbe tener conto di tutte le indicazioni che possono venire dal patrimonio che c'è nel certificato di tossicodipendenza, che contiene anche la relazione psicologica;
3. l'affidabilità del percorso nel senso prognostico prima della dimissione;
4. l'andamento del percorso: una volta concessa la misura alternativa alla detenzione, non finiscono né la valutazione della Magistratura di sorveglianza né la valutazione clinica.

## **Le ricadute**

Chi ha in carico una persona con un percorso terapeutico ne valuta l'andamento.

Anche qui si crea un conflitto fra tecnologie, che impedisce la realizzazione della razionalità del sistema in un caso specifico, che è quello della ricaduta nell'uso di sostanze.

C'è una non comunicazione tra i due mondi, che deve essere superata, nel senso che nel mondo della diagnosi clinica la ricaduta non significa necessariamente andamento negativo o prognosi di ricaduta nel reato, però questo non transita alla Magistratura di sorveglianza, forse perché nella documentazione che le viene trasmessa non viene esplicitato qual è il significato di una ricaduta nell'uso di sostanze, per paura che il magistrato per una sua impostazione culturale ne revochi la misura in automatico, ma di tutto questo deve essere consapevole la Magistratura di sorveglianza.

È quindi necessario che il dialogo consenta una traduzione da una professionalità all'altra.

## **Il dovere della collaborazione**

Fra i diversi stili che animano il variegato mondo dei percorsi terapeutici di fronte alle persone tossicodipendenti bisogna tener conto che, se una

persona è sottoposta ad esecuzione penale, allora lo stile deve essere particolarmente tendente all'inclusione.

Quindi nel valutare l'affidabilità del percorso non valutiamo solo il fatto che in astratto sia un percorso idoneo a far uscire la persona dal suo problema di tossicodipendenza se essa aderisce pienamente, ma anche il fatto che questo percorso debba essere idoneo a superare un grave problema che esiste nella società, e c'è il rischio che questa persona venga espulsa per un tempo indefinito dalla società senza scopo.

Pertanto, in questa forte finalità di dialogo, di consapevolezza di far parte di un'unica missione, che è quella dell'inclusione sociale, fa parte anche uno scambio di conoscenze, della condivisione di un sapere minimo.

# **Dipendenze tra protezione e punizione. La capacità di intendere e volere e di giudizio. Le limitazioni della capacità di agire quale strumento di tutela delle persone fragili**

di *Antonio Smeriglio\**

Per gli operatori dei Ser.T. è oltremodo necessario conoscere le tematiche e il funzionamento della Procura della Repubblica perché gli utenti di questi servizi hanno delle caratteristiche diverse rispetto a un utente di un Servizio o di un Centro di salute mentale.

Quando si parla di fragilità, di tutela dei soggetti fragili, l'idea, il raccordo che viene immediatamente fatto è quello con l'anziano piuttosto che con il malato psichico; e lì con riferimento a questi soggetti parlare di protezione e punizione è qualche cosa di non corretto, nel senso che non c'è un riferimento al tema della punizione.

## **I due profili della protezione e della punizione**

Provocatoriamente gli utenti dei Ser.T. sono soggetti da difendere o dai quali difendersi?

Da qui sorge la necessità per i professionisti dei Servizi di conoscere quello che si fa nella Procura della Repubblica e quindi il ruolo del Pubblico Ministero, con riferimento a questo genere di utenza.

L'attività quotidiana svolta in Procura riguardo i due profili della protezione e della punizione per gli operatori assume un significato rilevante.

Allora, volendo offrire delle indicazioni, che saranno necessariamente sommarie ed estremamente sintetiche, si ritiene indispensabile, proprio per rendere credibile e accessibile gli uffici della Procura, dare alcune indicazioni.

L'art. II, 3 dell'ordinamento giudiziario attribuisce al Pubblico Ministero esattamente funzioni relative ai temi della protezione e della punizione.

\* Relazione al Congresso Interregionale Piemonte Valle D'Aosta di FeDerSerD, Torino, 2011.

Il Pubblico Ministero – in base all’art. II,3 dell’ordinamento giudiziario – promuove la repressione dei reati, ma c’è anche, e questo è meno noto, un’attività di tutela delle persone incapaci, attribuzione questa normativamente prevista per il Pubblico Ministero.

Ad esempio nella struttura organizzativa della Procura di Torino si trova la ripartizione “protezione degli incapaci e repressione dei reati”.

Questa ripartizione “protezione degli incapaci e repressione dei reati” si trova, per quanto riguarda Torino, proprio nella struttura organizzativa degli uffici.

Il sito pubblico della Procura di Torino contiene informazioni preziosissime e soprattutto ci sono tutti i riferimenti telefonici di tutti i sostituti procuratori, il servizio per il ricorso sociale e tutto quanto possa essere necessario per un accesso diretto.

Il settore della punizione, la parte penale, è organizzata secondo gruppi di lavoro.

Al fine di favorire una specializzazione, sono state previste determinate tipologie di reato per i vari gruppi di lavoro.

Più interessante, anche perché meno conosciuto, è il fatto che, presso la Procura di Torino, ci sono una cinquantina di Sostituti Procuratori che si occupano, oltre a tutto il carico penale, anche degli affari civili, cioè di ricevere le segnalazioni che arrivano dai vari servizi, siano essi Ser.T., servizi sociali o servizi di salute mentale, valutarle e poi eventualmente, se ce ne sono i presupposti, promuovere i giudizi di interdizione e di riabilitazione e amministrazione di sostegno.

È questa l’area civile, quella di tutela del soggetto fragile, che è un’attività a sé ma si raccorda molto spesso anche con l’attività propriamente penale.

## **L’area penale e l’area civile della Procura**

Ci sono due aree di intervento: una parte che concerne le indagini e i processi e tutto quello che riguarda la punizione (accertamento dei reati, indagini, sostenere l’accusa nel contraddittorio con i difensori nei processi), e la parte dell’area civile, finalizzata a tutelare, con la minor riduzione possibile della capacità di agire, le persone che siano prive in tutto o in parte della capacità di adempiere alle funzioni della vita quotidiana.

Il penale e il civile sono molto spesso due settori che si intersecano.

Ad esempio, il reato di circonvenzione di incapace, nel quale in tema di soggetti fragili ci si approfitta di una situazione di disagio di un’altra persona e lo si induce a compiere degli atti giuridici sfavorevoli.

La fase dell’accertamento penale sarà finalizzata a capire se il reato sia stato commesso oppure no, se c’è stata un’induzione oppure no.

C'è però l'altra faccia della medaglia, cioè la persona offesa che va necessariamente tutelata sotto il profilo degli strumenti penali e facendo in modo che momenti analoghi non si ripetano in futuro, quindi mettere quell'anziano o quel malato psichico nella condizione di non essere circonvvenuto una seconda volta in futuro.

In che modo? Attraverso gli strumenti che il diritto civile consente, cioè limitandone nel suo interesse la capacità di agire.

La protezione del soggetto fragile da parte del Pubblico Ministero è sostanzialmente un'iniziativa, perché poi i provvedimenti di interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno li pronuncia un giudice, sia esso penale o civile, mentre il Pubblico Ministero promuove il ricorso al giudice sulla base delle segnalazioni che arrivano dall'esterno, dai servizi, dalle forze di polizia, dai privati.

Questo è l'ambito della tutela e della protezione del soggetto debole.

## **La capacità giuridica**

Le limitazioni della "capacità di agire" propongono il concetto di capacità giuridica.

Esso è previsto da una norma fondamentale che è appunto l'art. 1 del Codice Civile "la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita", stando a significare che, nel momento in cui si nasce, dove per nascita si intende la capacità di respirare autonomamente dalla madre, si diventa soggetto di diritti, cioè la capacità giuridica è l'attitudine a essere centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, cioè essere capaci di essere titolari di diritti.

Questo è un qualcosa che si acquista fin dalla nascita e per il solo fatto della nascita.

Questa norma è molto importante più per quello che non c'è scritto poiché va letta come "la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita senza distinzione di sesso, religione, censo": chiunque, indipendentemente da reddito, gusti sessuali, religione, per il solo fatto di essere nato acquista la capacità giuridica, che è quella che distingue la persona dalla cosa, che è oggetto di diritti altrui (proprietà, diritti reali, usufrutto); la persona è invece soggetto titolare di diritti.

## **La capacità di agire**

Il passaggio tra capacità giuridica appena indicata e la capacità di agire è il seguente: se ad esempio il neonato perde dopo due ore dalla nascita il

papà, i diritti vanno in capo a lui, anche se ha due ore di vita, perché il neonato può essere titolare di situazioni giuridico soggettive.

Questo però non vuol dire che le possa esercitare perché, per poterlo fare, chi è titolare di diritti deve avere quella maturità necessaria per sapere quello che sta facendo; ecco che c'è una presunzione che con la maggiore età il soggetto sia in grado di discernere le proprie capacità e quindi di compiere atti a ragion veduta.

L'ordinamento non poteva non prendere in considerazione le situazioni nelle quali si verifichi una discrasia tra situazione presunta (a diciotto anni sei capace di stipulare contratti, assumere obbligazioni) e invece le situazioni nelle quali il soggetto per delle problematiche sue sia incapace di intendere e di volere, anche in maniera transitoria.

Le persone maggiorenni avendo la capacità di agire possono stipulare contratti o assumere obbligazioni; se però una sera qualcuno esce con gli amici e beve troppo o assume sostanze stupefacenti, potrebbe succedere che contragga un matrimonio o faccia testamento a favore del primo venuto, trovandosi in una condizione di incapacità di intendere e di volere dovuta all'assunzione di quelle sostanze.

Se però questo stato è perdurante, non è possibile ogni giorno andare ad impugnare gli atti che il soggetto fa e allora ecco degli strumenti per limitare il futuro: questi strumenti sono gli istituti civilistici per i quali il Pubblico Ministero ha potere d'iniziativa di promuovere i giudizi volti a far dichiarare l'interdizione, l'inabilitazione o l'amministrazione di sostegno nei confronti di un soggetto, al fine di operare sulla sua capacità di agire in modo tale che in futuro sia tutelato e protetto.

## **L'interdizione**

Per applicare l'interdizione occorre una condizione di abituale infermità di mente, che rende incapace l'individuo di provvedere ai propri interessi.

La situazione di abituale infermità rende incapaci di provvedere adeguatamente ai propri interessi e quindi si presenta la necessità che qualcuno agisca per tutelare gli interessi della persona inabile.

Lo strumento è appunto quello dell'interdizione che produce come effetto che nel momento in cui c'è la sentenza di interdizione tutto quello che una persona fa da solo da quel momento in poi è annullabile senza bisogno di dimostrare altro.

L'interdizione si riferisce chiaramente a situazioni decisamente gravi, appunto di abituale infermità di mente.

## L'inabilitazione

Il legislatore aveva previsto anche un istituto più attenuato per i casi – lo dice espressamente – in cui l'infermità di mente non è tanto grave da giustificare un provvedimento interdittivo, cioè limitativo di tutta la capacità di agire del soggetto.

L'inabilitazione è un istituto abbastanza desueto e rispetto all'interdizione i numeri sono molto più limitati, soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore dell'amministrazione di sostegno.

Normativamente i casi contemplati sono l'abitualità di una situazione di incapacità e infermità di mente che lascino alcune autonomie del soggetto e l'abuso di bevande alcoliche o sostanze stupefacenti.

Il deficit fisico non c'entra con quanto descritto, nel senso che ci può essere la persona con un deficit fisico che è perfettamente lucida e in grado di provvedere a se stessa nei limiti in cui la menomazione glielo consente.

Il sordomuto e il cieco dalla nascita è stato introdotto dal legislatore come ipotesi di inabilitazione, ma solo nei limiti in cui, non avendo ricevuto adeguata educazione fin dalla nascita, non sia in grado di provvedere a se stesso.

L'effetto dell'inabilitazione è appunto sempre l'incidere sulla capacità di agire, ma in misura ridotta, nel senso che l'inabilitato può da solo compiere gli atti di ordinaria amministrazione, mentre non può da solo compiere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, perché se lo fa sono di nuovo atti annullabili.

Un discorso a sé riguarda un pò le questioni delle scelte personali, di cura e di collocazione, che l'inabilitato mantiene autonome, cosa che non è per l'interdetto, per il quale invece il rappresentante ha poteri anche di decisione su dove abitare e soprattutto a quali trattamenti sanitari sottoporsi, tanto è vero che uno dei casi più frequenti, per i quali si chiede l'interdizione delle persone, è appunto per il soggetto che non è in grado di esprimere il consenso informato per il trattamento sanitario e quindi è necessario nominargli un tutore che lo faccia per lui.

Il procedimento prevede la competenza del tribunale, si presenta un ricorso del Pubblico Ministero o anche dei congiunti autonomamente, vi è una fase del giudizio dove deve essere obbligatoriamente sentito l'interessato e dopo di che, fatti i necessari accertamenti, magari con una consulenza psichiatrica, il giudice emette la sentenza che potrebbe essere di rigetto, se non ritiene che ci siano i presupposti, di accoglimento o di trasmissione agli atti al giudice tutelare, dal 2004 in avanti, perché si promuova l'attività di presentazione per l'amministrazione di sostegno, se ritiene che vi siano i presupposti per l'applicazione di quell'istituto e non per l'interdizione.

Gli strumenti di tutela descritti rispetto ai soggetti fragili sono gli istituti della interdizione e della inabilitazione concepiti nel '42, quindi in un'epoca nella quale erano istituti sicuramente previsti come eccezionali in un sistema nel quale era prevista "l'ospedalizzazione" del malato di mente, l'internamento.

Per questo il problema dell'interdizione si poneva per i soggetti con grandi patrimoni, non certo per il poveraccio che stava nel manicomio e che non aveva nessun tipo di attività da fare.

All'epoca non c'era infatti il problema del consenso informato e dei trattamenti sanitari: quindi era un istituto concepito come del tutto eccezionale, più a tutela della tranquillità dei traffici giuridici, dell'attività del commercio o nell'interesse del soggetto.

## **L'amministrazione di sostegno**

Il fatto che il malato psichico oggi sia sul territorio e debba accedere a tutta una serie di servizi (ad esempio andare a riscuotersi la pensione), aveva fatto sì che l'interdizione fosse utilizzata in maniera spesso impropria per risolvere problemi pratici che si ponevano.

Ecco l'opportunità di introdurre un istituto molto più flessibile.

La menomazione fisica, ad esempio, è già uno degli elementi che, mentre per l'interdizione non dovrebbe valere, per l'amministrazione di sostegno sì.

L'anziano non autosufficiente, pur psichicamente ancora integro ma che non riesce ad uscire di casa per menomazioni fisiche, non può andare a riscuotersi la pensione alla posta e non ha fatto una delega a nessuno per cui non c'è chi può andare per lui, ecco che l'istituto può soccorrere per risolvere questi problemi.

Il procedimento è molto più snello e veloce: basti pensare che in questo caso provvede il Giudice Tutelare, un solo magistrato, mentre invece per l'interdizione è il tribunale con tre magistrati.

La descrizione di questa casistica è indicativa, perché la linea di confine poi tra interdizione e amministrazione di sostegno dal punto di vista normativo è ben chiara, ma poi nel pratico è molto difficile.

I tossicodipendenti e gli alcolisti sono possibili beneficiari di un'amministrazione di sostegno, al pari di tutte una serie di altre situazioni indicate.

Esistono diversi provvedimenti giudiziari di giudici tutelari che, rispetto a situazioni di tossicodipendenza, ludopatia o situazioni di abuso di alcolici, hanno nominato l'amministratore di sostegno non solo per provvedere agli interessi di tipo economico, ma anche per la gestione del soggetto, le cure, in una funzione di indirizzo.

Non si esclude però, che nei casi più gravi, in cui non vi sia nessuna aderenza a qualunque tipo di programma, il livello di compromissione psichica, anche legata al consumo e all'abuso di certe sostanze, possa, magari forzando il dato normativo, indurre a fare ricorso all'interdizione perché più corrispondente all'interesse del soggetto.

Per quanto riguarda gli effetti il codice civile li indica ed è una capacità conservata di agire, solo che per certi atti il soggetto dovrà compierli insieme all'amministratore di sostegno.

La segnalazione che arriva dai Ser.T. può portare al risultato descritto soltanto nei limiti in cui essa sia completa, esauriente, consenta di avere la documentazione necessaria e abbia tutti gli elementi conoscitivi.

Il Pubblico Ministero quindi, con l'aiuto del servizio sociale della Procura, fa una valutazione se intervenire, poiché potrebbe ritenere che non ci sia spazio, e porsi in uno spazio decisionale che prenda in considerazione i tre istituti e poi individuare quello più adatto.

Sono situazioni limite nelle quali quotidianamente i magistrati si trovano a dover decidere se attivare un'amministrazione di sostegno, se sia utile l'interdizione o l'amministrazione.

## **L'imputabilità del tossicodipendente**

Il soggetto tossicodipendente che delinque in stato di alterazione dovuto all'uso di sostanze stupefacenti o che delinque perché vuole procurarsi i mezzi per assumere sostanze stupefacenti, in quel momento è in una situazione di non capacità di intendere e di volere.

Dal punto di vista penale in Procura non interessa sapere se un soggetto, nel momento in cui ha commesso un reato, aveva assunto stupefacenti oppure no, se lo ha fatto per procurarsi la droga o per dare da mangiare ai figli; questo potrà incidere dal punto di vista dell'entità della sanzione, ma dal punto di vista del reato l'imputabilità non è esclusa.

Nel caso di reato commesso in stato di intossicazione volontaria, quindi, pur se il soggetto naturalisticamente in quel momento non era in grado di intendere e di volere, il legislatore decide di punirlo perché si è messo in quella condizione.

## **Le richieste del PM al Ser.T.**

Tutte le volte che il Pubblico Ministero rivolge ai Servizi per le Tossicodipendenze delle richieste di informazione, delle richieste di conoscere lo

stato, la storia di un soggetto, non è perché vuole delegare le attività di polizia giudiziaria, perché dal punto di vista della repressione e della punizione del soggetto non interessa sapere se il soggetto è un tossicodipendente o un alcolista.

Le richieste rivolte ai Servizi si collocano nell'ottica della tutela e della protezione, e per ciò che concerne l'aspetto civilistico orienta l'interesse al fine di promuovere ricorsi per l'interdizione e la riabilitazione e l'amministrazione di sostegno.

L'auspicio quindi è quello di una collaborazione all'insegna del comune operato.

# Confini tra clinica e norma

di *Emanuele Bignamini*

Non sono un esperto di bioetica, quindi non propongo considerazioni da quella prospettiva.

Neppure sono un medico-legale, quindi non posso proporre neanche una visione della questione da una angolatura giuridica.

Sono, invece, un clinico con un ruolo di responsabilità organizzativa, quindi i punti di vista da cui guardo il mondo sono quello della teoria e delle prassi di cura e quello della organizzazione del Servizio.

Da queste prospettive, la “norma” è tutto ciò che regola il funzionamento della organizzazione e della clinica.

Sono le leggi, le prescrizioni, i regolamenti; e sono anche le circolari esplicative e interpretative, che vincolano l'operato.

Quali sono le responsabilità organizzative?

1. far sì che la norma sia compresa chiaramente e che nessuno si esponga a sanzioni per mancanza di informazione;
2. limitare al massimo l'impatto su tempi e metodi del lavoro di routine, semplificando:
  - proteggere il singolo professionista dagli aspetti persecutori della norma (non da quelli punitivi, qualora meritati);
  - spiegare il senso ed evidenziare le implicazioni positive della norma (valorizzarla e ricomprenderla nel sistema dei valori del Servizio).

Con la norma i clinici possono avere rapporti diversi.

## La norma come cornice dell'agire clinico

L'organizzazione dell'azione clinica è definita non solo dai riferimenti scientifici e dal livello culturale ed economico della società, ma anche dal quadro normativo.

Tale quadro normativo comprende le responsabilità civili e penali, i contratti di lavoro, i compiti istituzionali specifici fino ai Piani Sanitari Regionali, ai patti territoriali, agli accordi e ai protocolli di collaborazione e agli obiettivi formalizzati.

Vi è quindi all'interno della organizzazione di servizi alla persona, una dialettica tra due scopi fondamentali: quello di rispondere ai compiti per cui l'organizzazione è stata costituita (prevenzione, cura e riabilitazione delle tossico-alcoldipendenze) e quello di tutelare i soggetti che la compongono da conseguenze psicofisiche e patrimoniali negative derivanti dall'attività lavorativa.

Semplificando, l'organizzazione deve tutelare sia il destinatario del servizio sia l'erogatore del servizio.

Complicando, invece, l'organizzazione deve riconoscere diversi destinatari e diversi servizi: i Ser.T. se da un lato devono assistere i loro pazienti, dall'altro devono rispondere alle aspettative dei manager (gestione economica, rispetto delle norme, appunto).

Ecco perché il lavoro del responsabile è un pasticcio: deve garantire l'assistenza ai pazienti nei limiti economici e normativi stabiliti, proteggendo la salute e la sicurezza degli operatori.

Ogni responsabile avrà un suo equilibrio personale rispetto a questi tre compiti e avrà equilibri diversi anche in relazioni a situazioni specifiche (verso diversi operatori, pazienti, manager).

Potrà essere più burocratico, trasgressivo, mediatore.

Nel contesto organizzativo, la norma è spesso vissuta come un impedimento, una coartazione, un peso che appesantisce e frustra.

Si può trasportare un paziente nella macchina di servizio?

E nella propria auto privata autorizzata per servizio?

Posso fermarmi a lavorare anche oltre il mio orario o anticipare l'ingresso?

Si può avviare un progetto prima che la delibera formalizzi impegno di spesa e responsabilità?

Si possono prendere accordi personalizzati con una Comunità Terapeutica, al di fuori della convenzione stipulata con la Regione? (Ad esempio, continuare a pagare la retta residenziale quando il paziente è in fase di reinserimento semiresidenziale in modo da sostenerne la sopravvivenza? Sembra un assurdo, invece è una cosa razionale, come è razionale tenere al lavoro persone poco idonee e poco produttive piuttosto che licenziarle e creare nuovi costi assistenziali).

In effetti, la cultura comune alla pubblica amministrazione è esattamente contraria a quella che presume innocenti tutti fino alla condanna: ogni iniziativa, presa ovviamente a fin di bene (maggiore flessibilità, inventiva, capacità di adattamento, sveltimento) è decisamente sospetta e il proponente uno che poi rivolterà il tutto contro l'amministrazione.

Quindi meglio rallentare, bloccare.

Questo è il classico conflitto tra sanitari e amministrativi, che non abbiamo inventato noi e che non risolviamo neanche.

In un Carcere, il Ser.T. Sanitario Penitenziario prima del passaggio al SSN eseguiva test sulle urine per la ricerca di metaboliti di sostanze illegali.

Eventuali positività comportavano sanzioni disciplinari e penali.

Con il passaggio al SSN viene chiesto al Ser.T. di subentrare nel compito: si verifica che la procedura, che ha pesanti implicazioni sul detenuto, veniva eseguita senza catena di custodia e che il campione per il retest viene conservato per un mese... in frigorifero, perché in Carcere non c'è il congelatore.

Sempre nel contesto del Carcere: il monitoraggio dell'uso di sostanze in occasione di permessi ha per il Ser.T. un significato clinico: alla positività seguiranno cambiamenti nella conduzione del caso finalizzati al raggiungimento dell'astensione.

Per la Direzione carceraria invece hanno un significato regolamentare: varieranno i diritti del detenuto, ad esempio in ordine ai permessi.

Allora: i test vanno eseguiti con catena di custodia e con conferma gascromatografica?

Nel caso così non fosse, ha senso comunicare i risultati alla Direzione, sapendo che il campione può essere stato manomesso e che non si ha la certezza assoluta che non sia un falso positivo?

In caso come questi, la norma aiuta a dirimere le finalità dell'intervento: le polarizza e può creare una dialettica a volte non pacifica, ma chiarisce quali sono le finalità.

Ancora una volta, non può essere il singolo professionista a dirimere la situazione, ma è necessario che l'organizzazione gestisca la modulazione dei rapporti.

Sarebbe bene che questa consapevolezza organizzativa fosse attiva non solo nei Ser.T. (che sono anni luce avanti alla quasi totalità delle organizzazioni in questa competenza), ma venisse assunta anche da altri Enti qualora fossero in grado di vedersi come organizzazioni.

## **La norma come “lavoro in più, fastidioso”**

Prendiamo ad esempio le recenti disposizioni sulla obbligatorietà da parte del medico di verificare il diritto all'esenzione ticket per reddito.

Sulla necessità di prevenire le truffe, evidentemente frequenti e senza conseguenze per il truffatore, è stato disposto che il medico debba accertare, collegandosi all'apposito sito web, la sussistenza del diritto del paziente a non pagare la prestazione sanitaria.

Questo obbligo è vissuto dal clinico come una costrizione indebita: non vi viene riconosciuto nulla di proprio, comporta una significativa perdita di tempo e introduce, nel rapporto con il paziente, varianti negative nella relazione.

Infatti, il paziente, che vede attribuito al medico un potere di decisione sul suo diritto alla esenzione dal ticket, interpreta tale potere come “discrezionale” e quindi si aspetta che il medico possa, in ordine alla sua situazione, superare la mancata formalizzazione del diritto.

Il paziente, cioè, interpreta la responsabilità obbligata attribuita dalla norma al medico, come un potere che il medico può esercitare o meno a suo piacere.

Si innesca quindi lo stereotipo comune e costante nel nostro Paese, per cui a fronte di una norma, ci si aspetta di poterla flettere e deformare in base al rapporto personale: da ostacolo insuperabile quando la relazione è improntata alla ostilità, ad aspetto secondario ed incidentale “pro forma” quando ci si vuole fare un piacere.

In questo contesto, medico e paziente pagano un prezzo significativo alla cultura comune rispetto alla Legge, non riuscendo a cogliere il valore sociale della norma stessa.

Senza santificare una procedura che continuo a considerare “lavoro in più, fastidioso”, posso considerare che tale norma potrebbe responsabilizzare il medico e il paziente insieme, rispetto alle risorse destinate alla assistenza.

I termini chiave sono “potrebbe”, “insieme”, “risorse destinate”.

Potrebbe: la norma, al di là dell’intenzione di chi la stabilisce, si iscrive in una cultura collettiva.

Se la cultura è improntata all’individualismo e all’egoismo, all’idios, la norma assumerà valore e validità solo in relazione a quello e non esprimerà le sue valenze sociali.

Insieme: questa norma obbliga il medico a verificare, ma obbliga anche il paziente a mettersi in regola; quindi i due hanno un problema in comune e devono concordare insieme i passi e i tempi per risolverlo.

Ovviamente se la cultura imperante è quella dell’idios, nessuno dei due se ne accorgerà e si svilupperà una tensione conflittuale (il conflitto si verifica anche se solo uno è orientato all’idios: la visione politica deve essere condivisa per funzionare).

Risorse destinate: lo slogan dei “tagli” che si è ormai imposto non è diventato una cultura di responsabilità verso le risorse.

Neanche ai livelli apicali si sta diffondendo l’idea che è possibile una buona amministrazione, mentre aleggia lo spettro della grande falciatrice, mortificatrice: se il taglio colpisce me personalmente, allora tutto il sistema perde senso, si è alla catastrofe.

Pertanto, in questo sistema culturale, una norma che verifica che i diritti siano rispettati e che chi deve pagare le prestazioni le paghi, non ha altro senso che quello di turbare equilibri in atto; non può certo assumere il significato della tutela delle risorse collettive al fine di destinarle in modo più efficace ad un sistema di assistenza democratico e paritario.

Va contemplata la possibilità che chi scrive le norme, in realtà, sia in effetti immerso nella cultura dominante orientata all'idios.

Allora la norma sarà stata pensata davvero solo come punitiva e finalizzata a fare risparmi e ridurre i costi, senza dare alcunché in cambio.

Ma il bello della norma è questo: che non è così facile cristallizzare l'intenzione e anche a norme "cattive" si possono applicare interpretazioni "buone".

## **La norma come strumento per il raggiungimento del fine**

Un romanzo che ho letto da ragazzo mi ha fortemente influenzato: "la rivolta del caporale Asch".

Narra di un militare convinto del suo ruolo, amico di un commilitone che viene mobbizzato e spinto al suicidio da un superiore.

Il caporale Asch vede crollare i valori che riteneva impliciti nel mondo militare e, prima di abbandonare l'esercito, utilizza il regolamento militare per creare guai enormi al superiore e portarlo (ingiustamente, ma meritatamente) davanti alla corte marziale.

Nel nostro caso la norma definisce il nostro confine, ma questo vale non solo dal dentro verso il fuori, ma anche dal fuori verso il dentro.

Ci protegge.

Serve anche verso certi pazienti, per mettere a loro dei limiti.

## **La norma "culturalmente determinata"**

Nel lontano 1988, un brigadiere mi chiese dove poteva trovare un mio paziente che voleva arrestare.

Giovane ingenuo, mi ritrovai a scegliere di rispettare il diritto, valido, del mio paziente all'anonimato.

Il brigadiere, senza por tempo in mezzo, passò dalla caserma a prendere i ferri del mestiere e, in manette e chiuso in cellulare, mi portò in camera di sicurezza con l'imputazione di favoreggiamento.

Ne venne fuori un caso giuridico - politico - istituzionale di caratura nazionale.

Il giorno dopo venni messo in libertà provvisoria, con divieto di espatrio e per un anno ci pensarono su.

Allo scadere dell'anno fu deciso per il non luogo a procedere, avendo giudicato il GIP che io avessi agito in buona fede, nell'interesse del paziente e nel rispetto della Legge.

Il caso ha fatto giurisprudenza.

Il clima è molto cambiato da allora, ma il problema è sempre attuale.

Qui la norma ha la funzione di tutelare il rapporto di fiducia tra medico e paziente e si preoccupa di sedare altre norme trasferendo al curante le proprietà dell'avvocato difensore.

Tuttavia la norma viene scritta completamente immersi in una cultura che trasuda nella norma stessa, cosa che altre culture non possono accettare: l'origine dei conflitti con le FFOO su questo punto è tutta qui.

Quando si trova un rappresentante delle FFOO di cultura più ampia, i problemi non si creano, ma si risolvono (è lo stesso caso di polis e idios).

## **La norma “scritta da incompetenti e faziosi”**

Ogni tanto alcune cose che si ritrovano scritte in circolari, piani sanitari, determine, DGR, direttive fanno veramente innervosire.

Quando si prescrive che i Ser.T. devono perseguire sempre il recupero del tossicodipendente ad ogni costo... ci si chiede “perché?”.

Non vi sono già sufficienti leggi e norme che prescrivono il corretto comportamento del curante e tutelano i diritti del malato?

Non ho già un codice deontologico?

Che norma è quella che mi assimila ad un carro attrezzi e che assimila il paziente ad un'auto incidentata?

E se stiamo nella metafora, le macchine guaste si riparano, alcune. Altre si rottamano.

Non si può prescrivere al meccanico di aggiustarle tutte comunque, almeno fino a quando non si potranno fare i cervelli artificiali programmabili.

Ma poi recupero di che?

Della sua capacità produttiva quando la disoccupazione dilaga e i soldi si fanno con l'esibizione del corpo?

Del suo passato che si è bruciato con la droga?

Della lucidità mentale che gli permetterà di provare la nausea fino in fondo?

Del suo ruolo in una società individualista e competitiva che tenterà di spezzargli le gambe?

Del suo essere adeguato in una società dove l'amore si paga e la felicità è apparire in TV?

Dei suoi rapporti con genitori incapaci di amare?

O forse della sua capacità di stare male, ma in un altro modo; della voglia di trovare un senso alla sua vita nonostante la morte; di riuscire a chiedere, per piacere (cioè nella relazione gratuita con l'altro), la felicità e a smettere di scambiare il piacere per la felicità, nonostante il suo valore sia misurato solo dalla sua capacità di acquisto.

In genere queste affermazioni si accompagnano a terminologie gergali, come il termine “giovani” che include la fascia di età che va dai 12 ai 78 anni; dove ci si riferisce alla famiglia come ad un nido di amore e i dove i padri e le madri sono sempre e solo orientati al bene dei loro figlioli, soltanto non sanno come fare e hanno bisogno di essere guidati da qualcuno con le idee chiarissime.

Il male esiste, così come è vera la morte, così come è vero che la nostra potenza ha un limite.

Questo, con una norma, non si può cambiare.

In questo caso, l'organizzazione deve tutelare i professionisti, assicurandoli che nessuna norma di quel tipo può essere applicata in astratto e in modo generico: può essere portato un attacco politico, ma non si possono individuare colpe personali, che possono essere individuate solo in casi specifici.

Quindi: lavorate in scienza e coscienza e che “vengano a stanarci”.

L'organizzazione ha però anche un altro compito.

Dato che in ogni caso il clima alimentato da certe norme influisce negativamente sugli operatori e sul loro status sociale, deve adoperarsi perché tali disposizioni non vengano reiterate e, anzi, vengano ritirate.

Di qui il dovere organizzativo di promuovere l'associazionismo e le politiche necessarie.

## **La norma come “punto di riferimento di massima, ma poi si fa come si può”**

Uno dei posti dove le norme vengono meno rispettate è il Carcere; l'ho sempre trovato paradossale.

In carcere si fa sempre come si può e, spesso, anche come fa comodo.

Ad esempio, si mette la croce sulla copertina dei detenuti sieropositivi, il che potrebbe violare alcuni diritti; per i tossicodipendenti si mette “TD”; le visite vengono fatte “in parallelo”, cioè due medici ognuno con il suo paziente nella stessa stanza; ecc.

Se si rileva questa situazione, la risposta è inevitabilmente “si fa come si può”.

Ma qui il clinico si trova a dover passare dalla parte della norma e a sostenere la necessità di cambiare alcune prassi.

Si crea una situazione paradossale simile a quella con la psichiatria, quando il Ser.T. deve dimostrare che quel paziente è psichiatrico e la psichiatria che invece è un tossicodipendente.

Ma la situazione può essere più sottile.

I Ser.T. hanno compiti che si confrontano con le risorse disponibili.

In molte Regioni i Servizi di Alcologia sono meno sviluppati che gli ambulatori per le altre tossicomanie: questo non lo prevede la norma, che invece richiede che si offra un livello di assistenza adatto ad ogni patologia.

Analogamente, il monitoraggio dei pazienti richiederebbe, dal punto di vista normativo e tralasciando quello clinico, tempi e metodi che non sempre sono applicabili; ad esempio, per l'affido del farmaco; più in generale, per rispettare le linee guida o per non esporsi all'accusa di malpractice.

Si fa come si può.

Qui l'organizzazione ha compiti specifici:

1. verificare che si faccia davvero come si può e non come fa comodo. (Le risorse sono ben impiegate? Le finalità e i compiti sono chiari?). Questo è un compito di controllo e di autocritica;
2. formalizzare la situazione, ad esempio scrivendo protocolli interni che diventano disposizioni di servizio, al fine di tutelare l'operato del singolo;
3. informare bene i professionisti della necessità di documentare e motivare in cartella il loro operato (informarli anche della necessità di non scrivere troppo: particolari oggi insignificanti possono diventare boomerang domani).

## **L'applicazione della norma, cosa cui non sono allenato**

La Legge non ammette ignoranza.

Ma la Legge è fatta anche da applicazioni della norma che richiedono attenzione e un pensiero associativo specificamente allenato.

Ad esempio, se le FFOO mi richiedono informazioni su un paziente, potrei essere disponibile a fornirle.

Tuttavia, voglio essere corretto con il paziente e quindi gli chiedo una liberatoria, involontariamente informandolo che le FFOO stanno indagando su di lui.

In questo caso posso essere responsabile di violazione del segreto d'ufficio o istruttorio, semplicemente perché non ho collegato, in buona fede, una azione con l'altra.

In questo caso ciò che non conoscevo non era tanto la norma in sé, quanto le sue applicazioni.

Questo è solo un problema di mentalità, di esercizio, di formazione, di centratura sulla clinica (“quello è il mio mestiere”) e non sugli aspetti medico-legali (“quelli sono rotture di scatole” che ogni tanto capitano, per fortuna raramente).

L'organizzazione deve allenarsi (il responsabile) a pensare anche in questo modo e dotarsi degli strumenti necessari per tutelarsi.

A questo fine, è fondamentale imparare ad usare al scala gerarchica: più gente coinvolta è più è elevato il livello gerarchico, più è facile che si trovi la soluzione e che si evitino i problemi.

# Le procedure tra responsabilità e deresponsabilità

di *Maurizio Fea*

Partiamo da queste tre domande per definire il perimetro entro cui andare a svolgere il ragionamento:

- è una possibilità reale o illusoria che le procedure possono creare una zona grigia entro la quale si cela la responsabilità;
- a che tipo di responsabilità facciamo riferimento;
- in rapporto a quali tipi di procedure.

Per rendere ragione delle cose che analizzerò, indico a quali discipline mi appoggio per provare a rispondere a queste domande, ovvero quali sono le cornici di contenimento della riflessione: l'etica, la filosofia e quel pò di esperienza pratica che ho fatto negli anni in cui ho diretto un dipartimento dipendenze e prima ancora un Ser.T.

Alla prima domanda la risposta viene fuori alla fine, il tipo di responsabilità lo definiamo strada facendo, quindi partiamo dalle procedure.

Prendiamo in considerazione tre tipi di procedure: scientifiche - organizzative - gestionali.

Per le prime esistono regole e linguaggi che ne definiscono il campo di applicazione e il metodo, per le altre due pure ci sono linguaggi e regole ma sono meno precise e inoppugnabili.

Rispetto alle procedure scientifiche, ci sentiamo in genere più rassicurati, per lo statuto di universalità del metodo.

Tutte le procedure comunque, anche le procedure scientifiche vengono sottoposte al vaglio della legittimità etica.

Gli studi in cieco o in doppio cieco ad esempio, possono confliggere coi principi etici di beneficio e giustizia.

Il problema dell'etica scientifica e del correlato tema della *responsabilità delle conoscenze* e del loro uso "sociale" assume caratteri e dimensioni inedite nelle condizioni che si stanno sviluppando con il ricorso crescente alla tecnica.

Rispetto alle procedure scientifiche esiste dunque un livello di responsabilità che è connesso al corretto uso del metodo scientifico, e di cui la comunità di appartenenza mi chiede conto, e un secondo livello legato al tema delle conoscenze e del loro uso di cui devo rispondere ad una platea più ampia.

Intanto si pone una prima questione, ovvero: sono responsabile solo di ciò che conosco e di come lo uso, o anche di ciò che dovrei conoscere e non conosco e quindi non posso usare.

Quali effetti pratici produce tutto ciò sulle mie decisioni e quali effetti producono le mie decisioni sulle esistenze altrui? (applicazione imprecise o sbagliate di procedure cliniche per insufficiente conoscenza tanto della procedura quanto del/dei pazienti ai quali la applico – scelte obbligate per mancanza di alternative valide conosciute).

La seconda questione è quella della responsabilità individuale o collettiva.

Se mi sottraggo alle cornici di senso e legittimità definite per esempio dalla comunità scientifica, mi espongo a rischi di errore per i quali potrei non disporre più della tutela della comunità e quindi mi assumo responsabilità delle quali potrei essere chiamato a rispondere personalmente.

Ad esempio usando procedure e farmaci che non hanno indicazione specifica per quella patologia.

Le linee guida sono una fonte normativa di legittimità assoluta o sono interpretabili e dunque relative?

Se mi attengo agli indirizzi dati dalla comunità scientifica, sono esonerato dalla mia responsabilità personale?

Giuridicamente o penalmente sì, eticamente... forse, ma la questione è più complessa.

I problemi di carattere morale e giuridico non sono certo uguali, ma si basano entrambi sull'idea di persona, di persone che rispondono di propri atti, e non su quella di sistemi o di organizzazioni.

Ed è intorno all'idea di persona e di relazione tra le persone che si struttura tutto ciò che va sotto il nome di etica.

La definizione di etica cui faccio riferimento in questa argomentazione è quella che propone R. De Monticelli in numerosi suoi testi e in particolare in *La questione morale* (Cortina 2010) – *etica come disciplina del dovuto da ciascuno a tutti* – che mette ben in chiaro che l'obbligazione morale si fonda sulla reciprocità e null'altro.

Il diritto ci costringe a focalizzare la nostra attenzione sull'individuo, in un'epoca in cui tutti si considerano più o meno come ingranaggi di una grande macchina – sia questa la macchina ben oliata di qualche gigantesco apparato burocratico, o la macchina caotica e rattoppata delle semplici circostanze fortuite in cui sono intrappolate le nostre vite.

Lo scaricabarile delle responsabilità trova sempre un punto di arresto sulla soglia del tribunale, come ci ricorda Hanna Arendt.

Le procedure, anche quelle scientifiche, possono diventare lo strumento di diluizione della responsabilità nel pentolone delle organizzazioni, dove si rimescolano tutti gli ingredienti fino a rendere irricognoscibili i singoli componenti della zuppa, a meno che non si sia ecceduto nell'uso di un singolo ingrediente che consente di risalire al cuoco che ha esagerato, e in questo caso la procedura ti inchioda.

La responsabilità è infatti la capacità di rispondere personalmente agli eventi della vita, all'altro che ha bisogno di me, dice Levinas.

Le Procedure organizzative e gestionali non dispongono di uno statuto e neanche di un metodo come quello scientifico, il cui rispetto assicura almeno la coerenza e correttezza interna di ogni argomentazione che ad esso attiene.

Procedure che la maggior parte dei Servizi ha adottato, come quelle dell'affido dei farmaci o quelle che disciplinano l'accesso ai trattamenti, piuttosto che quelle di tutela dei contesti lavorativi, tutti questi tipo di procedure in genere cercano di salvaguardare o migliorare le condizioni e le contingenze che rendono possibile e utile il lavoro, nel nostro caso lavoro per la salute delle persone.

A che cosa ci riferiamo dunque quando parliamo di validità o efficacia di queste procedure, se non c'è una disciplina specifica ancorata a dei principi universalmente validi da secoli ancorché suscettibili di evolvere qualora qualcuno ne dimostrasse la fallacia, ma solo teorie e competenze sulla organizzazione, figlie del loro tempo, di un certo tipo di esperienza e dunque storicamente determinate e relative.

Ci muoviamo in un ambito meno rassicurante di quello garantito dal metodo scientifico, che per quanto non fondi alcun valore morale, tuttavia comporta l'impegno per una sorta di sapere pubblico e controllabile, il rispetto dei codici di onestà intellettuale e forse anche l'aggiungere e declinare degli ideali.

Su analoghi codici di onestà intellettuale si può fondare la ricerca di soluzioni e procedure che sappiano dare delle risposte alla domanda di cure efficaci fornite in maniera efficiente, tuttavia questo ambito risente di quel "politeismo dei valori" (espressione che Weber mutua in parte da John Stuart Mill) che informa molte delle nostre decisioni operative.

È in questo clima di pluralità di riferimenti valoriali che si muove la sanità moderna, stretta tra le esigenze di bilancio e le sempre maggiori richieste di salute, e noi siamo parte costituente e operativa di questo clima, che ci piaccia o no.

Secondo Weber questo politeismo si declina nell'etica sotto forma del dualismo tra l'etica dei principi (*Gesinnungsethik*) – anche detta etica delle intenzioni o delle convinzioni – e l'etica della responsabilità (*Verantwortungsethik*).

La prima forma di etica fa riferimento a principi assoluti, che assume a prescindere dalle conseguenze a cui essi conducono: di questo tipo sono, ad esempio, l'etica del religioso, del rivoluzionario o del sindacalista, i quali agiscono sulla base di ben precisi principi, ponendo in subordine il problema delle conseguenze che da essi scaturiranno.

Si ha invece l'etica della responsabilità in tutti i casi in cui si bada al rapporto mezzi/fini e alle relative conseguenze.

Senza assumere principi assoluti (orientamento deontologico) l'etica della responsabilità giudica l'azione sulla base delle conseguenze prevedibili che una determinata azione può avere e delle quali si è moralmente chiamati a rispondere.

Non perde mai di vista le conseguenze dell'agire e anzi le assume come guida.

L'utilitarismo è la forma più esplicita e sviluppata del pensiero filosofico sull'etica della responsabilità, da Stuart Mill e Bentham fino ai giorni nostri, ed è il modello culturale dagli ampi e profondi riflessi operativi, cui molto spesso facciamo riferimento per le nostre decisioni, non solo di carattere clinico e gestionale.

Non è tuttavia l'unico, come vedremo tra breve.

Esistono altre visioni dell'etica della responsabilità.

Max Weber in *Politica come professione* afferma "Nessuna etica al mondo prescinde dal fatto che il raggiungimento di fini 'buoni' è legato in numerosi casi all'impiego di mezzi eticamente dubbi o quanto meno pericolosi e alla possibilità, o anche alla probabilità, che insorgano altre conseguenze cattive. E nessuna etica al mondo può mostrare quando e in che misura lo scopo eticamente buono 'giustifichi' i mezzi eticamente pericolosi e le sue possibili conseguenze collaterali. L'etica dei principi e l'etica della responsabilità non costituiscono due poli assolutamente opposti, ma due elementi che si completano a vicenda e che soltanto insieme creano l'uomo autentico, quello che può avere la 'vocazione per la politica'".

Trasferito dalla politica alla organizzazione questo significa che nessuno può trincerarsi dietro la finalità buona della propria azione, come potrebbe essere ad esempio introdurre delle limitazioni all'accesso ai trattamenti con la motivazione che così si può rendere un servizio migliore a coloro che rispettano i criteri di inclusione e continuazione dei trattamenti.

Le procedure organizzative e gestionali si differenziano da quelle scientifiche, anche per la presenza di un terzo soggetto – forte – e spesso decisivo nel piegare alle sue esigenze le scelte ed i tipi di procedure.

L'organizzazione.

Alla responsabilità della persona davanti a se stessa si sostituisce quella del funzionario di fronte all'istituzione e si fa sempre più acuta la crisi dovuta al contrasto tra i criteri a cui l'uomo obbedisce come specialista,

come professionista, e quelli a cui obbedisce o vorrebbe obbedire come uomo.

Ci viene chiesto di concorrere al contenimento della spesa sanitaria mediante razionalizzazione dei processi, riduzione delle prestazioni, spostamenti di risorse da un settore ad un altro, selezione o riduzione delle possibilità di cura.

Su quali criteri etici deve fondarsi una decisione complessa nel contesto di una libertà di azione ampliata?

In caso di conflitto, il funzionario deve essere leale verso il suo superiore o verso il pubblico?

In che modo, all'atto di decisioni concrete, i valori tradizionali dell'amministrazione (p. es. segreto d'ufficio, equità) possono accordarsi con i nuovi valori (p. es. trasparenza, efficienza)?

Dunque qui si pone in evidenza un altro aspetto della responsabilità, nella sua declinazione singolare e collettiva, che già abbiamo visto a proposito delle procedure scientifiche, dove il tema è sempre quello della assunzione di responsabilità personale al di fuori di ciò che la regola prevede o consente.

Se sto nella regola sono salvo, se mi metto fuori della regola sono perduto.

Questo vale sempre anche quando penso che la regola sia sbagliata o non possa essere applicata in quel caso?

Karl Apel ci suggerisce che "L'impotenza del singolo di fronte alle conseguenze spesso imprevedibili delle nostre azioni collettive è superabile nella misura in cui egli, già nella lettura mattutina del giornale, pensi a come poter partecipare all'organizzazione della responsabilità collettiva, ciascuno secondo la sua competenza e la sua forza".

In linea di principio tutti i problemi eticamente rilevanti sono da risolvere in discorsi pratici tra le persone coinvolte, in ragione del principio della capacità di consenso per tutti delle soluzioni proposte.

Una pratica ad esempio, che trova sempre più attuazione nei servizi, è quella della customer satisfaction, modalità usata soprattutto come misura di valutazione, ma poco utilizzata invece per il valore che potrebbe avere nella costruzione della capacità di consenso da parte degli utenti.

Questo postulato può essere realizzato anche attraverso la rappresentanza delegata di interessi, tenendo conto dei limiti di tempo, delle differenze tra le competenze, delle specializzazioni dei discorsi e dei compromessi necessari con i sistemi sociali e le istituzioni e gli interessi organizzati.

Questo è ciò che per lo più accade quando prendiamo decisioni organizzative, operiamo scelte gestionali e cerchiamo di tradurle poi in atti e procedure che diventano anche norma e vincolo.

Qui possiamo introdurre ora un altro modo, utile per noi, di declinare la responsabilità che è quello che propone Paul Ricoeur interpretando Hans Jonas teorico del Principio Responsabilità (1979).

La responsabilità assume la forma di un sentimento – il sentimento di responsabilità – il quale introduce un elemento di passività e ricettività nel cuore del fondamento razionale dell'obbligazione.

Prima di dichiararsi responsabili, ci si sente responsabili.

La responsabilità è rivolta all'altro colto nella sua condizione di vulnerabilità.

La responsabilità è vissuta in un primo momento passivamente, nella misura in cui sentirsi responsabile significa sentirsi gravati da un compito, depositari di una missione.

È questa credo sia una delle forme più tipiche che assume la responsabilità nel nostro lavoro, e da questo punto di vista mi pare che sia molto difficile sottrarsi alla responsabilità, trincerandosi dietro il bastione inespugnabile delle procedure.

Solo se non ci si sente responsabili ci si può dichiarare non responsabili, dunque è prima di tutto un sentimento che poi trova le forme più adatte e confacenti allo scopo per esprimersi come obbligazione.

La forma della procedura è una delle modalità possibili in cui si esprime una obbligazione, ma non potrà mai essere esonerante della obbligazione stessa, ovvero qualunque procedura e la sua osservanza non assolve dalla responsabilità morale degli effetti della sua applicazione.

Spesso vi è disorientamento e confusione tra ciò che appartiene con certezza al dominio etico e ciò che invece attiene di più al sapere e al fare professionale, sia clinico che organizzativo.

Si tratta di un ambito di frontiera tra discipline, permeabile alle contaminazioni, dove la coerenza va ricercata nella tensione morale di fare bene il lavoro, di rendersi responsabili e trasparenti nei confronti dei colleghi, dei pazienti e di chiedere altrettanta responsabilità e trasparenza ai decisori.

Fare bene il proprio mestiere e impegnarsi affinché altri lo possano fare bene diventano un compito etico e non solo un'obbligazione professionale verso chi può trarre beneficio dal nostro lavoro.

Sul modo di fare bene ci può essere differenza, ma essa viene temperata nello sforzo di assumere consensualmente i riferimenti dei principi di equità, giustizia, beneficio, utilità, appropriatezza e di ricercare al loro interno i criteri per costruire regole, dare norme, definire procedure.

Questi principi costituiscono la grammatica fondamentale della possibilità di capirsi eticamente e definire in modo il più possibile consensuale, l'ambito delle responsabilità individuali e organizzative.

# Qualità dei servizi e diritti del paziente

di *Cesare Di Carlo*

Ho ritenuto opportuno trattare l'argomento in due tronconi, un primo tomo e un secondo tomo, di cui il primo centrato sui diritti e quindi facendo una ricognizione molto soft delle fonti di diritto, mentre il secondo che verte proprio su cosa significa oggi egualità dei servizi.

I diritti del tossicodipendente: riguardo le fonti normative, io cito chiaramente quelle essenziali.

Il master è la carta costituzionale quando si parla di diritti essenziali: oggi questo lo sappiamo bene, è un argomento incredibilmente attuale.

Poi c'è l'assetto del Servizio Sanitario Nazionale, che viene dalla 502 del '92 e tutte le articolazioni successive, e lo specifico di settore, cioè il testo unico 309 del '90 e tutti dei decreti attuativi, partendo dal glorioso 444 fino alla moltitudine dei successivi.

C'è un altro enorme master che è l'accordo Stato-Regioni del '99 che non rientra particolarmente nel piano specifico dei diritti, ma rientra piuttosto in altri ambiti.

Concluso con questo acronimo, LEA (Livelli Essenziali di Assistenza), che oggi sono un pò l'elemento su cui ruota tutto il ragionamento delle prestazioni fornite nei Servizi Sanitari Regionali.

Riguardo la Carta Costituzionale, voi sapete già tutti che l'articolo cardine sulla tutela della salute è l'art. 32 che recita "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti": qui c'è un passaggio molto importante, perché non si ribadisce soltanto che il diritto alla salute è un diritto inalienabile per l'individuo, ma ne riconosce un valore collettivo.

Il diritto alla salute è un diritto che colloca l'individuo nella collettività; questo significa che riconoscere la salute dell'individuo significa riconoscere la sua piena appartenenza alla collettività, che esprime all'interno di questo diritto un elemento di solidarietà imprescindibile.

"Nessuno può essere obbligato ad 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” è un altro principio fondamentale: questo è lo sfondo per la Repubblica Italiana e non solo, perché anche la Carta dei Diritti dell’Uomo che è stata fatta subito dopo la nostra Carta Costituzionale ribadisce questi principi in maniera identica.

Ci sono anche altri articoli importantissimi della Costituzione, che vale la pena vedere un attimo: l’art. 2, che è ritenuto veramente l’articolo cardine della costituzione, che afferma che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

“Garantisce i diritti inviolabili dell’uomo” e uno di questi è il diritto alla salute.

Vedremo come questo assunto in qualche modo, sulla base di quello che dicono insigni giuristi, entra in conflitto con l’attuale assetto del Servizio Sanitario, cioè con la logica della 502, con la logica dell’aziendalizzazione e delle compatibilità, perché dicono alcuni giuristi insigni che la tutela alla salute non può essere indice di compatibilità, come non lo era con l’antica 833 del ’78.

L’art. 3 dice che “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale”: nel nostro campo è incredibilmente importante ribadire questo concetto, che “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione”.

Qui si sancisce un altro principio peculiare, il principio della partecipazione come diritto inalienabile del cittadino.

Ho avuto modo di leggere un libro recentissimo uscito da qualche giorno di Don Gallo, molto bello ve lo consiglio, intitolato “Di sana e robusta costituzione”; Don Gallo lo conosciamo tutti, è un prete un pò anomalo, che cita appunto l’art. 2 della Costituzione, che fa parte di quelli che i cattolici chiamarono i diritti naturali e quelli di sinistra i diritti storici.

Questi, li abbiamo visti prima, sono i diritti supremi e permanentemente validi, sottratti al gioco delle maggioranze parlamentari, perciò superiori alle leggi.

Attenzione: non sono modificabili, neppure dal potere di revisione costituzionale, cioè i diritti fondamentali non possono essere toccati nemmeno dal cento per cento del Parlamento che si mette d’accordo per modificarli.

E veniamo alle questioni di natura sanitaria: il riordino della disciplina in materia sanitaria, che parte appunto con il 502, poi il 517 del ’93, il decreto Bindi il 229 del ’99 e tante altre ulteriori integrazioni.

Quali sono gli elementi salienti che sono presenti nel riordino attuale della disciplina sanitaria?

Il Sistema Sanitario deve definire uguali e complesse le funzioni delle attività dei Servizi Sanitari Regionali, quindi di fatto non esiste più il Servizio Sanitario Nazionale, ma esistono i Servizi Sanitari Regionali.

I Livelli Essenziali di Assistenza sono quelli che oggi si chiamano LEA e che prima si chiamavano LUA (Livelli Uniformi di Assistenza): c'è stato quindi questo passaggio estremamente significativo.

I livelli essenziali ed uniformi di assistenza sono definiti dal Piano Sanitario Nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona, del bisogno di salute, dell'equità dell'accesso, dell'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, non che all'economicità nell'impegno delle risorse.

Qui si introduce appunto quell'elemento nuovo che molti giuristi dicono essere assolutamente illegittimo: io che sono un medico sono d'accordissimo con i giuristi che dicono che sia incostituzionale e illegittimo, tant'è che sono uno di quelli che non ha mai accettato l'aziendalizzazione della sanità, così come non accetterà mai la privatizzazione dell'acqua o dell'aria.

Si parla inoltre di integrazione socio-sanitaria, che a noi interessa molto perché le prestazioni socio-sanitarie delle varie integrazioni sono assicurate dalle Aziende Sanitarie e comprese nei livelli essenziali di assistenza.

Poi c'è il nuovo ruolo delle autonomie locali che rafforza le autonomie delle Regioni a cui spetta la responsabilità primaria di gestire e organizzare l'offerta di servizi di cura e riabilitazione.

Del Testo Unico 309 ho enucleato quegli elementi che vanno ad identificare delle frange particolari di diritto che riguardano il nostro target specifico.

Il più particolare è proprio l'art. 96, cioè quello che dice che per il soggetto tossicodipendente che si trova in una condizione di restrizione deve essere garantito il trattamento; questo è un elemento di grossa peculiarità.

L'art. 116 fundamentalmente dice che c'è libertà dell'utente nella scelta di dove farsi curare, anche nelle strutture del privato sociale; in verità però, questo libero accesso è stato un pò complicato dalla struttura degli accreditamenti, che non lo ha reso così fluido ma lo ha reso sub iudice ai fattori di accreditamento.

Qui si ribadisce sulla base costituzionale il diritto dell'utente a scegliere dove si vuol far curare.

L'art. 118 in qualche modo parla dei Ser.T., della loro organizzazione.

Questo è importante sul piano del diritto perché avere dei Servizi all'altezza significa garantire in maniera adeguata il diritto di accesso alle cure.

L'art. 120, cioè la terapia volontaria e soprattutto l'anonimato, è veramente l'articolo peculiare.

Chiunque abbia problemi di dipendenza può richiedere di essere trattato; l'anonimato è invece la possibilità dell'utente di essere trattato in anonimato, aspetto assolutamente peculiarità del nostro target.

È quindi questo l'elemento normativo più specifico e più qualificante della nostra struttura di gestione normativa.

Poi c'è l'art. 122 che è la definizione del programma terapeutico e socio-riabilitativo: il secondo comma in particolare dice che il programma viene

formulato nel rispetto della dignità della persona, tenendo conto in ogni caso delle esigenze di lavoro e di studio, delle condizioni di vita familiare e sociale dell'assuntore.

Il terzo comma poi ribadisce il discorso della possibilità di scegliere; successivamente verranno introdotti criteri per l'accreditamento delle strutture.

Anche l'art. 124 è fondamentale sul piano del diritto perché garantisce ai lavoratori tossicodipendenti di mantenere il posto di lavoro durante il periodo della cura.

Oggi sappiamo che non esiste più una struttura di tutela del posto di lavoro a prescindere: mantenere il posto di lavoro è diventata una cosa ancor più leggera di quanto lo era vent'anni fa.

Per questo anche l'art. 124 è qualcosa che si regge su un filo di seta come qualsiasi diritto di qualsiasi lavoratore a mantenere il proprio posto di lavoro, che non è più assolutamente tutelato.

L'accordo Stato-Regioni del '99 è importantissimo perché sancisce con molta chiarezza che il sistema di assistenza pubblica verso persone che abusano di sostanze, opera per il conseguimento dei seguenti obiettivi: prevenzione, raccolta degli elementi informativi, adeguata formazione, valutazione periodica dei risultati, collaborazione con le altre istituzioni.

Questo accordo quindi mette dei paletti fondamentali che poi verranno ribaditi in tanti altri momenti normativi; dice ancora che le unità operative specializzate nel settore garantiscono l'erogazione di molti servizi, tra cui terapie farmacologiche specifiche e non, attività di screening, psicodiagnosi, attività di sostegno e riabilitazione, raccolta dati, prevenzione primaria e così via.

È evidente che questa struttura se da una parte dà forza al diritto, dall'altra aumenta la forbice tra le risorse e le prestazioni erogabili.

Ma è la riforma del titolo quinto e tutto quello che ne è succeduto che dà l'assetto federale della tutela della salute e che ha avuto come degne conseguenze l'exasperazione delle differenze tra le aree geografiche nella tutela della salute.

Il dato ufficiale, pubblicato sul "Sole 24 ore Sanità" recentemente, è drammatico del fallimento di questo assetto sanitario: solo otto Regioni oggi sono in grado di garantire i Livelli Essenziali di Assistenza.

A mio modesto avviso, le peculiarità del paziente tossicodipendente sono due: una è di carattere normativo e consiste nel diritto all'anonimato; la seconda è invece di origine socio-culturale ed è lo stigma, condiviso con tutta l'area psichiatrica, ma molto più forte nel nostro target.

In conclusione il diritto per la tutela della salute del soggetto tossicodipendente è di fatti identico a quello di un qualsiasi cittadino italiano, con molteplici elementi normativi di rinforzo, sia relativi al diritto di accesso alle cure specifiche sia relativi al dovere dei servizi di fornire le prestazioni necessarie e indispensabili per garantirle.

Ma in linea di massima il tossicodipendente è un cittadino della Repubblica Italiana come tutti gli altri.

Passiamo al secondo capitolo, quello dedicato alla qualità dei Servizi, cercando di coniugarlo con il primo per capire i nessi e i connessi.

Io ritengo che la qualità dei Servizi sia identificabile con quattro parametri: l'input, l'output, l'outcome come e la mission.

L'input sono le risorse, quelle materiali, quelle umane e, che condizionano tutto ciò, quelle finanziarie; è quindi un elemento fondamentale, l'organico, i soldi, che chiaramente non possono che essere un elemento fondamentale nella definizione dello sfondo dei Servizi.

L'output sono le prestazioni che possono essere coniugate su due assi, uno delle ascisse e uno delle ordinate, uno sul piano qualitativo e l'altro su quello quantitativo.

Sappiamo tutti molto bene che questi due elementi, quante prestazioni riusciamo ad erogare e la qualità delle stesse, sono indirettamente proporzionali: è ovvio che tendere a dare molte risposte, magari per ottemperare ai dettati normativi che vedevamo prima e per fare tutto quello che la legge prevede che noi facciamo, non può necessariamente non significare che la qualità del tanto si perda.

L'outcome è dato dai risultati ottenuti e qui, da quando è stata promulgata la 502, l'aziendalizzazione dei servizi ha chiaramente declinato l'outcome in termini di efficienza dal momento che la logica aziendalistica necessita unicamente di essa.

L'efficienza è possibilità di dare prestazioni nella maniera più economica possibile; in salute però questo non ha senso: l'efficienza non ha senso se non c'è l'efficacia, cioè il risultato, il paziente che guarisce.

L'efficacia ha sempre implicita l'efficienza perché se sei efficace vuol dire che sei efficiente, ma se sei efficiente non sei necessariamente efficace.

Purtroppo la logica delle Aziende è unicamente di efficienza.

La vision è quella cosa che sinteticamente racchiude questi tre indicatori: normalmente quando si parla di vision si parla di sintesi, di input, output e outcome.

Quello che fa la differenza è la mission, cioè la motivazione, la passione, l'amore per il proprio lavoro; essa agisce direttamente sull'efficacia dei servizi erogati: se la mission è alta l'efficacia c'è inesorabilmente, anche se ci sono solo tre operatori.

La mission agisce indirettamente sull'abbattimento dello stigma, nel senso che, se c'è una mission alta, c'è un'accettazione evidente, a livello contestuale, del paziente e un alone positivo che pervade anche il territorio, causando un abbattimento indiretto anche dello stigma, che si abbassa.

Quindi la qualità dei Servizi è fondamentalmente condizionata dalla passione e dall'amore che gli operatori mettono nel loro lavoro, a prescindere dalle difficoltà quotidiane, croniche o contingenti o universali.

# Commento

## *Claudio Leonardi*

Tutti i professionisti dei Ser.T. si trovano quotidianamente ad affrontare alcuni dilemmi carichi di tensione etica e di preoccupazioni legali, che generano demotivazione e conflitti nei team di lavoro.

È per tali motivi che la nostra Federazione ha da diversi anni un'attenzione particolare alle declinazioni del tema della "responsabilità".

Questo tema della "responsabilità" in senso lato, vede in alcuni di noi, professionisti dei Ser.T., dei protagonisti un pò più sensibili e impegnati di altri ed è, probabilmente, anche una sorta di reazione ad un sottofondo di lamentela che sembra essere trasversale, non solo nei nostri Servizi, ma nella Sanità in genere e forse in tutta la Pubblica Amministrazione.

Ed è forse per questo che si è sempre più spesso attenti alle mancanze degli altri protagonisti della Sanità piuttosto che ad alcune nostre responsabilità, verso alcune tematiche legali piuttosto che squisitamente cliniche.

Utile è fare il punto su questi temi annosi ma quotidiani quali la responsabilità professionale sanitaria e i profili applicativi, il confine tra la privacy e il consenso informato, il diritto alla privacy del paziente e i vincoli imposti dalla normativa in materia di tutela della salute, la responsabilità professionale nell'evoluzione del diritto giurisprudenziale.

Riuscire a riflettere su alcuni punti fondamentali che sono proprio a cavallo tra la nostra azione di medici e la nostra responsabilità anche giuridica nelle interrelazioni non solo con le nostre Amministrazioni, ma anche con l'Amministrazione della Giustizia, delle Carceri e quant'altro.

Riuscire ad avere elementi di riferimento che possano cercare di ridurre il divario assolutamente troppo grande di comportamenti che oggi vi è nei nostri 550 Ser.T.

Si corre il rischio che oggi probabilmente in tanti Ser.T. passano trasversalmente una, due, dieci tematiche uguali e, in ogni Servizio si dà una risposta diversa, in ogni Servizio si dà una interpretazione diversa.

Non parlo solamente di quanto diversa possa essere la cura di uno stesso paziente che magari oggi si presenta in uno o in un altro Servizio, ma anche delle difficoltà, delle ansie di ciascuno di noi operatori, quando a volte non sappiamo come comportarci di fronte a certe situazioni.

Argomenti molto articolati quindi e ricchi di spunti di riflessione per costruire una strategia di sviluppo e valorizzazione di iniziative condivise rispetto a temi cruciali, come quello della “responsabilità” in differenti ambiti ed accezioni che viene affrontato in questo volume.

## *Gianna Sacchini*

Affrontare la tematica della Responsabilità dei Dirigenti, anche, soprattutto e spesso, in presenza di significativi deficit di natura organizzativa strutturale e tecnologica, non è facile.

Fino ad ora, probabilmente pensando di operare in un'organizzazione che garantiva la sussistenza dei requisiti necessari per l'istituzione e per il funzionamento dei Servizi, FeDerSerD aveva avuto come priorità quella di approfondire, sotto il profilo scientifico ed operativo, soprattutto quelle che dovevano essere le linee guida operative.

Lo sforzo è stato opportunamente utilizzato fino ad ora per dare sostanza operativa a tutte quelle dettagliate previsioni a livello normativo.

Queste nostre riflessioni, spesso a carattere autoreferenziale, hanno prodotto, nel tempo, dei grandi contributi; hanno portato gli operatori a molte importanti acquisizioni che, oggi, costituiscono la costellazione di riferimento delle nostre condotte professionali, nell'espletamento ovviamente delle specifiche competenze.

Quello che invece non sappiamo, è quale debba essere la nostra linea comportamentale nel caso in cui si verifichi una divaricazione tra gli obiettivi normativamente previsti e quelli realmente conseguibili, cioè uno scarto, uno iato tra il dovuto e il possibile.

Dal momento che, fin dalla loro istituzione, lo sappiamo tutti, i Servizi per le Dipendenze hanno sofferto di una cronica disapplicazione di quanto previsto dal T.U. 309 e dai decreti applicativi in tema di determinazione dell'organico e delle caratteristiche organizzative e funzionali, quindi non possiamo non chiederci, tenendo conto di ciò, di come possiamo far fronte ai nostri compiti istituzionali quando ci troviamo ad operare in un contesto che oggettivamente ne preclude o ne limita l'assolvimento.

In particolare, e qui la necessità di incrociare il nostro parere almeno con quello giuridico, ci interessava capire fino a dove gli inevitabili limiti

della nostra condotta dirigenziale fossero scusabili in ragione di queste predette carenze oppure fossero addebitabili a noi anche da un punto di vista giuridico.

Queste situazioni d'incertezza normativa, deontologica, tecnica, credo siano un'esperienza quotidiana comune a tutti noi.

Vorrei fare soltanto alcuni esempi che mi sembrano emblematici:

- a) come garantire il diritto all'accesso diretto degli utenti al Ser.T. se il rapporto operatori/pazienti è così impari che ad ogni nuovo aggiunto, si riduce sempre di più, fino ad essere azzerata, la possibilità di erogare con equità, con tempestività, con appropriatezza e con efficacia tutti i trattamenti necessari e disponibili;
- b) come garantire l'accessibilità alla struttura e come coniugare l'entità numerica della domanda di servizi e di cure e l'esigenza dei pazienti con i ridotti tempi di apertura del Servizio? Quasi tutti i Servizi sono aperti per qualche ora al giorno, solo per i giorni feriali per lo più: erano state previste aperture 24 ore su 24, sette giorni su sette;
- c) come soddisfare i criteri di sicurezza a favore dei pazienti (degli utenti) e a favore del personale (degli operatori) rispetto ai rischi e ai danni conseguenti al processo di erogazione dell'assistenza e all'ambiente in cui viene erogata se i dipendenti, per una perdurante situazione di sovraccarico lavorativo o di stress, rischiano o vivono una condizione di burnout con delle conseguenti riduzioni di potenzialità, di risorse fisiche, emozionali, psichiche, ma soprattutto con una maggiore incidenza di errori operativi;
- d) se gli spazi sono inadeguati sia dal punto di vista qualitativo, quantitativo, o articolati in modo da non garantire la riservatezza e la tutela della privacy dei pazienti, come assicurare la tempestività e l'efficacia degli interventi, se le risorse economiche non riescono a coprire i costi, ad esempio, per un trattamento residenziale ritenuto appropriato ed utile e chi è il responsabile di questa prestazione non resa e di quanto eventualmente può accadere al paziente nei tempi del differimento in attesa del conferimento di un nuovo budget;
- e) le eventuali responsabilità di azioni inadeguate commissive od omissive a chi vanno riferite?;
- f) si può valutare l'operato del dirigente tenendo conto dell'organizzazione sanitaria di livello Aziendale o Regionale a cui in realtà fanno capo le carenze di organico, il deficit di risorse economiche, le carenze strutturali e tecnologiche. E che cosa deve fare questo dirigente? Che cosa può scegliere? Può scegliere di operare magari rischiando un addebito d'imprudenza oppure, si può rifiutare di operare, come anche il codice deontologico medico suggerisce? Si rifiuta di operare, fermo restando l'impegno ad attuare nella sede tutti gli interventi possibili, ma impegnandosi

a disporre per il resto il trasferimento, per esempio, del paziente ad altro Servizio. Ma se anche l'altro Servizio (di destinazione) rifiutasse per gli stessi motivi di accogliere il paziente?. E, se si decide di non intervenire, si rischia un'imputazione d'interruzione di pubblico servizio?

Quindi, come vediamo, se si passa dal pianeta del dover essere e ci s'incammina sul terreno della pratica quotidiana, alle nostre certezze di principio si sommano, o si sostituiscono una serie di dubbi; dubbi che rischiano o di paralizzare la nostra azione o di orientarla verso soluzioni a volte facili, a volte pericolose.

Questo volume inizia a rispondere ad esigenze pratiche di tanti professionisti dei Servizi italiani.

## *Gianni Cordova*

“In un cammino ogni passo non è indipendente dal passo che l'ha preceduto, né dal passo che verrà dopo”.

L'interesse di FeDerSerD per il tema della responsabilità ha avuto un suo incipit tempo fa ed è stato coltivato con attenzione, con approfondimenti che sono andati sicuramente nel senso di riempire di contenuti questa parola, che potrebbe sembrare troppo vasta ed elastica per poterci tornare utile.

Io credo che ci sia un punto da cui partire.

Non credo alla società dei buoni e alla società dei cattivi.

Con la società dei buoni che in qualche misura sia autorizzata a portare a un sano sentire, a un sano comportarsi coloro che appartenessero alla società dei cattivi.

Credo che esista, che debba esistere, la società della responsabilità fondata sui diritti e fondata sui doveri; fondata su quella integrazione con l'altro che è indispensabile, e che può essere il punto di partenza per relazioni significative che ci migliorino tutti.

E, allora, credo che diritti e doveri, integrazioni siano il piedistallo, i blocchetti di partenza su cui fondare un cammino che deve essere legato ad una responsabilità che è professionale, che è terapeutica, che è etica, che è giudiziaria.

Una responsabilità nella quale si prenda atto di quanto è importante e drammatico il problema di cui ci occupiamo, con l'intensità con la quale nei Servizi Pubblici e nel Privato-Sociale si ha il rispetto profondo fondato sui doveri, fondato sui diritti.

Il rispetto profondo che deve esserci nei confronti di coloro che, in qualche misura, soffrono e che, in qualche misura, debbono essere aiutati a riprendere un cammino.

# Postfazione

*di Alfio Lucchini*

Il tema della responsabilità nei Servizi clinici, nei Dipartimenti delle Dipendenze a dire il vero è nato con i compiti che ci sono stati assegnati già dalla legislazione del '75 e che hanno accompagnato poi la vita dei Servizi stessi.

Negli anni l'assunzione di responsabilità assunta nei Servizi per le Dipendenze si è gradualmente ampliata, sia in relazione alle maggiori competenze professionali, acquisite dagli addetti e dall'intera comunità scientifica, sia in relazione alla maggiore complessità del sistema di tutela della salute individuale e collettiva: molto si potrebbe dire di questa seconda parte e dei compiti nuovi, giunti ai Servizi negli ultimi anni.

Allargare la visuale ad esperti di primissimo livello del mondo della magistratura e della avvocatura va oltre il segno di una contaminazione; si tratta veramente di affrontare interessi primari per noi stessi e per il nostro lavoro.

Dobbiamo anzi percorrere maggiormente questa strada di apertura e confronto, fuori dagli asfittici recinti presidiati dai logori e inutili santoni della "lotta alla droga": la normalità per il nostro settore passa anche dalla normalità con cui si affrontano i problemi e si cercano le soluzioni.

Per me, che presiedo questa società scientifica che è FeDerSerD, che ritiene che la propria mission sia la ricerca scientifica applicata, la valorizzazione del lavoro dei Servizi e la partecipazione istituzionale, volumi come questo sono fonte di indicazioni operative condivise che potranno essere utili come l'aria per il lavoro dei professionisti e per l'organizzazione dei Servizi.

Mi piace pensare di aver contribuito, con uno strumento di lavoro da tenere sulla scrivania, a risolvere o almeno affrontare uno dei tanti problemi che ogni giorno, spesso in solitudine, dobbiamo affrontare.

I tanti corsi di formazione, anche aziendali, sul tema, raramente riescono a far sentire la materia cosa viva: questo volume lo permette, e mi sembra un bel merito.

Ricevo innumerevoli telefonate e mail che mi pongono, nella mia qualità di presidente della Federazione, quesiti spesso non facili: etici, organizzativi, procedurali, di sicurezza, legali.

Come FeDerSerD abbiamo pensato di promuovere iniziative sia in partnership che in promozione diretta per offrire ai professionisti di settore risposte qualificate consulenziali compresi gli aspetti legali.

I cambiamenti istituzionali e normativi hanno determinato ulteriori modifiche nell'organizzazione dei Servizi, con una forte differenziazione dell'offerta tra le diverse Regioni, a volte accentuata dalla situazione di deficit economico con conseguenti tagli delle risorse dedicate.

In questi giorni, sentire parlare di tagli al welfare e di spending review nella pubblica amministrazione spinge ad essere ancora più attenti a valorizzare con l'impegno quotidiano, la mission di intervento, i risultati la nostra attività, fonte di risparmio sociale e sanitario immenso per lo Stato.

L'augurio è che l'assunzione di responsabilità che ogni giorno ci viene chiesta a tutela dei nostri pazienti, a tutela della salute dei cittadini e per la sicurezza della società, trovi una pari assunzione di responsabilità, o almeno di consapevolezza, nelle Istituzioni che in primis devono programmare e organizzare un compito speciale: quello di garantire opportunità, diritti esigibili, assistenza a chi ha problemi di patologia da dipendenza.

# Allegati

## La Costituzione

### Principi fondamentali

#### Articolo 3

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [cfr. XIV] e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [cfr. artt. 29 c. 2, 37 c. 1, 48 c. 1, 51 c. 1], di razza, di lingua [cfr. art. 6], di religione [cfr. artt. 8, 19], di opinioni politiche [cfr. art. 22], di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

## Codice Civile

#### Art. 1173

Fonti delle obbligazioni

Le obbligazioni derivano da contratto (1321 e seguenti), da fatto illecito (2043 e seguenti), o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle (433 e seguenti, 651, 2028 e seguenti, 2033 e seguenti, 2041 e seguenti) in conformità dell'ordinamento giuridico.

#### Art. 1218

Responsabilità del debitore

Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

#### Art. 2236

Responsabilità del prestatore d'opera

Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave (1176).

## Codice penale

### **Art. 649**

Non punibilità a querela della persona offesa, per fatti commessi a danno i congiunti

Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti dallo stesso titolo in danno:

1. del coniuge non legalmente separato;
2. di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante, o dell'adottato;
3. di un fratello o di una sorella che con lui convivano.

I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella che non convivano coll'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli articoli 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone.

### **Il consenso informato Suprema corte di cassazione sezioni unite civili**

**Sentenza 11 gennaio 2008, n. 577**  
*(Pres. Carbone - est. Segreto)*

#### **Motivi della decisione**

1. La causa è stata rimessa alle Sezioni Unite, presentando questioni di massima di particolare importanza relative: alla responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente; alla ripartizione dell'onere probatorio in materia di responsabilità medica.

Con l'unico motivo di ricorso il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 cc., la violazione degli artt. 113 e 115 c.p.c. ed il vizio di motivazione, a norma degli art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.

Assume il ricorrente che erratamente la corte di appello non ha preso in esame la documentazione prodotta in appello e relativa agli accertamenti sanitari effettuati nel maggio N., da cui risultava che non era affetto da epatite.

Lamenta poi il ricorrente che erratamente la sentenza impugnata ha ritenuto che fosse onere di esso attore provare il nesso causale tra emotrasfusione e l'epatite C di cui soffriva, nonché provare che esso attore non fosse già portatore di tale malattia al momento del ricovero. 2.11 motivo va accolto nei termini che seguono.

È infondata la censura secondo cui erratamente il giudice di appello non ha tenuto conto della documentazione sanitaria esibita in grado di appello e relativa al suo stato di salute precedentemente al ricovero, trattandosi di prove precostituite.

Come queste S.U. hanno già statuito, nel rito ordinario, con riguardo alla produzione di nuovi documenti in grado di appello, l'art. 345 c.p.c., terzo comma, va

interpretato nel senso che esso fissa sul piano generale il principio della inammissibilità di mezzi di prova “nuovi” – la cui ammissione, cioè, non sia stata richiesta in precedenza – e, quindi, anche delle produzioni documentali, indicando nello stesso tempo i limiti di tale regola, con il porre in via alternativa i requisiti che tali documenti, al pari degli altri mezzi di prova, devono presentare per poter trovare ingresso in sede di gravame (sempre che essi siano prodotti, a pena di decadenza, mediante specifica indicazione degli stessi nell’atto introduttivo del giudizio di secondo grado, a meno che la loro formazione non sia successiva e la loro produzione non sia stata resa necessaria in ragione dello sviluppo assunto dal processo): requisiti consistenti nella dimostrazione che le parti non abbiano potuto proporli prima per cause a esse non imputabili, ovvero nel convincimento del giudice della indispensabilità degli stessi per la decisione. Peraltro, nel rito ordinario, risultando il ruolo del giudice nell’impulso del processo meno incisivo che nel rito del lavoro, l’ammissione di nuovi mezzi di prova ritenuti indispensabili non può comunque prescindere dalla richiesta delle parti (Cass. Sez. Unite, 20/04/2005, n. 8203).

3.1. Sono invece fondate le altre censure sollevate nel motivo di ricorso.

Per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria (Cass. 25.2.2005, n. 4058).

Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l’accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (Cass. n. 1698 del 2006; Cass. n. 9085 del 2006; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316).

A sua volta anche l’obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul “contatto sociale”, ha natura contrattuale (Cass. 22 dicembre 1999, n. 589; Cass. 29.9.2004, n. 19564; Cass. 21.6.2004, n. 11488; Cass. n. 9085 del 2006).

3.2. Per diverso tempo tale legame contrattuale è stato interpretato e disciplinato sulla base dell’applicazione analogica al rapporto paziente-struttura delle norme in materia di contratto di prestazione d’opera intellettuale vigenti nel rapporto medico-paziente, con il conseguente e riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico. Da ciò derivava che il presupposto per l’affermazione della responsabilità contrattuale della struttura fosse l’accertamento di un comportamento colposo del medico operante presso la stessa.

Più recentemente, invece, dalla giurisprudenza il suddetto rapporto è stato riconsiderato in termini autonomi dal rapporto paziente-medico, e riqualificato come un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (da taluni definito

contratto di spedalità, da altri contratto di assistenza sanitaria) al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c.

Da ciò consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori, e trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente. Questo percorso interpretativo, anticipato dalla giurisprudenza di merito, ha trovato conferma in una sentenza di queste Sezioni Unite (1.7.2002, n. 9556, seguita poi da altre delle sezioni semplici, Cass. n. 571 del 2005; Cass. n. 1698 del 2006) che si è espressa in favore di una lettura del rapporto tra paziente e struttura (anche in quel caso, privata) che valorizzi la complessità e l'atipicità del legame che si instaura, che va ben oltre la fornitura di prestazioni alberghiere, comprendendo anche la messa a disposizione di personale medico ausiliario, paramedico, l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni. In virtù del contratto, la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi cd. di protezione ed accessori.

3.3. Così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di spedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto concerne le obbligazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari, l'individuazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi di abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c.

3.4. Questa ricostruzione del rapporto struttura-paziente va condivisa e confermata.

Ciò comporta che si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (insufficiente o inidonea organizzazione).

Dalla ricostruzione in termini autonomi del rapporto struttura-paziente rispetto al rapporto paziente-medico, discendono importanti conseguenze sul piano della affermazione di responsabilità in primo luogo, ed anche sul piano della ripartizione e del contenuto degli oneri probatori. Infatti, sul piano della responsabilità, ove si ritenga sussistente un contratto di spedalità tra clinica e paziente, la responsabilità della clinica prescinde dalla responsabilità o dall'eventuale mancanza di responsabilità del medico in ordine all'esito infausto di un intervento o al sorgere di un danno che, come nel caso di specie, non ha connessione diretta con l'esito dell'intervento chirurgico.

Non assume, in particolare, più rilevanza, ai fini della individuazione della natura della responsabilità della struttura sanitaria se il paziente si sia rivolto direttamente ad una struttura sanitaria del SSN, o convenzionata, oppure ad una struttura privata o se, invece, si sia rivolto ad un medico di fiducia che ha effettuato l'intervento presso una struttura privata. In tutti i predetti casi è ipotizzabile la responsabilità contrattuale dell'Ente.

4.1. Inquadrata nell'ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria e del medico, nel rapporto con il paziente, il problema del riparto dell'onere probatorio deve seguire i criteri fissati in materia contrattuale, alla luce del principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento.

Le Sezioni Unite, nel risolvere un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici, hanno enunciato il principio – condiviso da questo Collegio – secondo cui il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento.

Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

4.2. La giurisprudenza delle sezioni semplici di questa Corte, applicando questo principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico ha ritenuto che gravasse sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario. Resta a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente (Cass. n. 12362 del 2006; Cass. 11.11.2005, n. 22894; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 3.8.2004, n. 14812).

4.3. Il punto relativo alla prova del nesso di causalità non può essere condiviso, nei termini in cui è stato enunciato, poiché esso risente implicitamente della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, che se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio dalla predetta sentenza delle S.U. n. 13533/2001 (veda anche S.U. 28.7.2005, n. 15781).

5.1. La dottrina ha assunto posizioni critiche sull'utilizzo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, la quale, ancorché operante soltanto all'interno della categoria delle obbligazioni di fare (a differenza che in Francia dove rappresenta una summa divisio valida per tutte le obbligazioni), ha originato contrasti sia in ordine all'oggetto o contenuto dell'obbligazione, sia in relazione all'onere della prova e, quindi, in definitiva, allo stesso fondamento della responsabilità del professionista.

Come insegna la definizione tradizionale, nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto.

In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere in obbligazione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi.

Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligazione.

5.2. Tale impostazione non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni.

In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo.

5.3. Dalla casistica giurisprudenziale emergono spunti interessanti in ordine alla dicotomia tra obbligazione di mezzi e di risultato, spesso utilizzata al fine di risolvere problemi di ordine pratico, quali la distribuzione dell'onere della prova e l'individuazione del contenuto dell'obbligo, ai fini del giudizio di responsabilità, operandosi non di rado, per ampliare la responsabilità contrattuale del professionista, una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso (cfr. segnatamente, per quanto riguarda la responsabilità professionale del medico: Cass. 19.5.2004, n. 9471), definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio.

5.4. Sotto il profilo dell'onere della prova, la distinzione (talvolta costruita con prevalente attenzione alla responsabilità dei professionisti intellettuali e dei medici in particolare) veniva utilizzata per sostenere che mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile.

5.5. Ma anche sotto tale profilo la distinzione è stata sottoposta a revisione sia da parte della giurisprudenza che della dottrina.

Infatti, come detto, questa Corte (sent. n. 13533/2001) ha affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento

dell'obbligazione, ex art. 1453 cc., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 cc., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

6.1. Prestata piena adesione al principio espresso dalla pronunzia suddetta, ritengono queste S.U. che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno.

Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno.

Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

6.2. Nella fattispecie, quindi, avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria (ed il punto non è in contestazione) ed il danno assunto (epatite), allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasi-fusione con sangue infetto, competeva ai convenuti fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era etiologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero.

7.1. Per quanto concerne, in particolare, l'ipotesi del contagio da emotrasi-fusione eseguita all'interno della struttura sanitaria, gli obblighi a carico della struttura ai fini della declaratoria della sua responsabilità, vanno posti in relazione sia agli obblighi normativi esistenti al tempo dell'intervento e relativi alle trasfusioni di sangue, quali quelli relativi alla identificabilità del donatore e del centro trasfusionale di provenienza (cd. tracciabilità del sangue) che agli obblighi più generali di cui all'art. 1176 cc. nell'esecuzione delle prestazioni che il medico o la struttura possono aver violato nella singola fattispecie.

7.2. Ne consegue che la sentenza impugnata, la quale ha posto a carico del paziente (creditore) la prova che al momento del ricovero esso non fosse già affetto da epatite, ha violato i principi in tema di riparto dell'onere probatorio, fissati in tema di azione per il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.

8.1. Tale dato relativo alle patologie in corso, peraltro, doveva già emergere dai dati anamnestici prossimi e dagli accertamenti ematici di laboratorio, cui il paziente doveva essere sottoposto prima dell'intervento chirurgico e della trasfusione; dati che dovevano essere riportati sulla cartella clinica.

A tal fine va condiviso l'orientamento giurisprudenziale (Cass. 21.7.2003, n. 11316; Cass. 23.9.2004, n. 19133), secondo cui la difettosa tenuta della cartella clinica naturalmente non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici e la patologia accertata, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della

prova ed al rilievo che assume a tal fine la “vicinanza alla prova”, e cioè la effettiva possibilità per l’una o per l’altra parte di offrirla.

8.2. Quanto al valore probatorio del verbale della Commissione medico-ospedaliera di Chieti, va osservato che trattasi della Commissione di cui all’art. 4 della legge n. 210 del 1992, composta da ufficiali medici ed istituita presso ospedali militari, ai fini dell’indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

L’art. 4 statuisce che: “1. Il giudizio sanitario sul nesso causale tra la vaccinazione, la trasfusione, la somministrazione di emoderivati, il contatto con il sangue e derivati in occasione di attività di servizio e la menomazione dell’integrità psico-fisica o la morte è espresso dalla commissione medico-ospedaliera di cui all’art. 165 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 29 dicembre 1973, n. 1092.

2. La commissione medico-ospedaliera redige un verbale degli accertamenti eseguiti e formula il giudizio diagnostico sulle infermità e sulle lesioni riscontrate.

3. La commissione medico-ospedaliera esprime il proprio parere sul nesso causale tra le infermità o le lesioni e la vaccinazione, la trasfusione, la somministrazione di emoderivati, il contatto con il sangue e derivati in occasione di attività di servizio”.

8.3. Al di fuori del procedimento amministrativo per la concessione dell’indennizzo di cui alla legge, tali verbali hanno lo stesso valore di qualunque altro verbale redatto da un pubblico ufficiale fuori dal giudizio civile ed in questo prodotto. Pertanto essi fanno prova, ex art. 2700 c.c., dei fatti che la commissione attesta essere avvenuti in sua presenza, o essere stati dalla stessa compiuti, mentre le valutazioni, le diagnosi o comunque le manifestazioni di scienza o di opinione in essi contenute costituiscono materiale indiziario soggetto al libero apprezzamento del giudice, il quale può valutarne l’importanza ai fini della prova, ma non può mai attribuire a loro il valore di vero e proprio accertamento (Cass. 20/07/2004, n. 13449; Cass. 25/06/2003, n. 10128; Cass. 25/06/2003, n. 10128; Cass. 12/05/2003, n. 7201).

9.1. Infondata è l’eccezione di carenza di legittimazione passiva avanzata dai resistenti eredi T., sotto il profilo che il de cuius dr. G.T. non poteva essere tenuto ad un controllo sulla qualità dei campioni di sangue trasfuso.

L’istituto della legittimazione ad agire o a contraddire il giudizio (legittimazione attiva o passiva) si ricollega al principio dettato dall’art. 81 c.p.c., secondo cui nessuno può far valere nel processo un diritto altrui in nome proprio fuori dei casi espressamente previsti dalla legge e comporta – trattandosi di materia attinente al contraddittorio e mirandosi a prevenire una sentenza “inutiliter data” – la verifica, anche d’ufficio, in ogni stato e grado del processo (salvo che sulla questione sia intervenuto il giudicato interno) e in via preliminare al merito (con eventuale pronuncia di inammissibilità della domanda), circa la coincidenza dell’attore e del convenuto con i soggetti che, secondo la legge che regola il rapporto dedotto in giudizio, sono destinatari degli effetti della pronuncia richiesta. Dalla questione relativa alla legittimazione si distingue quella relativa alla effettiva titolarità del rapporto giuridico dedotto in causa, che non può essere rilevata d’ufficio dal giudice

dell'impugnazione in difetto di specifico gravame. (cfr. Cass. 17.7.2002, n. 10388; Cass. 27/10/1995, n. 11190).

Nella fattispecie l'eccezione, così come prospettata, attiene non alla legittimazione passiva ma alla titolarità passiva del rapporto dedotto in giudizio. Ciò comporta che la questione non possa essere rilevata d'ufficio da questo Collegio.

9.2. Ove sul punto si fosse pronunciato il giudice di appello, affermando tale titolarità passiva, pur rigettando poi l'appello per altre ragioni, la questione poteva essere proposta con ricorso incidentale condizionato.

Non essendosi il giudice pronunciato, e quindi non essendoci sul punto una soccombenza per quanto virtuale, la questione non avrebbe potuto essere proposta a questa Corte con impugnazione incidentale, ma l'accoglimento del ricorso principale comporta la possibilità di riesame nel giudizio di rinvio di detta eccezione (Cass. 20/08/2003, n. 12219).

10 In definitiva va accolto il ricorso nei termini suddetti; va cassata, in relazione, l'impugnata sentenza e la causa va rinviata, anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra sezione della corte di appello di Roma, che si uniformerà ai seguenti principi di diritto:

A) In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato.

Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato etiologicamente rilevante.

B) I verbali della Commissione medico-ospedaliera di cui all'art. 4 della L. n. 210/1992 fanno prova, ex art. 2700 c.c., dei fatti che la commissione attesta essere avvenuti in sua presenza, o essere stati dalla stessa compiuti, mentre le valutazioni, le diagnosi o comunque le manifestazioni di scienza o di opinione in essi contenute costituiscono materiale indiziario soggetto al libero apprezzamento del giudice, il quale può valutarne l'importanza ai fini della prova, ma non può mai attribuire a loro il valore di vero e proprio accertamento.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso nei termini di cui in motivazione. Cassa l'impugnata sentenza e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra sezione della Corte di appello di Roma.

## **Suprema corte di cassazione**

**Sentenza 22 gennaio 1999, n. 589**

(Conferma App. Roma 14 novembre 1995)

L'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Conseguo che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa

e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale.

(Omissis) - 3. Infondato è anche il ricorso del Massa. Sul secondo motivo si è già detto (2.2.).

Con il primo motivo il Massa lamenta la violazione e falsa applicazione di norme di diritto ed in particolare dell'art. 2043 c.c., in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.

Ritiene il ricorrente, anzitutto, che è stata affermata illegittimamente una responsabilità solidale sua, medico dipendente della struttura ospedaliera, senza specificare a che titolo e sulla base di quale norma.

Ritiene il ricorrente che il diritto all'eventuale risarcimento del danno poteva essere esercitato dalla danneggiata esclusivamente nei confronti dell'ente ospedaliero, e non nei confronti del medico dipendente, il quale se, del caso, poteva rispondere del suo operato al suo datore di lavoro.

Secondo il ricorrente in ogni caso egli "non può essere condannato in solido ai sensi dell'art. 2043 c.c. in quanto tale previsione è ascrivibile solo all'ente".

Inoltre, poiché la sentenza impugnata ha ritenuto che gli effetti negativi dell'intervento erano riconducibili alla mancanza di diligenza e prudenza del primo chirurgo, in effetti essa ha ritenuto la sussistenza di una sua colpa lieve, per cui a norma dell'art. 2236 c.c., non poteva sussistere una sua responsabilità civile, essendo la stessa limitata ai casi di dolo o colpa grave.

4.1. Quanto alla natura della responsabilità professionale del medico, osserva preliminarmente questa Corte che, contrariamente a quanto avviene negli ordinamenti dell'area di common law, ove persiste la tendenza a radicare la detta responsabilità nell'ambito della responsabilità aquiliana (torts), nei paesi dell'area romanistica, come nel nostro ordinamento, si inquadra detta responsabilità nell'ambito contrattuale.

Invece controversa è in giurisprudenza la natura della responsabilità del medico dipendente di una struttura pubblica nei confronti del paziente.

Secondo un primo orientamento (Cass. 8 marzo 1979 n. 1716; Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141; Cass. 26 marzo 1990 n. 2428; Cass. 13 marzo 1998 n. 2750) l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del malato l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura.

Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica o terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per danno cagionato da un suo danno diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente si prescrive in cinque anni.

Costantemente si è affermato che la extracontrattualità dell'illecito del medico dipendente non osta all'applicazione analogica dell'art. 2236, in quanto la ratio di questa norma consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del profes-

sionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà e ricorre, pertanto, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito (Cass., Sez. un., 6 maggio 1971 n. 1282; Cass. 18 novembre 1997 n. 11440).

4.2. Senonché l'iscrizione dell'attività del medico dipendente della struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale non appare persuasiva.

Anzitutto proprio colui (il medico) che si presenta al paziente come prestatore di cure all'uopo designato dalla struttura sanitaria, viene considerato come l'autore di un qualsiasi fatto illecito (un *quisque*). L'esito sembra cozzare contro l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale.

Detta impostazione riduce al momento terminale, cioè al danno, una vicenda che non incomincia con il danno, ma si struttura prima come "rapporto", in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico ed il medico accetta di prestargliele.

Inoltre se la responsabilità del medico (dipendente) fosse tutta ristretta esclusivamente nell'ambito della responsabilità aquiliana, essa sarebbe configurabile solo nel caso di lesione della salute del paziente conseguente all'attività del sanitario e quindi di violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo).

In altri termini la responsabilità aquiliana del medico, intesa come conseguenza della violazione del principio *alterum non laedere*, sarebbe configurabile solo allorché, per effetto dell'intervento del sanitario (connotato da colpa), il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella precedente il contatto con il medico.

Se, invece, il paziente non realizza il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere (ma, ciononostante, non è "peggiorato"), non sarebbe configurabile una responsabilità aquiliana del medico, per il semplice fatto che egli non ha subito un danno rispetto alla situazione qua ante, ma solo non ha raggiunto un risultato positivo (o migliorativo), che, se gli è dovuto nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale (e quindi da parte dell'ente ospedaliero), non altrettanto può dirsi fuori di esso.

Senonché pacificamente anche coloro che considerano la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente di natura extracontrattuale, ritengono poi che essa copra entrambe le situazioni suddette.

5.1. Secondo un altro orientamento, che trae origine da Cass. 1° marzo 1988 n. 2144, ma che è stato successivamente ribadito (Cass. 11 aprile 1995 n. 9152; Cass. 27 maggio 1993 n. 5939; Cass. 1° febbraio 1991 n. 977), 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.

Premesso che lo Stato o altro ente pubblico, nell'esercizio di un servizio pubblico, predisposto nell'interesse dei privati che ne fanno richiesta, non esercita poteri pubblicistici, in quanto il privato, fatta la richiesta del servizio, acquista un diritto soggettivo a cui corrisponde il dovere dello Stato o dell'ente pubblico di effettuare la prestazione, l'indirizzo in esame osserva che in questo caso si costituisce un rapporto giuridico tra i due soggetti, strutturato da un diritto soggettivo e da un

correlato dovere di prestazione, per cui la responsabilità dell'ente pubblico verso il privato per il danno a questo causato per la non diligente esecuzione della prestazione non è extracontrattuale, essendo configurabile questo tipo di responsabilità solo quando non preesista tra il danneggiante ed il danneggiato un rapporto giuridico nel cui ambito venga svolto dal primo l'attività causativa del danno.

Pertanto nel servizio sanitario l'attività svolta dall'ente gestore a mezzo dei suoi dipendenti è di tipo professionale medico, similare all'attività svolta nell'esecuzione dell'obbligazione privatistica di prestazione, dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale.

La responsabilità dell'ente gestore del servizio è diretta, essendo riferibile all'ente, per il principio dell'immedesimazione organica, l'operato del medico dipendente inserito nell'organizzazione del servizio, che con il suo operato, nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria, ha causato danni al privato che ha richiesto ed usufruito del servizio.

Dalla suddetta ricostruzione della responsabilità dell'ente gestore del servizio sanitario pubblico (intesa, quindi come responsabilità diretta) il predetto orientamento desume che vanno applicate analogicamente le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione a di un contratto d'opera professionale; in particolare quella di cui all'art. 2236 c.c.

In tal senso questo secondo indirizzo ribadisce la natura contrattuale della responsabilità dell'ente gestore del servizio, anche se ne definisce, con maggior rigore, il fondamento dogmatico ed i limiti.

Quando passa a valutare la natura della responsabilità del medico il predetto orientamento osserva che, per l'art. 28 cost., accanto alla responsabilità dell'ente esiste la responsabilità del medico dipendente; che tali responsabilità hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria del medico, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria, che, stante detta comune radice, la responsabilità del medico dipendente è come quella dell'ente pubblico di tipo professionale contrattuale; che pertanto ad essa vanno applicate analogicamente le norme che regolano la responsabilità del medico in tema di prestazione professionale, in esecuzione di un contratto d'opera professionale.

5.2. Senonché, questa tesi pur affermando la natura di responsabilità contrattuale da parte del medico, pubblico dipendente, non ne spiega compiutamente il fondamento. Infatti non è esaustivo il richiamo all'art. 28 cost., che si limita ad affermare una responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti con violazione dei diritti, rinviando però alle "leggi penali, civili ed amministrative". In altri termini detta norma non statuisce sulla natura della responsabilità, che è rimessa alle leggi ordinarie, ma solo sulla natura diretta di essa.

Ne consegue, che, poiché la legge civile tra l'altro contempla sia una responsabilità contrattuale che extracontrattuale, il solo richiamo al citato art. 28 cost. non è esaustivo del problema relativo alla natura della responsabilità del medico dipendente.

Né la questione è risolta per il richiamo al fatto che sia la responsabilità del medico che quella dell'ente gestore "hanno radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente nell'ambito dell'organizzazione sanitaria".

Infatti la natura di una responsabilità (nella specie contrattuale o extracontrattuale) va determinata non sulla base della condotta in concreto tenuta dal soggetto agente, ma sulla base della natura del precetto che quella condotta viola.

Ciò comporta che una stessa condotta può violare due (o più) precetti, uno di natura contrattuale ed uno di natura extracontrattuale, fondando quindi due diverse responsabilità.

Infatti, nel nostro ordinamento (contrariamente all'ordinamento francese dove vige incontrastato il principio del non-cumul), quale si è venuto configurando per effetto del diritto vivente, vige il principio che è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivanti al contraente da clausole contrattuali, ma anche dei diritti soggettivi, tutelati anche indipendentemente dalla fattispecie contrattuale (Cass. 23 giugno 1994 n. 6064; Cass. 7 agosto 1982 n. 4437).

Ne consegue che se è ammissibile a carico dello stesso soggetto il concorso della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale, a maggior ragione in via di pura ipotesi non potrebbe escludersi che uno stesso fatto (attività professionale del medico) integri a carico di un soggetto (ente gestore del servizio sanitario, in quanto allo stesso ascrivibile per effetto dell'immedesimazione organica) un'ipotesi di responsabilità contrattuale ed a carico dell'autore del fatto un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale.

Pertanto il fatto che sia la responsabilità del medico che quella dell'ente gestore del servizio sanitario abbiano "entrambe radici nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria", pur costituendo un importante elemento fattuale, non comporta necessariamente che le responsabilità di entrambi i soggetti siano di natura contrattuale di tipo professionale, come pare ritenere l'orientamento giurisprudenziale da ultimo indicato (che fa capo alla sentenza n. 2144/1988).

5.3. Probabilmente la stessa considerazione dell'unicità della "radice" è stata alla base dei tentativi di soluzione proposti da quella parte della dottrina che sostiene la natura contrattuale della responsabilità del medico pubblico dipendente. Si è, infatti, osservato da alcuni che la responsabilità del medico conseguirebbe all'applicazione della normativa relativa al contratto in favore di terzo, in quanto l'ente gestore del servizio sanitario – nel momento in cui si assicura la prestazione professionale del medico – stabilisce anche che il beneficiario di detta prestazione sia il paziente che successivamente richiederà la prestazione sanitaria. Sennonché, a parte numerosi altri più limitati problemi, qui vanno effettuate due osservazioni.

Anzitutto nella fattispecie in esame di medico dipendente pubblico non vi era un contratto tra l'ente gestore del servizio pubblico ed il medico, ma solo un rapporto di pubblico impiego. In ogni caso (e l'ipotesi va fatta tanto con riferimento ai medici dipendenti di ente pubblico, con contratto di natura privata, come può avvenire soprattutto per le posizioni apicali, cd. "primari", quanto ai casi di medici dipendenti di privati – "casa di cura" –) il soggetto danneggiato che agisce non aziona il "contratto" esistente tra l'ente ed il medico, di cui egli sarebbe il terzo beneficiario (cioè in senso lato il "contratto di lavoro"), ma aziona il diverso "contratto" intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto al quale egli non è terzo beneficiario, ma parte contrattuale, ovvero propone

un'azione di responsabilità extracontrattuale per la lesione di un suo diritto soggettivo assoluto, quale è il diritto alla salute.

5.4. Quest'ultima obiezione impedisce anche di poter condividere la tesi di coloro che sostengono che nella fattispecie sarebbe ravvisabile un contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo (il paziente). La figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo, elaborata dalla dottrina tedesca e che ha trovato un riscontro anche nella giurisprudenza italiana (Cass. 22 novembre 1993 n. 11503), si avrebbe ogni qualvolta da un determinato contratto sia deducibile l'attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, come accade sicuramente nel caso del paziente, ma alla sua esecuzione con diligenza tale da evitare danni al terzo medesimo.

5.5. In realtà, l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente, nell'ambito di un preesistente rapporto, sia dall'ente ospedaliero sia dal medico dipendente, ma da ciascuno di questi sotto un diverso profilo e nei confronti di un diverso soggetto. Quanto all'ente ospedaliero, l'attività è dovuta nei confronti del paziente quale prestazione che l'ente si è obbligato ad adempiere con la conclusione del contratto d'opera professionale.

Quanto al medico dipendente, l'attività è dovuta nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere.

6.1. Un recente, ma sempre più consistente, orientamento della dottrina ha ritenuto che nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come culpa in non faciundo, la quale dà origine a responsabilità contrattuale.

6.2. La soluzione merita di essere condivisa. Va subito rilevato che non si può criticare la definizione come "contrattuale" della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria, limitandosi ad invocare la rigidità del catalogo delle fonti ex art. 1173 c.c., che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto.

Infatti la più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative.

Sugerita dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di taluni contratti nulli (art. 2126, comma 1, 2332, comma 2; e 3, c.c., art. 3, comma 2, l. n. 756/1964), ma allargata altresì a comprendere i casi di rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al semplice "contatto sociale" (secondo un'espressione che risale agli scrittori tedeschi), si fa riferimento, in questi casi al "rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale".

Con questa espressione si riassume una duplice veduta del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento – art. 1173 c.c. –) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto, che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto).

La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte – individuata secondo lo schema dell'art. 1173 – e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto.

In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (è infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno); quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vinculum iuris, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale.

Un'eco di questa impostazione sembra ravvisarsi in Cass., Sez. I, 1° ottobre 1994 n. 7989, secondo cui la responsabilità extracontrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale.

6.3. Quanto sopra detto si verifica per l'operatore di una professione cd. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica (che è il caso della fattispecie in esame), che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 cost.

Invero a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione all'attività, rilasciata dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno).

In altri termini la prestazione (usando il termine in modo generico) 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.

Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da

parte di soggetti di cui il “pubblico è obbligato per legge a valersi” (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l’esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto.

La pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati standard accertati dall’ordinamento su quel soggetto), che qualifica ab origine l’opera di quest’ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in “contatto” con lui.

Proprio gli aspetti pubblicistici, che connotano l’esercizio di detta attività, comportano che esso non possa non essere unico da parte del singolo professionista, senza possibilità di distinguere se alla prestazione sanitaria egli sia tenuto contrattualmente o meno.

L’esistenza di un contratto potrà essere rilevante solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge, ad es. art. 593 c.p., Cass. pen. 10 aprile 1978 n. 4003, Soccardo).

In assenza di dette ipotesi di vincolo, il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad esempio perché a tanto tenuto nei confronti dell’ente ospedaliero, come nella fattispecie) l’esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico.

Da tutto ciò consegue che la responsabilità dell’ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell’esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi (qualificazione che discende non dalla fonte dell’obbligazione, ma dal contenuto del rapporto).

7.1. Questa soluzione della questione ovviamente produce i suoi effetti sui veri nodi della responsabilità del medico e cioè il grado della colpa e la ripartizione dell’onere probatorio.

Si è sottolineato che sotto il profilo sistematico le norme sulla diligenza (art. 1176 c.c.) sono previste per tutti i tipi di obbligazioni e non autorizzano ad individuare materie distinte, per cui il concetto di colpa è unitario.

Dottrina e giurisprudenza tendono, quindi, a ritenere che detto concetto sia quello previsto dall’art. 1176 c.c., che impone di valutare la colpa con riguardo alla natura dell’attività esercitata.

Pertanto la responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell’attività e che in rapporto alla professione di medico chirurgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale (Cass. 12 agosto 1995 n. 8845).

Infatti il medico-chirurgo nell’adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall’art. 1176, comma 1, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall’art. 1176, comma 2, la quale com-

porta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica.

Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise. In altri termini sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo.

Ciò comporta, come è stato rilevato dalla dottrina, che la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

7.2. Nella diligenza è quindi compresa anche la perizia da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

Comunemente si dice che trattasi di una diligentia in abstracto, ma ciò solo per escludere che trattasi di diligentia quam in suis, e cioè della diligenza che normalmente adotta quel determinato debitore.

Per il resto il grado di diligenza, per quanto in termini astratti ed oggettivi, deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete e tra queste, quanto alla responsabilità professionale del medico, rientrano anche le dotazioni della struttura ospedaliera in cui lo stesso opera.

In relazione a dette strutture tecniche va valutata la diligenza e quindi la perizia che al medico devono richiedersi, delle quali è anche espressione la scelta di effettuare in sede solo gli interventi che possono essere ivi eseguiti, disponendo per il resto il trasferimento del paziente in altra sede, ove ciò sia tecnicamente possibile e non esponga il paziente stesso a più gravi inconvenienti.

8. Riportata la responsabilità del medico, dipendente della struttura sanitaria, nei confronti del paziente nell'ambito della responsabilità contrattuale, trova applicazione diretta l'art. 2236 c.c., a norma del quale, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave senza la necessità di effettuarne un'applicazione analogica, come pure era avvenuto da parte dell'orientamento che sosteneva la responsabilità extracontrattuale del medico dipendente (Cass. 11 agosto 1990 n. 8218; Cass. 7 maggio 1988 n. 3389; Cass. 5 aprile 1984 n. 2222), mentre è dubbio che nella fattispecie ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'analogia, di cui all'art. 12 disp. prel. c.c.

Va altresì rilevato che la limitazione di responsabilità professionale del medico-chirurgo ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza. Infatti, anche nei casi di speciale difficoltà, tale limitazione non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso (Cass. 18 novembre 1997 n. 11440; C. cost. 22 novembre 1973 n. 166).

Pertanto il professionista risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica.

In altri termini la limitazione della responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave si applica unicamente ai casi che trascendono la preparazione me-

dia (Cass. 11 aprile 1995 n. 4152), ovvero perché la particolare complessità discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza, e non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare (Cass. 12 agosto 1995 n. 8845).

9. Quanto alla ripartizione dell'onere probatorio, la giurisprudenza considera unitariamente, a tali fini, l'attività sanitaria come prestazione di mezzi, senza più farsi carico della natura della responsabilità del medico. Essa ritiene che incombe al professionista, che invoca il più ristretto grado di colpa di cui all'art. 2236 c.c., provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mentre incombe al paziente danneggiato provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inadeguate (Cass. 4 febbraio 1998 n. 1127; Cass. 3 dicembre 1974 n. 3957).

Invece incombe al paziente l'onere di provare che l'intervento era di facile o routinaria esecuzione ed in tal caso il professionista ha l'onere di provare, al fine di andare esente da responsabilità, che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria (Cass. 30 maggio 1996 n. 5005; Cass. 18 novembre 1997 n. 11440; Cass. 11 aprile 1995 n. 4152). Nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente da giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (come pure fa gran parte della recente dottrina), ma opera il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni (dove la responsabilità del medico è sempre di natura aquiliana), inteso come "quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza".

Ciò che preme mettere in rilievo è che, omologate le responsabilità della struttura sanitaria e del medico come responsabilità entrambe di natura contrattuale, sia ai fini della rilevanza del grado della colpa che della ripartizione dell'onere probatorio, non esiste una differenza di posizioni tra i due soggetti, né per l'effetto una diversa posizione del paziente a seconda che agisca nei confronti dell'ente ospedaliero o del medico dipendente.

10. Da quanto sopra detto consegue è infondata la doglianza secondo cui andava affermata la sola responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero, in quanto, accanto alla stessa, di natura contrattuale, ben poteva concorrere quella di eguale natura del medico dipendente.

Detta responsabilità andava accertata, come ha fatto la sentenza impugnata, applicando i principi che presidono alla responsabilità nella prestazione d'opera intellettuale. Avendo la sentenza ritenuto, come ammette lo stesso ricorrente, che gli effetti negativi dell'intervento fossero da ascrivere ad una mancanza di diligenza e prudenza dello stesso, non poteva operare la riduzione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c., che, come si è detto, è relativa alla sola ipotesi di mancanza di perizia.

In ogni caso, perché si potesse applicare la limitazione della responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c., gravava sul medico ricorrente l'onere di eccepire (e poi di provare) nelle fasi di merito che l'intervento implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Invece – a parte il rilievo, mosso dalla controricorrente Quirinis, che nel giudizio di appello non è stata invocata la limitazione di responsabilità di cui all'art.

2236 c.c. alla sola ipotesi di colpa grave, ma è solo stata affermata l'assoluta mancanza di responsabilità, con conseguente inammissibilità del motivo di ricorso per la novità della questione – va in ogni caso rilevato che neppure in questa sede il ricorrente sostiene che l'intervento chirurgico implicasse la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mostrando invece di ritenere che la responsabilità del prestatore d'opera professionale intellettuale sia sempre assistita dalla limitazione dell'art. 2236 c.c.

Come si è detto sopra, ciò è errato, poiché detta limitazione è relativa alle sole ipotesi di prestazioni di particolare difficoltà (da intendersi nei termini sopra detti) ed attiene non alla negligenza ed imprudenza, ma all'imperizia. (Omissis)

**Sentenza Franzese**  
**Suprema corte di cassazione**  
**sezioni unite penali**

**Sentenza 10 luglio 2002 - 11 settembre 2002, n. 30328**

*(Presidente N. Marvulli - Relatore G. Canzio)*

**Ritenuto in fatto**

1. Il Pretore di Napoli con sentenza del 28.4.1999 dichiarava il dott. S.F. colpevole del reato di omicidio colposo (per avere, in qualità di responsabile della XVI divisione di chirurgia dell'ospedale (omissis) – dove era stato ricoverato dal 9 al 17 aprile 1993 P.C., dopo avere subito il 5 aprile un intervento chirurgico d'urgenza per perforazione ileale –, determinato l'insorgere di una sepsi addominale da 'clostridium septicum' che cagionava il 22 aprile la morte del paziente) e, con le attenuanti generiche, lo condannava alla pena di mesi otto di reclusione, oltre il risarcimento del danno a favore della parte civile da liquidarsi in separato giudizio, alla quale assegnava a titolo di provvisoria la somma di lire 70.000.000.

Il giudice di primo grado, all'esito di un'attenta ricostruzione della storia clinica del C., riteneva fondata l'ipotesi accusatoria, secondo cui l'imputato non aveva compiuto durante il periodo di ricovero del paziente una corretta diagnosi né praticato appropriate cure, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici, che avevano evidenziato una marcata neutropenia ed un grave stato di immunodeficienza, e di curare l'allarmante granulocitopenia con terapie mirate alla copertura degli anaerobi a livello intestinale, autorizzando anzi l'ingiustificata dimissione del paziente giudicato 'in via di guarigione chirurgica'. Diagnosi e cura che, se doverosamente realizzate, sarebbero invece state, secondo i consulenti medico-legali e gli autorevoli pareri della letteratura scientifica in materia, idonee ad evitare la progressiva evoluzione della patologia infettiva letale 'con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale'.

La Corte di appello di Napoli con sentenza del 14.6.2000 confermava quella di primo grado, ribadendo che il dott. F., in base ai dati scientifici acquisiti, si era reso responsabile di omissioni che "... sicuramente contribuiscono a portare a morte il C... .", sottolineando che "... se si fosse indagato sulle cause della neutropenia e provveduto a prescrivere adeguata terapia per far risalire i valori dei neutrofili, le

probabilità di sopravvivenza del C. sarebbero certamente aumentate...” ed aggiungendo che era comunque addebitabile allo stesso la decisione di dimettere un paziente che “... per le sue condizioni versava invece in quel momento in una situazione di notevole pericolo...”.

2. Avverso tale decisione hanno proposto ricorso per Cassazione i difensori dell'imputato deducendo:

- violazione di legge, in relazione agli artt. 135, 137, 138 e 142 c.p.p., per asserita nullità di alcuni verbali stenotipici di udienza privi di sottoscrizione del pubblico ufficiale che li aveva redatti;

- violazione di legge, in relazione agli artt. 192, 546, 530 c.p.p. e 40, 41, 589 c.p., e manifesta illogicità della motivazione quanto all'affermazione di responsabilità, poiché non erano state dimostrate la direzione del reparto ospedaliero e la posizione di garante in capo all'imputato, né, in particolare, l'effettiva causalità delle addebitate omissioni di diagnosi e cura e della disposta dimissione del paziente rispetto alla morte di quest'ultimo, in difetto di reali complicanze del decorso post-operatorio e in assenza di dati precisi sulla patologia di base della perforazione dell'ileo e sull'insorgere della sindrome infettiva da clostridium septicum, rilevandosi altresì che, per il mancato esperimento dell'esame autotipico, non era certo né altamente probabile, alla stregua di criteri scientifici o statistici, che gli ipotetici interventi medici, asseritamente omessi, sarebbero stati idonei ad impedire lo sviluppo dell'infezione letale e ad assicurare la sopravvivenza del C.;

- violazione degli artt. 546 e 603 c.p.p. e mancanza di motivazione in ordine alla richiesta difensiva di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale mediante perizia medico-legale sul nesso di causalità;

- violazione degli artt. 546 c.p.p. e 133 c.p. per omesso esame del motivo di appello relativo alla richiesta riduzione della pena.

Con successiva memoria difensiva il ricorrente ha dedotto altresì la sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione.

3. La Quarta Sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza del 7.2.-16.4.2002, premesso che, nonostante l'intervenuta estinzione del reato per prescrizione, permaneva l'attualità della decisione sul ricorso, agli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza di condanna concernenti gli interessi civili, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite sul rilievo dell'esistenza di un ormai radicale contrasto interpretativo, formatosi all'interno della stessa Sezione, in ordine alla ricostruzione del nesso causale tra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico-chirurgo. Al più recente orientamento, secondo il quale è richiesta la prova che un diverso comportamento dell'agente avrebbe impedito l'evento con un elevato grado di probabilità 'prossimo alla certezza', e cioè in una percentuale di casi 'quasi prossima a cento', si contrappone l'indirizzo maggioritario, che ritiene sufficienti 'serie ed apprezzabili probabilità di successo' per l'impedimento dell'evento.

Il Primo Presidente con decreto del 26.4.2002 ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite fissando per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

### **Considerato in diritto**

1. Il problema centrale del processo, sollevato sia dal ricorrente che dalla Sezione remittente, ha per oggetto l'esistenza del rapporto causale fra la condotta (pre-

valentemente omissiva) addebitata all'imputato e l'evento morte del paziente e, di conseguenza, la correttezza logico-giuridica della soluzione ad esso data dai giudici di merito.

È stata sottoposta all'esame delle Sezioni Unite la controversa questione se "in tema di reato colposo omissivo improprio, la sussistenza del nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medicochirurgo, debba essere ricondotta all'accertamento che con il comportamento dovuto ed omesso l'evento sarebbe stato impedito con elevato grado di probabilità 'vicino alla certezza', e cioè in una percentuale di casi 'quasi prossima a cento', ovvero siano sufficienti, a tal fine, soltanto 'serie ed apprezzabili probabilità di successo' della condotta che avrebbe potuto impedire l'evento".

Sul tema si sono delineati due indirizzi interpretativi all'interno della Quarta Sezione della Corte di Cassazione: al primo orientamento, tradizionale e maggioritario (ex plurimis, Sez. IV, 7.1.1983, Melis, rv. 158947; 2.4.1987, Ziliotto, rv. 176402; 7.3.1989, Prinzivalli, rv. 181334; 23.1.1990, Pasolini, rv. 184561; 13.6.1990, D'Erme, rv. 185106; 18.10.1990, Oria, rv. 185858; 12.7.1991, Silvestri, rv. 188921; 23.3.1993, De Donato, rv. 195169; 30.4.1993, De Giovanni, rv. 195482; 11.11.1994, Presta, rv. 201554), che ritiene sufficienti 'serie ed apprezzabili probabilità di successo' per l'azione impeditiva dell'evento, anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità, talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%, si contrappone l'altro, più recente, per il quale è richiesta la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità 'prossimo alla certezza', e cioè in una percentuale di casi 'quasi prossima a cento' (Sez. IV, 28.9.2000, Baltrocchi, rv. 218777; 29.9.2000, Musto; 25.9.2001, Covili, rv. 220953; 25.9.2001, Sgarbi, rv. 220982; 28.11.2000, Di Cintio, rv. 218727).

Ritiene il Collegio che, per pervenire ad una soluzione equilibrata del quesito, sia necessario procedere, in via prioritaria, ad una ricognizione dello statuto della causalità penalmente rilevante, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri ed allo specifico settore dell'attività medico-chirurgica.

2. Nell'ambito della scienza giuridica penalistica può dirsi assolutamente dominante l'interpretazione che, nella lettura degli artt. 40 e 41 del codice penale sul rapporto di causalità e sul concorso di cause, fa leva sulla 'teoria condizionalistica' o della 'equivalenza delle cause' (temperata, ma in realtà ribadita mediante il riferimento, specularmente e in negativo, alla 'causalità umana quanto alle serie causali sopravvenute, autonome e indipendenti, da sole sufficienti a determinare l'evento: art. 41 comma 2).

È dunque causa penalmente rilevante (ma il principio stabilito dal codice penale si applica anche nel distinto settore della responsabilità civile, a differenza di quanto avviene per il diritto anglosassone e nordamericano) la condotta umana, attiva o omissiva che si pone come condizione 'necessaria' – *conditio sine qua non* – nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato. La verifica della causalità postula il ricorso al 'giudizio controfattuale', articolato sul condizionale congiuntivo 'se... allora...' (nella forma di un periodo ipotetico dell'irrealtà, in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario ad un fat-

to conosciuto come vero) e costruito secondo la tradizionale 'doppia formula', nel senso che: a) la condotta umana 'è' condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta umana 'non è' condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato.

Ma, ferma restando la struttura ipotetica della spiegazione causale, secondo il paradigma condizionalistico e lo strumento logico dell'astrazione contro il fatto, sia in dottrina che nelle più lucide e argomentate sentenze della giurisprudenza di legittimità, pronunciate in riferimento a fattispecie di notevole complessità per la pluralità e l'incertezza delle ipotesi esplicative dell'evento lesivo (Sez. IV, 24.6.1986, Ponte, rv. 174511-512; Sez. N, 6.12.1990, Bonetti, rv. 191788; Sez. IV, 31.10.1991, Rezza, rv. 191810; Sez. IV, 27.5.1993, Rech, rv. 196425; Sez. IV, 26.1.1998, P.G. in proc. Viviani, rv. 211847), si è osservato che, in tanto può affermarsi che, operata l'eliminazione mentale dell'antecedente costituito dalla condotta umana, il risultato non si sarebbe o si sarebbe comunque prodotto, in quanto si sappia, 'già da prima', che da una determinata condotta scaturisca, o non, un determinato evento.

E la spiegazione causale dell'evento verificatosi hic et nunc, nella sua unicità ed irripetibilità, può essere dettata dall'esperienza tratta da attendibili risultati di generalizzazione del senso comune, ovvero facendo ricorso (non alla ricerca caso per caso, alimentata da opinabili certezze o da arbitrarie intuizioni individuali, bensì) al modello generalizzante della sussunzione del singolo evento, opportunamente ri-descritto nelle sue modalità tipiche e ripetibili, sotto 'leggi scientifiche' esplicative dei fenomeni. Di talché, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica - 'legge di copertura' -, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi 'del tipo' di quello verificatosi in concreto.

Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi 'universali' (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi 'statistiche' che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di 'alto grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica', quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.

Si avverte infine che, per accertare l'esistenza della condizione necessaria secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, il giudice, dopo avere ri-descritto il singolo evento nelle modalità tipiche e ripetibili dell'accadimento lesivo, deve necessariamente ricorrere ad una serie di 'assunzioni tacite' e presupporre come presenti determinate 'condizioni iniziali', non conosciute o soltanto congetture, sulla base delle quali, 'ceteris paribus', mantiene validità l'impiego della legge stessa.

3. La definizione di causa penalmente rilevante ha trovato coerenti conferme anche nelle più recenti acquisizioni giurisprudenziali (Sez. fer., 1.9.1998, Casaccio, rv. 211526; Sez. IV, 28.9.2000, Baltrocchi, cit.; 29.9.2000, Musto, cit.; 25.9.2001, Covili, cit.; 25.9.2001, Sgarbi, cit.; 20.11.2001, Turco; 28.11.2000, Di Cintio, cit.; 8.1.2002, Trunfio; 23.1.2002, Orlando), le quali, nel recepire l'enunciata struttura logica della spiegazione causale, ne hanno efficacemente valorizzato la natura di elemento costitutivo della fattispecie di reato e la funzione di criterio di imputazione dell'evento lesivo. Dello schema condizionalistico integrato dal criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche sono state sottolineate, da un lato, la portata tipizzante, in ossequio alle garanzie costituzionali di legalità e tassatività delle fonti di responsabilità penale e di personalità della stessa (Cost., artt. 25, comma 2 e 27, comma 1), e dall'altro, nell'ambito delle fattispecie causalmente orientate, la funzione selettiva delle condotte rilevanti e per ciò delimitativa dell'area dell'illecito penale.

In questo senso, nonostante i limiti epistemologici dello statuto della causalità nel rapporto fra eventi svelati dalla fisica contemporanea e le critiche di avversa dottrina, la persistente fedeltà della prevalente scienza giuridica penalistica al classico paradigma condizionalistico (v. lo Schema Pagliaro del 1992 di delega per un nuovo codice penale, sub art. 10, ma soprattutto l'articolata elaborazione del Progetto Grosso del 2001 di riforma della parte generale del codice penale, sub artt. 13 e 14) non solo appare coerente con l'assetto normativo dell'ordinamento positivo, ma rappresenta altresì un momento irrinunciabile di garanzia per l'individuazione della responsabilità nelle fattispecie orientate verso la produzione di un evento lesivo.

Il ricorso a generalizzazioni scientificamente valide consente infatti di ancorare il giudizio controfattuale, altrimenti insidiato da ampi margini di discrezionalità e di indeterminatezza, a parametri oggettivi in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria, anche per i più complessi sviluppi causali dei fenomeni naturali, fisici, chimici o biologici.

E non è privo di significato che dalla quasi generalità dei sistemi giuridici penali europei ('conditio sine qua non') e dei paesi anglosassoni ('causa but for') siano condivise le ragioni di determinatezza e legalità delle fattispecie di reato che il modello condizionalistico della spiegazione dell'evento garantisce, in considerazione della funzione ascrivibile dell'imputazione causale.

4. Nel prendere atto che nel caso in esame si verte in una fattispecie di causalità (prevalentemente) omissiva attinente all'attività medico-chirurgica, è da porre in evidenza innanzi tutto l'essenza normativa del concetto di 'omissione', che postula una relazione con un modello alternativo di comportamento attivo, specifico e imposto dall'ordinamento.

Il 'reato omissivo improprio' o 'commissivo mediante omissione', che è realizzato da chi viola gli speciali doveri collegati alla posizione di garanzia non impedendo il verificarsi dell'evento, presenta una spiccata autonomia dogmatica, scaturendo esso dall'innesto della clausola generale di equivalenza causale stabilita dall'art. 40, comma 2, cod. pen. sulle disposizioni di parte speciale che prevedono le ipotesi-base di reato commissivo orientate verso la produzione di un evento lesivo, suscettive così di essere convertite in corrispondenti ipotesi omissive: autonomia che, per l'effetto estensivo dell'area della punibilità, pone indubbi problemi di legalità e determinatezza della fattispecie criminosa.

Ma la presenza nei reati omissivi impropri, accanto all'equivalente normativo della causalità, di un ulteriore, forte, nucleo normativo, relativo sia alla posizione di garanzia che agli specifici doveri di diligenza, la cui inosservanza fonda la colpa dell'agente, tende ad agevolare una prevaricazione di questi elementi rispetto all'ordinaria sequenza che deve muovere dalla spiegazione del nesso eziologico.

Di talché, con particolare riferimento ai settori delle attività medico-chirurgiche, delle malattie professionali, delle alterazioni ambientali e del danno da prodotto, dall'erosione del paradigma causale nell'omissione, asseritamente motivata con l'incertezza costitutiva e con i profili altamente ipotetici della condizionalità, a fronte della pluralità e inconoscibilità dei fattori interagenti, trae alimento la teoria della 'imputazione oggettiva dell'evento'. Questa è caratterizzata dal riferimento alla sufficiente efficacia esplicativa del fenomeno offerta dalla mera 'possibilità' o anche da inadeguati coefficienti di probabilità salvifica del comportamento doveroso, espressa in termini di 'aumento – o mancata diminuzione – del rischio' di lesione del bene protetto o di diminuzione delle chances di salvezza del medesimo bene (vita, incolumità fisica, salute, ambiente), di cui si esalta lo spessore primario e rilevante. Pure in assenza, cioè, dell'accertamento rigoroso che, qualora si fosse tenuta da parte dell'agente la condotta doverosa e diligente (ad esempio, in materia di responsabilità medica: diagnosi corretta, terapia adeguata e intervento tempestivo), il singolo evento di danno non si sarebbe verificato o si sarebbe comunque verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

Orbene, la più recente e citata giurisprudenza di legittimità ha reagito a questa riduttiva lettura della causalità omissiva ed ha segnato una netta evoluzione interpretativa – che le Sezioni Unite condividono –, soprattutto nel settore dell'attività medico-chirurgica (Sez. fer., Casaccio; Sez. IV, Baltrocchi, Musto, Di Cintio, Turco, Trunfio, Orlando), delle malattie professionali (Sez. IV, Covili) e degli infortuni sul lavoro (Sez. IV, Sgarbi), convenendo che anche per i reati omissivi impropri resta valido il descritto paradigma unitario di imputazione dell'evento.

Pur dandosi atto della peculiarità concettuale dell'omissione (è tuttora controversa la natura reale o meramente normativa dell'efficienza condizionante di un fattore statico negli sviluppi della catena causale), si osserva che lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del 'condizionale controfattuale', la cui formula dovrà rispondere al quesito se, mentalmente eliminato il mancato compimento dell'azione doverosa e sostituito alla componente statica un ipotetico processo dinamico corrispondente al comportamento doveroso, supposto come realizzato, il singolo evento lesivo, hic et nunc verificatosi, sarebbe, o non, venuto meno, mediante un enunciato esplicativo 'coperto' dal sapere scientifico del tempo.

Considerato che anche la spiegazione della causalità attiva ricorre a controfattuali ipotetici, il citato indirizzo interpretativo ha dunque ridimensionato la tesi per la quale la verifica giudiziale della condizionalità necessaria dell'omissione pretenderebbe un grado di 'certezza' meno rigoroso rispetto ai comuni canoni richiesti per la condotta propria dei reati commissivi, osservando anzi che l'affievolimento della nozione di causa penalmente rilevante finisce per l'accentuare nei reati omissivi impropri, pur positivamente costruiti in riferimento a ipotesi-base di reati di danno, il disvalore della condotta, rispetto alla quale l'evento degrada a mera condizione obiettiva di punibilità e il reato di danno a reato di pericolo. Con grave violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie cri-

minosa e della garanzia di responsabilità personale (Cost., art. 25, comma 2 e 27, comma 1), per essere attribuito all'agente come fatto proprio un evento 'forse', non 'certamente', cagionato dal suo comportamento.

5. Superato quell'orientamento che si sostanzia in pratica nella 'volatilizzazione' del nesso eziologico, il contrasto giurisprudenziale segnalato dalla Sezione remittente verte, a ben vedere, sui criteri di determinazione e di apprezzamento del valore probabilistico della spiegazione causale, domandandosi, con particolare riferimento ai delitti omissivi impropri nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica, quale sia il grado di probabilità richiesto quanto all'efficacia impeditiva e salvifica del comportamento alternativo, omesso ma supposto come realizzato, rispetto al singolo evento lesivo.

Non è messo dunque in crisi lo statuto condizionalistico e nomologico della causalità, bensì la sua concreta verificabilità processuale: ciò in quanto i confini della 'elevata o alta credibilità razionale' del condizionamento necessario, postulata dal modello di sussunzione sotto leggi scientifiche, non sono affatto definiti dalla medesima legge di copertura.

Dalle prassi giurisprudenziali nel settore indicato emerge che il giudice impiega largamente, spesso tacitamente, generalizzazioni del senso comune, massime d'esperienza, enunciati di leggi biologiche, chimiche o neurologiche di natura statistica ed anche la più accreditata letteratura scientifica del momento storico.

Di talché, secondo un primo indirizzo interpretativo, le accentuate difficoltà probatorie, il valore meramente probabilistico della spiegazione e il paventato deficit di efficacia esplicativa del classico paradigma, quando si tratti di verificare profili omissivi e strettamente ipotetici del decorso causale, legittimerebbero un affievolimento dell'obbligo del giudice di pervenire ad un accertamento rigoroso della causalità. In considerazione del valore primario del bene giuridico protetto in materia di trattamenti terapeutici e chirurgici, dovrebbe pertanto riconoscersi appagante valenza persuasiva a 'serie ed apprezzabili probabilità di successo' (anche se 'limitate' e con ridotti coefficienti, talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%) dell'ipotetico comportamento doveroso, omesso ma supposto mentalmente come realizzato, sull'assunto che 'quando è in gioco la vita umana anche poche probabilità di sopravvivenza rendono necessario l'intervento del medico'.

Le Sezioni Unite non condividono questa. soluzione, pure rappresentativa del tradizionale, ormai ventennale e prevalente orientamento della Sezione Quarta (cfr. ex plurimis, almeno a partire da Sez. IV, 7.1.1983, Melis, le citate sentenze Ziliotto, Prinzi, Pasolini, D'Erme, Oria, Silvestri, De Donato, De Giovanni, Presta) poiché, com'è stato sottolineato dall'opposto, più recente e menzionato indirizzo giurisprudenziale (Sez. fer., Casaccio; Sez. IV, Baltrocchi, Musto, Di Cintio, Covili, Sgarbi, Turco, Trunfio, Orlando), con la tralatticia formula delle 'serie ed apprezzabili probabilità di successo' dell'ipotetico intervento salvifico del medico si finisce per esprimere coefficienti di 'probabilità' indeterminati, mutevoli, manipolabili dall'interprete, talora attestati su standard davvero esigui: così sovrapponendosi aspetti deontologici e di colpa professionale per violazione del principio di precauzione a scelte politico-legislative dettate in funzione degli scopi della repressione penale ed al problema, strutturalmente distinto, dell'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa tipica.

Né va sottaciuto che dall'esame della giurisprudenza di settore emerge che in non pochi casi, sebbene qualificati in termini di causalità omissiva per mancato impedimento dell'evento, non si è tuttavia in presenza di effettive, radicali, omissioni da parte del medico. Infatti, talora si verte in tema di condotte commissive colpose, connotate da gravi errori di diagnosi e terapia, produttive di per sé dell'evento lesivo, che è per ciò sicuramente attribuibile al soggetto come fatto proprio; altre volte trattasi di condotte eterogenee e interagenti, in parte attive e in parte omissive per la mancata attivazione di condizioni negative o impeditive. Ipotesi queste per le quali, nella ricostruzione del fatto lesivo e nell'indagine controfattuale sull'evitabilità dell'evento, la giurisprudenza spesso confonde la componente omissiva dell'inosservanza delle regole cautelari, attinente ai profili di 'colpa' del garante, rispetto all'ambito – invero prioritario della spiegazione e dell'imputazione causale.

6. È stato acutamente osservato in dottrina che il processo tende con le sue regole ad esercitare un potenziale dominio sulle categorie del diritto sostantivo e che la laboriosità del procedimento di ricostruzione probatoria della tipicità dell'elemento oggettivo del reato coinvolge la tenuta sostanziale dell'istituto, oggetto della prova, scardinandone le caratteristiche dogmatiche e insidiando la tipicità della fattispecie criminosa.

Ma pretese difficoltà di prova, ad avviso delle Sezioni Unite, non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione 'debole' della causalità che, collocandosi ancora sul terreno della teoria, ripudiata dal vigente sistema penale; dell'aumento del rischio', finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio.

Deve tuttavia riconoscersi che la definizione del concetto di causa penalmente rilevante si rivela significativamente debitrice nei confronti del momento di accertamento processuale, il quale resta decisivo per la decodificazione, nei termini effettuali, dei decorsi causali rispetto al singolo evento, soprattutto in presenza dei complessi fenomeni di 'causazione multipla' legati al moderno sviluppo delle attività.

Il processo penale, passaggio cruciale ed obbligato della conoscenza giudiziale del fatto di reato, appare invero sorretto da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo che partono dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi (e dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativo dell' 'abduzione'), rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento 'deduttivo', da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse.

D'altra parte, lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale e di tutte le leggi pertinenti da parte del giudice, il quale ricorre invece, nella premessa minore del ragionamento, ad una serie di 'assunzioni tacite', presupponendo come presenti determinate 'condizioni iniziali'

e 'di contorno', spazialmente contigue e temporalmente continue, non conosciute o soltanto congetture, sulla base delle quali, 'ceteris paribus', mantiene validità l'impiego della legge stessa. E, poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto, né procedere ad una spiegazione fondata su una serie continua di eventi, l'ipotesi ricostruttiva formulata in partenza sul nesso di condizionamento tra condotta umana e singolo evento potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente da escludere l'intervento di un diverso ed alternativo decorso causale.

Di talché, ove si ripudiasse la natura preminentemente induttiva dell'accertamento in giudizio e si pretendesse comunque una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico-deduttivo, secondo criteri di utopistica 'certezza assoluta', si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo penale in settori nevralgici per la tutela di beni primari.

Tutto ciò significa che il giudice, pur dovendo accertare ex post, inferendo dalle suddette generalizzazioni causali e sulla base dell'intera evidenza probatoria disponibile, che la condotta dell'agente 'è' (non 'può essere') condizione necessaria del singolo evento lesivo, è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di 'certezza processuale', conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da 'alto grado di credibilità razionale' o 'conferma' dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare: giudizio enunciato dalla giurisprudenza anche in termini di 'elevata probabilità logica' o 'probabilità prossima alla – confinante con la certezza'.

7. Orbene, il modello nomologico può assolvere nel processo penale allo scopo esplicativo della causalità omissiva tanto meglio quanto più è alto il grado di probabilità di cui l'explanans è portatore, ma non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e quelle statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico 'prossimo ad 1', cioè alla 'certezza', quanto all'efficacia impeditiva della prestazione doverosa e omessa rispetto al singolo evento.

Soprattutto in contesti, come quello della medicina biologica e clinica, cui non appartengono per definizione parametri di correlazione dotati di tale valore per la complessa rete degli antecedenti già in fieri, sui quali s'innesta la condotta omissiva del medico, per la dubbia decifrabilità di tutti gli anelli della catena eziopatogenetica dei fenomeni morbosi e, di conseguenza, per le obiettive difficoltà della diagnosi differenziale, che costruisce il nodo nevralgico della criteriologia medico-legale in tema di rapporto di causalità.

È indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità cal. frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento.

Viceversa, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da leggi di carattere universale (invero assai rare nel settore in esame), pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in numero percentualmente alto di casi, pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, insieme con l'irrelevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, controllandone quindi l'attendibilità in riferimento al singolo evento e all'evidenza disponibile.

8. In definitiva, con il termine 'alta o elevata credibilità razionale' dell'accertamento giudiziale, non s'intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente – dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità.

La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che; mentre la 'probabilità statistica' attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell'indagine causale), la 'probabilità logica', seguendo l'incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale (in tal senso, cfr. anche Cass., Sez. IV, 5.10.1999, Hariolf, rv. 216219; 30.3.2000, Camposano, rv. 219426; 15.11.2001, Puddu; 23.1.2002, Orlando, cit.). Si osserva in proposito che, se nelle scienze naturali la spiegazione statistica presenta spesso un carattere quantitativo, per le scienze sociali come il diritto – ove il *relatum* è costituito da un comportamento umano – appare, per contro, inadeguato esprimere il grado di corroborazione dell'*explanandum* e il risultato della stima probabilistica mediante cristallizzati coefficienti numerici, piuttosto che enunciare gli stessi in termini qualitativi.

Partendo dunque dallo specifico punto di vista che interessa il giurista, le Sezioni Unite, nel condividere le argomentate riflessioni del P.G. requirente, ritengono, con particolare riguardo ai decorsi causali ipotetici, complessi o alternativi, che rimane compito ineludibile del diritto e della conoscenza giudiziale stabilire se la postulata connessione nomologica, che forma la base per il libero convincimento del giudice, ma non esaurisce di per se stessa la verifica esplicativa del fenomeno, sia effettivamente pertinente e debba considerarsi razionalmente credibile, sì da attingere quel risultato di 'certezza processuale' che, all'esito del ragionamento probatorio, sia in grado di giustificare la logica conclusione che, tenendosi l'azione doverosa omessa, il singolo evento lesivo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe inevitabilmente verificato, ma (nel quando) in epoca significativamente posteriore o (per come) con minore intensità lesiva.

D'altra parte, poiché la condizione 'necessaria' si configura come requisito oggettivo della fattispecie criminosa, non possono non valere per essa gli identici criteri di accertamento e di rigore dimostrativo che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato.

Il procedimento logico, invero non dissimile dalla sequenza del ragionamento inferenziale dettato in tema di prova indiziaria dall'art. 192 comma 2 c.p.p. (il cui nucleo essenziale è già racchiuso, peraltro, nella regola stabilita per la valutazione della prova in generale dal primo comma della medesima disposizione, nonché in quella della doverosa ponderazione delle ipotesi antagoniste prescritta dall'art. 546, comma 1 lett. e c.p.p.), deve condurre, perché sia valorizzata la funzione ascrittiva dell'imputazione causale, alla conclusione caratterizzata da un 'alto grado di credibilità razionale', quindi alla 'certezza processuale', che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta omissiva dell'imputato, alla luce della cornice nomologica e dei dati ontologici, è stata condizione 'necessaria' dell'evento, attribuibile per ciò all'agente come fatto proprio.

Ex adverso, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto, in ordine ai meccanismi sinergici dei plurimi antecedenti, per ciò sulla reale efficacia condizionante della singola condotta omissiva all'interno della rete di causazione, non può non comportare la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530 comma 2 c.p.p., secondo il canone di garanzia 'in dubio pro reo'. E non, viceversa, la disarticolazione del concetto di causa penalmente rilevante che, per tale via, finirebbe per regredire ad una contraddittoria nozione di 'necessità' graduabile in coefficienti numerici.

9. In ordine al problema dell'accertamento del rapporto di causalità, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri ed allo specifico settore dell'attività medico-chirurgica, devono essere pertanto enunciati, ai sensi dell'art. 173.3 n. att. c.p.p., i seguenti principi di diritto.

a) Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica – universale o statistica –, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

b) Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con 'alto o elevato grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica'.

c) L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio.

Va infine ribadito che alla Corte di Cassazione, quale giudice di legittimità, è assegnato il compito di controllare retrospettivamente la razionalità delle argo-

mentazioni giustificative – la cd. giustificazione esterna – della decisione, inerenti ai dati empirici assunti dal giudice di merito come elementi di prova, alle inferenze formulate in base ad essi ed ai criteri che sostengono le conclusioni: non la decisione, dunque, bensì il contesto giustificativo di essa, come esplicitato dal giudice di merito nel ragionamento probatorio che fonda il giudizio di conferma dell'ipotesi sullo specifico fatto da provare.

10. Alla luce dei principi di diritto sopra affermati, occorre ora passare all'esame della fattispecie concreta sottoposta all'attenzione di questa Corte e valutare la correttezza logico-giuridica dell'apparato argomentativo dei giudici di merito a sostegno dell'affermazione di responsabilità dell'imputato.

Premesso che la motivazione della sentenza impugnata s'integra con quella di condanna di – primo grado, siccome espressamente richiamata, rileva il Collegio che questa ha adeguatamente affrontato, sia in fatto che in diritto, il problema dell'esistenza del nesso di condizionamento risolvendolo in senso affermativo.

Il dott. S.F. era stato chiamato a rispondere del reato di omicidio colposo, in qualità di responsabile della XVI divisione di chirurgia dell'ospedale (omissis) – dove era stato ricoverato dal 9 al 17 aprile 1993 P.C., dopo avere subito il 5 aprile un intervento chirurgico d'urgenza per perforazione ileale –, per avere determinato l'insorgere di una sepsi addominale da 'clostridium septicum' che aveva cagionato il 22 aprile la morte del paziente. Si addebitava all'imputato di non avere compiuto durante il periodo di ricovero una corretta diagnosi e quindi consentito un'appropriata terapia, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici che evidenziavano una persistente neutropenia e di sollecitare la consulenza internistica prescritta dopo l'intervento chirurgico per accertare l'eziologia della perforazione dell'ileo, anzi autorizzando, senza alcuna prescrizione, la dimissione del paziente, giudicato in via di guarigione chirurgica.

La storia clinica del C. risulta esaurientemente e analiticamente ricostruita nei seguenti termini.

Il C., ricoverato il 4 aprile 1993 presso il reparto di chirurgia d'urgenza dell'ospedale (omissis) per forti dolori addominali, venne operato il giorno successivo e l'intervento indicò un'infezione in atto da 'perforazione dell'ileo lenticolare', suturata mediante corretta enterorafia. Restando incerta la causa della non comune patologia e preoccupanti i risultati degli esami emocromocitometrici effettuati il 4 e il 6 aprile (i quali evidenziavano nella formula leucocitaria una marcata neutropenia e con essa una condizione di immunodepressione del paziente) furono disposti esami di Widal Wright (eseguito con esito negativo per l'indicazione tifoidea), consulenza internistica (mai eseguita) e terapia antibiotica a largo spettro. Trasferito il 9 aprile nella XVI divisione chirurgica diretta dal dott. F., il C. continuò la terapia antibiotica e iniziò a sfebbrare il 12 aprile, senza esser sottoposto ad ulteriori esami di alcun tipo. Il dott. F., rilevato che il paziente era apirettico, il 14 aprile sospese la terapia antibiotica e dispose un nuovo emocromo, che evidenziò il giorno successivo il persistere di una gravissima neutropenia, ma, ciò nonostante, il 17 aprile dimise il C. giudicandolo 'in via di guarigione chirurgica' senza alcuna prescrizione. Il 19 aprile il C. accusò forti dolori addominali e, ricoverato il 20 aprile, venne nuovamente operato il giorno successivo mediante laparotomia e drenaggio di microascessi multipli; il referto microbiologico indicò esito positivo per 'anaerobi e sviluppo di clostridium septicum'. All'esito di un terzo intervento chirurgico

co eseguito il 22 aprile il C. morì a causa di ‘sepsi addominale da clostridium septicum’, un batterio anaerobico non particolarmente aggressivo, che si sviluppa e si propaga però, determinando anemia acuta ed emolisi, allorché l’organismo dell’uomo è debilitato e immunodepresso per gravi forme di granulocitopenia.

Il Pretore, con l’ausilio della prova testimoniale e medico-legale (richiamando altresì autorevoli e concordi pareri della letteratura scientifica internazionale nel campo della medicina interna), identificava nella ‘neutropenia’ l’immediato antecedente causale dell’aggressione del ‘clostridium’ e del processo settico letale; escludeva, indipendentemente dall’origine della perforazione ileale, ogni correlazione fra l’intervento chirurgico e i fattori patogenetici dell’evento infausto; sottolineava come il paziente, dopo la chiusura dell’ulcera ileale, fosse stato sottoposto solo a terapia antibiotica a largo spettro, senza essere indagato sul piano internistico ed ematologico, benché la consulenza internistica fosse stata sollecitata e gli accertamenti ematologici avessero evidenziato l’insorgenza di una marcata neutropenia, con conseguente minorata difesa immunitaria. Rilevava pertanto che, se le cause della neutropenia e del conseguente, grave, stato anergico da immunodepressione fossero stati correttamente diagnosticati (unitamente alle indagini necessarie a chiarire l’eziologia della non comune perforazione ileale) e se l’allarmante granulocitopenia fosse stata curata con terapie mirate alla copertura degli anaerobi a livello intestinale, fino a far risalire i valori dei neutrofilo al di sopra della soglia minima delle difese immunitarie, si sarebbe evitata la progressiva evoluzione della patologia infettiva letale da ‘clostridium septicum’ e si sarebbe pervenuti ad un esito favorevole ‘con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale’.

Così ricostruito il nesso causale secondo il modello condizionalistico integrato dalla sussunzione sotto leggi scientifiche, il Pretore, definita altresì puntualmente la posizione apicale del dott. F. nell’ambito della divisione chirurgica ove il paziente era stato ricoverato nella fase post-operatoria e individuate precise note di negligenza e di imperizia nei menzionati comportamenti omissivi e nell’improvvida dimissione dello stesso, concludeva affermando la responsabilità dell’imputato per la morte del C.

La Corte di appello di Napoli, pur argomentando impropriamente e contraddittoriamente in termini che sembrano più coerenti con il lessico della disattesa teoria dell’aumento del rischio (“... se si fosse indagato sulle cause della neutropenia e provveduto a prescrivere adeguata terapia per far risalire i valori dei neutrofilo, le probabilità di sopravvivenza del C. sarebbero certamente aumentate...”), confermava la prima decisione, richiamandone i contenuti motivazionali e ribadendo che, in base ai dati scientifici acquisiti, all’imputato erano addebitabili, oltre l’ingiustificata dimissione del paziente, gravi omissioni sia di tipo diagnostico che terapeutico, le quali “... sicuramente contribuirono a portare a morte il C...”.

Pertanto, poiché le statuizioni dei giudici di merito risultano sostanzialmente rispondenti alle linee interpretative sopra enunciate in tema di rapporto di causalità e trovano adeguata base giustificativa in una motivazione, in fatto, immune da vizi logici, il giudizio critico e valutativo circa il positivo accertamento, ‘con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale’, dell’esistenza del nesso di condizionamento necessario fra la condotta (prevalentemente omissiva) del medico e la morte del paziente resta incensurabile nel giudizio di legittimità e i \A rilievi del ricorrente si palesano privi di fondamento.

11. L'ordinanza della Sezione remittente dà atto che il delitto di omicidio colposo per il quale si procede è estinto per prescrizione, in quanto il decesso del C. risale al 22 aprile " 1993 ed è quindi ampiamente trascorso il termine di sette anni e sei mesi.

Da un lato, l'accertamento della causa estintiva del reato si palesa prioritario e immediatamente operativo rispetto alla questione in rito della nullità 'relativa' dei verbali stenotipici di udienza (Sez. Un., 28.11.2001, Cremonese, rv 22051 I; Sez. Un., 27.2.2002, Conti, rv. 221403), nonché rispetto alle invero generiche e subvalenti censure del ricorrente circa pretesi vizi motivazionali dell'impugnata sentenza, in punto di direzione della divisione ospedaliera e titolarità della posizione di garanzia, di colpa professionale e di dosimetria della pena.

D'altra parte, la compiuta valutazione critica, con esito negativo, del più serio e argomentato motivo di gravame, riguardante l'affermazione di responsabilità dell'imputato quanto alla prova dell'effettivo nesso di causalità fra le condotte – prevalentemente omissive – addebitategli e l'evento morte del paziente, consente a questa Corte, nell'annullare senza rinvio la sentenza impugnata in conseguenza dell'avvenuta estinzione del reato per prescrizione, di confermarne (ai sensi dell'art. 578 c.p.p. e secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità) le statuizioni relative ai capi concernenti gli interessi civili: e cioè, la condanna generica dell'imputato al risarcimento del danno, nonché al pagamento di una somma liquidata a titolo di provvisionale e delle spese di costituzione e difesa a favore della parte civile.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione, a Sezioni Unite,  
annulla senza rinvio la sentenza impugnata per essere il reato estinto per prescrizione; conferma le statuizioni concernenti gli interessi civili.

**La responsabilità del medico e della struttura sanitaria**  
**Suprema corte di cassazione**  
**sezione quarta penale**

**Sentenza 9 febbraio 2006 - 12 aprile 2006, n. 12894**

*(Presidente D. Nardi, Relatore F. Monastero)*

**Fatto e diritto**

Il GIP presso il Tribunale di Lametia Terme con sentenza del 17 luglio 2002 assolveva, con la formula perché il fatto non sussiste, il dott. V.P., primario della divisione di ostetricia e ginecologia dell'Ospedale di Soveria Mannelli, e il dott. V.

F., responsabile *pro tempore* del predetto reparto (in assenza del primo, per ferie, nei giorni 13,14,15 maggio 1999), dal reato di omicidio colposo in danno di G.I.M., gestante, ivi ricoverata con i sintomi di un parto prematuro, a far data dal 13 maggio 1999 e deceduta il 16 dello stesso mese, a causa della sindrome denominata "coagulopatia intravasale disseminata (CID)" (un difetto nella coagulazione del sangue dovuto alla mancanza di fibrinogeno), seguita da shock emorragico con danno ipossico generalizzato.

Si era contestato agli imputati di aver cagionato per negligenza, imperizia ed imprudenza la morte di I.G., addebitandosi in particolare ad entrambi, nelle rispettive qualità, di avere omesso di effettuare sulla paziente gli esami clinici e strumentali (ecografia, monitoraggio dei valori dell'emocromo, tocografia uterina) necessari per accertare la presenza o l'insorgenza di un distacco intempestivo di placenta; di avere omesso di effettuare un emocromo la mattina del 16 maggio 1999, nonostante i sintomi di distacco della placenta presentati dalla paziente (dolori addominali e vomito); di avere omesso di disporre tempestivamente il trasferimento della paziente ad altro ospedale, dotato di centro trasfusionale, di rianimazione e di terapia intensiva neonatale, idoneo, pertanto, a fronteggiare una potenziale situazione di crisi in cui la G. si fosse venuta a trovare, pur in presenza di diversi fattori, conosciuti da entrambi i medici (il V. anche in qualità di medico curante) deponenti per il distacco della placenta.

Il giudice di primo grado aveva assolto entrambi i medici dall'imputazione loro ascritta sulla base dei seguenti rilievi: 1) la sussistenza di una situazione dubbia in merito alle modalità di manifestazione della patologia, non essendo risultato certo che il distacco intempestivo della placenta (DIP) si fosse manifestato in maniera progressiva, evolvendosi da una forma lieve di primo grado ad una gravissima di terzo grado, e che, di conseguenza, tale distacco potesse essere tempestivamente diagnosticato e curato; 2) il distacco improvviso della placenta – ritenuta l'ipotesi più probabile – avrebbe escluso la configurabilità dell'omissione, essendo stato praticato in termini ragionevoli il taglio cesareo o comunque apparendo difficile ritenere, con ragionevole certezza, che una maggiore celerità dell'intervento avrebbe salvato la vita della donna; 3) in considerazione della gravissima situazione, il decesso sarebbe avvenuto anche in una struttura attrezzata, in conformità alle conclusioni del perito nominato dal giudice, prof. Barrii, il quale aveva sottolineato che non vi sarebbero state misure idonee a fronteggiare la gravissima situazione e che, in casi come quello in esame in cui il DIP aveva avuto come conseguenza la coagulopatia intravasale disseminata (CID), poteva essere addirittura controproducente la terapia trasfusionale; 4) non vi erano elementi per ritenere che una condotta non omissiva degli imputati avrebbe determinato un decorso degli eventi sostanzialmente diverso.

A seguito dell'appello interposto dal P.M. e dalle parti civili, la Corte di Appello di Catanzaro, con sentenza in data 13 maggio 2004, riformava quella di primo grado, assolvendo il V. con la formula per non avere commesso il fatto, ma dichiarando il V. responsabile del reato ascrittogli e, concessegli le attenuanti generiche, lo condannava alla pena di mesi otto di reclusione, oltre al risarcimento dei danni, da liquidarsi in separato giudizio.

I giudici di appello ritenevano il dott. V. esente da colpa, con riferimento ad entrambe le posizioni di garanzia dallo stesso rivestite, sia nella qualità di primario (per tutto il periodo del ricovero, salvo l'ultimo giorno, in cui la situazione era già compromessa, il V. era in ferie) che in quella di medico curante (sulla base del principio dell'affidamento, al sanitario (il quale, interpellato telefonicamente sui sintomi presentati dalla donna nel corso della notte – sanguinamento e contrazioni uterine – aveva indicato come probabile un leggero distacco della placenta ed aveva indirizzato la paziente all'Ospedale di Soveria Mannelli) non poteva addebitarsi la responsabilità di non avere previsto i possibili sviluppi del caso.

Secondo la Corte territoriale, invece, doveva ritenersi sussistente il nesso di causalità tra le omissioni colpevoli, contestate e ritenute dimostrate, tutte riconducibili al V., responsabile del reparto, in assenza del primario, e la morte della paziente. Nel pervenire al giudizio di responsabilità, La Corte osservava che: 1) le emergenze processuali dimostravano che il distacco della placenta, causa determinante della morte, era già presente al momento del ricovero in ospedale (tale conclusione era contenuta anche nella consulenza del prof. Ricci (il quale, unitamente alla dott. Giardini aveva redatto la prima consulenza disposta dal P.M.), favorevole alla difesa; 2) anche se così non fosse stato, sarebbero stati comunque omessi tutti gli accertamenti necessari (in particolare quello ecografico e quello sulla contrattilità uterina che avrebbero consentito di valutare più a fondo le cause delle perdite ematiche) per impedire che il distacco della placenta, perfettamente prevedibile, avesse le conseguenze letali poi verificatesi, tenuto conto che trattavasi di paziente a rischio, oltre che per la sintomatologia, anche per la sua storia pregressa (dalla consulenza di un altro consulente del P.M., il prof. Bresadola, risultava che la gravidanza della G. era successiva a due aborti spontanei precoci, a due ricoveri in ospedale per difficoltà gestazionali, ad una terapia giornaliera di deltacortene e bassi dosi di aspirina, a fronte del ripetersi di emorragie modeste); 3) la mancanza di sofferenza fetale – argomento utilizzato dal primo giudice per escludere il distacco della placenta al momento del ricovero – non era significativa, alla luce della letteratura medica, per pervenire alle conclusioni della sentenza di primo grado; 4) anche il colorito normale e roseo del muscolo uterino – altro elemento di sostegno alla pronuncia assolutoria – costituiva argomento non significativo, sia perché la circostanza era stata riferita dai medici, che avevano eseguito il taglio cesareo (gli imputati) sia perché si poteva desumere dalla consulenza del prof. Bresadola che l'area interessata era situata nella parte posteriore dell'utero e comunque, all'interno della cavità uterina; 5) erano stati trascurati i segnali di malessere (vomito e forti dolori di pancia) che la donna presentava il giorno 16 maggio 1999, per il quale era già stata disposta la sua dimissione, così creando una situazione di emergenza che non era stato possibile affrontare con i presidi disponibili, laddove altra struttura sanitaria, dotata di un centro trasfusionale e di rianimazione, avrebbe invece potuto intervenire con successo; 6) le conclusioni del prof. Barni, secondo il quale il decesso sarebbe avvenuto anche in una struttura attrezzata, erano smentite da quelle rese dai consulenti Bresadola e Rizzo (quest'ultimo consulente nominato dalle parti civili) e dalla letteratura medica, secondo la quale la percentuale di mortalità materna in caso di DIP era da ritenere dell'ordine del 5% e la gravità della condizione morbosa doveva considerarsi dipendente in gran misura non solo dall'entità del distacco placentare ma anche dalla durata dell'intervallo fra inizio dei sintomi e istituzione di adeguata terapia.

Avverso la predetta decisione propone ricorso per cassazione Vescia F. articolando un unico complesso motivo con il quale deduce la violazione di legge e la carenza ed illogicità della motivazione quanto all'affermazione di responsabilità.

Il ricorrente, dopo aver premesso che la sentenza impugnata ha aderito acriticamente all'impostazione accusatoria del P.M., sostiene che i giudici di merito, disattendendo i principi affermati dalle Sezioni Unite di questa Corte (10 luglio 2002, Franzese) avrebbero errato nell'individuare la sussistenza del nesso eziologico tra il suo comportamento ed il decesso della paziente, non tenendo conto della inter-

ferenza di decorsi causali alternativi e facendo riferimento ad ormai superati criteri di probabilità statistica.

Sotto il primo profilo, si sostiene che i giudici dell'appello sarebbero partiti dall'apodittico presupposto che al momento del ricovero la G. fosse in condizione di probabile distacco della placenta; in ogni caso, anche ipotizzando la reale sussistenza di tale situazione, il trattamento sanitario adottato, come, si sostiene, risultava anche da talune delle consulenze tecniche acquisite in atti, sarebbe stato in linea con i protocolli medici; il distacco della placenta sarebbe invece stato improvviso, dopo tre giorni di quiete, come emergeva dalla consulenza del prof. Barni e, pertanto, nessuna rilevanza avrebbero potuto avere le omissioni contestate all'imputato (relative all'accertamento ecografico e quello sulla contrattilità uterina ed al trasferimento della paziente in un centro attrezzato), dovendo ragionevolmente ritenersi che l'evento morte si sarebbe comunque verificato.

Sotto il secondo profilo, in violazione dei principi affermati dalle Sezioni unite, la sentenza impugnata, avrebbe tratto la conferma della ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità, dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge scientifica, laddove aveva contestato la tesi esposta dal prof. Barni, secondo il quale il decesso sarebbe avvenuto anche in una struttura attrezzata, facendo riferimento alla bassissima percentuale di mortalità materna in caso di distacco intempestivo di placenta e sottolineando che, in caso di intervento tempestivo con tutte le misure idonee a fronteggiare l'emorragia, l'evento morte era da ritenere evitabile in una altissima percentuale di casi.

Così ragionando i giudici avrebbero dedotto "automaticamente" dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, violando il dovere loro imposto di verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile. In applicazione di tali principi, secondo il ricorrente, al giudizio di responsabilità si potrebbe pervenirsi solo quando, all'esito del ragionamento probatorio, che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e "processualmente certa" la conclusione 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 fattispecie, si argomenta, i giudici dell'appello non avrebbero tenuto conto del complessivo quadro probatorio secondo il quale: non poteva escludersi l'ipotesi di un distacco improvviso della placenta (assunta dal perito d'ufficio come dato pressoché certo); doveva ritenersi l'idoneità della struttura sanitaria ad affrontare l'emergenza, alla luce dichiarazioni del perito nel corso del dibattimento, che aveva escluso comunque l'efficacia di qualsiasi intervento nella ipotesi di distacco improvviso della placenta con sindrome CID e l'inutilità della terapia trasfusoriale; l'incertezza in ordine alla possibilità di una diagnosi più tempestiva in quanto i possibili esami sull'ematocrito e quelli ecografici non avrebbero consentito con sicurezza la diagnosi; l'idoneità in ogni caso del trattamento sanitario adottato che non sarebbe stato diverso anche se fosse stato più celermente diagnosticato il distacco intempestivo di placenta.

Con memoria ritualmente depositata, la difesa dell'imputato ha articolato un motivo aggiunto, con il quale prospetta plurime violazioni alle norme processuali da parte dei giudici di appello, che possono sintetizzarsi nei seguenti termini.

La sentenza impugnata, accogliendo acriticamente i motivi di impugnazione del P.M., non avrebbe dato atto del contraddittorio materiale probatorio, costituito dagli esiti delle diverse consulenze, provenienti anche dallo stesso pubblico ministero, in merito alle cause della morte della G., così dando luogo ad una motivazione incompleta, fondata su una valutazione frazionata degli atti di causa ed apodittica. Sotto tale ultimo profilo i giudici del merito non avrebbero evidenziato gli elementi dai quali avevano desunto il momento iniziale del distacco della placenta (da essi individuato, contrariamente al giudice di primo grado, nel momento del ricovero della G.) nonché la prevedibilità del distacco della placenta, soprattutto tenuto conto delle conclusioni del prof. Bami, perito nominato dal giudice, che aveva sottolineato che tale sintomatologia nelle sue espressioni più gravi è solita manifestarsi in modo improvviso ed in apparente benessere, come anche la devastante complicazione di CID.

Tale situazione di contrasto avrebbe legittimato, nella ipotesi in cui i giudici non avessero ritenuta adeguata l'applicazione dell'art. 530, comma 2, c.p.p., la predisposizione di un nuovo accertamento peritale che potesse consentire di fare chiarezza sulle conclusioni difformi, al fine di dirimere il ragionevole dubbio sulla ricostruzione del nesso causale, in conformità agli insegnamenti della S.C.

Il ricorso non può trovare accoglimento.

I motivi di impugnazione consentono una trattazione unitaria vertendo, a ben vedere, tutti sulla ritenuta erroneità dell'affermato giudizio di responsabilità.

Pur dovendosene apprezzare la ricchezza espositiva non possono, però, trovare accoglimento, in quanto la sentenza impugnata appare caratterizzata da un convincente apparato argomentativo sulle questioni di interesse ai fini del giudizio di responsabilità e non presenta, peraltro, neppure errori di diritto, con precipuo riguardo ai principi applicabili in tema di colpa e di nesso di causalità.

Deve innanzitutto sottolinearsi che con il presente gravame, attraverso la denuncia di asseriti vizi di violazione di legge e di motivazione, sono state riproposte questioni sostanzialmente di fatto già dibattute nelle precedenti fasi del giudizio, tutte tese a dimostrare che il quadro probatorio esaminato dai giudici di merito non avrebbe fornito sufficiente prova della responsabilità del ricorrente.

In proposito, non è inutile ricordare i rigorosi limiti del controllo di legittimità sulla sentenza di merito.

Il vizio di motivazione deducibile in sede di legittimità deve, per espresso disposto normativo, risultare dal testo del provvedimento impugnato e l'illogicità deve essere manifesta, cioè percepibile immediatamente, *ictu oculi* (v. Cass., Sezioni unite, 24 settembre 2003, Petrella).

Tanto comporta, quanto al vizio di illogicità, per un verso, che il ricorrente deve dimostrare in tale sede che l'iter argomentativo seguito dal giudice è assolutamente carente sul piano logico e, per un altro verso, che questa dimostrazione non ha nulla a che fare con la prospettazione di un'altra interpretazione o di un altro *iter*, quand'anche in tesi ugualmente corretti sul piano logico; ne consegue che, una volta che il giudice abbia coordinato logicamente gli atti sottoposti al suo esame, a nulla vale opporre che questi atti si prestavano ad una diversa lettura o interpretazione, munite di eguale crisma di logicità (v. Cass., Sezioni unite, 27 settembre 1995, Mannino; da ultimo, Cass., Sezione IV, 14 dicembre 2004, parte civile Castelbonese ed altri, in proc. Marotta ed altri): dedurre tale vizio in sede

di legittimità significa dimostrare che il testo del provvedimento è manifestamente carente di motivazione e/o di logica, e non già opporre alla logica valutazione degli atti effettuata dal giudice di merito una diversa ricostruzione, magari altrettanto logica.

È principio non controverso, infatti, che nel momento del controllo della motivazione, la Corte di cassazione non deve stabilire se la decisione di merito proponga la migliore ricostruzione dei fatti, né deve dividerne la giustificazione, ma deve limitarsi a verificare se questa giustificazione sia compatibile con il senso comune e con i limiti di una “plausibile opinabilità di apprezzamento”. Ciò in quanto l’art. 606, comma 1, lettera e), del c.p.p non consente alla Corte di cassazione una diversa lettura dei dati processuali o una diversa interpretazione delle prove, perché è estraneo al giudizio di legittimità il controllo sulla correttezza della motivazione in rapporto ai dati processuali (Cass., Sezione V, 13 maggio 2003, Pagano ed altri). In altri termini, il giudice di legittimità, che è giudice della motivazione e dell’osservanza della legge, non può divenire giudice del contenuto della prova, in particolare non competendogli un controllo sul significato concreto di ciascun elemento di riscontro probatorio (Cass., Sezione VI, 6 marzo 2003, Di Folco).

Ciò premesso in termini generali, ritiene il Collegio che i vizi dedotti non sono riscontrabili nella sentenza impugnata con la quale la Corte ha dimostrato di avere analizzato tutti gli aspetti essenziali della vicenda, pervenendo, all’esito di un approfondito vaglio di tutta la materia del giudizio, a conclusioni sorrette da argomentazioni logico giuridico.

I giudici di appello hanno infatti adeguatamente e logicamente motivato il proprio convincimento sulla sussistenza di comportamenti omissivi posti in essere dal ricorrente, nella qualità di responsabile del reparto di ginecologia dell’ospedale di Soveria Mannelli, e sulla rilevanza causale degli stessi nel processo determinativo dell’evento.

Nella specie la Corte di merito ha dedotto in modo logico e corretto, la responsabilità del ricorrente da specifici accertamenti fattuali e dalle relazioni dei consulenti tecnici del pubblico ministero, individuando vari profili di colpa, tutti riconducibili, in via generale, alla mancanza di una assistenza adeguata a fronteggiare la situazione di una paziente, certamente a rischio per la sua storia pregressa e certamente da monitorare attentamente per i sintomi che presentava.

Alla luce di tali premesse, a fine di accertare se possa ritenersi corretta la valutazione dei giudici di appello sull’esistenza degli elementi costitutivi del reato, appare opportuno riassumere la ricostruzione dei fatti così come effettuata dalla Corte di appello, integrata con il riferimento a quella eseguita dal giudice di primo grado, e ciò per verificare, nel rigoroso ambito di valutazione e di sindacato di cui *supra* si è detto, la congruenza delle conclusioni adottate sull’esistenza della colpa e del nesso di condizionamento tra la condotta colposa ed il verificarsi dell’evento.

Come si è accennato in premessa, si desume dalla motivazione della sentenza gravata che G.I., al settimo mese di gravidanza, era stata ricoverata presso l’Ospedale di Soveria Mannelli il 13.5.1999, con la diagnosi di minaccia di parto prematuro, dopo che a seguito di contrazioni uterine e perdite ematiche vaginali dal giorno precedente, il medico curante aveva paventato un distacco intempestivo

della placenta. La paziente durante il ricovero non era stata sottoposta ad accertamenti ecografia per indisponibilità dell'ecografo né al monitoraggio delle contrazioni uterine attraverso l'effettuazione di tracciati cardiocografici: indagini strumentali, entrambe, che avrebbero consentito di fornire importanti indicazioni diagnostiche in merito alle cause di quelle perdite ematiche e di accertare la presenza di un eventuale distacco, anche se lieve, della placenta. Il giorno 16.5.1999, già fissato per le dimissioni della G., insorgeva una sintomatologia acuta, caratterizzata da forti dolori di pancia e vomito e venivano constatate perdite ematiche dai genitali rosso vivo miste a coaguli; diagnosticato un distacco intempestivo di placenta, la G. era sottoposta a taglio cesareo d'urgenza, a seguito del quale il feto veniva estratto privo di vita. Essendo comparsa una emorragia imponente, veniva eseguito un intervento di isterectomia e, infine, la donna veniva ricoverata d'urgenza presso il reparto di rianimazione dell'Ospedale di Lametta Terme, dove, risultate inefficaci le manovre rianimatorie, se ne verificava il decesso per arresto cardio-circolatorio conseguente a coagulazione intravasale disseminata (CID) instauratasi per distacco intempestivo di placenta.

Proprio muovendo da tali incontestati dati fattuali, i giudici dell'appello hanno, con adeguata e convincente motivazione, espresso il loro convincimento sia sulla causa della morte della G., sia sui profili di colpa (omissiva) apprezzati a carico del sanitario che aveva in cura la donna (il ricorrente, dottor V.), sia sulla sussistenza del nesso causale tra detti profili di colpa e l'evento letale.

Tale apprezzamento, va soggiunto, è stato compiuto attraverso l'analisi critica dei diversi (e contrastanti) apporti medico-legali e delle conclusioni di segno opposto raggiunte dal giudice di primo grado.

Sotto il primo profilo, quello dell'accertamento della causa della morte, la Corte d'appello ha ritenuto di trarre dalle emergenze processuali, analizzate nei termini suddetti, il convincimento che causa della morte era da ritenersi il distacco della placenta, da cui era scaturita la coagulopatia intravasale disseminata (CID) seguita da shock emorragico con danno ipossico generalizzato.

In tal modo la Corte di merito ha rispettato il principio ineludibile in forza del quale, nella ricostruzione del nesso eziologico, non si può assolutamente prescindere dall'individuazione di tutti gli elementi concernenti la "causa dell'evento" (*ergo*, la causa della morte del paziente): solo conoscendo in tutti i suoi aspetti fattuali e scientifici il momento iniziale e la successiva evoluzione della malattia, è poi possibile analizzare la condotta omissiva colposa addebitata al sanitario per effettuare il giudizio controfattuale e verificare (avvalendosi delle leggi statistiche o scientifiche e delle massime di esperienza che si attagliano al caso concreto) se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta (ma omessa), l'evento lesivo "al di là di ogni ragionevole dubbio" sarebbe stato evitato o si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva (sul punto, v. Cass., Sezione IV, 25 maggio 2005, Lucarelli, i cui principi, diversamente da quanto prospettato nei motivi aggiunti, non sono affatto contraddetti dalla sentenza *sub iudice*).

Il convincimento espresso dal giudice d'appello, siccome adeguatamente argomentato attraverso l'analisi dei diversi apporti del sapere tecnico-scientifico, non può essere qui posto in discussione, non interessando neppure approfondire se la patologia iniziale (il distacco della placenta) fosse o meno presente già al momen-

to del ricovero, essendo ampiamente soddisfacente, ai fini dell'accertamento della colpa (v. *infra*), la rappresentazione, in parte motiva, di circostanze che dovevano indurre a ritenere tale evento (a prescindere da quando insorto) come prevedibile, si da imporre un conseguente approccio diagnostico e terapeutico.

Or bene, sotto il secondo profilo, quello della colpa del sanitario, il giudice di merito ha posto in evidenza i plurimi addebiti colposi omissivi riconducibili all'odierno ricorrente, il quale, nella qualità di medico che aveva in cura la paziente, aveva comunque omessi tutti gli accertamenti necessari (in particolare quello ecografico e quello sulla contrattilità uterina che avrebbero consentito di valutare più a fondo le cause delle perdite ematiche che subiva la paziente) per impedire l'evento letale verificatosi a seguito di una patologia – quale il distacco della placenta – che, come accennato, poteva e doveva ritenersi prevedibile, tenuto conto che trattavasi di paziente a rischio, oltre per la sintomatologia, anche per la sua storia pregressa (si rappresenta in motivazione che la gravidanza della G. era successiva a due aborti spontanei precoci, a due ricoveri in ospedale per difficoltà gestazionali, ad una terapia giornaliera di deltacortene e bassi dosi di aspirina, a fronte del ripetersi di emorragie modeste). Prevedibilità del resto rafforzata, secondo quanto convincentemente riportato in motivazione, dai segnali di malessere (vomito e forti dolori di pancia) che la paziente presentava il giorno per il quale era stata disposta la dimissione.

Sotto il terzo profilo, quello del rapporto di causalità, risulta convincentemente argomentata la ritenuta sussistenza del nesso di condizionamento tra le carenze comportamentali del sanitario e l'evento morte, sviluppata attraverso il rilievo, supportato dalla scienza medica scientifica, che laddove vi fosse stato un intervento tempestivo di diagnosi e di cura, altissime sarebbero state le probabilità di fronteggiare con successo l'emorragia rivelatasi invece letale (99,5%).

In proposito, non può condividersi la censura della difesa che il ragionamento del giudice di merito avrebbe finito con il contrastare con i principi della sentenza Franzese, laddove questa avrebbe imposto il superamento delle regole della probabilità statistica nella ricostruzione del nesso di condizionamento tra la condotta omissiva del sanitario e l'evento letale verificatosi per il paziente.

Al riguardo, come puntualizzato anche in dottrina, bisogna partire dalla considerazione che la risposta sulla sussistenza o meno del nesso eziologico non può essere, in effetti, esaustivamente e semplicisticamente trovata, sempre e comunque, nelle leggi statistiche. È un assunto ormai non più dubitabile, dopo quanto ampiamente, ed esaustivamente, osservato proprio dalle Sezioni unite, con la sentenza Franzese.

Però, non può neppure affermarsi che le leggi statistiche, in precedenza considerate decisive, debbano essere completamente trascurate.

Le leggi statistiche, in vero, sono solo uno degli elementi che il giudice può e deve considerare, unitamente a tutte le altre emergenze del caso concreto. Con la conseguenza che il giudizio positivo sulla sussistenza del nesso eziologico non si baserà più solo sul calcolo aritmetico/statistico (quale che sia la percentuale rilevante), ma dovrà trovare il proprio supporto nell'apprezzamento di tutti gli specifici fattori che hanno caratterizzato la vicenda concreta.

Il giudice, in buona sostanza, potrà (anzi, dovrà) partire dalle leggi scientifiche di copertura e in primo luogo da quelle statistiche, che, quando esistano, costitu-

iscono il punto di partenza dell'indagine giudiziaria. Però, dovrà poi verificare se tali leggi siano adattabili al caso esaminato, prendendo in esame tutte le caratteristiche specifiche che potrebbero minarne – in un senso o nell'altro – il valore di credibilità, e dovrà verificare, altresì, se queste leggi siano compatibili con l'età, il sesso, le condizioni generali del paziente, con la presenza o l'assenza di altri fenomeni morbosi interagenti, con la sensibilità individuale ad un determinato trattamento farmacologico e con tutte le altre condizioni, presenti nella persona nei cui confronti è stato omesso il trattamento richiesto, che appaiono idonee ad influenzare il giudizio di probabilità logica.

In una tale prospettiva, il dato statistico, lungi dall'essere considerato ex se privo di qualsivoglia rilevanza, ben potrà essere apprezzato dal giudice, nel caso concreto, ai fini della sua decisione, se riconosciuto come esistente e rilevante, unitamente a tutte le altre emergenze fattuali della specifica vicenda *sub iudice*, apprezzando in proposito, laddove concretamente esistenti ed utilizzabili, oltre alle leggi statistiche, le “regole scientifiche” e quelle dettate dall’“esperienza”.

È ovvio poi che, in questo giudizio complessivo, il giudice dovrà verificare l'eventuale emergenza di “fattori alternativi” che possano porsi come causa dell'evento lesivo, tali da non consentire di poter pervenire ad un giudizio di elevata credibilità razionale (“al di là di ogni ragionevole dubbio”) sulla riconducibilità di tale evento alla condotta omissiva del sanitario.

Ed è altresì ovvio che, in questo giudizio complessivo, il giudice dovrà porsi anche il problema dell’“interruzione del nesso causale”, per l'eventuale, possibile intervento nella fattispecie di una “causa eccezionale sopravvenuta” – rispetto alla condotta *sub iudice* del medico – idonea ad assurgere a sola causa dell'evento letale (articolo 41, comma 2, c.p.).

Nel rispetto di tale approccio metodologico, il giudizio finale, laddove di responsabilità a carico del sanitario, non potrà che essere un giudizio supportato da un “alto o elevato grado di credibilità razionale” ovvero da quella “probabilità logica” pretesa dalle Sezioni unite Franzese; mentre l'insufficienza, la contraddittorietà e/o l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale e, quindi, il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico, rispetto ad altri fattori interagenti o eccezionalmente sopravvenuti nella produzione dell'evento lesivo, non potrà che importare una conclusione liberatoria.

Or bene, il giudice di merito si è mosso nel pieno rispetto di questi principi essendo pervenuto al giudizio di responsabilità esprimendo il proprio convincimento non solo e non tanto sul dato statistico percentuale (delle probabilità di salvezza), ma inserendo tale dato nel giudizio complessivo che lo ha portato, in modo convincente e qui incensurabile, a fondare la responsabilità del sanitario per l'evento letale in modo “processualmente certo”.

In altri termini, la sentenza impugnata, richiamando il dato statistico relativo alla possibilità di sopravvivenza della paziente con distacco di placenta in caso di intervento tempestivo, dopo avere esaminato tutte le circostanze del caso concreto ed aver effettuato il giudizio controfattuale, si è posta in linea con i principi consolidati della giurisprudenza di legittimità, secondo i quali, come già evidenziato, il dato statistico deve ricevere conferma nell'apprezzamento di tutti gli elementi che hanno caratterizzato il caso concreto.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e di quelle di parte civile che liquida in complessive euro 2.500,00 (duemilacinquecento), di cui 300,00 (trecento) per spese, oltre IVA e CPA.

Così deciso nella camera di consiglio del 9 febbraio 2006

Il Consigliere, estensore II Presidente

Patrizia Piccialli Graziana Campanaio