



La responsabilità medica: cooperazione colposa e concorso di cause autonome

di

Giovanni De Grassi*

SOMMARIO: 1. Annotazioni introduttive. 2. La c.d. “co-gestione” del rischio. 3. Considerazioni conclusive: il rapporto di causalità ex art. 41, comma 2 c.p.

1. Annotazioni introduttive

Le riflessioni che seguono intendono esaminare, brevemente, il fenomeno della cooperazione colposa in materia di responsabilità del medico¹. La tematica si inserisce nell’analisi dell’elemento soggettivo del reato. Più precisamente, si proverà a fare un po’ di chiarezza sul seguente *punctum crucis*: su come la colpa debba essere valutata quando il medico non è solo nella cura del paziente, ma concorra con ulteriori apporti specialistici da parte di altri soggetti².

Circoscritta l’estensione del tema alla condotta della cooperazione ex art. 113 c.p., sembra opportuno precisare che quest’ultima può essere di due tipi: contestuale o successiva. La prima ipotesi si verifica quando più soggetti intervengono nell’ambito dello stesso contesto temporale con l’unitaria finalità di cura del paziente. Esempio classico è l’intervento chirurgico in *équipe*. La cooperazione successiva, invece, consiste nell’intervento diagnostico o terapeutico

* Avvocato e Funzionario Amministrativo presso A.O.U. – Consorziato Policlinico di Bari

¹ In merito, si veda A. BASTIANELLO, *La responsabilità penale dei professionisti*, Padova, 2012, spec. 15 ss.

² Cfr. C. PADOVANI, *Le lesioni colpose*, Santarcangelo di Romagna, 2009, 223 ss.; G. IADECOLA, *La colpa professionale del medico*, in G. Iadecola – M. Bona, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Milano, 2009, 63 ss.

da parte di più sanitari che prestano il proprio apporto in momenti cronologicamente successivi³.

La cooperazione medico-chirurgica si caratterizza per il fatto che ogni soggetto che interviene, contestualmente o successivamente, è titolare di obblighi divisi, in quanto differenti sono le regole cautelari di riferimento, in relazione alla specificità delle branche professionali⁴.

Per tale ragione si pone il problema di individuare fino a che punto, nel caso di esito infausto, il componente dell'équipe possa rispondere per i comportamenti colposi posti in essere da parte degli altri sanitari con cui si instaura la cooperazione. Dunque, ci si è chiesti se in questi casi debba escludersi la colpa per il soggetto che abbia rispettato le proprie regole cautelari di riferimento, ovvero se in capo allo stesso si possano configurare degli obblighi ulteriori, consistenti nella verifica del rispetto da parte degli altri delle norme di diligenza, prudenza e perizia⁵.

2. La c.d. "co-gestione" del rischio

L'attività medica contestuale è disciplinata dalle disposizioni dettate in materia di cooperazione colposa ai sensi dell'art. 113 c.p., poiché consiste in un'ipotesi di co-gestione del rischio⁶. Si tratta, infatti, di un'attività pericolosa, autorizzata dall'ordinamento, in cui i medici coinvolti rispondono in concorso dell'evento lesivo derivante dallo svolgimento di tale attività, con la conseguente applicazione della disciplina sulle circostanze *ex artt. 111 ss. del codice penale*⁷.

Il membro dell'équipe rimane esente da responsabilità solo nel caso in cui l'errore altrui non sia riconoscibile dalle comuni conoscenze del professionista medio o altamente specialistico e settoriale, ovvero anche in caso di errore

³ In tal senso, R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, Milano-Fiori Assago, 2008, 291 ss.

⁴ Così R. BERTI, *Legge Balduzzi: riforma, rivoluzione o confusione?*, in F. Martini – U. Genovese, *La valutazione della colpa e la sua tutela assicurativa*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 67.

⁵ In giurisprudenza, da ultimo, cfr. *Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2018, n. 16919*; *Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2018, n. 11752*; *Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio 2018, n. 24068*.

⁶ Si veda M. DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, 27 ss.

⁷ L. CAJAZZO – M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Corriere giur.*, 2013, n. 4, 491-492.

riconoscibile, si sia attivato per evitare il verificarsi dell'evento⁸.

Diversa è la condizione del capo dell'*équipe*, il quale riveste una posizione di garanzia aggravata, poiché l'assenza di responsabilità di costui è da ravvisarsi solo in caso di errori altrui imprevedibili che si sostanziano in violazioni specialistiche. In ogni caso ci sarà addebito di responsabilità se sul piano materiale il capo dell'*équipe* avesse avuto la possibilità di interrompere il nesso causale o limitare la gravità dell'evento tramite il proprio intervento⁹.

La sussistenza della colpa in capo a uno dei medici componenti dell'*équipe* esclude l'operatività del principio del legittimo affidamento secondo cui ognuno nel rispettare i propri obblighi di cautela deve poter confidare nell'osservanza delle regole cautelari da parte degli altri in relazione alle rispettive attività specialistiche¹⁰.

Dopo aver illustrato il principio che regge la cooperazione contestuale, è opportuno procedere con l'analisi della cooperazione che si instaura con rapporto specialistico di sanitari in momenti successivi. Si possono distinguere due ipotesi. La prima è quella della successione nel turno in cui, secondo dottrina e giurisprudenza, vi è una successione nella titolarità della posizione di garanzia tra il cedente e il cessionario, purché siano rispettate certe condizioni:

- a) la cessione deve avvenire sulla base di una fonte formale (come ad esempio la legge o un contratto);
- b) il cedente deve godere di effettivi poteri impeditivi;
- c) il cessionario deve aver rispettato gli obblighi informativi in merito alla condizione del paziente;
- d) l'attività o la situazione non deve essere inficiata da inosservanza di regole cautelari¹¹.

⁸ Si veda, già, R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1, 350 ss.

⁹ G. COMADÉ, *Riduzione del rischio clinico e mediazione civile assenti nelle misure sulla responsabilità medica*, in *Guida al diritto*, 39, 29 settembre 2012, 9.

¹⁰ F. MARTINI, *Nella valutazione a posteriori dell'azione clinica sarà fondamentale l'osservanza delle linee guida*, in *Guida al diritto*, 39, 29 settembre 2012, 29.

¹¹ A. BASTIANELLO, *La responsabilità penale dei professionisti*, op. cit., 57 ss.

In mancanza di tali presupposti opera, al contrario, il principio di continuità delle posizioni di garanzia. Per cui, nel caso di evento infausto per un'omissione del successore non si esclude la responsabilità del cedente, in quanto la condotta del cessionario non è un fatto eccezionale e sopravvenuto idoneo a interrompere il nesso causale tra la condotta del precedente medico e l'evento¹².

Ulteriore ipotesi di cooperazione colposa successiva può verificarsi nel caso in cui siano stati commessi errori terapeutici da parte di più medici intervenuti in tempi diversi. In questo caso si pone un problema di causalità, e non più di colpa, in quanto non opera l'art. 113 c.p., trovando applicazione le normali regole del reato mono-soggettivo da contestare a ciascun sanitario. Per comprendere se e in che misura possano ritenersi penalmente responsabili i singoli operatori che con le loro condotte colpose hanno cagionato la morte del paziente, infatti, occorre valutare se l'evento letale sia eziologicamente riconducibile a ciascuna delle condotte¹³.

A questo punto della trattazione occorre ricordare che storicamente il principio causalistico è stato ricostruito in termini diversi, che conducono a risultati differenti in termini di responsabilità.

La base comune è costituita dalla teoria condizionalistica pura che consiste in un giudizio controfattuale *ex post*, tramite il quale viene esclusa la responsabilità dell'agente se, eliminando la sua condotta, l'evento si sarebbe ugualmente verificato. Nel caso preso in considerazione, allora, si dovrebbe affermare la responsabilità di tutti i medici intervenuti in quanto ogni condotta è considerata antecedente logico-necessario dell'evento infausto¹⁴.

Siffatta tesi della *condicio sine qua non* porterebbe ad un inaccettabile *regressus ad infinitum*, motivo per il quale sono stati elaborati alcuni correttivi che trovano l'addentellato normativo nell'art. 41 comma 2 c.p., ai sensi del quale è escluso il

¹² Cfr. Cass. pen., IV, 19 settembre 2012, n. 35922, in CED Cassazione, 2012, in Corriere giur., 2013, n. 4, 479 ss., con nota di L. CAJAZZO – M. MARZANO.

¹³ M. BONA, *La responsabilità civile dei medici e delle strutture sanitarie*, in G. Iadecola e M. Bona, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie – Profili penali e civili*, Milano, 240 ss.

¹⁴ In tal senso la giurisprudenza sembra essere pacifica. Si veda, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in Nuova giur. civ., 2000, I, 334, con nota di A. THIENE, in Giur. it., 2000, 740; con nota di F.G. PIZZETTI, in Foro.it, 1999, I, 3332

nesso eziologico tra condotta ed evento in presenza di cause sopravvenute che abbiano da sole cagionato l'evento¹⁵.

3. Considerazioni conclusive: il rapporto di causalità ex art. 41, comma 2 c.p.

Tanto premesso, si ritiene di effettuare una disamina delle teorie elaborate in relazione all'art. 41 comma 2 c.p. e i conseguenti risultati delle loro applicazioni nell'ipotesi in esame.

Secondo una prima impostazione l'interruzione del rapporto di causalità si avrebbe solo in presenza di serie causali autonome ossia solo quando intervengano fattori completamente avulsi dal decorso causale azionato dalla condotta dell'agente. Detta teoria prende il nome di causalità indiretta o sorpassante. Secondo le critiche dei più, quanto affermato, si desume già dall'art. 40 c.p. senza ricorrere alla previsione dell'art. 41 comma 2 c.p. Per tale ragione si è ritenuto di dare rilevanza a quei fattori che si pongono nello stesso decorso causale innescato dalla condotta dell'agente, ma che per il loro carattere di eccentricità e imprevedibilità sono idonei a interrompere il nesso eziologico¹⁶.

Il superamento delle critiche alla causalità sorpassante sfocia nelle teorie della causalità umana e della causalità adeguata. Secondo quest'ultima può essere considerata causa dell'evento solo la condotta che, sulla base di un giudizio *ex ante*, sia "adeguata" al verificarsi dell'evento, da valutarsi tramite criteri oggettivi e secondo *l'id quod plerumque accidit*. La causalità umana, invece, ritiene essere escludenti del nesso eziologico i fattori che siano imprevedibili e ingestibili, in quanto sottratti alla sfera di dominio e controllo dell'agente. Dunque, nel caso in cui vi sia un lieve errore del primo medico la sua responsabilità sarà esclusa, se il secondo medico che interviene pone in essere un errore enorme ed imprevedibile¹⁷.

Quest'ultima impostazione, però, pone un problema di sovrapposizione tra elemento oggettivo e soggettivo. Infatti, si distingue nettamente dalla causalità

¹⁵ Da ultimo, *Cass. pen.*, sez. IV, 23 gennaio 2018, n. 22007.

¹⁶ Di tale convinzione appare autorevole dottrina. Cfr. I. KENNEDY – A. GRUBB, *Medical Law*, London, 2000, 526-530.

¹⁷ F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984 ss.

della condotta, la c.d causalità della colpa, che si sostanzia nell'accertare se l'evento rientra nel novero di quelli che la norma di condotta violata mira ad evitare. Verifica da condursi successivamente a quella della sussistenza del nesso eziologico sulla base del criterio della *condicio sine qua non*¹⁸.

È necessario in questa sede specificare che l'accertamento dell'una o dell'altra conduce a risultati diversi sul piano del giudizio civile per danni. Infatti, la violazione da parte del medico della regola cautelare che non era preposta ad evitare l'evento morte, il quale deriva invece dall'errore eccezionale di altro sanitario fa sì che il primo dovrebbe essere assolto perché il fatto non costituisce reato e nel giudizio civile, il giudice dovrebbe svolgere un accertamento autonomo sulla responsabilità, non avendo efficacia di giudicato la sentenza penale di assoluzione con tale formula¹⁹.

Infine, deve darsi atto degli ultimi approdi giurisprudenziali della Cassazione (Cass. 28 maggio 2015, n. 33329; Cass. 15 aprile 2016, n. 15493). I giudici di legittimità in recenti pronunce hanno aderito alla tesi della c.d. imputazione oggettiva dell'evento, secondo la quale la condotta si considera causa dell'evento quando il rischio, riprovato dall'ordinamento, oltre ad essere creato è anche stato concretamente realizzato. In tal modo si introduce il concetto di gestione del rischio collegato alla responsabilità, in cui l'agente potrà rispondere dell'evento quando questo rientra nella sfera di rischio che il soggetto agente era tenuto a controllare in virtù della sua posizione²⁰.

Non è il criterio dell'eccezionalità del fattore sopravvenuto ad incidere negativamente sul nesso causale, bensì è necessario che il rischio derivante dal fattore sopravvenuto sia del tutto nuovo rispetto a quello innescato dalla condotta dell'agente²¹.

¹⁸ In tal senso il giudice di legittimità. Si veda, da ultimo, *Cass. civ., sez. III, 2 marzo 2018, n. 4928*.

¹⁹ P.F. POLI, *Il ddl Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2017.

²⁰ Si veda C. CUPELLI, *Alle porte una nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Penalecontemporaneo.it*, 16 gennaio 2017.

²¹ Cfr. F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Penalecontemporaneo.it*, 23 febbraio 2017.

Utilizzando tali coordinate, nell'ipotesi di morte del paziente determinata da errori commessi da medici in momenti diversi, il medico il cui errore non abbia attivato il rischio morte con la propria condotta andrà esente da responsabilità, poiché l'evento non voluto si è verificato in conseguenza di altro errore²².

dirittifondamentali.it

²² In merito, P. PIRAS, Imperitia sine culpa non datur. *A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *Penalecontemporaneo.it*, 1 marzo 2017.