

1° CONGRESSO NAZIONALE COMLAS – Siena, 9-11 ottobre 2014  
*Medicina Legale ed allocazione delle risorse: proposte di razionalizzazione*

# **RESPONSABILITÀ MEDICA E COLPA GRAVE: cosa, come e quando**



# COSA?

## Anzitutto il concetto di **responsabilità medica**:

Nonostante una incalzante deriva verso l'ampliamento della responsabilità giuridica del medico dall'ambito tradizionale della colpa a quella del dolo (eventuale) in sede giuspenalistica, non v'è dubbio che in sede civile tale deriva non si è verificata, posto che ai fini sia dell'art. 1218 c.c. (per la responsabilità contrattuale) sia dell'art. 2043 (per la responsabilità aquiliana) la risarcibilità del danno alla persona prescinde da una precisa attribuzione dell'illecito alla categoria della colpa ovvero a quella del dolo, nel senso che la distinzione non comporta differenze nella natura e nell'entità della reazione giuridica (obbligazione risarcitoria).

# La responsabilità medica come categoria giurisprudenziale

In effetti, mentre nell'impianto codicistico, vuoi penale vuoi civile, non sussiste e non è rinvenibile alcuna distinzione tra la responsabilità giuridica del *quisque de populo* e quella del medico (lo stesso art. 2236 c.c., con la delimitazione dell'obbligazione risarcitoria ai casi di dolo o di colpa grave, si riferisce al prestatore d'opera in generale e non al solo medico), la caratterizzazione di una responsabilità medica è frutto di una evoluzione (involuzione?) giurisprudenziale avvenuta per tappe nel corso dell'ultimo ventennio.

# LA NATURA CONTRATTUALE DEL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE

Il primo e più importante passaggio di questa evoluzione giurisprudenziale è consistita nell'affermazione della natura contrattuale della responsabilità del medico (Cass. Civ. Sez. III, 9085/06; Cass. Civ. Sez. III, 4152/95, Cass. Civ. Sez. III, 5939/93) sulla base di due teorie (teoria del **contratto con effetti protettivi a favore di terzo** e **teoria del contratto di fatto o da contatto sociale o da affidamento**), con le note conseguenze in materia di ripartizione dell'onere della prova.

## Il ridimensionamento dell'art. 2236 c.c.

La riconducibilità della responsabilità del medico all'ambito contrattuale consente di fare diretta applicazione dell'art. 2236 c.c., in base al quale, se la prestazione implichi la soluzione di problemi di speciale difficoltà (che trascendono la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica, cfr. Cass. Civ., Sez. III, 2334/11; Cass. Civ. Sez. III, 4852/99), il prestatore d'opera risponde solo in caso di dolo o colpa grave.

In dottrina e in giurisprudenza è ormai condivisa l'opinione secondo la quale tale limitazione della responsabilità attiene esclusivamente alla perizia, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza.

Deve infine ricordarsi che, secondo la giurisprudenza, la particolare complessità, che determina l'innalzamento della soglia di rilevanza della colpa, è da ravvisare nei casi non ancora studiati o sperimentati a sufficienza, ovvero nei quali ancora manchi un dibattito con riferimento ai metodi terapeutici da eseguire (cfr. Cass. Civ. Sez. III, 8845/95). Altrimenti la valutazione della diligenza professionale va effettuata con riguardo alla specifica prestazione, dal momento che la condotta del medico va riferita al livello di pericolosità della situazione in cui si trova ad operare (Cass. Civ., Sez. III, 24801/13).

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

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

Il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità medica implica, altresì, una diversa disciplina della **prescrizione**. Non configurandosi l'evento lesivo come illecito aquiliano, bensì come inadempimento contrattuale, si applicherà la prescrizione ordinaria, di cui all'art. 2946 c. c., in luogo di quella quinquennale, prevista dall'art. 2947 c. c.



# INFINE: LA “CAUSALITÀ DEBOLE”

Con riguardo alla sussistenza del **nesso di causalità** fra l'evento dannoso e la condotta colpevole (omissiva o commissiva) del medico, la giurisprudenza (Cass. Civ. Sez. III, 4400/04), pur prestando formale ossequio alla nota pronuncia Franzese (SS. UU. Penali, 30328/02), se ne è successivamente discostata, affermando che il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del professionista, se correttamente e tempestivamente svolta, si sarebbe presentata in termini non necessariamente di assoluta certezza, ma anche solo di ragionevole probabilità, dal momento che non è dato esprimere, in relazione ad un evento esterno già verificatosi oppure ormai non più suscettibile di verificarsi, certezze di sorta, ma solo semplici probabilità.

Ove, dunque, il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specialmente qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti.

È stato rilevato in questo senso come la causalità civile possa essere caratterizzata da una soglia meno elevata di probabilità rispetto al giudizio di causalità penale (Cass. Civ. Sez. III, 21619/07). In particolare, nell'accertamento del nesso causale civile, è possibile accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale: la causalità civile obbedisce alla logica del “**più probabile che non**”.

# LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO ENTRA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

La novità, rispetto ad una evoluzione totalmente giurisprudenziale, è consistita nell'introduzione, all'interno dell'ordinamento, di una specifica disposizione volta a limitare la responsabilità dei medici che, **«nello svolgimento della propria attività si attengono a protocolli diagnostico-terapeutici, linee guida e pratiche elaborate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»** (art. 3 del c.d. "Decreto Balduzzi", vale a dire il D.L. n. 158/12, convertito in Legge n. 189/12). A queste condizioni gli stessi rispondono degli eventuali danni solo nei casi di dolo e colpa grave.

# UNA NORMA A VALENZA MERAMENTE PENALISTICA?

La valenza della disposizione, come è stato precisato, attiene alla mera sfera penale, senza che abbia nulla a che vedere con la responsabilità civile, tanto contrattuale, quanto extracontrattuale (Cass. Civ., Sez. III, 4030/13).

In ogni caso il mero rispetto delle linee guida previste dalla legge non può essere invocato come "scudo" protettivo, dovendosi comunque valutare comunque i profili di causalità della colpa per negligenza ed imprudenza della condotta medica (Cass. Pen., Sez. IV, 5028/2014). Non si può, infatti, trascurare che l'elaborazione delle linee guida può tener conto di esigenze estranee ai bene protetto dalla norma incriminatrice e può assumere il ruolo di scudo della cosiddetta medicina difensiva, nel senso che il sanitario può essere indotto ad attenervisi comunque nella prospettiva di garantirsi l'impunità. Da ciò discende, da un lato, che l'adeguamento del sanitario alle linee guida può non essere sufficiente, come afferma il tenore letterale dell'art. 3 della legge n. 189/2012, ad escludere la colpa, e, per altro verso, che il giudizio di responsabilità colposa fondato sul paradigma normativo dell'art. 43 c.p. esige che vengano presi in considerazione elementi ulteriori, segnatamente i profili della causalità della colpa per negligenza e imprudenza, rispetto alla mera violazione di regole cautelari.

# MA SARÀ POI DEL TUTTO VERO?

Rileggiamo la norma.

## **Legge 8 novembre 2012, n. 189**

Art. 3: «1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. **In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».**

La norma comporta in effetti:

■ una valorizzazione della colpa medica come **colpa specifica**, sottraendo spazio al suo apprezzamento – decisamente assai più discrezionale – come **colpa generica**;

■ una limitazione **anche** della responsabilità civile – ove non sussista una colpa specifica – alle sole ipotesi di dolo o colpa grave, ricalcando il paradigma dell'art. 2236 c.c.;

Il richiamo all'art. 2043 c.c. sembrerebbe, infine, ricondurre la responsabilità del medico all'ambito aquiliano, ribaltando l'interpretazione meramente contrattualistica di quasi un ventennio di giurisprudenza, con le relative conseguenze.

# LA COLPA GRAVE

Il Codice civile, a differenza di quello penale, non fornisce alcuna definizione della colpa.

Né l'uno né l'altro Codice, comunque, detta una definizione della **colpa grave**, o per contro una definizione di **colpa lieve**, dalla quale dedurre il grado della colpa.

Tuttavia, il Codice civile richiama frequentemente il concetto di **colpa grave**:

art. 789 c.c.

art. 2236 c.c.

art. 1698 c.c.

art. 1836 c.c.

art. 1889, comma 2, c.c.

art. 1892 c.c.

art. 1592, comma 2, c.c.

art. 1900 c.c.



art. 1229, comma 1, c.c.  
art. 491 c.c.  
art. 935 c.c.  
art. 939, comma ultimo, c.c.  
art. 2864, comma 1, c.c.  
art. 1992, comma 2, c.c.  
art. 2055, comma 2, c.c.  
art. 1227, comma 1, c.c.

# IL GRADO DELLA COLPA

Sul grado della colpa, un grande giurista quale Ferrando Mantovani alcuni anni fa sconsolatamente constatava che «la materia è scarsamente trattata», rilevando peraltro l'avvenuto ripudio della teoria privatistica dei tre gradi della colpa civile (*culpa lata, levis, levissima*) determinabili alla stregua del *quidam de populo*, del *bonus paterfamilias* e del *vir diligentissimus*, e la ormai incontestata ammissibilità della stessa in sede penale, sulla base dell'art. 133 c.p. e degli artt. 43 e 61 c.p.

Pur dando atto di un vecchio e diffuso scetticismo, per cui si ritiene che il giudizio sia largamente condizionato da **intuizioni emotive** [del Giudice], nondimeno il Mantovani ha indicato alcuni criteri utili alla graduazione della colpa:

- la maggiore o minore **prevedibilità** ed **evitabilità** dell'evento;
- il **quantum di esigibilità** della osservanza di regole cautelari;

- il **tipo di motivazione**, specie quando si tratti di conflitti di doveri;
- il **quantum** di divergenza tra la condotta doverosa e quella tenuta.

A sua volta, Guido Alpa ha richiamato l'ironico giudizio di un giurista francese (Paul Esmein), secondo il quale «*la notion de faute reste, après tant d'études, un domaine de désaccord et de confusion*».

Difficile non condividere la suddetta opinione.

Si può, semmai e con uno sprazzo di ottimismo, esprimere l'auspicio che, dopo il primo tentativo esperito con la legge 8 novembre 2012, n. 189, il legislatore intervenga a riformularne i contenuti con maggiore chiarezza e con migliore aderenza alle problematiche sollevate da una giurisprudenza apparsa, almeno in talune circostanze, come orientata “ **a senso unico**”.

**GRAZIE PER  
L'ATTENZIONE**