

DIMENSIONE GIURIDICA | LEGAL DIMENSION

Studi per il Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze

3

Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali

a cura di

Davide Bianchi



G. Giappichelli Editore

DIMENSIONE GIURIDICA | LEGAL DIMENSION
Studi per il Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze

3

Comitato scientifico

Proff. Adelina Adinolfi, Vittoria Barsotti, Paolo Cappellini, Riccardo Del Punta,
Micaela Frulli, Michele Papa, Giovanni Passagnoli, Orlando Roselli, Emilio Santoro.

Coordinatore

Prof. Alessandro Simoni.

Dimensione giuridica/Legal dimension si pone in continuità ideale con i “Quaderni del dottorato fiorentino in scienze giuridiche” pubblicati tra il 2013 e il 2017 e vuole porre in evidenza come quanto avviato negli anni passati sia diventato ora un dato strutturale. È questo il caso anzitutto del processo di internazionalizzazione, che ha condotto a un’elaborazione scientifica che è bene sia accolta in una tipologia di pubblicazione capace di evidenziare, anche già nel nome, la rilevanza non puramente municipale del suo contenuto.

Il percorso costruito attraverso gli anni ha permesso di gettare le basi anche dell’elemento di innovazione introdotto in questa nuova fase, ossia la valorizzazione del lavoro dei dottorandi e di chi si è recentemente formato nel dottorato fiorentino e sta costruendo il proprio percorso scientifico. Dimensione giuridica/Legal dimension non vuole infatti proporsi come luogo dove i “giovani” sono semplicemente invitati a fornire contributi all’interno di iniziative ideate e dirette da altri, più avanti negli anni e nella carriera, ma intende accogliere principalmente ricerche proposte e coordinate in prima persona proprio da early career scholars, pur senza escludere a priori l’inclusione di scritti di studiosi affermati.

Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali

a cura di

Daide Bianchi



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4010-3

ISBN/EAN 978-88-921-9724-4 (ebook - pdf)

Volume pubblicato con il contributo del MIUR per i progetti di eccellenza 2018-2022.

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico 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, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
GLI AUTORI	IX
RISCHIO, RESPONSABILITÀ E LORO DISTRIBUZIONE IN AMBITO SANITARIO	
di <i>Davide Bianchi</i>	1
1. Una premessa prefatoria	1
2. I rischi	2
3. Le responsabilità	6
4. La distribuzione di rischi e responsabilità	8
5. Gli spunti di riforma (e di approfondimento della riflessione)	10
RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA STRUTTURA E DEL PERSONALE SANITARIO: UNA DISTINZIONE CHE VA OLTRE LA NATURA CONTRATTUALE O EXTRACONTRATTUALE	
di <i>Daniela Marcello</i>	13
1. Il c.d. doppio binario, la scelta della legge Gelli-Bianco	13
2. La prestazione della struttura e la condotta doverosa del sanitario	17
3. La sicurezza delle cure e gli obblighi organizzativi della struttura	19
4. Le infezioni nosocomiali	23
5. La distribuzione del rischio di insuccesso delle cure	31

	<i>pag.</i>
L'“ALLOCAZIONE DELLA COLPA” NELLA RESPONSABILITÀ PENALE SANITARIA di <i>Alberto Cappellini</i>	35
1. Rischio penale e “allocazione della colpa”: un chiarimento preliminare	35
2. Il binario tradizionale: l'allocazione della colpa sul singolo medico curante. L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale della colpa medica e le difficoltà del superamento di un assetto di ampia responsabilizzazione	40
3. Il ruolo espansivo del penale connesso al “fattore plurisoggettività” nell'economia della distribuzione del rischio in ambito medico	44
4. Dall'allocazione della colpa ai vertici sanitari e amministrativi nell'esperienza giurisprudenziale alle suggestioni della responsabilità da reato dell'ente collettivo	49
5. La mancata valorizzazione, sul versante penalistico, dell'approccio avente al centro l'ente e la sua organizzazione da parte della legge Gelli-Bianco. Le resistenze culturali colpevolizzatrici dell'uomo contemporaneo e i possibili percorsi di razionalizzazione dell'assetto di allocazione della colpa in ambito sanitario	53
CONCORSO DI COLPA DEL DANNEGGIATO E RESPONSABILITÀ MEDICA: PRIME NOTE di <i>Nicola Rumìne</i>	61
1. Il concorso colposo del danneggiato in ambito medico	61
2. L'inquadramento dell'art. 1227, 1° comma, c.c.	62
3. L'ordinaria diligenza di cui all'art. 1227, 2° comma, c.c.	66
LA RESPONSABILITÀ MEDICA TRA INDIVIDUALE E COLLETTIVO. RISCHI, REGOLE, CENTRI DI IMPUTAZIONE di <i>Roberto Bartoli</i>	73
1. Ambientamento	73
2. Tipologie di rischi, regole e centri d'imputazione	75
3. Cenni alla dialettica individuale e collettivo nella responsabilità medica in ambito civile	77

pag.

4. Individuale e collettivo nella responsabilità medica in ambito penale. La responsabilità individuale tra medici e vertici organizzativi	80
4.1. La responsabilità collettiva	81
4.1.1. La responsabilità collettiva delle strutture sanitarie	83

RESPONSABILITÀ SANITARIA E CRISI PANDEMICA: SPUNTI
DI RIFLESSIONE DENTRO E OLTRE L'EMERGENZA

di *Marco Rizzuti*

87

GLI AUTORI

Davide BIANCHI, *Dottore di ricerca in Scienze giuridiche (Indirizzo Discipline penalistiche) e Docente a contratto presso l'Università di Firenze*

Daniela MARCELLO, *Ricercatrice in Diritto privato presso l'Università di Firenze*

Alberto CAPPELLINI, *Dottore di ricerca in Scienze giuridiche (Indirizzo Discipline penalistiche) presso l'Università di Firenze e Magistrato ordinario in tirocinio*

Nicola RUMÌNE, *Assegnista di ricerca PostDoc in Diritto privato presso l'Università di Firenze*

Roberto BARTOLI, *Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Firenze*

Marco RIZZUTI, *Ricercatore in Diritto privato presso l'Università di Firenze*

RISCHIO, RESPONSABILITÀ E LORO DISTRIBUZIONE IN AMBITO SANITARIO

di *Davide Bianchi*

SOMMARIO: 1. Una premessa prefatoria. – 2. I rischi. – 3. Le responsabilità. – 4. La distribuzione di rischi e responsabilità. – 5. Gli spunti di riforma (e di approfondimento della riflessione).

1. *Una premessa prefatoria*

L'evento seminariale da cui ha tratto vita il presente volume collettaneo, così come i diversi contributi in questo raccolti, hanno messo ben in luce la polisemia di ognuno dei tre termini fondamentali che compongono il titolo della seconda edizione dei "Dialoghi tra civile e penale": *Distribuzione, rischio e responsabilità*. Congiuntamente alla polisemia è emerso chiaramente come questi termini, trasversali e relevantissimi per molti ambiti del diritto post-moderno, assumano una particolare densità e articolazione in quello sanitario, costringendoci a immergerci in problematiche d'enorme complessità ma consentendo anche di dischiudere orizzonti d'innovazione, di migliore comprensione, di migliore bilanciamento dei plurimi e centrali interessi in gioco.

Nell'introdurre alla lettura dei contributi che seguono, frutto di una intensa riflessione interdisciplinare, cercherò di sbizzare i significati principali di "distribuzione", di "rischio" e di "responsabilità" in rapporto al settore sanitario. Comincerò dallo sfuggente concetto di "rischio", ossia dall'elemento costante, pervasivo, immanente della post-modernità, che – come purtroppo confermato dalla persistente crisi pandemica – ha assunto una vera e propria centralità nella pianificazione, nell'organizzazione e nell'espletamento delle attività sanitarie; si passerà poi al concetto di "responsabilità", elemento portante di qualsiasi discorso sulla "giuridicità", che proprio nel settore sanitario tende a declinarsi in forme peculiari e problematiche; solo in terzo luogo si tratterà del concetto di "distribuzione" (che pure figura come primo termine nel titolo del seminario e

del volume), apparendo questo un concetto per così dire strumentale rispetto ai primi due. Infine, facendo tesoro dei molti spunti e indicazioni provenienti dall'evento seminariale e trasfusi nei contributi che seguono, proverò a individuare dei *topoi*, dei luoghi concettuali da cui partire per approfondire la riflessione e per iniziare a tracciare possibili linee di riforma.

2. I rischi

Come detto, il rischio è la dimensione costante, per non dire costitutiva, dell'epoca contemporanea (viviamo nella "società del rischio" come ormai da tempo si va ripetendo)¹, tuttavia la sua perimetrazione concettuale risulta tutt'altro che semplice, affacciandosi una pluralità di significati non sempre conciliabili tra loro.

Ridotto all'osso, al nucleo incompressibile, il rischio è la probabilità di un evento considerato anche nel suo impatto, secondo la nota formula $R(\text{ischio}) = P(\text{robabilità}) \times I(\text{mpatto})$. Dietro questa formula sintetica però si agita un mondo complesso. Anzitutto non è nemmeno detto che l'evento della cui possibilità di verifica si discute sia un evento avverso, poiché secondo (parte de) la letteratura anglosassone occorre distinguere un *negative risk* da un *positive risk*, dove il primo è un rischio in senso stretto, una possibilità di evento negativo, mentre il secondo designa un'opportunità²; spesso si tratta delle facce della stessa medaglia, poiché ogni azione o inazione comporta al tempo stesso *hazards* e *opportunities*, ma bisogna riconoscere che nel linguaggio giuridico e più ampiamente nella cultura italiani il lemma "rischio" sta ad indicare la possibilità di un evento avverso, disvoluto, negativamente impattante, ed in tale senso è stato impiegato nel presente volume.

In secondo luogo, bisogna notare che il nebuloso concetto di rischio si presta ad accogliere sia analisi precise, tendenzialmente "oggettive" in quanto basate su ampi dati statistici e su simulazioni condotte col supporto di leggi scientifiche consolidate, sia analisi più incerte, valutative, dotate di scarso corredo nomologico e quindi in buona parte "soggettive", basate più sull'esperienza e sensibilità del singolo analista che su dati oggettivi e largamente condivisi. Si

¹ Il riferimento scontato è a U. BECK, *La società del rischio*, Roma, 2013 (edizione originale, *Risikogesellschaft*, Suhrkamp, 1986).

² Sui diversi significati di rischio nella "*risk management community*" v. per tutti T. RAZ-D. HILLSON, *A Comparative Review of Risk Management Standards*, in *Risk Management: An International Journal*, 2005, p. 61 ss.

distingue a tal proposito tra “analisi quantitative” e “analisi qualitative”³, dovendosi però sottolineare che il livello analitico non esaurisce certo la dimensione del rischio: una volta misurato (con maggiore o minore approssimazione), il rischio deve essere sempre valutato in base a criteri *lato sensu* politici, poiché è in base a considerazioni valoriali e socio-economiche – di selezione e bilanciamento degli interessi – che viene stabilita la soglia di accettabilità del rischio e che, correlativamente, vengono decise quali e quante misure di prevenzione debbono essere adottate per contenere le possibilità di evento avverso (dalla misura radicale del divieto assoluto dell’attività rischiosa – nessuna quota di rischio viene tollerata – alla misura opposta ma altrettanto radicale della totale liberalizzazione dell’attività pur sempre rischiosa – il rischio viene accettato così com’è). Si può dire che mentre nelle “analisi quantitative” la dimensione più strettamente valutativa, “politica”, si sposta ad un momento successivo alla misurazione delle probabilità e della portata dei danni ipotizzati, nelle “analisi qualitative” invece tale dimensione valutativa penetra nello stesso calcolo delle probabilità e delle conseguenze della verifica dell’evento temuto; in entrambi i casi, come detto, il momento politico è ineliminabile ma nel secondo, a causa dell’incertezza scientifica (non sono chiari i fattori e gli sviluppi causali dei possibili danni), esso tende a fondersi con la stessa misurazione della probabilità e dell’impatto dell’evento avverso. Infatti, in caso di analisi qualitative, la stessa valutazione dell’*assessor*, non potendo essere nominalmente irreggimentata, tenderà ad essere influenzata anche da opzioni assiologiche, premesse culturali, calcoli economici. Nei contributi che seguono affiora la commistione tra rischio, incertezza e dimensione valutativa, come ad esempio nella trattazione dei meccanismi d’imputazione alla struttura sanitaria di eventi avversi, come le infezioni nosocomiali, spesso oscuri nella loro eziologia⁴ oppure nella differenziazione tra *rischio clinico*, quale “rischio patologico/terapeutico che riguarda l’attività medica che si rivolge a un paziente specifico preso in cura”, e *rischio sanitario*, “che invece attiene alla dimensione organizzativa delle attività mediche” e implica anche scelte prettamente politiche, facenti capo agli organi politico-amministrativi⁵.

³ Distinzione invero non così pacifica, riscontrandosi diverse concettualizzazioni a seconda della branca di sapere interessato; v. ancora T. RAZ-D. HILLSON, *op. cit.*, *loc. cit.*; D.K. HARDMAN-P. AYTON, *Arguments for qualitative risk assessment: the StAR risk adviser*, in *Expert Systems*, 1997, p. 24 ss.; M.E. COLEMAN-H.M. MARKS, *Qualitative and Quantitative risk assessment*, in *Food Control*, 1999, p. 289 ss.

⁴ V. D. MARCELLO, *Responsabilità civile della struttura e del personale sanitario: una distinzione che va oltre la natura contrattuale o extracontrattuale*, in questo volume.

⁵ V. R. BARTOLI, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo: rischi, regole, centri d’imputazione*, in questo volume.

Dai contributi del volume emerge molto chiaramente anche un'altra distinzione importante all'interno della galassia "rischio": quella tra rischi *legali* e rischi per così dire *materiali*. Da un lato, infatti, sussiste un rischio di conseguenze giuridiche negative, sul piano civile, penale e amministrativo, sia per le persone fisiche sia per gli enti collettivi chiamati a prevenire e fronteggiare determinati eventi avversi; dall'altro lato, campeggia appunto il rischio di eventi avversi materialmente lesivi, direttamente minaccianti l'incolumità di singoli e collettività e affidati alla gestione di coloro che sono o dovrebbero essere così maggiormente esposti a *legal risks* per il caso di concretizzazione di tali eventi offensivi.

Come esplicitato nei contributi che seguono, in ambito sanitario il rischio legale civile ha visto con la riforma Gelli-Bianco del 2017 uno 'sbilanciamento' sulla struttura sanitaria, con l'affermazione della natura contrattuale della responsabilità di questa ultima (a fronte dell'affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità dell'operatore sanitario) e con la possibilità di individuazione in capo ad essa di una propria specifica obbligazione di carattere organizzativo⁶; il rischio penale, invece, continua a gravare principalmente sulle persone fisiche materialmente coinvolte nell'attuazione della prestazione sanitaria – personale medico, para-medico e infermieristico – e al più su coloro cui è deputata l'organizzazione della singola prestazione sanitaria – come l'ex primario (ora "Direttore di struttura complessa") – mentre continuano a restare nell'ombra coloro che organizzano l'intera attività dell'ente sanitario – come il Direttore generale – e *a fortiori* coloro che amministrano la sanità sul territorio – come l'assessore regionale – e continua a resistere la sostanziale immunità penale degli enti sanitari in sé considerati, sia per la natura pubblicistica di molti di questi (in quanto enti pubblici non economici fuoriescono dal campo d'applicazione del D.lgs. n. 231/2001) sia e soprattutto per la perdurante esclusione dal catalogo dei reati-presupposto (dei reati da cui può derivare la responsabilità punitiva della persona giuridica) della gran parte delle figure criminose in cui sono sussumibili gli eventi avversi che concretizzano il rischio clinico e il rischio sanitario latamente inteso (su tutti, lesioni e omicidio colposi *ex art. 590-sexies c.p.* e interruzione colposa di gravidanza *ex art. 593-bis c.p.*)⁷.

Quanto ai rischi materiali, ossia di verifica di eventi materialmente offensivi, abbiamo già richiamato la distinzione tra rischio clinico e rischio sanitario: mentre il primo incombe sulla salute del paziente degente presso la

⁶ V. D. MARCELLO, *op. cit.*

⁷ V. R. BARTOLI, *op. cit.*; A. CAPPELLINI, L'"allocazione della colpa" nella responsabilità penale sanitaria, in questo volume.

struttura sanitaria e si identifica con il mancato o inefficace contrasto alla patologia in atto o con l'innescò di nuovi decorsi patologici a causa della somministrazione delle terapie, il secondo involge anche la dimensione organizzativa e si estende ad ogni «rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie» (art. 1, 2° comma, L. n. 24/2017), ivi compresi quindi possibili eventi lesivi concernenti soggetti diversi dal fruitore diretto dell'assistenza terapeutica (risorse umane dell'ente sanitario, visitatori, soggetti esterni ai locali dell'ente sanitario ma interessati dalle prestazioni erogate da quest'ultimo) e contesti spazio-temporali diversi dalla degenza intramuraria, seppur legati all'attività di tutela della salute (anche pubblica) svolta dalle strutture sanitarie (come le azioni di contrasto al rischio pandemico)⁸.

Emergono così diverse aree di rischio, che esorbitano dalla cura del singolo paziente e s'allargano alla tutela di intere collettività, ed anche diversi livelli di gestione del rischio: il contrasto al pericolo immediatamente incombente sul malato, affidato alla persona dell'operatore sanitario e alle regole propriamente cautelari (ossia funzionali all'esclusione o alla riduzione in termini oggettivi e misurabili della probabilità di verificazione dell'offesa all'integrità psico-fisica)⁹; l'organizzazione delle prestazioni sanitarie direttamente funzionali al contrasto del pericolo, solitamente affidata a figure "miste", ad un tempo manageriali ed operative (come il Dirigente di struttura complessa o il capo equipe), e a regole pur sempre cautelari ma di carattere appunto organizzativo (funzionali all'apprestamento delle condizioni necessarie all'esecuzione della condotta medico-chirurgica o assistenziale); la c.d. organizzazione dell'organizzazione, affidata a soggetti dotati di poteri di amministrazione dell'ente sanitario (come il Direttore generale, il Direttore sanitario e il Direttore amministrativo) e a regole di stampo cautelativo, volte cioè in via diretta ad evitare disfunzioni organizzative e solo in via mediata (tramite il secondo livello ora visto) a prevenire i rischi di lesione all'integrità psico-fisica dei pericolanti¹⁰.

⁸ Si pensi appunto al rischio infettivo gravante sugli stessi operatori sanitari, che ha fondato uno dei motivi di perplessità per la stessa classe medica in merito alla possibilità di introduzione di uno "scudo" che coprisse indiscriminatamente tutte le condotte di tutti i soggetti impegnati nella lotta alla pandemia da Covid-19; v. M. RIZZUTI, *Responsabilità sanitaria e crisi pandemica: spunti di riflessione dentro e oltre l'emergenza*, in questo volume.

⁹ Questo primo livello è ai margini del rischio in senso stretto, qui riducendosi al minimo la dimensione "politica" che abbiamo visto caratterizzare il concetto di rischio.

¹⁰ V. R. BARTOLI, *op. cit.*; volendo si veda anche D. BIANCHI, *Gestione del rischio clinico e responsabilità penale dell'ente sanitario e dei suoi vertici*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4, 2020, p. 2027 ss. (all'interno del Focus coordinato da M. Caputo e A. Vallini, *La prevenzione degli Errori in Sanità. La lezione del Clinical Risk Management*, p. 1955 ss.), ove si individua come livello ulteriore ma "parallelo" di gestione del rischio sanitario il *Clinical Risk Management*, che si traduce sì

3. *Le responsabilità*

Il concetto di responsabilità è in sé ambivalente: se da un lato evoca certamente l'appartenenza o comunque l'attribuzione di una condotta disapprovata o di un evento disvoluto (non necessariamente quale risultato della condotta), con tanto di relative conseguenze negative, dall'altro lato richiama il senso del farsi carico, del prendersi cura di interessi ritenuti meritevoli. Si può dire che v'è una accezione “negativa” (o “passiva”) di responsabilità, che calca sull'assoggettamento del responsabile alle conseguenze appunto negative imposte dalla *societas* latamente intesa, e una accezione “positiva” (o “attiva”), che mette invece in luce la presa di coscienza, l'impegno, l'attivazione di chi si assume una responsabilità, un farsi responsabile anziché l'esser fatto responsabile. Ora, quando si parla di responsabilità risarcitoria e di responsabilità penale l'accento è certamente spostato sull'accezione “negativa” e il settore sanitario non fa certo eccezione, tuttavia proprio nel settore sanitario affiora una “giuridicità altra”, dove il baricentro appare spostato sulla logica “responsiva attiva” più che sulla colpevolizzazione, sulla stigmatizzazione o comunque sull'assoggettamento a conseguenze giuridiche pregiudizievoli come sono certamente anche quelle risarcitorie¹¹. Mi riferisco in particolare alla sfera del *Clinical Risk Management* (C.R.M.), che esprime un preciso orientamento filosofico e una precisa metodologia pratica per cui l'obiettivo prioritario dev'essere quello della minimizzazione degli errori e degli eventi avversi secondo un approccio proattivo, organizzativo e per così dire comunitario: in primo luogo, si organizzano e si realizzano processi di analisi approfondita e condivisa dei fattori e delle dinamiche di *errors*, *incidents* e *near misses*, a prescindere dall'attribuzione di colpe e sanzioni ed anzi richiedendosi esplicitamente la partecipazione attiva dei sanitari in essi coinvolti, con la garanzia della confidenzialità e dell'inutilizzabilità dei dati raccolti in eventuali procedimenti giudiziari o disciplinari; in secondo luogo, si pianificano e si attuano i meccanismi di implementazione delle azioni correttive illuminate dalla preliminare attività di studio; in terzo luogo o per meglio dire trasversalmente, vengono istituiti e realizzati percorsi di sensibilizzazione e di apprendimento volti a diffondere, per un verso, una cul-

(anche) in apparati, protocolli, presidi prevenzionistici (peraltro obbligatori) ma secondo un'ottica pienamente responsiva che non ha legami diretti con forme di responsabilità sanzionatoria; v. anche *infra*, par. 3.

¹¹ Specie se colorate (e ‘gonfiate’) da finalità *lato sensu* punitive: v. M. RIZZUTI, *op. cit.*; sullo ‘scottante’ tema dei “risarcimenti punitivi” ci si permette di rinviare al volume collettaneo D. BIANCHI-M. RIZZUTI, *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino, 2020.

tura fondata sulla responsabilizzazione del personale sanitario, sulla solidarietà e sul miglioramento continuo e, per altro verso, le informazioni rilevanti per eseguire in maniera ottimale le prestazioni sanitarie ed evitare il ripetersi di errori e incidenti. Il C.R.M. è nato e cresciuto in terreno extra-giuridico ma ha trovato esplicito riconoscimento anche nell'ordinamento italiano: l'art. 1, comma 539°, L. n. 208/2015 stabilisce che «le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano dispongono che tutte le strutture pubbliche e private che erogano prestazioni sanitarie attivino un'adeguata funzione di monitoraggio, prevenzione e gestione del rischio sanitario (risk management)»¹² e la L. n. 24/2017 non solo ha previsto che tutte le Regioni istituiscano «il Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente, che raccoglie dalle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso e li trasmette annualmente [...] all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità»¹³, ma, in piena rispondenza alla filosofia C.R.M., ha anche riformato l'art. 1, 539° comma, lett. a), della citata L. n. 208/2015, disponendo che «I verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari»¹⁴.

Si tratta di strutture e di congegni di analisi e trattamento del rischio che fuoriescono dalla tradizionale logica "incolpatoria": coinvolgono sì la responsabilità di operatori e dirigenti sanitari e dello stesso ente sanitario, ma non nel senso del biasimo (e delle correlate sanzioni sociali o giuridiche) per aver disatteso una certa pretesa, quanto piuttosto nel senso della consapevolezza da parte di ciascuno del proprio ruolo di "cura" e dell'esigenza di farsi parte attiva – insieme agli altri, in uno spirito cooperativo – nel rispondere alla sfida – ad un tempo individuale e collettiva – di decifrare e contrastare i rischi che allignano in organizzazioni tanto complesse quanto essenziali quali sono appunto gli enti sanitari. Le regole che strutturano i sistemi C.R.M. non hanno un legame diretto con la prevenzione degli specifici concreti eventi lesivi, hanno natura squisitamente cautelativa, ed è del tutto consequenziale che la loro inosservanza di per sé non possa fondare né una responsabilità risarcitoria né una responsabilità penale delle persone fisiche che operano (anche in posizioni di vertice) per la struttura sanitaria¹⁵; considerato invece il peculiare conte-

¹² Invero molte realtà regionali hanno anticipato sulla strada del C.R.M. il legislatore nazionale; sia consentito il rinvio a D. BIANCHI, *L'autonormazione prevenzionistica dei reati nel settore sanitario*, in *Diritto e salute*, 2018.

¹³ Art. 2, 4° comma, L. n. 24/2017.

¹⁴ Art. 16, 1° comma, L. n. 24/2017.

¹⁵ Peraltro non sono del tutto escludibili "contatti" tra C.R.M. e responsabilità penale; il te-

nuto dell'obbligo contrattuale facente capo a quest'ultima, comprensivo dell'organizzazione del "contesto" occorrente alla buona riuscita della prestazione strettamente diagnostica e terapeutica, inclusi gli elementi info-formativi, culturali e d'alta gestione, non sembra escludibile *a priori* una responsabilità civile dell'ente sanitario – di natura appunto contrattuale – per la mancata o carente implementazione di misure di C.R.M.¹⁶.

4. *La distribuzione di rischi e responsabilità*

Gli scritti scaturiti dal seminario (come già il seminario stesso) mettono bene in evidenza la problematicità dei rapporti tra soggetti coinvolti nell'attività sanitaria, rischi da questa implicati e connesse responsabilità: se la linea di fondo è quella della corrispondenza tra affidamento della gestione di certi rischi materiali (o della protezione di taluni soggetti esposti a rischi materiali) e responsabilità per la loro carente gestione (per l'omessa o deficitaria protezione), con una corrispondenza dunque tra mancata prevenzione dei rischi materiali e assoggettamento a rischio legale, tuttavia siffatta correlazione non è affatto scontata, poiché, da un lato, si esprime in un complesso intreccio tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità dei vari individui coinvolti, inclusa una certa quota di autoresponsabilità del paziente¹⁷, e, dall'altro, può addirittura venire meno *tout court*. Infatti, nel diritto civile è del tutto usuale che le conseguenze economiche della condotta antigiuridica causativa del danno (ossia la sostanza del rischio legale civile) possano essere trasferite su soggetti diversi dagli autori dell'illecito (coloro che hanno in prima battuta la responsabilità della gestione di certi rischi materiali), come nel caso emblematico del contratto assicurativo avente appunto ad oggetto la responsabilità civile, che proprio nel settore sanitario è divenuto oggetto di un preciso obbligo per tutte le "strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private"¹⁸. Nel di-

ma invero è assai problematico, sia consentito rinviare ancora a D. BIANCHI, *Gestione del rischio clinico*, cit., in particolare p. 2043 ss.

¹⁶ Sul piano amministrativo, poi, l'inosservanza da parte dell'ente sanitario dell'obbligo – come visto discendente dalla fonte legislativa – di adottare e attuare sistemi adeguati di C.R.M. può comportare il diniego, la sospensione o la revoca dell'accreditamento istituzionale.

¹⁷ Come ad esempio messo in luce dall'istituto del concorso di colpa del danneggiato ai sensi dell'art. 1227 c.c., su cui v. N. RUMINE, *Concorso di colpa del danneggiato e responsabilità medica: prime note*, in questo volume.

¹⁸ Art. 10 L. n. 24/2017, il quale però ammette pure "altre misure analoghe" alla copertura assicurativa, ossia, sostanzialmente, la c.d. ritenzione del rischio sanitario; sul punto, oltre ai già

ritto penale, invece, la dissociazione tra rischio legale e violazione dei doveri di controllo/protezione costituisce addirittura un *vulnus* ad un principio costituzionale cardinale: la personalità della responsabilità penale, che appunto pretende che le conseguenze punitive ricadano necessariamente ed esclusivamente sul soggetto attivo della condotta *contra ius*; ciononostante proprio l'ambito sanitario consente di osservare fenomeni di dissociazione occulta tra effettivi gestori del rischio e soggetti penalmente responsabili, essendo ad esempio tutt'altro che infrequente lo scarico sui "medici in prima linea" di disfunzioni organizzative la cui responsabilità dovrebbe allocarsi piuttosto sui soggetti apicali dell'ente sanitario, se non sull'ente stesso¹⁹.

Proprio nel settore sanitario, quindi, emerge la complessità delle interconnessioni tra soggetti, rischi e responsabilità e la centralità della 'questione allocativa', la quale non turba solo la serenità del penalista, angustiato dalla pressante esigenza della personalità della punizione, ma a ben vedere interroga insistentemente pure il civilista, considerato che anche la responsabilità civile ha i suoi limiti di 'elasticità', particolarmente evidenti nella materia che ci occupa: ad esempio, la duplice responsabilità della struttura sanitaria – per il "fatto proprio" di inadempimento dell'obbligo organizzativo e per il "fatto altrui" consistente nelle condotte dannose dei propri dipendenti²⁰ – può creare un sovraccarico di rischi legali che può riflettersi negativamente sulla sostenibilità economica dell'obbligo assicurativo, soprattutto in tempi di rischio sanitario generalizzato come quelli attuali di pandemia; d'altro canto, anche la soluzione di introdurre "scudi" volti ad escludere la responsabilità dei sanitari e dei loro enti d'appartenenza per i casi di eventi dannosi generati da rischi nuovi o comunque difficilmente contenibili, come appunto quello pandemico, presenta le sue criticità, anzitutto sotto il profilo del ridimensionamento dell'azionabilità di un diritto fondamentale come quello alla salute²¹; ancora e da prospettiva contraria, l'affioramento di una dimensione sanzionatoria, o per meglio dire punitiva, della responsabilità civile da *medical malpractice* pone all'evidenza il problema della distribuzione del rischio legale su soggetti privi di una reale capacità di dominio del fatto dannoso.

richiamati contributi di D. MARCELLO e M. RIZZUTI, si veda R. LA RUSSA, *La riforma della responsabilità sanitaria nel diritto civile: l'istituzione del "doppio binario" ed il nuovo regime assicurativo, tra obbligo di copertura e possibilità di autotutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 349 ss., in particolare par. 3 ss.

¹⁹ O sui responsabili politico-amministrativi; si vedano sul punto le dinamiche "allocative" tracciate nei citati contributi di A. CAPPELLINI e R. BARTOLI.

²⁰ V. ancora D. MARCELLO, *op. cit.*

²¹ Eventualmente compensabile tramite misure indennitarie a carico di fondi pubblici, comunque problematiche sotto plurimi profili: M. RIZZUTI, *op. cit.*

Insomma, il ‘gioco’ della distribuzione dei rischi e delle responsabilità è complicato, non solo per la delicatezza del bilanciamento dei plurimi, rilevantissimi interessi sostanziali che si intrecciano e che possono confliggere, ma anche per la difficoltà di armonizzare e tradurre in discipline coerenti i principi sovraordinati – con i loro “nuclei incomprimibili” – che presiedono alle varie branche dell’ordinamento.

5. *Gli spunti di riforma (e di approfondimento della riflessione)*

I contributi riuniti nel presente volume offrono molteplici spunti di riflessione e individuano possibili “aree di miglioramento” e della ricostruzione dogmatica e della disciplina legislativa. Tra questi mi limito a segnalare tre luoghi concettuali comuni al “civile” e al “penale”.

Il primo è quello dell’oggetto dell’obbligo della struttura sanitaria: il legislatore, nei due rami dell’ordinamento, cosa pretende dalla *organization*? Dai presenti lavori risulta nitidamente che l’ente sanitario non è semplicemente la figura giuridica astratta cui imputare *par ricochet* i comportamenti – leciti e illeciti – dei suoi dipendenti, collaboratori o vertici; l’ente sanitario, in quanto soggetto socio-normativo che vede nell’organizzazione la sua dimensione caratterizzante, è anzitutto chiamato a uno sforzo autoregolativo: la struttura sanitaria deve fare in modo di autorganizzarsi e autonormarsi in modo tale da coordinare efficacemente ed efficientemente i comportamenti individuali e, per tal via, ridurre le probabilità di eventi avversi (ridurre il rischio). Dall’individuazione dell’obbligo autoregolativo ‘collettivo’ partono le linee di riflessione sull’inquadramento della prestazione contrattuale della struttura sanitaria e sulla possibilità di introduzione (*recte*, estensione) della sua responsabilità *ex crimine*²².

Il secondo *topos* è quello dell’autoresponsabilità del paziente: la centralità del consenso (informato) nella progettazione e nell’attuazione della prestazione sanitaria come incide nella gestione del rischio clinico e nel relativo riparto delle responsabilità? Il fatto che la liceità e la buona riuscita della prestazione sanitaria si fondino sulla “alleanza terapeutica” tra paziente e medico ci spinge a considerare il ruolo di eventuali “colpe” del primo nella produzione di eventi lesivi a suo carico. Sembra qui emergere un profilo autonormativo completamente diverso da quello sopra richiamato a proposito dell’obbligo dell’ente

²² Si vedano in particolare i citati contributi di D. MARCELLO, A. CAPPELLINI, R. BARTOLI.

sanitario: poiché il professionista sanitario e il malato sono chiamati a concordare e codefinire il percorso terapeutico, l'introduzione da parte del secondo di rischi non 'preventivati' (ad esempio una trasgressione delle indicazioni terapeutiche seguenti ad un intervento sanitario pienamente consentito) o sue mancanze nella fase di valutazione del rischio (ad esempio l'erronea negazione di malattie pregresse, allergie o intolleranze in fase di anamnesi) devono esser attentamente analizzate nella definizione della responsabilità del primo, sia in ambito civilistico sia in ambito penalistico²³.

Infine, l'esplosione della crisi pandemica ha portato alla ribalta il tema della limitazione della responsabilità, civile e penale, dei sanitari impegnati nella lotta al virus: il tema del c.d. scudo, che pure trova origine nella condivisibile esigenza di garantire serenità e libertà d'azione a chi, rischiando in prima persona, si trova ad affrontare rischi tanto diffusi quanto indecifrabili, presenta invero nodi problematicissimi. Ogni limitazione della responsabilità *extra ordinem*, infatti, o è più apparente che reale, andando semplicemente ad esplicitare ipotesi di esenzione da responsabilità già contemplate dall'ordinamento (come l'impossibilità o inefficacia del comportamento alternativo lecito o l'assenza di misura soggettiva della colpa), oppure esprime nuovi contemperamenti d'interessi – nel nostro caso di sicuro rilievo costituzionale – in cui taluni diritti fondamentali – come quello alla salute e quello di difesa – possono subire restrizioni anche marcate, risultando dunque indispensabili valutazioni assai approfondite (e largamente partecipate) non solo sul piano politico ma anche su quello costituzionale²⁴.

Concludendo questa breve introduzione, può dirsi che il settore sanitario si conferma un terreno d'incontro tra "civile" e "penale" – intesi sia come disci-

²³ Sul concorso di colpa del paziente sotto il profilo della responsabilità civile v. N. RUMINE, *op. cit.*; in ottica penalistica, sul tema del contributo della vittima nella delimitazione della responsabilità colposa, v. per tutti O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in www.laegislazionepenale.eu, 13 maggio 2019.

²⁴ V. M. RIZZUTI, *op. cit.*; in campo giuspenalistico, v. per tutti A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 889 ss.; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 503 ss., in particolare par. 6; sui recenti artt. 3 e 3-bis D.l. n. 44/2021 v. C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sistema penale*, 1° giugno 2021; E. PENCO, "Norma-scudo" o "norma-placebo"? *Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, *ivi*, 13 aprile 2021; P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica*, *ivi*, 1° giugno 2021.

pline positive che come scienze giuridiche – particolarmente fertile, denso di problemi antichi e nuovissimi, laboratorio di riflessione comune, finestra spalancata su quella pulsante, tragica, essenziale dimensione del vivere insieme che chiamiamo diritto.

RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA STRUTTURA E DEL PERSONALE SANITARIO: UNA DISTINZIONE CHE VA OLTRE LA NATURA CONTRATTUALE O EXTRACONTRATTUALE

di Daniela Marcello

SOMMARIO: 1. Il c.d. doppio binario, la scelta della legge Gelli-Bianco. – 2. La prestazione della struttura e la condotta doverosa del sanitario. – 3. La sicurezza delle cure e gli obblighi organizzativi della struttura. – 4. Le infezioni nosocomiali. – 5. La distribuzione del rischio di insuccesso delle cure.

1. *Il c.d. doppio binario, la scelta della legge Gelli-Bianco*

In tema di responsabilità sanitaria i civilisti discorrono ormai da tempo di c.d. doppio binario¹, detta formula linguistica (che sappiamo sintetizza la dif-

¹Per una ricostruzione dei percorsi interpretativi sulla responsabilità medica vedi tra gli altri M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79 e ora ID., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale (significato attuale di una distribuzione tradizionale)*, Milano, 1993; V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994, p. 67 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1077; C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 815; F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 720 ss.; S. COPPARI, *Riflessioni in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per fatto dannoso del dipendente*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 263 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 277 ss.; S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008, p. 509 ss.; C. MARZUOLI, *L'inapplicabilità dell'art. 2236 c.c. all'illecito dell'amministrazione sanitaria*, nota a Cass., Sez. Un., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Foro amm.*, 1974, p. 33 ss.; P. STANZIONE-V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1988, p. 254 ss.; G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del Servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica?*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1003.

ferenziazione tra la responsabilità della struttura e la responsabilità del sanitario) è stata oggetto di ampio dibattito soprattutto sotto la vigenza della c.d. legge Balduzzi². Detta legge, infatti, seppur intesa da alcuni Tribunali di merito³ come una norma che differenziava la natura della responsabilità civile della struttura da quella del personale sanitario ivi operante, era invece interpre-

² Alcuni autori hanno sottolineato come il legislatore, nell'art. 3 della legge Balduzzi "Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie", abbia manifestato l'intenzione esplicita di tracciare due distinte ed autonome responsabilità la responsabilità dei medici, sia dipendenti di struttura che liberi professionisti, la quale, indifferente alle partizioni della responsabilità civile, si fonda sempre sulla colpa, e la responsabilità della struttura, da configurarsi invece come contrattuale.

Due responsabilità autonome e distinte per titolo, dovendosi far capo per la prima all'art. 2043 c.c. e per la seconda all'art. 1218 c.c., e per criteri d'imputazione, in quanto, secondo detta opinione, la responsabilità del medico è da ricondurre alla responsabilità professionale e quindi alla colpa professionale, mentre la responsabilità della struttura rientra nel paradigma della responsabilità d'impresa (nell'accezione comunitaria). [Cfr. R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del D.L. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. impr.*, 2014, I, p. 123 ss.; R. DE MATTEIS, *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 555 ss.]

Altri hanno temuto la riapertura di una stagione, considerata passata, nella quale la tutela del paziente soccombeva rispetto al favor probatorio riconosciuto ai medici. [C. SCOGNAMILGIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della L. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 6, p. 1988 ss.]

Sull'argomento si rinvia tra gli altri F. MARTINI, *Legge Balduzzi, come cambia (e se cambia) la responsabilità sanitaria* in F. MARTINI-U. GENOVESE (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 16 ss.; P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il "senso" del richiamo all'art. 2043 c.c., in responsabilità civile e previdenza*, 2014, 3, p. 1040 ss.; G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del Servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica?*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1003; D. CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. legge Balduzzi? – [contractual or "aquilian" liability of the doctor in the light of the so-called Balduzzi law?]*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1018 ss.; M. FRANZONI, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2015, 3, p. 587 ss.; A. FLAMINI, *La responsabilità medica tra "formanti" e "nuova legge"*, in *Annali Fac. Giur. Università di Camerino*, 2015, p. 139 ss.; D. ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari* (nota a Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252), in *Danno resp.*, 2014, 1, p. 80 ss.; M. FACCIOLO, *La responsabilità civile dell' "esercente la professione sanitaria" secondo l'art. 3 della "legge Balduzzi" e nelle sue prime applicazioni giurisprudenziali (seconda parte)*, in *Stud. iuris*, 2014, p. 426 ss.

³ Il Tribunale di Varese con sentenza del 26 novembre 2012, n. 140622 aveva ritenuto che il legislatore con l'articolo in esame avesse voluto suggerire l'adesione ad un modello di responsabilità civile medica extracontrattuale, in cui in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno nei confronti del medico operante all'interno della struttura sanitaria esercitando l'azione aquiliana; *contra* Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, in *dejure.it*; Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013, *ivi*; Trib. Cremona, 1 ottobre 2013, *ivi*.

tata dalla Suprema Corte come una norma che non disattendeva il diritto vivente⁴, ossia quel filone giurisprudenziale e dottrinario che qualificava la responsabilità del medico come contrattuale in forza della figura giuridica del contatto sociale⁵.

⁴Sotto la vigenza della legge Balduzzi, la Suprema Corte con orientamento granitico [cfr. Cass., 26 febbraio 2013, n. 4792 in *dejure.it*; Cass., ordinanza 17 aprile 2014, n. 8940, *ivi*] non ha inteso discostarsi dalle indicazioni evidenziate dai medesimi giudici di legittimità nella famosa sentenza del 1999 [Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 334 con nota di A. Thiene] con la quale la Corte aderisce all'orientamento che qualifica la responsabilità del medico dipendente da struttura come responsabilità contrattuale in forza del contatto sociale tra le parti.

Per commenti sul panorama giurisprudenziale vedi per esempio: V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, nota a Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030; O. CLARIZIA, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente dopo la "riforma Balduzzi": criterio letterale e ragioni costituzionali al confronto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1119; D. MARCELLO, *La qualificazione della responsabilità medica tra contrattuale ed extracontrattuale: il cambio di rotta del tribunale di Milano*, in *Giustizia civile.com*, 29 maggio 2015, pp. 2-18.

⁵G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Heft, 124, Leipzig, 1943, è considerato fondatore della teoria, anche se taluno (cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975, p. 89) fa notare che il tema si era già affacciato nello studio di alcuni autori della scuola classica; nella dottrina tedesca cfr. K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, München, 1982, p. 104; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1987, p. 104 ss.

La fondazione della teoria dell'«obbligazione senza prestazione» – che configura doveri di protezione non collegati a un obbligo primario di prestazione – si deve in Italia principalmente al contributo di C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini fra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 679 ss.

Un utile quadro riassuntivo in F. ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. mer.*, II, 2007, p. 555 ss. Accurata riflessione critica sulle applicazioni giurisprudenziali della teoria del «contatto sociale» in C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contraendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1247 ss.

In Italia tra gli studiosi più attenti al tema vedi N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*, Milano, 1968, p. 24; R. ALESSI, *Il difficile percorso della responsabilità civile europea*, in *Danno resp.*, 1999, p. 381; F. BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 571 ss.; F. CAFAGGI, *La responsabilità del professionista*, in *Digesto IV delle discipline privatistiche*, vol. XVII, p. 211 ss., A. DI MAJO, *Una dottrina unitaria della obbligazione civile*, in *Eu. dir. priv.*, 1998, p. 221 ss.; A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010.

Critico nei riguardi della teoria del «contatto sociale», specie nella applicazione fattane dalla giurisprudenza italiana A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts* (la irrisolvibile ascesa del «contatto sociale»), in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 77 ss.

Sulla illogicità della equiparazione tra le figure del contratto di fatto e del contatto sociale

Con l'approvazione della legge 24/2017 c.d. Gelli-Bianco il legislatore ha oggi optato in maniera più chiara per il c.d. doppio binario: all'art. 7 qualifica la responsabilità della struttura come contrattuale e quella del personale sanitario come extracontrattuale⁶. Le finalità della distinzione così introdotta sono a tutti note e riguardano il tentativo di arginare il fenomeno della medicina difensiva; il legislatore ambisce a convogliare sulle strutture sanitarie le istanze risarcitorie, alleggerendo in tal modo la posizione del personale sanitario. Tuttavia, affidare detta protezione al diverso regime operante per la responsabilità contrattuale e per la responsabilità aquiliana può scontare forti limiti nell'applicazione nel caso concreto. Basti dire che l'onere della prova è un criterio residuale di giudizio e che nella maggior parte dei casi è la perizia tecnica ad accertare la responsabilità, inoltre, anche la prescrizione sia essa di dieci o di cinque anni sconta comunque, in entrambi i casi, l'incertezza legata ai danni c.d. lungolatenti⁷.

A ciò si aggiunga che la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 7 secondo la quale «Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile» ha un significato ambiguo. Infatti, esso certamente non si riferisce alle norme penali introdotte, perché esse sono chiaramente e inequivocabilmente imperative e lo stesso potrebbe dirsi per le disposizioni in tema di responsabilità civile. Non mancano infatti una serie di perplessità su tale qualificazione giuridica della responsabilità operata *de iure*. La giurisprudenza⁸ ha spesso affermato che il profilo della qualificazione della domanda rientra nel potere di apprezzamento interpretativo del giudice del merito, a prescindere dal *nomen juris* attribuito dalla parte. Di conseguenza, in ipotesi di domanda tesa all'accertamento di una responsabilità contrattuale la sentenza che la qualifichi come domanda di responsabili-

vedi I. SARICA, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 101 ss.

Sul contatto sociale nella responsabilità medica alla luce della legge di riforma del 2017 vedi anche C. CICERO, *La presunta eclissi della responsabilità, tra contratto e torto, da contatto sociale*, in F. VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Bologna, 2018, p. 76.

⁶F. GELLI-M. HAZAN-D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla Legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017; F. VALENTINI, *Il nuovo assetto della responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco the new organization of healthcare responsibility after the reform "Gelli-Bianco"*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 4, 2017, p. 1395 ss.

⁷Per una disamina più ampia sia consentito il rinvio a D. MARCELLO, *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, Napoli, 2019, p. 154 ss.

⁸Vedi per esempio Cass., 28 gennaio 2013, n. 1874, in *dejure.it*.

tà extracontrattuale non incorre in nessuna violazione, quindi nessuna censura potrebbe essere eventualmente mossa all'interprete e nessun divario tra chiesto e pronunciato potrebbe essere eccepito e la stessa cosa si dovrebbe dire anche nell'ipotesi inversa.

Tali questioni, certo importanti, rischiano però di limitare il punto di osservazione al problema della qualificazione della responsabilità sanitaria, quando invece una lettura della riforma del 2017 in una visione più ampia sembra porre al centro del problema una più profonda diversificazione tra la prestazione della struttura e la prestazione del sanitario, la quale, ove accolta, darebbe anche più forza al regime del c.d. doppio binario.

2. *La prestazione della struttura e la condotta doverosa del sanitario*

In riferimento alla prestazione della struttura sanitaria già da tempo i giudici di merito e di legittimità, hanno iniziato a considerare l'attività del medico solo un momento della prestazione cui essa è tenuta⁹.

Il contratto di spedalità che interviene tra paziente e struttura impone a quest'ultima di porre in essere una prestazione ben più complessa¹⁰, che si estende ad obblighi sia strettamente legati alla somministrazione di cure sia connessi all'organizzazione complessiva:

- obblighi definibili genericamente alberghieri;
- obblighi organizzativi;
- obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico;
- obbligo di apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni o emergenze;
- obblighi informativi.

In tal guisa, la responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero può configurarsi sia in conseguenza del comportamento negligente, imperito e/o imprudente dei medici dipendenti – trovando in tal caso applicazione la regola posta dall'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o col-

⁹ *Ex multis* Cass., 31 ottobre 2017, n. 24844.

¹⁰ AA.VV., *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, p. 39 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità nei servizi sanitari*, Bologna, 2011, p. 79.

posi di costoro, ancorché non siano alle sue dipendenze – sia in conseguenza di fatti d'inadempimento afferenti alla carente o inefficiente organizzazione delle attrezzature oppure alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero.

Ciò fa sì che la responsabilità della struttura possa originare da due fatti distinti: i) l'attività negligente, imperita, imprudente del personale sanitario della cui attività il nosocomio si avvale; ii) l'inadempimento di quegli obblighi che presiedono per legge all'erogazione del servizio sanitario (tra i quali, ad esempio, gli obblighi organizzativi, di gestione del rischio clinico, di adeguata manutenzione delle strumentazioni e dei locali nosocomiali).

Nella prima ipotesi la responsabilità della struttura *ex art. 1228 c.c.*, si fonda sull'imputazione al debitore degli illeciti commessi dai suoi ausiliari: la libertà del titolare dell'obbligazione di decidere come provvedere all'adempimento implica l'assunzione del rischio connesso alle modalità prescelte, secondo il noto principio *cuius commoda eius et incommoda* ovvero una sorta di responsabilità organizzativa nell'esecuzione di prestazioni complesse¹¹.

La responsabilità del sanitario operante all'interno della struttura è invece qualificata come una responsabilità extracontrattuale. Val quanto dire che la relazione di cura non fa sorgere di per sé il rapporto obbligatorio-negoziiale, come voleva invece l'impostazione fondata sulla teoria del contatto sociale, perché la legge prevede che laddove non vi sia un contratto, per il medico operante all'interno di una struttura il rapporto obbligatorio con il paziente nasca in conseguenza dell'illecito, tuttavia ciò non esime il personale medico dai doveri comportamentali di somministrare le cure secondo i canoni della diligenza, perizia e prudenza.

Il rapporto terapeutico coinvolgendo il diritto alla salute e all'autodeterminazione del paziente implica la salvaguardia della sfera giuridica del paziente che si trova messa a rischio dall'operato del sanitario. Tale vicinanza impone dei doveri di diligenza a carico del sanitario, i quali laddove non siano rispettati determinano una condotta antiggiuridica colpevole, censurabile *ex art. 2043 c.c.*

¹¹ Così per esempio Cass., 11 novembre 2019, n. 28987, la quale ha precisato che la responsabilità di chi si avvale dell'esplicazione dell'attività del terzo per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale trova radice non già in una colpa "in eligendo" degli ausiliari o "in vigilando" circa il loro operato, bensì nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione (così pure Cass., 27 marzo 2015, n. 6243), realizzandosi, e non potendo obliterarsi, l'avvalimento dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino (cfr. Cass., 6 giugno 2014, n. 12833).

Dunque, la responsabilità del sanitario – operante all'interno di una struttura e che non abbia stipulato un contratto con il paziente – deriva dalla produzione di un danno ingiusto¹².

Ai fini del riparto delle responsabilità tra struttura e personale sanitario, fermo restando quanto disciplinato in tema di rivalsa e/o responsabilità amministrativa¹³, va sottolineato che spetta alla struttura vincere la presunzione di responsabilità di pari contribuzione al danno da parte dei condebitori in solido, provando la diversa misura delle colpe e della derivazione causale del sinistro.

Ne consegue che non basta affermare che il danno derivi dalla condotta colposa del sanitario piuttosto che dalla violazione degli obblighi c.d. organizzativi perché occorre, invece, considerare il duplice titolo in ragione del quale la struttura è chiamata a rispondere del proprio operato *ex art. 1218 c.c.* ed *art. 1228 c.c.*, sicché è suo onere dimostrare non soltanto la colpa esclusiva del medico, ma anche la derivazione causale dell'evento dannoso da una condotta del tutto dissonante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di ospedalità, in un'ottica di ragionevole bilanciamento del peso delle rispettive responsabilità sul piano dei rapporti interni¹⁴.

3. La sicurezza delle cure e gli obblighi organizzativi della struttura

L'attenzione riservata dal legislatore della L. n. 24/2017 alla sicurezza delle cure conferma che le strutture sanitarie sono obbligate a dotarsi di una buona organizzazione della cui inadeguatezza esse rispondono in modo esclusivo *ex art. 1218 c.c.*¹⁵.

Sovente le questioni afferenti alla sicurezza delle cure sono state considerate come espressione della diligenza nell'adempimento e/o mediante la figura dell'obbligo di protezione¹⁶. Quest'ultima, come noto, è utile nelle ipotesi in cui, in funzione dell'interesse dedotto in contratto, occorre integrare il conte-

¹² Per una argomentazione più ampia sia consentito il rinvio a D. MARCELLO, *op. cit.*, p. 152 ss.

¹³ Art. 9 L. n. 24/2017.

¹⁴ Cass., 5 novembre 2020, n. 24688.

¹⁵ Vedi in tal senso Cass., Sez. Un., 1 luglio 2002, n. 9556, cit.; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698, cit.; Trib. Monza, 7 giugno 1995, in *Riv. civ. prev.*, 1996, p. 389 ss., con nota di M. Toscano; Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 1220 ss., con nota di M. Toscano.

¹⁶ Cfr. G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, cit., p. 3 ss. sul ruolo integrativo della buona fede.

nuto dell'obbligazione, di conseguenza una serie di comportamenti estranei all'oggetto proprio del contratto, che nel caso della responsabilità medica può essere individuato nella cura del paziente, sono comunque considerati doverosi in vista della concreta realizzazione dell'interesse perseguito, ossia la tutela della sua salute¹⁷.

Alla luce della novella legislativa, la questione non sembra più esaurirsi in tali profili, ma sembra investire piuttosto l'oggetto della prestazione sanitaria: la struttura assume un vero e proprio obbligo, rientrante nella prestazione principale, di approntare i comportamenti necessari ad assicurare adeguati standard di sicurezza, scelte diagnostiche e terapeutiche sicure, ossia capaci di contenere e/o annullare (ove possibile) i rischi connessi all'attività sanitaria.

In tal senso non occorre allora ricorrere alla sopra detta figura dell'obbligo di protezione, in quanto l'obbligo di approntare tutte le strategie migliori per somministrare cure sicure ha la sua fonte nella legge e quindi integra *ex lege* il contenuto negoziale.

Di conseguenza a fronte dell'allegazione da parte del creditore dell'indebitamento di tali obblighi, il debitore, ossia la struttura, dovrà dimostrare sia il piano di governo del rischio clinico approntato, sia le strategie messe in campo dal *risk manager*, sia l'osservanza ai protocolli e linee guida che consentono di individuare le strategie migliori.

Il concetto di buona organizzazione è di non facile definizione e nell'applicazione giurisprudenziale si può riscontrare come le strutture siano state considerate responsabili, in forza del sopra detto principio, in situazioni assai eterogenee tra loro. Le pronunce riguardano infatti la dislocazione dei reparti o la carente organizzazione delle sale e dei reparti, le infezioni nosocomiali, le dotazioni ematiche delle sale operatorie, la compilazione della cartella clinica ed altro.

Sul punto importanti sono per esempio le sentenze in materia di emotrasfusioni (danni da sangue infetto) in cui diversi Tribunali di merito hanno stabilito che «evidentemente tra i rischi da cui il paziente deve essere tutelato vi è anche quello inerente al controllo sulla conformità e sul corretto utilizzo di

¹⁷ La figura dell'obbligo di protezione è spesso utilizzata e non soltanto in ambito civilistico (cfr. per esempio Consiglio di Stato, 5 settembre 2011, n. 4992 in tema di obblighi di conservazione delle cose vincolate ai sensi della L. 1 giugno 1939, n. 1089), essi gravano sia sul debitore, sia sul creditore e sono riconducibili al canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, rendendo così il rapporto obbligatorio funzionale alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, in tal senso vedi per tutte Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *dejure.it*.

medicinali e degli altri strumenti di cura, tra cui rientrano le sacche di sangue utilizzate per le emotrasfusioni»¹⁸.

I Giudici affermano che nel caso di intervento chirurgico è precipuo obbligo della struttura accertare la presenza in sala operatoria di unità di sangue, che potrebbero rivelarsi utili, nonché l'obbligo di assicurarsi che dette unità non siano infette e siano utilizzabili senza rischi per il paziente e ciò anche quando gli emoderivati siano già stati controllati dal Ministero¹⁹.

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità²⁰ ha precisato che per andare esenti da responsabilità non basta che la struttura ospedaliera – pubblica o meno – dimostri di aver rispettato la dotazione o le istruzioni previste dalla normativa vigente. L'esatto adempimento dell'obbligazione contrattuale nel contratto cd. di spedalità esige che il nosocomio tenga, altresì, in concreto, per il tramite dei suoi operatori, condotte adeguate alle condizioni del paziente ed in rapporto alle precarie o limitate disponibilità di mezzi o risorse, anche qualora esse siano conformi alle dotazioni o alle istruzioni previste dalla normativa vigente.

Val quanto dire che gli operatori sanitari devono adottare di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare la lesione del diritto alla salute del paziente.

In forza di tale principio, è considerata responsabile civilmente la struttura che pur avendo osservato le normative di ogni rango in tema di dotazione e organizzazione di emergenza, a fronte di carenze organizzative, abbia somministrato le cure con pregiudizievole ritardo e abbia mancato di disporre il trasferimento del paziente presso altra struttura più adeguata, pur consentendolo le condizioni di salute del paziente medesimo²¹.

La condotta organizzativa della struttura non sembra in sostanza poter consistere semplicemente nell'adesione a determinati standard e/o a determinati protocolli, ma sembra piuttosto esigere un contegno capace di approntare le migliori strategie possibili per somministrare le cure in sicurezza.

Dunque, la "buona organizzazione" è concetto dinamico nel quale si possono venire a comporre diversi doveri prestazionali individuabili anche in ra-

¹⁸ Trib. Firenze, 24 maggio 2016, n. 1978, in *Le Corti Fiorentine*, Napoli, 2016, n. 3, p. 81 ss.

¹⁹ Nel giudicare circa il mancato controllo del sangue trasfuso da parte delle aziende sanitarie, nonostante il medesimo sangue provenisse dal Ministero della Salute, i giudici hanno individuato in detta condotta un comportamento omissivo colposo in ragione dei parametri normativi, di direzione, autorizzazione e sorveglianza sul sangue importato. In tal senso tra le decisioni di merito Trib. Milano, 25 settembre 2015, n. 10748; Trib. Trieste, 13 luglio 2016, n. 570; Trib. Bari, 8 gennaio 2015, n. 40, in *lex24.ilsole24ore.it*.

²⁰ Cass., 19 ottobre 2015, n. 21090, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, p. 564 ss. con nota di E. SGUBIN, *Le linee guida e responsabilità della struttura sanitaria*.

²¹ In tal senso Cass., 19 ottobre 2015, n. 21090, cit.

gione del particolare tipo di struttura di cui trattasi²². Si pensi all'ospedale di montagna rispetto al centro ospedaliero di città o rispetto al centro di eccellenza, per ciascuno di essi la buona organizzazione assumerà contenuto diverso: così l'ospedale di montagna sarà ben organizzato laddove appronterà un buon servizio di prima accoglienza con successivo trasferimento presso strutture più attrezzate, l'ospedale di città dovrà avere tra le altre cose un buon coordinamento tra i reparti e buona capacità di ricezione dell'utenza; il centro di alta specializzazione dovrà offrire competenze altamente qualificate e strumentazioni particolarmente efficaci e di avanguardia.

In questi termini la valutazione giudiziale dell'adempimento nel caso concreto non si limita a verificare la sussistenza o meno di certi comportamenti, ma di capire se la condotta tenuta sia quella che, sulla base delle circostanze di fatto, sia stata la migliore possibile.

Nell'ottica interpretativa proposta la condotta adempiente sarà quella idonea ad abbattere il rischio, non necessariamente ad impedire l'evento dannoso. La struttura deve tendere ad una attività efficiente e sicura, e dunque ad una buona organizzazione.

Quest'ultima è da intendersi non in maniera statica, come dotazione di strumenti e risorse umane o conformità a parametri prestabiliti, bensì come strategia complessiva tesa ad offrire cure in sicurezza. Inoltre, il collegamento con il diritto alla salute colora di sé la funzione della buona organizzazione, la quale non si esaurisce in logiche efficientiste e/o squisitamente aziendali, ma ha come finalità la tutela della salute dell'individuo e della collettività.

Quindi l'organizzazione della struttura non rimane relegata nell'ambito della politica e gestione sanitaria, ma entra nel contratto di speditività: le linee guida e i protocolli in tema di gestione del rischio sanitario definiscono l'oggetto della prestazione sanitaria della struttura.

Aderendo a questa visione, sembra possibile anche ridefinire il contenuto della prestazione sanitaria differenziandolo sulla base della qualità del soggetto, ossia tra struttura e personale sanitario.

La prestazione della struttura: caratterizzata dagli obblighi organizzativi, ove la buona organizzazione diventa in sostanza lo strumento di sostegno della cura, che può meglio realizzarsi in un contesto efficiente e sicuro, realizzando così in modo più pieno il diritto alla salute.

La prestazione del sanitario: essa non ha un contenuto predeterminabile,

²²G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.* 2001, I, p. 3 ss.; L. GREMIGNI FRANCINI, *Responsabilità sanitaria e tutela della persona*, in *Danno resp.*, 2005, XI, p. 1049 ss.; M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018, p. 77 ss.

ma è improntata ai doveri di diligenza, prudenza e perizia che l'arte medica esige. Il medico orienta la sua condotta alle linee guida accreditate, dalle quali può discostarsi ove ciò sia utile e/o necessario per la salvaguardia della salute del paziente, perché il medico rimane comunque autonomo e responsabile dell'attività di cura e diagnosi in ciascun caso concreto.

4. *Le infezioni nosocomiali*

La descritta differenza tra la prestazione sanitaria della struttura e la condotta doverosa del personale sanitario emerge emblematicamente nei casi di infezioni nosocomiali.

Come già detto, tra gli obblighi organizzativi principali della struttura rientrano la predisposizione di tutte le misure necessarie a prevenire le infezioni.

Con orientamento costante la giurisprudenza afferma infatti che in forza del contratto atipico di ospitalità e di assistenza sanitaria la struttura sia tenuta a tenere i corretti comportamenti di prevenzione del rischio infettivo, adatti a ciascun caso concreto²³; inoltre essa è responsabile delle infezioni nosocomiali eventualmente contratte dal paziente ricoverato, anche nell'ipotesi in cui l'infezione sia stata contratta in occasione di un intervento necessario e correttamente eseguito²⁴.

Emerge in dette ipotesi che la responsabilità della struttura può anche prescindere dalla condotta del sanitario.

Inoltre la giurisprudenza – già prima dell'entrata in vigore della legge di ri-

²³ Vedi tra le più recenti Trib. Latina, sez. II, 28 settembre 2020, n. 1757.

²⁴ In tal senso Trib. Milano, 12 maggio 2015, n. 5984, in *Lex 24*, il quale condanna la struttura rigettando le eccezioni poste da quest'ultima, la quale affermava che il fatto infettivo rappresentava una complicanza non prevenibile e che la clinica aveva effettuato la sanificazione e l'igienizzazione ambientale della struttura come da documentazione prodotta in atti.

Vedi anche Trib. Milano, 16 aprile 2015, n. 4841, in *Lex 24*, il quale osserva che la struttura convenuta si era limitata ad allegare di aver posto in essere i corretti comportamenti di prevenzione del rischio infettivo, conformi ai protocolli e del tutto in sé adeguati a scongiurare gli eventi, ma non aveva fornito prova adeguata in ordine alle concrete modalità assunte nel caso in esame al fine di prevenire il rischio infettivo.

Conformi nell'affermare la responsabilità della struttura per l'infezione nosocomiale contratta nell'ambito della medesima: Cass., 6 maggio 2015, n. 8995; App. Milano, 10 febbraio 2006, n. 369, in *lex24.ilsole24ore.it*, con nota di P. RUSSO, *Infezioni nosocomiali e responsabilità professionale del personale sanitario*, in *Il Merito*, 2006, 6, p. 20.

forma del 2017 – ragionava in un'ottica di sicurezza delle cure a salvaguardia del paziente e di distribuzione del rischio.

L'analisi di alcuni casi potrà rendere più chiaro detto approccio al rischio settico.

Primo caso.

Corte Appello di Milano, 10 febbraio 2006, n. 369: nel 1993, un paziente era stato sottoposto ad un necessario intervento neurochirurgico di decompressione e di rimozione di un tumore del midollo cervicale, non altrimenti curabile, presso una struttura. Il paziente è successivamente deceduto a causa di una polmonite nosocomiale da pseudomonas complicatasi con una malattia da shock polmonare e con una coagulazione intravascolare disseminata. Tali complicanze sono insorte in un periodo post-operatorio immediato.

Le risultanze medico legali accertavano che il paziente aveva contratto la polmonite durante il ricovero preoperatorio; infatti al momento del ricovero il paziente non era affetto da detta patologia polmonare e le sue condizioni generali (salvo la patologia tumorale che rendeva necessario l'intervento) erano sufficientemente buone. Secondo l'accertamento peritale i fattori che avevano concorso alla contrazione dell'infezione erano stati il prolungato ricovero preoperatorio e la terapia cortisonica immunodepressiva somministrata ai fini dell'esecuzione dell'intervento. Inoltre, non si erano riscontrate specifiche e documentate ragioni idonee a giustificare il protrarsi del ricovero nel nosocomio e la durata della somministrazione della terapia farmacologica di preparazione all'intervento che si era anch'essa prolungata più dello stretto necessario.

Sulla base di tali risultanze, la Corte d'appello (adita dalla struttura soccombente nel primo grado del giudizio) censura la condotta dei sanitari ritenendola negligente ed imprudente. Invero, la Corte argomenta che il ricovero ospedaliero è una attività necessaria per lo svolgimento di alcune attività mediche, tuttavia essa è fonte di rischi specifici, scientificamente provati nella letteratura medica, ai quali il paziente viene esposto per il solo fatto di trovarsi in ospedale, indipendentemente dalle sue condizioni di salute. Da ciò discende che il ricovero ospedaliero, al pari di ogni altro trattamento, deve rispondere a corretti criteri di indicazione medica, e deve quindi essere disposto soltanto all'esito di una valutazione bilanciata tra i benefici attesi (la realizzabilità di necessarie attività di diagnosi e cura) ed i rischi, conosciuti e/o conoscibili in medicina, ad esso connessi.

Di conseguenza, secondo la Corte, le determinazioni assunte dai sanitari sia in riferimento al ricovero sia in riferimento alle dimissioni del paziente devono diligentemente ed opportunamente tenere conto dei rischi e dei benefici che

tali decisioni possono avere sulla salute del paziente. Invero, come una dimissione anticipata può essere ingiustificata e provocare un danno alla salute del paziente (perché, per esempio, ha impedito il monitoraggio del decorso post-operatorio oppure ha impedito un tempestivo intervento a salvaguardia della salute del paziente), alla stessa stregua un ricovero protratto senza necessità medica può provocare un pregiudizio alla salute del paziente. In tali ipotesi, sia l'una che l'altra circostanza sono fonte di responsabilità, se non altro come condotta imprudente e contraria alle corrette pratiche cliniche, perché espongono il paziente ai rischi connessi al ricovero, tra cui *in primis* le infezioni nosocomiali, senza alcuna necessità di tipo medico.

Sulla base di tale ragionamento la Corte afferma che nel caso in commento il ricovero ha costituito un'indicazione errata e una fonte di danno, perché il percorso clinico del paziente non è stato individualizzato, anzi, egli è stato trattenuto in ospedale in assenza di una indicazione medica, gli sono stati somministrati farmaci (i cortisonici) senza alcuna necessità per un tempo prolungato (quello del ricovero) non necessario.

Tutto ciò ha reso un rischio medio-basso, come rischio strettamente riferito all'intervento chirurgico, in un'esposizione altamente rischiosa alle infezioni nosocomiali.

Pertanto, la sentenza conclude che «*Il rischio di tali infezioni è intrinseco al ricovero, ma quando il ricovero non è sorretto da alcuna esigenza di diagnosi e cura, e, per giunta, è associato a un trattamento non appropriato (i cortisonici) assume i connotati di una condotta negligente del medico che ha esposto, deliberatamente e inutilmente, il paziente agli agenti patogeni. Tale condotta è fonte di danno e di responsabilità medica*».

Secondo caso.

Tribunale di Monza, 15 febbraio 2017, n. 407: una signora mentre percorreva a piedi un'area condominiale cadeva rovinosamente a terra a causa di una lastra di ghiaccio che si era formata per terra in seguito alle nevicate verificatesi nei giorni precedenti; per tale caduta riportava una frattura pluriframmentaria scomposta biossea terzo distale alla gamba destra e per tale ragione veniva sottoposta ad intervento chirurgico di riduzione di frattura cruenta e osteosintesi presso una struttura sanitaria. La paziente veniva dimessa con indicazione di medicazione dopo 1 settimana e controllo rx/rimozione gesso a 40 giorni dall'intervento. Dopo un mese circa dalle dimissioni la paziente veniva nuovamente ricoverata nel reparto di ortopedia del medesimo Policlinico con diagnosi alla dimissione di "infezione di ferita terzo medio distale gamba destra con perdita di sostanza in postumi di frattura biossea di gamba".

Gli accertamenti tecnici svolti nel corso del giudizio di primo grado appuravano che l'infezione era stata contratta in occasione del primo ricovero e che l'intervento chirurgico effettuato era stato eseguito a regola d'arte e ben riuscito e che nessuna censura poteva essere mossa alla condotta dei sanitari.

Sulla base di tali accertamenti il Tribunale concludeva che non risultavano elementi di responsabilità in capo al personale sanitario specie in ordine all'intervento chirurgico che risultava correttamente eseguito, tuttavia l'infezione, contratta inequivocabilmente in occasione del ricovero, era ascrivibile alla responsabilità della struttura sanitaria perché essa risponde per la mancata adeguata sterilità degli ambienti ospedalieri e degli strumenti operatori.

La motivazione della decisione evidenzia che il Tribunale non ha ritenuto utile l'indagine circa la condotta della struttura in ordine alla esecuzione di procedure a garanzia della sterilità degli ambienti e degli strumenti, ma ha ritenuto che la contrazione dell'infezione fosse di per sé indicativa del mancato adempimento dell'obbligazione suddetta.

Per vero, la decisione potrebbe essere inquadrata anche nella tradizionale responsabilità del debitore in cui, però, diversamente da quanto avviene generalmente nella valutazione di una condotta sanitaria, l'obbligazione di mantenere gli ambienti in sicurezza viene intesa come obbligazione puramente di risultato²⁵.

²⁵ D. CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazioni di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 485 ss.; E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Danno resp.*, 1999, p. 1173; L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 189.

Occorre segnalare che la responsabilità professionale nell'ambito del trattamento medico – chirurgico è oggetto di continui approfondimenti ed evoluzioni, che suggeriscono un superamento in tale settore di attività professionale della tradizionale dicotomia tra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato.

Su riparto dell'onere probatorio, che rappresenta la ricaduta applicativa principale della distinzione suddetta, la Suprema Corte è intervenuta con una pronuncia a sezioni unite che come noto ha orientato i successivi pronunciamenti di legittimità e di merito sul punto. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2008, p. 856, conformi Cass., 31 gennaio 2014, n. 2185, in *www.dejure.it*; Cass., 20 marzo 2015, n. 5590, *ivi*.

Vedi anche A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008, 8-9, p. 871 ss., il quale evidenzia come la sentenza a sezioni del 2008 richiamando per la responsabilità sanitaria la comune regola del riparto dell'onere probatorio *ex art. 1218 c.c.*, abbia in sostanza annullato la differenza tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. E ciò proprio nell'ambito medico, che è stato tradizionalmente un terreno privilegiato di applicazione della suddetta distinzione.

Terzo caso.

Tribunale di Roma, 27 settembre 2018: un paziente propone davanti al Tribunale di Roma una domanda tesa ad ottenere il risarcimento del danno subito in ragione di un'infezione alla ferita sternale inferta per via di un intervento chirurgico con il quale erano state impiantate le valvole meccaniche in posizione aortica e mitralica.

Dalla fase istruttoria emerge che non è esattamente individuabile il luogo e il momento, il settore di attività, la causa scatenante dell'infezione, ovvero il punto debole della catena di protezione delle misure di sanificazione. E, sul punto, il Tribunale rileva che molto spesso nelle ipotesi di infezioni nosocomiali è impossibile risalire all'origine dell'infezione, anche laddove sia accertata la natura e la provenienza nosocomiale del batterio che ha contagiato il paziente ricoverato, ed anche laddove sia certo che il medesimo non era affetto prima del ricovero dalla relativa patologia infettiva.

Il Tribunale evidenzia che detta carenza introduce un elemento di rottura nella concatenazione dei fatti e per tale ragione, per affermarsi la responsabilità della struttura, occorre un ulteriore accertamento sulla circostanza se l'infezione in questione rientri tra quelle che possono sfuggire al controllo, anche in presenza di una condotta diligente dell'ospedale, oppure rientri tra quelle infezioni che sono controllabili, riconducibili alla qualità dell'assistenza.

In questa decisione il Giudicante ritiene inaccettabile una valutazione fondata su un principio di responsabilità oggettiva e sostiene che occorre verificare se l'infezione sia tra le complicanze imprevedibili ed inevitabili collegate alla presenza del paziente nel nosocomio, in questo caso, infatti, l'infezione potrebbe svilupparsi anche se la struttura abbia provveduto alla sanificazione degli ambienti, del personale, dei mezzi e di ogni altra possibile fonte di contagio.

Di conseguenza secondo i giudici, una volta accertata la contrazione di un'infezione in ambito ospedaliero, spetta alla struttura provare di aver adottato tutte le misure utili e necessarie per una corretta sanificazione ambientale al fine di evitare la contaminazione.

Quarto e ultimo caso.

Tribunale di Terni, 10 novembre 2020, n. 725: un paziente viene ricoverato presso l'Ospedale di Foligno per dispnea ingravescente, per poi essere dimesso con la diagnosi di "scompenso cardiaco congestizio. Miocardipatia dilatativa con severa compromissione della funzione sistolica ventricolare sinistra". Nei giorni successivi il medesimo veniva condotto presso il pronto soccorso del predetto ospedale a causa di una dispnea persistente e veniva nuovamente

ricoverato per essere poi sottoposto ad impianto di “ICD” (defibrillatore impiantabile). Il paziente veniva dimesso, ma la settimana successiva veniva nuovamente ricoverato con la diagnosi di “ematoma della tasca del Pace Maker”, ed il giorno successivo veniva sottoposto ad un intervento di revisione della tasca del dispositivo cardiaco. Ancora una volta il paziente veniva dimesso e poi nuovamente ricoverato con diagnosi di “febbre in portatore di AICD – miocardiopatia dilatativa – sepsi”. Dalle analisi il paziente risultava positivo per “staphilococcus aureus meticillino resistente”, per cui seguiva una terapia antibiotica. Dopo un complicato decorso durato circa 40 giorni il paziente veniva nuovamente ricoverato d’urgenza in condizioni gravissime a causa di “shock settico, insufficienza respiratoria acuta, miocardiopatia ipocinetica in paziente con recente sepsi da stafilococco aureo”, e i sanitari dell’ospedale eseguivano la rimozione della tasca del PM infetto. Le condizioni del paziente erano però ormai definitivamente compromesse, per cui seguiva un progressivo peggioramento del quadro clinico sino al suo decesso.

Quanto all’insorgenza dell’infezione, il Tribunale rileva che tra le obbligazioni gravanti sulla struttura sanitaria vi è quella di prevenire l’insorgenza di infezioni nosocomiali, garantendo l’assoluta sterilità non soltanto dell’attrezzatura chirurgica, ma anche dell’intero ambiente operatorio nel quale l’intervento ha luogo. L’insorgenza di un’infezione da stafilococco non può considerarsi un fatto eccezionale o difficilmente prevedibile, di conseguenza l’onere della prova di aver approntato in concreto tutto quanto necessario per la perfetta igiene della sala operatoria è ovviamente a carico della struttura.

Nel caso di specie, il giudice accerta la conseguente responsabilità della struttura convenuta per tutti i danni derivanti dall’infezione: la struttura convenuta non aveva infatti fornito alcuna prova idonea né per quel che concerneva l’adozione di misure idonee alla prevenzione delle infezioni da stafilococco aureo all’interno dei propri locali, né per quanto riguardava la regolarità dell’operato dei suoi dipendenti anche in relazione alla sterilizzazione dell’ambiente operatorio e delle attrezzature e strumentazioni adoperate in occasione degli interventi praticati; inoltre, anche il mero dato temporale del tempo trascorso tra i vari ricoveri non era di per sé sufficiente ad escludere con elevata probabilità l’origine nosocomiale dell’infezione.

Le decisioni su riportate, pur adottando tre diversi criteri di imputazione della responsabilità sanitaria in capo alle strutture, concludono tutte per la condanna della struttura²⁶.

²⁶ Sul tema, si vedano anche: Trib. L’Aquila, 4 dicembre 2018, in *DeJure*; Trib. Bologna, 13 ottobre 2017, in *dejure.it*; Trib. Roma, 31 gennaio 2017; Trib. Agrigento, 2 marzo 2016, in *dejure.it*; App. Firenze, 25 febbraio 2016, in *dejure.it*; Trib. Roma, 22 giugno 2015, in *www.altalex*.

In particolare, la prima sentenza censura la condotta della struttura sanitaria perché la degenza del paziente è stata ingiustificatamente prolungata e la somministrazione della terapia farmacologica non è stata oculatamente commisurata alla considerazione del rischio settico e ciò ha esposto il paziente ad un maggior rischio di infezione nosocomiale, rischio tramutatosi poi in danno.

La seconda sentenza fa ricadere sulla struttura le conseguenze sfavorevoli subite dal paziente a causa dell'infezione contratta all'interno della struttura stessa.

La terza e la quarta decisione affermano, al contrario della seconda, che sia sempre ammissibile per la struttura la prova contraria, ossia la prova che l'infezione contratta dal paziente rientri tra le complicanze imprevedibili e/o non prevenibili, tuttavia precisano che l'onere di detta prova grava sulla struttura²⁷.

Nelle decisioni citate (e in tante altre che sono riscontrabili in giurisprudenza) non si fa ricadere sul paziente il rischio derivante dalla contrazione di infezioni nosocomiali, ciò anche in mancanza di una prova scientifica sul nesso eziologico tra la condotta e l'evento dannoso.

In sostanza anche laddove non sia esattamente dimostrato quale sia stata la condotta commissiva e/o omissiva della struttura che ha provocato l'insorgere dell'infezione, la prova della contrazione dell'infezione nell'ambito nosocomiale (circostanza di tempo e di luogo) e/o in occasione di un intervento sanitario (rischio post-operatorio per esempio) è sufficiente a fondare la riconducibilità della lesione alla sfera di controllo della struttura. La struttura è considerata responsabile anche nel caso in cui risulti accertato che non vi sia stato un errore nell'operato del personale sanitario e siano stati osservati i protocolli previsti per il controllo del rischio settico, se essa non fornisce la gravosa prova che l'infezione nel caso concreto non era prevedibile e prevenibile.

L'argomento è oggi di attualissimo interesse a causa dell'emergenza sanitaria²⁸.

Infatti, come noto, in alcune ipotesi l'infezione da Covid-19 si è diffusa come infezione nosocomiale.

com, nelle quali le strutture sanitarie sono ritenute responsabili dei danni da infezione nosocomiale.

²⁷ In tal senso vedi da ultimo Cass., 25 agosto 2020, n. 17696, secondo cui "l'onere della prova di avere approntato in concreto tutto quanto necessario per la perfetta igiene della sala operatoria è, ovviamente, a carico della struttura".

²⁸ R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, in *Sistema Penale*, 2020, 7, p. 85 ss.

Ciò ha portato a interrogarsi sulle responsabilità delle strutture e nell'ambito della legislazione d'emergenza sono stati proposti provvedimenti che inserissero meccanismi di salvaguardia dalla responsabilità i sanitari e/o delle strutture. Proposte non accolte dal legislatore²⁹, il quale si è limitato a regolamentare la malattia Covid-19, la quarantena e la permanenza fiduciaria come infortunio e/o malattia professionale³⁰.

Sulla base dell'attuale scenario normativo e giurisprudenziale, in caso di domanda risarcitoria da persone danneggiate per aver contratto in ospedale (o altra struttura di ricovero, come per esempio le RSA) il Covid-19, difficilmente la struttura andrà esente da responsabilità, salvo dimostrare che l'infezione era una complicità non prevenibile oppure non prevedibile³¹. Le condizioni

²⁹ Al fine di tutelare il personale sanitario è stato proposto un emendamento al decreto "cura Italia", ora convertito in legge, con cui si introduceva un'eccezione provvisoria all'art. 590-*sexies*, limitando la perseguibilità penale di medici e infermieri ai soli casi di colpa grave per la durata dell'emergenza». Il 2° comma dell'art. 590-*sexies* subordina infatti la possibilità del sanitario di beneficiare di una delle cause di non punibilità all'osservanza di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. È evidente come l'assenza di best practices, di protocolli comuni che regolino l'attività diagnostica-terapeutica abbia indotto a considerare un allargamento dell'area della non punibilità. Opportuna in un contesto così drammaticamente irrisolto dal punto di vista delle conoscenze scientifiche. Data la contraddizione derivante dall'accostamento tra medici, operatori socio-sanitari impegnati in prima linea e figure politiche apicali, incaricate di scelte operative e logistiche, l'emendamento è stato ritirato. Va evidenziato che nelle norme proposte non era presente una estensione di "scudo penale o civile" anche ai produttori di dispositivi medici o farmaci.; Vedi anche L'emendamento A.S. 1766 a firma Maruccci (poi ritirato in sede di conversione) relativo alle "Disposizioni per la definizione e l'equilibrata limitazione della responsabilità degli operatori del servizio sanitario durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19" poi modificato, e ridefinito quale "Disposizioni in materia di responsabilità per eventi dannosi che abbiano trovato causa nella situazione di emergenza da COVID-19".

³⁰ Testo Coordinato del Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18 (decreto cura Italia).

Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli artt. 19 ss. (dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante «Modalità per l'applicazione delle tariffe 2019».) La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati.

³¹ Sull'argomento cfr. S. GIOVA, *Infezione da covid-19 e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana No 12 bis*, maggio 2020, p. 502 ss.

di necessità ed urgenza in cui hanno operato i sanitari, specie nella prima fase della pandemia, potranno tuttavia incidere sulla valutazione della diligenza, perizia, e prudenza del sanitario e quindi escludere la responsabilità di quest'ultimo; ma come detto, ciò non esclude di per sé la responsabilità della struttura che potrebbe comunque sussistere.

5. La distribuzione del rischio di insuccesso delle cure

Le infezioni nosocomiali sono un campo dove si pone con maggiore evidenza il problema della distribuzione dei rischi intrinsecamente connessi alla somministrazione delle cure³².

La scelta legislativa potrebbe essere quella della responsabilità oggettiva della struttura, oppure quella del riconoscimento di un indennizzo³³, perché il rischio settico è insito nell'attività sanitaria e non sempre sussiste una condotta illecita e/o inadempiente, tuttavia appare congruo attribuire alla struttura il peso di tale rischio piuttosto che al paziente.

Configurare il rapporto terapeutico in un'ottica di distribuzione dei rischi potrebbe promuovere la sostenibilità economica del sistema e quindi di riflesso la sostenibilità di un sistema nazionale sanitario che appare più propriamente adatto a salvaguardare il diritto costituzionale alla salute.

In questi anni il rischio del fallimento della cura ha gravato interamente sulla struttura e sui medici: entrambi rispondevano dei danni alla salute del paziente in via solidale a titolo di responsabilità contrattuale; inoltre la posizione del personale sanitario è risultata ancor più gravosa considerato che questi rispondono personalmente anche in via penale della condotta lesiva.

La riforma del 2017 tenta di porre il rischio del fallimento delle cure maggiormente a carico della struttura per poi gestirlo mediante il meccanismo assicurativo.

³² A. DAVOLA, *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria*, nota a Trib. Roma, 22 novembre 2016, n. 21481, in *Danno resp.*, 2017, 3, p. 360 ss.

³³ R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 3, p. 261 nota a Trib. Roma, 22 novembre 2016, in *Foro it.*, 2017, I, c. 363. Su risarcimento e indennizzo vedi P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1084. Interessanti spunti di riflessione *de iure condendo* in U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018, p. 381 ss.

Inoltre, l'articolato ed animato dibattito di questi anni recenti, nelle aule parlamentari, in dottrina e in giurisprudenza, esprime l'esigenza di rinnovare la costruzione sistematica della relazione terapeutica, per attribuire anche al paziente la sua porzione di autoresponsabilità.

Il paziente potrebbe essere incentivato a tenere una condotta maggiormente responsabile e, mediante una alleanza terapeutica autentica fondata su un'effettiva informazione, potrebbe concordare le cure con il medico. Proprio di recente gli studi sulle applicazioni tecnologiche alla medicina evidenziano che l'impiego di soluzioni digitali, come i *devices* indossabili, o altri sistemi di intelligenza artificiale che consentono il monitoraggio a distanza dei pazienti consentirebbero ai cittadini di tenere una condotta attiva e collaborativa con i medici, così da consentire ai cittadini di assumersi la responsabilità della propria salute. Inoltre, l'autogestione soprattutto delle patologie croniche permetterebbe di limitare i costi pur mantenendo un livello alto di assistenza a favore dei malati.

Inoltre, il rischio potrebbe ripartirsi tra la struttura ed il personale sanitario mediante una distribuzione in cui la struttura potrebbe essere gravata del maggior onere risarcitorio, da gestire mediante l'obbligo assicurativo, lasciando così meno esposto il personale sanitario operante all'interno delle strutture, il quale, in tal modo, potrebbe godere di una sorta di rete di protezione rappresentata dalla struttura stessa.

Ciò in un'ottica di incremento e promozione dello sviluppo delle tecniche e conoscenze di abbattimento del rischio clinico che si auspica possa ridurre i sinistri e gli errori in sanità per una maggiore ed effettiva salvaguardia e promozione della salute degli individui.

La mente del giurista dovrebbe liberarsi dalle categorie tradizionali ed avere il coraggio di ridisegnare il rapporto terapeutico liberandosi in primo luogo della visione burocratica o meramente autorizzativa del consenso informato.

Sarebbe forse più opportuno parlare di accordo, di alleanza terapeutica piuttosto che di consenso informato, perché l'idea che si affaccia, a parere di scrive, è che l'accordo di alleanza terapeutica sia l'accordo (non negoziale), con il quale le parti della relazione pianificano le cure e distribuiscono nella relazione terapeutica il rischio di fallimento delle cure.

È infatti la distribuzione dei rischi di insuccesso o di eventi avversi che deve essere modificata dal momento che essi non possono tutti gravare sulle strutture e sui sanitari, stante l'insostenibilità anche economica di simile modello. Tuttavia, l'introduzione del doppio binario ove non accompagnata da una diversa visione del rapporto terapeutico rischia di spostare i rischi di insuccesso soltanto sulle strutture, con esiti che potrebbero essere fortemente nocivi da

un punto di vista economico per le gravi ripercussioni che potrebbero aversi sulla spesa sanitaria.

La sanità del futuro potrebbe coraggiosamente superare l'idea della ricerca del colpevole a favore di un meccanismo di sicurezza sociale, in cui ciascuno dei protagonisti potrebbe essere chiamato ad assumersi un pezzetto di responsabilità: il paziente, il personale sanitario, la struttura e le istituzioni.

L'“ALLOCAZIONE DELLA COLPA” NELLA RESPONSABILITÀ PENALE SANITARIA

di *Alberto Cappellini*

SOMMARIO: 1. Rischio penale e “allocazione della colpa”: un chiarimento preliminare. – 2. Il binario tradizionale: l’allocazione della colpa sul singolo medico curante. L’evoluzione legislativa e giurisprudenziale della colpa medica e le difficoltà del superamento di un assetto di ampia responsabilizzazione. – 3. Il ruolo espansivo del penale connesso al “fattore plurisoggettività” nell’economia della distribuzione del rischio in ambito medico. – 4. Dall’allocazione della colpa ai vertici sanitari e amministrativi nell’esperienza giurisprudenziale alle suggestioni della responsabilità da reato dell’ente collettivo. – 5. La mancata valorizzazione, sul versante penalistico, dell’approccio avente al centro l’ente e la sua organizzazione da parte della legge Gelli-Bianco. Le resistenze culturali colpevolizzatrici dell’uomo contemporaneo e i possibili percorsi di razionalizzazione dell’assetto di allocazione della colpa in ambito sanitario.

1. *Rischio penale e “allocazione della colpa”: un chiarimento preliminare*

Benché molto ci sarebbe da dire sul tema vastissimo della responsabilità sanitaria in ambito penale – mentre invece lo spazio di questo intervento non permetta che di sfiorare soltanto le questioni numerose e dalla imponente tradizione scientifica che vengono via via evocate – penso sia comunque opportuno spendere introduttivamente alcune parole circa quell’espressione un po’ inconsueta – “allocazione della colpa” – che ho voluto utilizzare già nel titolo del lavoro.

Essa è una formula inconsueta perché, solitamente, di allocazione si parla con riferimento al *rischio*: così anche nel titolo dell’incontro odierno, incentrato sull’analogo concetto di *distribuzione* – appunto – del *rischio*. Eppure, credo che “allocazione della colpa” sia l’espressione che compendia al meglio l’idea di fondo del discorso che vorrei abbozzare, nel tentativo di inquadrare una chiave di lettura in parte nuova, in un campo – quello della responsabilità pe-

nale del medico – in cui si è detto tanto che pare difficile porsi in una prospettiva diversa da quelle già conosciute.

La formula in questione, più in particolare, acquista significato in relazione alle specificità della responsabilità *penale*, nella più vasta costellazione delle varie forme di responsabilità in campo giuridico, legate alla causazione di un evento avverso: nel nostro caso, un pregiudizio all'integrità fisica del paziente, sebbene in realtà in queste parole introduttive ancora il discorso, rispetto che al solo settore della colpa medica, potrebbe essere compiuto a un livello più generale. Proprio l'occasione odierna del confronto con il diritto *civile* ci porta infatti a tornare a riflettere sulle peculiarità della responsabilità penale, che tutti ben conosciamo ma – forse proprio perché così evidenti – su cui di rado si torna a soffermarsi. Tali caratteristiche, che sono riconducibili, ai nostri fini, ai due grandi poli della *struttura* della responsabilità e della sua *funzione* complessiva, proiettano infatti una duplice, precisa luce di significato sul concetto altrimenti un po' oscuro, polisenso e penalisticamente inconsueto di "allocazione della colpa".

Con riferimento al primo punto, cioè sotto il profilo della *struttura*, sappiamo anzitutto in termini generalissimi come la responsabilità (limitandosi ovviamente a un piano giuridico) consista nel riflettere una serie di conseguenze negative su un soggetto diverso dalla vittima immediata del pregiudizio materiale verificatosi, e più esattamente su colui a cui si attribuisce – appunto – la "responsabilità" del fatto¹. Queste conseguenze negative possono essere di vario tipo: solo economiche sul piano del diritto civile; *lato sensu* "personali", afflittive, con riferimento alla dimensione penalistica. Il *rischio* correlato a possibili attribuzioni di responsabilità, dunque, consiste nel pericolo di essere potenziali destinatari proprio di tali effetti sfavorevoli previsti dal diritto.

Sennonché – anche in ragione delle diverse funzioni, come si ricorderà meglio più avanti, che sorreggono i differenti tipi di responsabilità – non sempre l'attribuzione della responsabilità, l'imputazione del fatto, coincide con l'allocazione del rischio relativo. Sul piano civilistico, al di là di un primo momento di selezione tra diversi binari di responsabilità – il medico curante, la struttura sanitaria – vi è infatti un secondo momento in cui, attraverso i meccanismi dell'*assicurazione* e della *rivalsa* (nonché, in caso pluralità di danneggianti, del *regresso*), il rischio economico correlato all'avveramento di eventi infausti può essere distribuito in modo diverso rispetto all'assetto di "colpe", o meglio di imputazioni, che è emerso sul piano della responsabilità.

¹ Sul concetto generale di responsabilità in ambito giuridico, per tutti C. MAIORCA, *Responsabilità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, p. 1004 ss., nonché già ID., *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 535 ss.

L'attribuzione della “colpa” e l'allocazione del rischio sono quindi due momenti anche pesantemente distinti l'uno dall'altro in un'ottica di politica del diritto propria della responsabilità civile. Le scelte riguardanti il momento imputativo, benché di certo rilevanti sul piano non solo teorico ma anche pratico – per quanto “paghi l'assicurazione”, non è certo indifferente che venga attribuita la responsabilità di un danno – possono comunque contare sempre su un effetto complessivo di mitigazione del rischio, derivante perlopiù proprio dalle infrastrutture protettive delle assicurazioni, ormai estese a tutti i principali settori di possibili danni alla persona, come l'attività medica.

Nel penale, invece, l'attribuzione della responsabilità – della *colpa* – già esaurisce la distribuzione del rischio che le compete: quello appunto della pena. Il principio di personalità della responsabilità penale, di matrice costituzionale, impone infatti come corollario quello dell'*intrasmissibilità del rischio penale*: la previsione di cui all'art. 27, 1° comma, Cost. non soltanto garantisce a tutti di non poter essere puniti per un fatto altrui, ma impone altresì al colpevole di sopportare personalmente quell'afflizione che è la pena, configurandola come uno svantaggio non trasferibile o schermabile.

Strutturalmente parlando, dunque, il modello penalistico di responsabilità è monolitico, rigido, di contro alla maggiore duttilità di quello civilistico. Il riparto delle responsabilità disegna un assetto di rischio cristallizzato, già definitivo, senza appello: e ciò dovrebbe essere sufficiente per giustificare, sul piano della politica del diritto, un'attenzione ancora più elevata nell'individuazione di chi debba avere la “colpa” di un fatto, giacché essa reca inevitabilmente con sé la realizzazione del corrispondente rischio, cioè la sanzione penale.

Ecco, allora, il senso di utilizzare l'espressione “allocazione della colpa”. Essa ricorda infatti plasticamente come, *nel penale, l'operazione di allocare il rischio inizia e finisce nel momento dell'imputazione: dell'“allocare” – appunto – “la colpa”*. In tal modo, ne emerge massimamente evidenziata la delicatezza, sul piano politico-criminale, del momento dell'attribuzione della responsabilità, biunivocamente correlata a una certa distribuzione del rischio.

Nonostante ciò – e qui ci spostiamo sul *secondo piano di specificità del penale, quello della funzione della responsabilità* – il riferimento alla *ratio* deliberatamente afflittiva della pena, che già si è detto connotarla in termini inevitabilmente personali, non può che condurre ogni politica che riguardi l'imputazione del fatto lesivo su un terreno impervio, perché intriso di interessi, direi quasi di passioni, che esulano da ragionamenti strettamente razionali.

Ancora una volta, quanto intendo porre in evidenza emerge in modo vivido dal parallelo con il rischio nella responsabilità civile. Quest'ultimo, infatti, in linea di massima ha la funzione di fare salvo (sia pure per equivalente) lo *status quo ante* di colui che subisce un danno, ristorandolo sul piano economi-

co². La responsabilità civile ripara dunque un pregiudizio, monetariamente quantificato, con l'esatta misura della sua consistenza economica. Certo, il momento irrazionale, su un piano antropologico profondo, connesso alla mancanza di senso dell'evento tragico, del suo "perché", non è affatto annullato, bensì confinato in quella operazione misteriosa e inevitabilmente un po' arbitraria che è la trasmutazione del danno fisico, personalistico, in un prezzo. Sanciti i parametri di conversione tra due grandezze in realtà incommensurabili – integrità fisica e patrimonio –, il resto viene da sé, secondo i dettami di un razionalismo economico-giuridico che – weberianamente – rende calcolabile la misura monetaria necessaria a controbilanciare le conseguenze dell'azione dannosa.

Nella responsabilità penale, un simile meccanismo, che permetta di nascondere almeno un po' la dimensione irrazionale dell'evento tragico e infausto, semplicemente non c'è. Anzi, la funzione deliberatamente afflittiva della pena si intesta in modo espresso il compito di dare voce a quel mondo oscuro di vendetta, di bisogno di rassicurazione a livello personale e di ordine sul piano sociale, che seguono al reato. Nonostante la pena abbia visto elevare, quantomeno sul piano costituzionale, la rieducazione del condannato al rango di funzione primaria, è innegabile come ad essa si accompagnino ancora le ombre della retribuzione e soprattutto della prevenzione generale³.

La "punitività" del penale, infatti, nel campo della criminalità sanitaria – ma il discorso vale per la criminalità colposa in generale –, evoca bisogni profondi dell'uomo che si legano alla comprensione e spiegazione dell'ingresso di un evento nefasto – del male – privo di immediata spiegazione⁴. Ciò vale già

²Sulle funzioni della responsabilità civile, per tutti, C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, p. 1225 ss. È inevitabile, peraltro, ricordare come, in tempi recenti, si discuta circa l'ammissibilità nel nostro ordinamento di una funzione "punitiva" del danno – di derivazione angloamericana – da affiancare a quella risarcitoria più tradizionale: sul punto, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601. Sulle commistioni tra dimensione civilistica e penalistica della responsabilità, per tutti, si rinvia al volume di questa collana a cura di D. BIANCHI-M. RIZZUTI, *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino, 2020.

³Sulle funzioni della pena la letteratura è sterminata. Limitandoci qui a qualche richiamo manualistico, cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁸, Torino, 2021, p. 11 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁹, Milano, 2020, pp. 8 ss. e 757 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*¹¹, Milano, 2017, p. 355 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁴, Milano, 2017, p. 617 ss.; C. FIORE-F. FIORE, *Diritto penale*⁵, Milano, 2016, p. 60 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Padova, 2013, p. 716 ss.

⁴Il timore dell'ignoto, del male privo di senso, come impulso atavico a ricercare spiegazioni colpevolizzanti è tema ormai noto alla dottrina penalistica: F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2020; R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsa-*

in parte in certe casistiche dolose – perché quel rapinatore, tra i tanti passanti, ha scelto proprio me come bersaglio? – ma è il reato colposo – come lettura colpevolizzante di un'inottemperanza a un dovere socialmente fondato, in un contesto di assenza di un “malvagio manifesto”, intuitivamente colpevole – a essere massimamente commisto con il tragico, con la fatalità vuota di senso. L'individuazione di un colpevole responsabile della genesi di quel male, secondo la logica antropologica del capro espiatorio, giustifica la sua esistenza, fornendogli il senso che altrimenti le manca⁵. Insomma, *allocare la colpa* – “dare la colpa”, intesa qui in senso atecnico – è un meccanismo tanto irrazionale quanto intrinsecamente umano nel rapportarsi con accadimenti anche pesantemente negativi per l'integrità fisica della vittima (nel nostro caso, del paziente).

Considerare questo retaggio della colpa penale, assieme alle altre peculiarità del penale qui ricordate, è a mio avviso un fattore di grande importanza per comprendere l'evoluzione della responsabilità sanitaria sotto l'angolo visuale dell'“allocazione della colpa”. Esse, infatti, permettono di inquadrare appieno le attuali difficoltà della colpa medica, sul piano politico-criminale, a scrollarsi di dosso quel paradigma punitivo tradizionale che vede in primo piano – ancora – la responsabilità del medico curante, anche dopo la riforma Gelli-Bianco; nonché a immaginare e a saggiare la tenuta di altre vie che permettano di superarlo.

bilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa, in ID. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, p. 78; con ampiezza, ricollegando il tema a quello del ruolo tranquillante della *tecnica* come mezzo di supposto controllo dell'uomo sul caso, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 86 ss. Il tema è poi affrontato con larghezza nella letteratura extragiuridica, di stampo sociologico e antropologico: per tutti, E. CANETTI, *Massa e potere*, Milano, 1981, p. 17; Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2006, p. 69 ss.; F. REMOTTI, *Maleficio*, in P.P. PORTINARO (a cura di), *I concetti del male*, Torino, 2002, p. 148; W. SOFSKY, *Rischio e sicurezza*, Torino, 2005, p. 12 ss.

⁵Si tratta, insomma, di una attribuzione di colpa che ha la funzione politico-sociale di riaffermare l'ordine leso, inteso – nel reato doloso – come insieme di valori condivisi, mentre in quello colposo più che altro come ambiente “sicuro”, in cui i pericoli sono controllabili dall'uomo. L'utilizzo in tale chiave della colpevolizzazione, come risposta politica agli incidenti, è stato utilizzato in ambito antropologico per la comprensione delle realtà “moderne”, “evolutive”, estendendo un modello dapprima elaborato per l'analisi di quelle “primitive”, per la prima volta da M. DOUGLAS, *Purezza e pericolo. Un'analisi dei concetti di contaminazione e tabù*, Bologna, 2014 (ed. or. 1970), e poi ripresa in altri scritti, spec. in ID., *Rischio e colpa*, Bologna, 1996. Il tema dell'utilizzo di un “capro espiatorio” per lenire l'angoscia sociale per l'insicurezza è poi sviluppato sotto moltissimi angoli visuale: merita ricordare quantomeno l'opera monumentale di R. GIRARD (cfr., in part., *La violenza e il sacro*, Milano, 1980, e *Il capro espiatorio*, Milano, 1987).

2. *Il binario tradizionale: l'allocazione della colpa sul singolo medico curante. L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale della colpa medica e le difficoltà del superamento di un assetto di ampia responsabilizzazione*

Il capitolo principale del grande libro della responsabilità penale in ambito sanitario è da sempre quello che attiene alla colpa del *singolo medico curante*. Il motivo è presto detto. Esso è la figura *più prossima* al fatto, più immediatamente e intuitivamente ricollegabile alla sua verifica: e dunque più facilmente “incolpabile”, destinatario di quell’impulso al “dare la colpa” di cui si è detto⁶.

Il binomio medico-paziente, così, è quello fondamentale intorno al quale si è strutturata l’evoluzione dell’allocazione della colpa in campo sanitario. A fronte dell’esito infausto di una condotta terapeutica, in tale modello binario, “dare la colpa” al medico è l’alternativa secca rispetto al far sopportare il fatto lesivo al paziente: imputandolo alla sua autoresponsabilità di fronte alla mala sorte, al fato avverso.

In quest’ottica, la storia della colpa penale del medico può essere letta come una continua oscillazione di quel confine che separa i fatti lesivi che devono essere sopportati dal paziente da quelli invece addossabili alla colpa del medico curante. Le tappe di una simile evoluzione sono ampiamente note, per cui non occorre soffermarvisi se non in modo succinto.

Tradizionalmente, la giurisprudenza penale lasciava un ampio spazio all’autoresponsabilità del paziente, facendo rispondere il medico solo per colpa grave. Tale parametro di attribuzione di responsabilità – che sul piano formale era ottenuto mutuando i criteri civilistici di imputazione di cui all’art. 2236 c.c. – era espressione di un atteggiamento di difesa della categoria, allineato al tradizionale paternalismo che caratterizzava la professione sanitaria; il quale scaturiva principalmente dal connubio di un qual certo atavico fatalismo con una fiducia tendenzialmente ingenua e totalizzante nella scienza e nelle figure che di tale sapere sono espressione, figlia di un clima culturale ancora pienamente positivistico⁷.

⁶ Su tale assunto, per tutti, A. MERRY-A. MCCALL SMITH, *L'errore, la medicina e la legge*, Milano, 2004, p. 14, che si riferiscono al fenomeno usando l’evocativa immagine del medico come colui con la «pistola fumante» in mano; da ultimo A. MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l’evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, 2020, p. 33.

⁷ Tale atteggiamento si giustificava, come osservava R. PANNAIN, *La colpa penale dell’esercente la professione sanitaria*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 32, «posto che, in definitiva, il sani-

Successivamente – grossomodo a partire dagli anni '80-'90 del secolo scorso – è stato via via abbandonato l'assetto tradizionale, approdando gradatamente alla posizione per cui il medico avrebbe risposto, in caso violazione della *lex artis*, non solo nell'ipotesi di colpa grave, riconducendo così la materia nell'alveo “ordinario” della punibilità per il reato colposo, che ricomprende anche i casi di colpa lieve. In ragione della pressione crescente della minaccia penale sul mondo della sanità, sono iniziate a proliferare quelle prassi di *medicina difensiva* con cui i sanitari cercano di porre un argine al bisogno crescente di “dare la colpa” anche in ambito medico⁸.

Le cause di un simile rivolgimento sono varie e sfaccettate: l'ansia per la sicurezza fisica, che somatizza tutte le difficoltà che attanagliano l'uomo contemporaneo; le crescenti pretese salvifiche nei confronti dell'attività medica, contestuali all'apparentemente contraddittoria sfiducia crescente nella scienza; l'inaccettabilità nel pensiero collettivo del risultato avverso, da addebitare a qualcuno per sollevarsi dall'angoscia che esista un male senza senso, imprevedibile, inesorabile, indominabile. Ciò che qui conta, tuttavia, è il problema politico-criminale – più in generale, di politica del diritto – che tutto questo genera. La situazione derivata, infatti, è indubbiamente disfunzionale: le prassi costose e inefficienti di medicina difensiva, che sui grandi numeri generano danni considerevoli alla salute generale prima ancora che ai conti pubblici, si sviluppano per contrastare una “passione punitiva” che sembra alimentata in modo inevitabile dalle trasformazioni della contemporaneità.

Tale “passione” si riversa per l'intero, nell'ambito della colpa medica, proprio sulla figura “parafulmine” del singolo medico curante: la quale, tuttavia, si mostra come sempre più incapace di fungere da capiente collettore di tutte le “colpe” che un simile nuovo sentire collettivo ritiene ormai intollerabile scaricare sull'autoresponsabilità di chi subisce il male. E questa incapacità non si radica soltanto nella crescente portata delle “colpe” di cui qualcuno “deve”

tario opera a fin di bene». Per una ricostruzione del quadro dottrinale e giurisprudenziale in questione, cfr. per tutti M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 213 ss., nonché R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica. Nuove prospettive per la colpa*, in M. DONINI-R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, p. 321 ss.

⁸Il problema della medicina difensiva è ormai studiatissimo da parte della dottrina penalistica, anche a livello monografico. Per tutti, A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; G. ROTOLO, “Medicina difensiva” e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1259 ss.; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1085; R. BARTOLI, *I costi ‘economico-penalistici’ della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1107 ss.

socialmente farsi carico: ma deriva altresì dall'evoluzione della scienza medica e dalla complessificazione dell'attività sanitaria. Il rapporto singolare medico-paziente è infatti una figura sempre più anacronistica, essendo il trattamento medico via via avvolto in una "rete" plurisoggettiva di prestazioni sanitarie, riconducibili a una struttura organizzativa entro cui, oggi, si ritrovano molti dei fattori determinanti il fallimento delle cure, nella forma di errori organizzativi. Lo scenario concreto della medicina contemporanea, dunque, si muove verso la decentralizzazione delle responsabilità, in cui *di fatto* l'evento avverso è statisticamente sempre meno riconducibile all'agire esclusivo del singolo medico che ha in cura il paziente: in totale controtendenza rispetto alla "necessità" sociale di allocare la colpa sempre più su un qualcuno che la prassi identifica ancora proprio con tale ultima figura.

Eppure, sul versante giuridico, nonostante la piena consapevolezza di questi problemi e della conseguente necessità condivisa di ridefinire in modo "speciale" – in termini più ristretti – la colpa penale del medico, tale programma politico-criminale ha stentato a trovare affermazione. In assenza di soluzioni alternative cui fare ricorso per dare sfogo alle pulsioni punitive della contemporaneità in ambito medico, quel bisogno sociale di "dare la colpa" imprime infatti resistenze generalpreventive che impediscono l'adeguamento dello statuto giuridico del fenomeno – ovvero alleggerendo la figura del singolo medico curante – alla mutata realtà tecnica.

La vicenda delle tormentatissime riforme "Balduzzi" del 2012 e "Gelli-Bianco" del 2017 esprime plasticamente questa lacerazione. Pur in partenza animate da un *favor* per il medico, un'esigenza di tutela e protezione dal rischio penale crescente, esse non paiono tuttavia aver centrato davvero l'obiettivo: giacché l'intento politico sopraddetto, asseritamente limpido, si è poi annacquato con i bisogni della prevenzione generale, dando luogo a formulazioni oscure e aperte a rivisitazioni giurisprudenziali "di resistenza" che poi sono puntualmente avvenute.

Il c.d. decreto Balduzzi⁹ – com'è noto – aveva tentato di arginare il dilagare della medicina difensiva mediante la previsione di una non punibilità della

⁹Sulla riforma in questione, per tutti: C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4-2013, p. 51 ss.; D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4-2013, p. 73 ss.; A. MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 91 ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 191 ss.; A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 735 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 819 ss.; O. DI

condotta colposa del medico allorché l'atto terapeutico si fosse attenuto «a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica» e comunque il grado della colpa fosse stato «lieve»¹⁰. Il punto di equilibrio che veniva così proposto è stato tuttavia sottoposto a critiche, anche severe, sotto plurimi punti vista. Da un lato, soprattutto la dottrina non ha mancato di evidenziare il carattere incerto, sul piano delle fonti, di quegli elementi *soft* che sono le linee guida e le buone pratiche, in frizione con il principio di legalità non solo sul piano della riserva di legge, ma anche su quello della stabilità-prevedibilità *ex ante* del precetto. Dal lato opposto, il permanere di uno stato critico di pressioni punitive rivolte sulla classe medica ha ingenerato l'opinione – più avanti fatta propria dal legislatore – che l'intervento riformatore fosse sostanzialmente fallito perché troppo timido nel perseguimento dell'obiettivo di tutela dal rischio penale che la aveva ispirata.

Così, dopo pochi anni, la legge Gelli-Bianco¹¹ ha riformato ancora una volta la materia. Rispetto all'assetto precedente – limitandomi, per adesso, nel più vasto scenario della legge in questione, a ricordare soltanto gli estremi dello statuto di imputabilità per colpa medica in campo penale – scompare qualunque riferimento alla punibilità solo per colpa *non lieve*, nelle ipotesi in cui si siano seguite le *guidelines*, per approdare a una disciplina che pare dettare, in tali casi, una non punibilità *tout court*, indipendentemente dal grado della colpa. Sennonché, le letture giurisprudenziali di un testo non troppo limpido nella formulazione hanno presto condotto a una rivisitazione di quell'intento protettivo sfoggiato dal legislatore, inserendo limiti ed eccezioni alla particolare non punibilità ritagliata dalla norma. Senza ripercorrere percorsi evolutivi noti e mirando direttamente alle conclusioni, ad oggi, per bocca delle Sezioni unite

GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 3 ss.

¹⁰ Art. 3, 1° comma, D.L. n. 158/2012.

¹¹ Sulla L. n. 24/2017, per tutti: G.M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2-2017, p. 84 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 573 ss.; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1765 ss.; G. DE FRANCESCO, *Un ulteriore sviluppo normativo in tema di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 1525 ss.; G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La discontinuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen. web*, 2-2017; A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen. web*, 3-2017; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies cp*, in *Legisl. pen.*, 7 dicembre 2017; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 343 ss.

Mariotti, l'art. 590-*sexies* c.p. è stato letto con una portata del tutto riduttiva, in cui il parametro della colpa grave ricorre solo in ipotesi marginali, e in cui comunque la non punibilità che dovrebbe derivare dal rispetto delle linee guida rimane sempre gravata dalla spada di Damocle del giudizio di adeguatezza rispetto al caso concreto¹².

Su tale percorso riformatore tornerò più avanti, nel valutare l'assetto più generale di allocazione del rischio penale, anche nel parallelo con quello civile, a esso sotteso. Per adesso, basti osservare come la colpa penale del medico, nel diritto vivente, non abbia in fondo davvero maglie più strette rispetto a quelle della colpa comune: il problema politico-criminale sottostante rimane in larga parte insoluto. Invero, sul piano delle regole di imputazione non si è davvero posto un argine all'eccesso di colpevolizzazione che si riversa, oggi, sulla figura del medico curante.

3. Il ruolo espansivo del penale connesso al "fattore plurisoggettività" nell'economia della distribuzione del rischio in ambito medico

Il problema politico-criminale descritto – a mio avviso irrisolvibile finché ci si limita a considerare soltanto le due figure alternative del medico curante e del paziente – può forse trovare soluzione, o almeno attenuarsi, coinvolgendo nel meccanismo del “dare la colpa” figure *terze* su cui “scaricare” – appunto – “la colpa”: allentando così la pressione sulla sovraccaricata figura del singolo medico curante. È su questa strada – che potremmo chiamare della *plurisoggettività* – che è opportuno adesso spingersi, al fine di verificare se e in che misura una tale soluzione sia stata effettivamente *già praticata*, o comunque sia, più in generale, *praticabile*. In effetti, l'evoluzione della scienza e della pratica medica cui abbiamo già fatto riferimento – appunto protesa verso la com-

¹² Cass. pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, Mariotti. Questa la nota massima: «l'esercente la professione sanitaria risponderà, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica: a) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l'evento si è verificato per colpa “grave” da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico».

plussificazione organizzativa, la diversificazione dei ruoli e delle correlative responsabilità – sembrerebbe in prima battuta suggerire di saggiare proprio la via della “soluzione plurisoggettiva”.

Senonché, sul piano formale, l'ostacolo primario a una qualche funzione liberatoria per la figura colpevolizzata principale risiede nel fatto che – di regola – il coinvolgimento di corresponsabili altri non fa altro che replicare la minaccia della sanzione *per l'intero* anche nei loro confronti. È una differenza capitale – tanto ovvia quanto mai abbastanza sottolineata, vista la sua portata – tra rischio penale e rischio civile, nel loro contatto con la dimensione plurisoggettiva.

Il rischio civile si aggancia a un parametro stabile, fissato, che è l'entità economica del risarcimento complessivamente dovuto per ristorare il danno subito: la presenza di una pluralità di danneggianti determina una ripartizione in quote del risarcimento dovuto, in base al proprio ruolo, alla propria “colpa”, nel cagionare il fatto. Certo, la ripartizione del rischio secondo lo schema dettato da tali quote non è immediata, giacché – a mente dell'art. 2055 c.c. – ciascun danneggiante può essere chiamato in prima battuta a risarcire per l'intero: sopportando così, da solo, tutto il peso del rischio risarcitorio. È fatto salvo, però, il regresso *pro quota* nei confronti degli altri coobbligati in solido: che realizza così – per quanto a un “secondo livello”, come ho già ricordato – un assetto di allocazione del rischio civile che distribuisce a ciascuno dei danneggianti, in proporzione della propria quota-colpa, un *quantum* totale che è prefissato a monte, giacché legato all'entità del danno, indipendentemente dal numero delle “teste” che dovranno fra loro ripartirselo.

Il rischio penale, invece, segue criteri di allocazione molto diversi. Non solo gli è alieno un modello di ripartizione strutturato su due livelli: ho già notato in precedenza come nel penale l'allocazione della colpa sia già, in tutto e per tutto, l'allocazione del rischio. In più, nel relazionarsi con una pluralità di danneggianti, il rischio penale mostra ancora una volta il suo carattere monolitico, inscalfibile: tutti lo sopportano per l'intero. Così, allargando lo sguardo dal singolo ai possibili approcci politico-criminali rispetto al nodo della plurisoggettività degli autori, appare chiara la regola generale per cui *il rischio penale non si divide, non si ripartisce, è un'entità “rigida”: al massimo, si moltiplica.*

Tale “principio” costituisce con tutta evidenza un'ipoteca pesante sulle possibilità di utilizzo di soggetti altri rispetto al singolo medico curante, al fine di “traslare” sui primi il rischio penale del fallimento delle cure e di alleggerire, così, quest'ultima figura. Per far ciò, occorre, in pratica, individuare istituti che sostanzialmente derogano al generale “principio di moltiplicazione del rischio”, prevedendo espressamente la non punibilità del sanitario agente a se-

guito o comunque in ragione dell'intervento significativo nella vicenda terapeutica di altre figure di medici, che in ragione del loro agire – appunto – *lato sensu* “significativo” attraggano verso di sé per l'intero la responsabilità dell'esito infausto.

Pur non potendo scendere nel dettaglio di un problema complesso, che tocca snodi centrali della teoria del reato, merita approfondire un poco il punto, ricordando quantomeno i principali “luoghi” dogmatici in cui dottrina e giurisprudenza hanno maggiormente scavato.

Anzitutto, un'eccezione al generale principio di “moltiplicazione” della colpa si ritrova sul piano della causalità naturalistica. È l'ipotesi dell'interruzione del nesso causale, disciplinata sul piano codicistico dall'ermetica formula dell'art. 41 capoverso c.p.: l'intervento di fattori causali susseguenti, che siano da soli «sufficienti a determinare l'evento», recide il rapporto di causa con la previa azione umana che pure è *condicio sine qua non* dell'evento, liberando dal rischio penale l'agente¹³.

Se già tuttavia gli estremi in cui può configurarsi questa ipotesi sono discussi in dottrina, la giurisprudenza – dal canto suo – è decisamente parca nel ravvisare la sussistenza di un'interruzione del nesso di causa, nel diritto vivente. La lettura prevalente – anche con specifico riferimento alla colpa medica – è infatti quella per cui solo fattori causali sopravvenuti «eccezionali», «completamente atipici», «esorbitanti», «rarissimi», siano capaci di rompere il legame causale con il previo comportamento dell'agente¹⁴. Pertanto, è estre-

¹³ La discussione dottrinale, sul tema dell'interruzione del nesso causale, è diversificata e la produzione ampia. Per un ampio panorama, si rinvia alla ricostruzione ampia di A. VALLINI, “Cause sopravvenute da sole sufficienti” e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità “scientifica”, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 341 ss., nonché, volendo, a quella più sintetica a penna di C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, Milano, 2012, p. 99 ss.

¹⁴ Sono solo alcune delle dizioni utilizzate a seconda dei casi in giurisprudenza, che peraltro rendono comunque bene l'idea di quanto un simile fenomeno accada di rado. Per tutte, in generale sull'interruzione del nesso causale nei reati colposi d'evento: Cass. pen., sez. IV, 25 febbraio 2020, n. 22691; Cass. pen., sez. IV, 11 dicembre 2018, n. 123; Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2017, n. 53541; Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2016, n. 43270; Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 9967; Cass. pen., sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020; in materia specifica di colpa medica, Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2017, n. 33770; Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2016, n. 25689; Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 6215. Va poi tenuto conto che anche la giurisprudenza che afferma l'avvenuta interruzione del nesso causale, in realtà sovente – leggendo con attenzione le motivazioni – sembra piuttosto fare riferimento non alla sua dimensione schiettamente naturalistica, bensì a quella normativa di “causalità giuridica”, ovvero incentrata sul carattere anomalo del rischio che ha trovato concretizzazione nell'evento rispetto a quelli che il garante era tenuto a prevenire: per tutte, cfr. Cass. pen., sez. IV, 10 marzo 2016, n. 15493; Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2016, n. 3312; Cass. pen., sez. IV, 5 maggio 2015, n. 33329, con nota

mamente raro che l'intervento nel percorso di cura da parte di un sanitario terzo – diverso dal medico curante “principale”, o comunque temporalmente antecedente, del quale si discute dunque la possibilità di veder rimosso il rischio penale già sul piano naturalistico dell'imputazione – possa giocare un ruolo in tal senso.

Ben più significativo è invece il nodo relativo all'elemento soggettivo, alla colpa, sotto il profilo del *nesso di rischio* – o, per dirla alla tedesca, dell'*imputazione oggettiva dell'evento*. È – questo della c.d. causalità giuridica – un luogo dogmatico imponente e affollato, dove entrano in considerazione teoriche tra loro nominalmente diverse, ma almeno in parte sovrapposte, aventi cioè sostanzialmente ad oggetto le medesime problematiche di imputazione. Queste ultime, in pratica, sorgono (almeno inizialmente) attorno alla necessità di limitare gli eccessi estensivi della causalità condizionalistica – che, abbiamo detto, non trovano davvero argine sul piano naturalistico, nella forma dell'interruzione del nesso eziologico – in un momento “intermedio” rispetto alla dimensione eminentemente personalistica del giudizio di colpevolezza: un momento normativo di selezione dei rischi rilevanti che, nella propria condotta, l'agente è tenuto a considerare e a evitare che si realizzino in un evento lesivo¹⁵.

Così, non vi dovrebbe essere colpa quando l'evento verificatosi costituisce *realizzazione di un rischio* che non rientrava nella sfera di competenza del medico, fra i vari intervenuti, chiamato in causa. Il principio informatore della materia dovrebbe essere l'*affidamento* nell'operato concorrente degli altri professionisti sanitari: con una ripartizione *ex ante* dei *tipi di rischi* nei quali si può incorrere nel trattamento medico, attribuiti alla sfera di competenze dei singoli sanitari intervenuti¹⁶.

di A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1537 ss., che ricostruisce la tendenza giurisprudenziale a sovrapporre il piano della causalità *stricto sensu* intesa e dell'interruzione del nesso ex art. 41 cpv c.p., con quello della competenza per il rischio e della c.d. causalità giuridica.

¹⁵ La necessità che l'evento colposo costituisca la concretizzazione del rischio che la regola cautelare violata mirava a prevenire è un requisito ormai da tempo radicato nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, introdotto per la prima volta da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora in ID., *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 207 ss., e poi ripreso con ampiezza nella letteratura successiva, fra cui, per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 321 ss. Tale requisito, proprio della teoria della colpa, è utilizzato nel contesto in questione per selezionare le “sfere di rischio” di competenza di ciascuno dei sanitari intervenuti, “saldandolo” dunque con l'individuazione esatta delle posizioni di garanzia di ognuno. In dottrina, cfr. sul punto L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, nonché R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010.

¹⁶ Sulle posizioni di garanzia delle varie figure di sanitari, per tutti, M.L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, Napoli, 2005; C. SALE, *La posizione*

Tuttavia, l'atteggiamento prevalente della giurisprudenza è quello di ricostruire in modo molto fluido ed espansivo la sfera dei doveri di ciascuno dei sanitari intervenuti: sia in ipotesi di trattamenti plurisoggettivi sincronici, che è il caso "classico" della responsabilità d'*équipe*; sia in quelli diacronici, in cui più medici – spesso diversi specialisti, talvolta anche afferenti a strutture diverse – gestiscono, in momenti diversi, la stessa patologia di un paziente. Il principio di affidamento è così compresso, mediante il riconoscimento di posizioni di garanzia tendenzialmente onnicomprensive – incluso il dovere di verificare la correttezza dell'operato degli altri medici – tipicamente veicolate dalla logica della causalità omissiva, non di rado letta come espansiva dell'ambito di doveri e, dunque, della penalità.

Insomma: l'effetto complessivo di questo fattore "plurisoggettività" – quantomeno nell'interpretazione della prassi, del diritto vivente – pare così del tutto opposto a quello che stiamo ricercando, liberatorio per la figura del singolo medico. Esso, addirittura, sembra *incrementare* il carico di fatti per i quali questi può rispondere, aggiungendo ai "propri" quelli in parte "di altri", di altri medici.

Se questo è quello che accade a livello pratico, va tuttavia sottolineato come un atteggiamento più attento alla ripartizione delle competenze per il rischio, dunque all'evitare lo svilimento del principio di affidamento, potrebbe in parte alleviare le tendenze colpevolizzatrici rivolte verso la figura del medico curante. Del resto, si può osservare come, anche nell'ottica pregiudiziale della necessità di "dare la colpa" per lenire l'angoscia legata all'evento tragico, un simile risultato paia realistico. In fondo, nel fenomeno sanitario plurisoggettivo, i vari singoli medici la cui condotta concorre all'evento infausto sono solitamente tutti considerabili come *egualmente* "prossimi" al fatto: potendo così "egualmente" fungere da catalizzatori delle istanze punitive connesse al risultato infausto. In questo senso, la descritta tendenza espansiva delle responsabilità conduce a una moltiplicazione del rischio penale – che si riflette per l'intero su un numero più ampio di soggetti – la quale tuttavia – mi sembra – non è funzionale neanche ad assicurare un tangibile *surplus* generalpreventivo di assicurazione sociale rispetto a un assetto che tenda inve-

di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali, in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2013. Sul principio di affidamento in generale, per tutti, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, e in particolare con riferimento all'ambito sanitario, per tutti, M.L. MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1220 ss. Su entrambi i temi, cfr. il contributo monografico di A. PALMA, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016.

ce, all'opposto, a canalizzare la colpa verso singoli responsabili, in modo alternativo tra loro.

4. *Dall'allocazione della colpa ai vertici sanitari e amministrativi nell'esperienza giurisprudenziale alle suggestioni della responsabilità da reato dell'ente collettivo*

Occorre rilevare come, nel discorso finora condotto, non si sia ancora tenuto conto di un elemento divenuto ormai di fondamentale importanza: la presenza massiccia, nella medicina moderna, dell'*errore organizzativo* quale fattore determinante una quota significativa di eventi avversi. La natura complessa dell'attività sanitaria come oggi la conosciamo, infatti, risiede non soltanto nella crescita del ruolo dell'interrelazionalità, quanto piuttosto nel *protagonismo della struttura sanitaria*, dell'organizzazione, nelle cui pieghe si celano molti dei fattori concretamente determinanti l'esito infausto del trattamento medico.

Far ricadere sul singolo medico curante tali tipologie di errori risponde evidentemente a una logica colpevolizzatrice, lontana dagli assetti che dovrebbero governare la pratica sanitaria e dai principi del diritto penale, che guarda soltanto ai bisogni di rassicurazione collettiva che richiedono (almeno) un colpevole per ogni evento dannoso. Eppure, proprio seguendo una simile logica la prassi tende, in via maggioritaria, ad attrarre nell'orbita della responsabilità penale del singolo sanitario anche simili fatti, la cui scaturigine è invece individuabile in una disfunzionalità dell'organizzazione.

Una prima strada che è possibile esplorare rispetto al problema del sollevare il singolo medico dal rischio penale per gli eventi avversi dovuti a errori organizzativi è quella della *responsabilità dei vertici* della struttura che ha avuto in cura presso di sé il paziente: il direttore generale, il direttore sanitario e quello amministrativo¹⁷. Tale via, invero, è stata saggiata da una giurisprudenza che

¹⁷ Per tutti: C. LORÈ-P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 403 ss.; A. DE DONNO-A. LOPEZ-V. SANTORO-P. DE DONNO-F. INTRONA, *La responsabilità penale degli organi apicali delle strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 626 ss.; P. PISA-G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., p. 21 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, p. 272 ss.; G.M. CALETTI, *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 737 ss.; R. BARTOLI, *Individuale e collettivo nella*

si potrebbe qualificare un po' di nicchia, e peraltro non tutta riferibile a tempi propriamente recenti, senza tuttavia trovare mai un'eco importante né nel diritto pretorio, né presso il dibattito dottrinale¹⁸. In effetti, una simile soluzione pare essere “immediatamente applicabile”, ovvero non necessitante per essere implementata di soluzioni legislative *ad hoc*, potendo insinuarsi – come è in effetti appunto accaduto – già sul piano dell'interpretazione giurisprudenziale, “stirando” le categorie della colpa e dell'omissione.

In primo luogo, si può osservare come una simile operazione, pur possibile, è quantomeno assai onerosa per il giudice sul piano motivazionale. Allontanarsi dal fatto concreto per attingere figure a esso solo debolmente collegate, e perdi più su un piano squisitamente omissivo-normativo, implica infatti la ricostruzione minuziosa di posizioni di garanzia ampie e complesse, di contro alla maggiore “facilità” dell'allocazione del rischio penale su colui che ha concretamente “messo le mani” sul paziente.

Ma il vero motivo, pragmaticamente, è che non vi sono di solito reali ragioni politico-criminali, sul piano della generalprevenzione, per “tirare dentro” al meccanismo di colpevolizzazione *anche* le figure apicali della struttura sanitaria. Reiterando un'osservazione fatta in precedenza, anche la moltiplicazione del rischio penale su tali soggetti usualmente non riflette esigenze di rassicurazione sociale ulteriori rispetto a quelle già soddisfatte dall'imputazione dell'evento infausto al singolo medico curante. E certamente, nella maggior parte dei casi, non sussistono vere e proprie ragioni – sul piano in questione – per deviare dai percorsi standard di colpevolizzazione, ben “oliati” nel sentire collettivo e più sicuri sul piano del risultato processuale. Per cui, non stupisce come il non usuale coinvolgimento dei vertici nella vicenda penale, solitamente, si ponga comunque non come alternativo ma cumulativo rispetto a quello del sanitario intervenuto.

Non mancano, invero, eccezioni in giurisprudenza: in cui la responsabilità dei vertici sia stata dichiarata *in sostituzione* di quella dei sanitari anch'essi coinvolti nella vicenda. È un risultato che sembrerebbe rispondere pienamente al modello di allocazione della colpa che si sta indagando: ma che – appunto – è del tutto eccezionale, e sovente legato alla particolare conformazione del

individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 793 ss.; sulle figure apicali di strutture di cura private, cfr. G. DE FALCO, *Compiti e responsabilità del direttore sanitario delle case di cura private. Profili penali*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 604 ss.

¹⁸ Così S. TUNESI, *La responsabilità per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario: profili politico-criminali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 1383. Tra le pronunce di legittimità sul punto, si ricorda: Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 2000, De Donno, in *Cass. pen.*, 2002, p. 226 ss.; Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2007, n. 1553, in *Foro it.*, 2008, c. 517.

caso concreto, in cui sembrerebbe davvero arduo individuare una violazione del dovere di diligenza in capo al sanitario intervenuto. Ma, allora, più che un meccanismo di alleggerimento di questa figura mediante l'allocazione della colpa altrove, un simile assetto sembrerebbe più un “recupero” di attribuibilità umana del fatto avverso, al fine di garantire comunque un colpevole quando quello usuale, tipico, paia davvero indisponibile ad assolvere una simile funzione. Insomma, in un'ottica politico-criminale tale casistica sembrerebbe più vicina ad esprimere le esigenze della prevenzione generale che quelle della corretta ripartizione delle sfere di controllo. E in ogni caso, si tratta di esiti che evidentemente si pongono in stretta aderenza alle peculiarità della fattispecie concreta, senza che possano davvero condurre a costruire modelli “generali” di responsabilità dei vertici, dall'ordinaria operatività. Essi non possono davvero gestire l'intera gamma di errori organizzativi, senza sfociare in forme di responsabilità da posizione dei vertici. Tali errori, in effetti, sono prima di tutto *fatti dell'ente*: dovuti a *colpa d'organizzazione*.

La responsabilità dei vertici, così, si manifesta per essere un mezzo di allocazione della colpa disegnato sulle medesime e già descritte cadenze della gestione plurisoggettiva, da parte di più sanitari, di una vicenda di cura, rispetto a fattori genetici del risultato lesivo che non possono che essere considerati in modo soddisfacente se non sul piano della struttura collettiva. Insomma, la colpa dei vertici dell'organizzazione non è che il surrogato giurisprudenziale di quell'istituto che ancora manca a livello legislativo: cioè la responsabilità da reato dell'ente, della struttura sanitaria¹⁹.

Le ragioni “tecniche” di tale mancanza sono essenzialmente due. Anzitutto, va considerato come osti all'operatività della responsabilità 231 il fatto che in moltissimi casi le strutture sanitarie in questione siano aziende sanitarie locali o aziende ospedaliere, da considerarsi – ma sul punto il dibattito è aperto – enti pubblici non economici esclusi *ex art. 1, 3° comma*, dall'ambito di applicazione del decreto legislativo²⁰. In ogni caso, è sicuro come, sul piano dei rea-

¹⁹ La questione, specialmente negli ultimi tempi, sta assurgendo a tema di diffuso dibattito in seno alla dottrina. Perplessità in ordine all'opportunità di introdurla nel nostro ordinamento sono espresse, per tutti, da R. BARTOLI, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, cit., p. 793 ss.; O. DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini fra pubblico e privato*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1889 ss.

²⁰ In giurisprudenza, il tema è stato affrontato in un'unica pronuncia di legittimità, che ha ritenuto applicabile il D.Lgs. n. 231/2001 in quanto ente pubblico economico a una s.p.a. ospedaliera in mano pubblica per il 51%: *Cass. pen.*, sez. II, 26 ottobre 2010, n. 234, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1907, con nota di O. DI GIOVINE, *La responsabilità da reato nelle società a partecipazione mista*. Sul tema, cfr. A. MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, cit., p. 248.

ti-presupposto, il D.Lgs. n. 231/2001 non preveda, ad oggi, la responsabilità da reato dell'ente per i delitti di omicidio e lesioni colpose commesse in ambito sanitario.

Questo ostacolo – evidentemente insormontabile *de iure condito*²¹ – non ha tuttavia frenato il dibattito politico-criminale circa l'opportunità o meno di introdurre nell'ordinamento italiano la responsabilità da reato dell'ente con riferimento alle fattispecie di *medical malpractice*. Il problema è articolato, e sarebbe ingeneroso ricondurlo a un binomio secco tra esigenze della prevenzione e quelle della garanzia.

Da un lato, sembrerebbero spingere verso l'implementazione di un simile risultato ragioni di duplice natura. È indubbio l'ideale di *favor* per la prevenzione che milita in tale direzione: sia nel senso più basilare di una rassicurazione sociale più intensa, derivante dal coinvolgimento nella vicenda penalistica anche dell'ente (significato più immediato a comprendersi ma della cui efficacia reale, sul piano della prevenzione generale, è a mio avviso lecito dubitare); sia anche in quello più complesso, e ancora in parte da esplorare, della maggior efficacia preventiva della chiamata in causa di quel soggetto che davvero – a differenza del singolo medico il cui operato è travolto dalla presenza a monte di un errore organizzativo – può ristrutturarsi al proprio interno e impedire che fatti simili si ripetano in futuro. Ma c'è anche spazio per uno scopo politico-criminale diverso dal potenziamento della prevenzione, finora un po' sottovalutato, di stampo *lato sensu* garantista, che si può celare in un percorso di legittimazione della responsabilità dell'ente sanitario: la possibilità che al suo termine possano schiudersi delle eventualità – stabilita con forza la natura “propria” del fatto in capo all'ente – di non punibilità del singolo medico persona fisica che sia entrato in gioco. È, insomma, la prospettiva che pone la responsabilità dell'ente sulla traiettoria di indagine che ci occupa in questa sede.

Sul lato opposto, una delle ragioni più forti che spingono a non indugiare troppo su tale itinerario è invero proprio quella che affonda nella disillusione circa la possibilità di un simile esito positivo: giacché è inverosimile pensare di

²¹ Opinioni isolate, e con percorsi argomentativi differenti, ritengono invece la responsabilità da reato dell'ente sanitario già almeno in parte operativa nel nostro ordinamento, *ex art. 25-septies* D.Lgs. n. 231/2001: C. SANTORIELLO, *La colpa medica quale nuova frontiera della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, p. 152 ss.; M. COLACURCI, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in *Legisl. pen.*, 24 aprile 2020. In particolare, va ricordato come il reato di evento per violazione di norme antinfortunistiche, e la relativa responsabilità dell'ente in base alla norma citata, non necessitano – nell'interpretazione giurisprudenziale, quantomeno – che la vittima sia un lavoratore, potendo operare a tutela della vita e dell'incolumità anche di terzi (nel caso di specie, di pazienti) purché la lesione derivi – appunto – da violazioni a carattere securistico.

raggiungere un assetto che espunga la punibilità del singolo rimpiazzandola con quella della struttura collettiva – così si ragiona – meglio “tenersi stretta” l'esenzione del rischio penale per l'ente, piuttosto che inerpicarsi su vie che non potrebbero che condurre alla moltiplicazione della penalità. A tali istanze di matrice garantista, si sovrappongono poi ragionamenti tutti pragmatici, che spingono anch'essi per la conservazione dello *status quo*: la natura pubblica degli enti in questione non è solo un ostacolo di ordine formale alla punibilità dell'ente, ma anche la concretizzazione di un giudizio di opportunità politica che – quantomeno rispetto alle tipologie di enti pubblicistici in questione, quelli sanitari – non rispondono (soltanto) ad una logica di “privilegio” per la p.a. Insomma, se i meccanismi di incentivo alla prevenzione organizzativa mediante minaccia di sanzioni – aventi, come risultato ultimo, la marginalizzazione o l'esclusione dal mercato dell'ente colpito – si sposano molto bene con settori ad elevata fungibilità quanto a *player* economici, il comparto della sanità è irrigidito dal fine di tutela della pubblica salute a esso sotteso, rendendo quantomeno problematico “punire” grandi realtà oligo/monopoliste nel rispettivo ambito territoriale senza mettere a repentaglio la cura del bene della costanza e adeguatezza dell'intervento sanitario rispetto alla fetta di popolazione interessata.

5. *La mancata valorizzazione, sul versante penalistico, dell'approccio avente al centro l'ente e la sua organizzazione da parte della legge Gelli-Bianco. Le resistenze culturali colpevolizzatrici dell'uomo contemporaneo e i possibili percorsi di razionalizzazione dell'assetto di allocazione della colpa in ambito sanitario*

È un fatto come il versante penalistico dell'allocazione del rischio – nella dialettica tra responsabilità dei singoli medici e della struttura sanitaria – si sia mostrato sostanzialmente impermeabile agli impulsi modernizzatori che hanno, invece, caratterizzato negli ultimi anni la relativa disciplina dell'illecito civile, nonché – più in generale – l'approccio alla materia dell'attività e della responsabilità medica.

La riforma Gelli-Bianco, sotto quest'ultimo profilo, è il più maturo approdo della cultura organizzativo-aziendalistica nel settore in questione. La disciplina della responsabilità civile sanitaria che emerge nell'intervento legislativo – lo abbiamo visto nell'intervento che mi ha preceduto – si è fatta lucida interprete di questa cultura, strutturandosi in un sistema a doppio binario in cui l'azione risarcitoria nei confronti della struttura sanitaria è posta in posizione

centrale, privilegiata, rispetto a quella rivolta nei confronti del singolo operatore medico, avente carattere si potrebbe dire residuale.

Sul versante dell'allocazione del rischio penale, invece, l'introduzione o modifica del rilievo di alcuni elementi nell'ottica del giudizio di responsabilità, che è figlia della medesima cultura che pone al centro il momento organizzativo e la gestione d'insieme del fenomeno sanitario, a mio avviso stride fortemente con l'assetto complessivo della distribuzione della colpa, uscito dall'intervento del 2017 sostanzialmente riconfermato nei suoi tratti essenziali, già propri della tradizione. Il rischio penale, infatti, come già visto, è rimasto a gravitare soltanto sulle persone fisiche, sui singoli medici, trascurando del tutto la responsabilità della struttura, benché il suo ruolo centrale nella genesi dei casi di *malpractice* sia invero ormai chiarissimo al legislatore.

L'obiettivo dichiarato della riforma è il perseguimento della "sicurezza delle cure": ovvero la predisposizione di un ambiente organizzativo atto a erogare le prestazioni sanitarie nel modo più efficiente ed efficace possibile²². In tale ottica, si è cercato di rendere ancor più centrali di quanto già non fossero nella vigenza del decreto Balduzzi quegli strumenti che sono le linee guida. Queste ultime, infatti, sono la plastica derivazione di questa logica d'insieme: scaturiscono da una sintesi standardizzatrice e razionalizzatrice, il cui fine è quello di minimizzare i rischi di eventi infausti in un'ottica globale, complessiva. È una logica in cui – è stato ampiamente osservato – il rischio è quello di perdere di vista le *leges artis* che avrebbero dovuto guidare la gestione di singoli casi particolari, devianti rispetto allo standard riassunto nelle *guidelines*. Di più: è una logica che, a ben vedere, presuppone come inevitabile una quota, pur minima, di eventi infausti. Essa è espressione di un atteggiamento che, preso atto dell'irraggiungibilità dell'azzeramento degli eventi negativi, del fatto che "le disgrazie accadono", si pone l'obiettivo meno ambizioso e più realistico di mantenerli al livello più basso possibile.

Questa logica disincantata, più moderna, è tuttavia tradita nel momento in cui a livello di disciplina penalistica effettiva tutto continua a ruotare attorno alla *responsabilità individuale*: che come tale è ancorata al bene giuridico dell'*incolumità di ciascun, singolo paziente*, e non al bene "collettivizzato" della sicurezza delle cure. È – questo punto di vista tradizionale – restio ad ammettere il ruolo dell'autoresponsabilità del paziente: la presa in carico da parte del sanitario è il preludio al riconoscimento in suo capo di una posizione di protezione tendenzialmente onnicomprensiva, da cui discende una perversa presunzione secondo cui tutto ciò che di male succeda in seguito al malato sia ri-

²² Per tutti, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 37 ss.

conducibile all'agire del medico²³. La regola cautelare, in questo modello di responsabilità incentrato sulla colpa generica, è altra dalla linea guida: è ricostruita a posteriori, caso per caso, secondo una logica deontologica che ragiona più su cosa si sarebbe potuto in astratto fare, piuttosto che su cosa era concretamente esigibile, sul piano giuridico, dal sanitario.

La disciplina dell'allocazione del rischio penale in ambito medico, insomma, pare essere entrata in una sorta di “cortocircuito”, sospesa tra istanze contrapposte. Da un lato, vi sono auspici di modernizzazione e di riforma, di presa di coscienza della centralità del momento organizzativo nella realtà attuale del fenomeno sanitario, che nel parallelo campo della responsabilità civile sono stati ampiamente recepiti a livello di disciplina. Dall'altro, vi è l'ineludibile e pervicace resistenza all'alterazione dello *status quo*, che ripropone – peraltro in modo attualmente vincente – il modello tradizionale in cui è centrale la colpa del singolo medico, persona fisica.

Se probabilmente hanno giocato un ruolo importante nel determinare un simile risultato le esigenze “pubblicistiche” di tutela della struttura collettiva di cui prima ho detto – che hanno fatto guardare con sfavore la strada dell'apertura alla responsabilità da reato degli enti sanitari – non credo di essere lontano dal vero nell'affermare che, comunque, sia stato decisivo l'intento, a monte, del non voler esplorare soluzioni altre da quella tradizionale. Nella sua ritualità colpevolizzatrice, l'allocazione della colpa al singolo medico curante per ogni tipo di esito avverso sembra un presidio irrinunciabile per la rassicurazione dell'uomo contemporaneo. Insomma, per quanto complessivamente irrazionale, più repressivo che davvero genuinamente preventivo, un simile atteggiamento mi pare sia da considerarsi il punto di caduta rispetto a cui ancora oggi l'orientamento politico-criminale prevalente non ammette discussioni.

Come ho cercato fin qui di argomentare, mi sembra che sussista più di una ragione per tentare di intraprendere altre vie. La cosa, tuttavia, non è affatto semplice, e sarebbe poco realistico immaginare di risolvere il problema calando dall'alto un congegno dogmatico alieno su di uno scenario politico-criminale scosso dalla forza irresistibile di certe necessità di rassicurazione sociale: che, per quanto razionalmente infondate, sono delle realtà sul piano sociale e di cui occorre pertanto tenere conto. Ciò non significa affatto arrendersi

²³ Tale atteggiamento è definito, nella letteratura specialistica, cultura del *blame and shame*, caratteristica dell'approccio tradizionale di tipo accusatorio, “personale”, di contro alla cultura della sicurezza organizzativa che è tipica dell'approccio “sistemico”, che cerca di fare emergere gli errori nell'organizzazione per potervi porre rimedio: per tutti, A. MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, cit., p. 96 ss.

smettendo di ricercare una soluzione al problema, quanto piuttosto nel farlo con la consapevolezza di come – al pari di quanto è accaduto con il lato penalistico della riforma Gelli-Bianco – ogni tentativo di ridisegnare la responsabilità del singolo medico sollevandolo in parte dalle pressioni colpevolizzatrici, senza tuttavia scaricarle altrove, e il tutto a richiesta sociale di rassicurazione mediante colpevolizzazione invariata, non può che fallire.

Insomma, a fianco delle ragioni contrarie all'introduzione di forme di responsabilità dell'ente-struttura sanitaria di cui ho già detto – le quali, comunque, meriterebbero un approfondimento maggiore di quanto non sia consentito nell'economia di questo discorso²⁴ – è opportuno tenere conto altresì dell'argomento favorevole, finora trascurato, secondo cui l'ingresso in gioco del soggetto collettivo nel meccanismo dell'allocazione della colpa offra la possibilità, sul piano politico-criminale, di reinquadrare in termini meno rigorosi i parametri della responsabilità del singolo medico. Requisito fondamentale per un simile risultato, dunque, è che l'attribuzione di “colpa” all'ente svolga un ruolo di surrogato, sul piano del bisogno di “dare la colpa”, rispetto alla più classica allocazione del rischio penale al singolo medico curante.

Se un simile “travaso di colpa” possa davvero funzionare, resta da vedere. Si possono avanzare in proposito alcune congetture, che prendono le mosse, nella ricerca di dati concreti cui appigliarsi, anzitutto dall'osservazione comparatistica di quelle realtà che hanno tentato operazioni simili.

L'esempio più immediato di tentativo di coniugare la parziale defezione della punibilità per colpa delle persone fisiche con un protagonismo di quella degli enti è quello della Francia. Nell'ordinamento francese, a partire dalla *loi Fauchon* del 2000, ampi settori della responsabilità colposa – tra cui anche quella medica – sono stati ridisciplinati alleggerendo la figura dell'autore persona fisica, che risponde solo quando la sua colpa sia “qualificata”, mentre l'ente rimane responsabile anche per tipologie di colpa più marginali. In tali casi, dunque, quando la colpa non è «*qualifiée*» ai sensi dell'art. 121-3, 4° comma, del codice penale francese, dell'evento risponderà solo la persona giuridica,

²⁴ Argomento importante e condivisibile, contro le resistenze all'ampliamento della responsabilità dell'ente ai casi di omicidio e lesioni in ambito sanitario fondate sull'opportunità di non minacciare e irrogare sanzioni – in particolare interdittive – che finirebbero per pregiudicare l'utenza e dunque i cittadini, è quello per cui in ogni caso queste ultime rimarrebbero l'ultima spiaggia rispetto alla possibilità di far ricorso a strumenti sanzionatori già presenti nel D.Lgs. n. 231/2001 quali il commissariamento giudiziale *ex art.* 15 oppure le condotte riparatorie di cui all'art. 17. In tal senso, cfr. A. MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, cit., p. 301.

“caricandosi” del rischio penale da cui è contestualmente liberata la persona fisica riconoscibile come autore del fatto²⁵.

La prassi pare dimostrare un buon radicamento di questo sistema: contrariamente all'esperienza italiana, la responsabilità da reato degli enti ha attecchito molto – guardando al numero dei casi e delle condanne – nelle corti francesi²⁶; e con riferimento ai reati colposi in generale, e alle ipotesi di colpa medica in particolare, il descritto meccanismo di “travaso della colpa” dalla persona fisica a quella giuridica sembra trovare – pur lentamente – sempre più affermazione pratica. C'è da dire, d'altro canto, di come anche oltralpe non manchino episodi di recrudescenza di istinti punitivisti rivolti anche nei confronti delle persone fisiche. È un fatto di cronaca come, dopo numerosissime denunce relative a errori nella gestione nei primi mesi dell'emergenza pandemica da Covid-19, siano stati avviati vari procedimenti a carico non solo dei vertici sanitari nazionali ma anche di quelli politici. A dimostrazione di come non sia semplice individuare tendenze univoche nell'opinione pubblica francese, la memoria non può che correre al massimo scandalo sanitario degli anni '80 e '90 – relativo all'utilizzo di sangue infetto per trasfusioni a centinaia di pazienti – che era culminato con la condanna di numerosi *ex* ministri e che, per l'appunto, era stato il motivo politico alla base delle riforme appena ricordate volte a limitare la punibilità per colpa delle persone fisiche in ambiti complessi come quello medico.

Insomma, per quanto sia ingeneroso tentare di riassumere in poche battute vicende e orientamenti dall'ampio respiro propri di realtà nazionali vicine, che meriterebbero ben altri approfondimenti, credo si possa comunque intuire come esse ci indichino che l'operazione politico-criminale di “travaso della colpa” di cui si è detto sia probabilmente possibile, ma tuttavia difficile e precaria. Incolpare l'ente del risultato avverso, da solo, non raggiunge quel grado di rassicurazione sociale che invece l'allocazione della colpa all'autore fisico immediato reca con sé. Il meccanismo può forse reggere finché si naviga in acque tranquille, e il momento attuale, in balia delle tempeste del populismo penale, non pare proprio possa essere considerato un mare poco agitato.

Probabilmente, dunque, è un meccanismo che da solo non può adeguatamente funzionare²⁷: occorre che esso si accompagni a percorsi paralleli che,

²⁵ Per tutti: E. FORTIS, *Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2011, p. 737 ss.; Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Paris, 2003; S. PORRO, *La faute qualifiée nel diritto penale francese*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, p. 63 ss.

²⁶ F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*³, Torino, 2013, p. 141.

²⁷ E probabilmente è vera anche l'osservazione speculare per cui le “strategie” politico-criminali volte ad allentare la pressione colpevolizzatrice in termini generali, di cui sto per fare

conducendo al progressivo raffreddamento dell'impulso punitivo "primordiale", rivolto cioè verso l'immediato responsabile del fatto, permettano di rendere "tollerabile" agli occhi della società limitare il rischio penale all'ente soltanto (o, al limite, giungere addirittura al suo venir meno, mediante la soddisfazione integrale del bisogno di assicurazione sociale per via non socialpunitiva). Insomma, occorrerebbe in ogni caso, credo, esplorare in parallelo anche altre strade. Mi limito soltanto ad evocarne due: conscio del fatto che ognuna di esse potrebbe portare il discorso – che per adesso deve invece qui avviarsi a concludere – molto lontano.

In primo luogo, proprio cercando di continuare a ragionare in più stretta contiguità tra diritto civile e diritto penale – come si è cercato di fare in questo nostro incontro – potrebbe essere utile soffermarsi su quei meccanismi che inducono le vittime a battere la via della denuncia penale anche per perseguire più efficacemente finalità risarcitorie. In effetti, per quella componente di impulso ad agire per ottenere giustizia che mira ad ottenere un risarcimento per il danno subito, diversi fattori rendono più appetibile intraprendere la via penalistica: la presenza della parte pubblica che dà impulso al procedimento; che solleva dalle spese "di indagine", in particolare delle consulenze tecniche; che costituisce un'arma di pressione sul medico per indurlo a negoziare in via stragiudiziale sul risarcimento, in particolare al rialzo quanto alla sua entità; ma anche la maggiore permeabilità del regime probatorio del processo penale rispetto a elementi extracartolari. In questo modo, la domanda di azione penale è "gonfiata" anche da obiettivi delle parti lese che sono ulteriori rispetto alle istanze di assicurazione sociale. Potrebbe essere forse proficuo, al fine di determinare un allentamento del rischio penale gravante sui singoli medici, rimeditare il rapporto tra domanda risarcitoria e procedimento penale: l'impulso punitivo lasciato allo stato – per così dire – *puro* avrebbe forse un maggiore margine di imbrigliabilità sul piano politico-criminale. In questo senso, la strutturazione della responsabilità medica, a livello civilistico, sul doppio binario di cui si è detto certamente costituisce un passo importante verso una "derisarcimentalizzazione" dell'azione penale, offrendo al danneggiato la prospettiva

cenno nel testo, non sono sufficienti, da sole, a "risolvere" il *puzzle* dell'eccesso di tensione accusatoria rivolta nei confronti dei singoli sanitari. Tutti gli strumenti che si propongono qui per tentare di risolvere il problema in questione sono infatti *deboli sul piano politico-criminale*, di contro alla forza primordiale del pregiudizio colpevolizzatore: ed è per questo che, a mio avviso, per avere una qualche speranza di successo è preferibile puntare su *un approccio tra loro sinergico piuttosto che alternativo*. Se ciò è vero, a me pare che la legittimazione del ricorso alla responsabilità da reato dell'ente sanitario ne esce rafforzata: è un tassello la cui mancanza rischia di far fallire nei loro intenti l'implementazione "pura" di altre politiche volte al medesimo risultato di alleggerimento del singolo medico e disincentivo alla medicina difensiva.

di ottenere ristoro in modo usualmente più semplice escutendo la struttura sanitaria, e dunque esauendo la questione civile al di fuori di quella penale.

In secondo luogo, credo che sarebbe opportuno tornare a riflettere su una prospettiva cara a un'attenta dottrina, ma tutto sommato finora poco esplorata: ovvero quella di “puntare” su pratiche di giustizia riparativa e di mediazione penale²⁸. In particolare, ristrutturando la responsabilità medica in chiave *responsiva* – ovvero relegando la pena a *extrema ratio* e favorendo piuttosto in prima battuta la conciliazione o comunque la riduzione della conflittualità mediante il dialogo tra le parti – si potrebbe davvero cercare, in molti casi concreti, di evitare di giungere a uno scontro incapace, per sua natura, di soddisfare alcuno dei contendenti²⁹. A ben vedere, infatti, un processo penale è comunque dannoso per il medico, che, anche quando assolto, ha comunque patito un procedimento lungo e costoso, sotto ogni profilo; ma anche il paziente non potrà mai uscirne pienamente appagato, in quanto, al di là di un risarcimento che avrebbe potuto avere anche in altra sede, al più vedrà condannato il sanitario a pene comunque non effettive sul piano detentivo, prospettiva che è un sostanziale fallimento della spasmodica ricerca generalpreventiva della punizione esemplare.

In conclusione. La medicina è un settore che, sul piano pratico, è sempre più “moderno”, tecnologicamente complesso, plurisoggettivamente diversificato; ma al contempo percorso da timori antichi, che non mancano di far sentire le proprie istanze di colpevolizzazione e punizione quando l'evento avverso rievoca la paura atavica del fatto che la sicurezza fisica assoluta è una chimera, perché non tutto può essere guarito, e non da tutto può esservi protezione. Non è il solo settore così lacerato dalla contemporaneità: ma, fra tutti, credo di poter affermare come quello dell'“allocazione della colpa” in ambito penale sanitario sia uno degli snodi più complessi. Se infatti – esemplificando – l'attività d'impresa, la circolazione stradale, così come molti altri settori pericolosi investiti dalla responsabilità colposa d'evento, pongono un beneficio solo economico e materiale come contraltare dei rischi per la vita e la salute dei lavoratori e dei cittadini, l'attività medico-chirurgica soltanto mette in conto analoghi rischi *combattendo tuttavia per proteggere i medesimi beni messi in*

²⁸ Il riferimento è alla proposta elaborata dal Centro Studi “Federico Stella” per la Giustizia penale e la Politica criminale, contenuta in G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010. Sul tema della mediazione penale in ambito sanitario, cfr. altresì F. MACRÌ, *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, in F. PALAZZO-R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, p. 3 ss.

²⁹ Cfr., per tutti, B. SPRICIGO, *Un approccio “responsivo” per le ipotesi di illecito colposo in ambito medico*, in *Riv. it. med leg.*, 2014, p. 117 ss.

pericolo: la vita e la salute. Occorre dunque pazienza, saggezza ed equilibrio nella ricerca inesausta del bilanciamento tra plurime declinazioni, tra loro contrapposte, di un interesse come l'integrità fisica: il più antico, ma, al tempo stesso, oggi tra i più complessi, in prima fila nella ricerca di tutela anche in epoca attuale.

CONCORSO DI COLPA DEL DANNEGGIATO E RESPONSABILITÀ MEDICA: PRIME NOTE

di *Nicola Rumìne*

SOMMARIO: 1. Il concorso colposo del danneggiato in ambito medico. – 2. L'inquadramento dell'art. 1227, 1° comma, c.c. – 3. L'ordinaria diligenza di cui all'art. 1227, 2° comma, c.c.

1. *Il concorso colposo del danneggiato in ambito medico*

Il settore della responsabilità medica riflette le incertezze della dottrina e della giurisprudenza intorno ai requisiti del concorso colposo del danneggiato di cui al 1° e al 2° comma dell'art. 1227 c.c.¹.

Con riguardo al 1° comma dell'art. 1227 c.c., l'elemento colposo pare addirittura sostanzialmente obliterato dalla giurisprudenza a favore di quello causale, intendendosi la colpa tuttalpiù come violazione della regola cautelare e dunque in senso meramente atecnico, quale requisito legale della rilevanza causale del fatto del danneggiato².

Chi parla di colpa in senso atecnico lo fa a dunque segnalare la particolare circostanza che in tal caso non è in discussione un danno arrecato a terzi, ma dal danneggiato a sé medesimo, onde appunto la difficoltà di fare riferimento alla tradizionale categoria della colpa. Per affermare il concorso colposo del concorrente è poi generalmente ritenuto sufficiente l'accertamento di un comportamento oggettivamente in contrasto con le regole cautelari, stabilite da una norma positiva o dettate dalla comune prudenza, e dunque di un accertamen-

¹ Si veda introduttivamente N. BORTOLOTTI, *Il concorso di colpa del paziente in ipotesi di responsabilità professionale medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, IV, p. 1343 ss.

² Cass., sez. III, 15 gennaio 2020, n. 515, in *Resp. civ. prev.*, 2020, VI, p. 1890 ss., che tra l'altro ripercorre, più ampiamente, le vicende giurisprudenziali di entrambi i commi dell'art. 1227 c.c.

to di tipo causale ed oggettivo, mentre viene trascurata la c.d. componente soggettiva della colpa, costituita da evitabilità e prevedibilità dell'evento.

Invero si rendono opportune precisazioni anche intorno al 2° comma dell'art. 1227 c.c. Se a tal riguardo non è in discussione la necessità di vagliare il comportamento del paziente danneggiato sotto il profilo soggettivo, circostanza che può anzi considerarsi pacifica, è nondimeno opportuno chiarire il significato ed i contorni della clausola di ordinanza diligenza *ivi* richiamata ("Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"), che nel tempo si è prestata ad interpretazioni significativamente divergenti e via via più ampie, soprattutto nella giurisprudenza.

In definitiva, l'incontro tra il concorso di colpa e la responsabilità medica, intendendo con questo termine sia la responsabilità della struttura, sia la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, e dunque sia ipotesi di responsabilità di natura contrattuale, sia di natura extracontrattuale, consigliano di fare il punto sulla struttura ed i caratteri dell'art. 1227 c.c.

2. *L'inquadramento dell'art. 1227, 1° comma, c.c.*

Della *ratio* dell'art. 1227, 1° comma, c.c.³ si discute sin dai primi anni di vita del codice. La norma risultava ambigua già ai primi commentatori, tanto da sollevare autorevoli critiche circa la sua formulazione, giudicata frastagliata ed incoerente⁴.

³ Art. 1227, 1° comma, c.c.: "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate".

⁴ Per un inquadramento del problema e per i riferimenti giurisprudenziali si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1999, V, p. 142 ss.; ID., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1967, p. 403 ss.; L. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, in *Danno resp.*, 2011, X, p. 909 ss.; M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, p. 23 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 648; S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452 ss.; C. ROSSELLO, *L'evitabilità secondo diligenza quale criterio di selezione del danno risarcibile*, in *Danno resp.*, 2002, VI, p. 633 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato Iudica-Zatti*, p. 254; N. SAPONE, *Il concorso di colpa del danneggiato*, Milano, 2007; M.C. TRAVERSO, *Causalità e colpevolezza nel concorso di colpa del danneggiato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 235 ss., G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 692 ss.

Da allora le letture della norma sono state significativamente divergenti e sono riassumibili nel contrasto tra i sostenitori della teoria c.d. causalistica, secondo cui sarebbe sufficiente accertare il legame causale tra il contributo del danneggiato e l'evento di danno, mentre la colpa non potrebbe essere intesa come autentico criterio di imputazione del fatto e perderebbe, come già detto, ogni connotato psicologico⁵, e quelli della c.d. autoresponsabilità, che, in ossequio alla lettera della norma e al generale principio di cui sarebbe espressione, spingono per la conservazione anche delle componenti soggettive della colpa, ovvero prevedibilità ed evitabilità della conseguenza dannosa⁶.

Orbene, all'interno della giurisprudenza, che pure ancora oggi formalmente abbraccia il criterio causalistico⁷, l'elemento colposo e in particolare l'evocato concetto di assunzione del rischio intervengono però a colorare fortemente il nesso di causa, con la conseguenza che all'elemento psicologico si attribuisce una dignità almeno pari al primo⁸.

Corre anzi l'obbligo di osservare che, a fronte delle conclusioni formalmen-

⁵Oltre a G. GRISI, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, in *Contratti*, 2010, VI, p. 617 ss. e M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, I, Milano, 2004, p. 93 ss., si veda P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato Sacco. Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 114 ss., il quale, partendo dalla posizione tradizionale e, anzi, non rinnegandola espressamente, attribuisce però all'elemento colposo un rilievo ben maggiore.

⁶Circa il fondamento e le argomentazioni a sostegno della teoria dell'autoresponsabilità è fondamentale il contributo di G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, p. 460 ss. Per una rivalutazione di quest'ultima, con ampi riferimenti storici e comparatistici, si segnala il contributo di A.P. BENEDETTI, *La colpa del danneggiato nell'illecito civile: un'analisi storico comparata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, V, p. 358 ss., il quale, anche altrove, ha segnalato le debolezze dell'indirizzo dominante. Tra i contributi più recenti si veda quello di B. TASSONE, *Art. 1227 c.c.*, in *Commentario Gabrielli, Delle Obbligazioni*, Torino, 2012, p. 285 ss., il quale, valorizzando il coordinamento dell'art. 1227, 1° comma, c.c. con l'art. 2055, 2° comma, c.c., sembra parimenti scorgere la *ratio* della prima norma nella responsabilizzazione del danneggiato.

⁷Per l'orientamento tradizionale: Cass., sez. II, 1° febbraio 2018, n. 2483, in *www.dejure.it*; Cass. civ., Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24406, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, V, p. 431 ss.; Cass. civ., sez. III, 21 gennaio 2010, n. 1002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 801 ss., a proposito della quale si veda L. FREANDA, *Tra causalità e colpa: il concorso del fatto del danneggiato nella produzione dell'evento lesivo*, *ivi*, p. 805 ss., e, ancor più nitidamente, Cass., sez. III, 3 dicembre 2002, n. 1752, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 799 ss.

⁸Seppur senza fare espresso riferimento al principio di autoresponsabilità: Cass. civ., sez. III, 26 maggio 2014, n. 11657, in *Resp. civ. prev.*, 2014, V, p. 1706 ss. e Cass. civ., sez. III, 13 maggio 2011, n. 10526, in *Danno e resp.*, 2012, I, p. 34 ss. In precedenza la teoria era stata accolta formalmente soltanto da Cass. civ., sez. III, 3 giugno 1959, n. 1650, in *Foro it.*, 1959, I, c. 923 ss., mentre più di recente vi ha fatto riferimento Corte cost., 10 maggio 1999, n. 156, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 1265 ss.

te raggiunte dalla Corte di legittimità, per lo più in proclamata sintonia con la tesi c.d. causalistica, continua invece a rivestire un ruolo fondamentale l'accertamento della componente soggettiva della colpa⁹.

D'altra parte è costante il richiamo al concetto di precauzione e all'obbligo di ciascuno di essere responsabile e valutare le conseguenze delle proprie azioni, con richiami anche alla giurisprudenza comunitaria¹⁰, dove l'elemento colposo è inteso negli stessi termini.

Il fondamento della norma è rinvenuto poi comunemente¹¹, anche dalla dottrina¹², nell'art. 2 Cost., che fungerebbe dunque da strumento di responsabilizzazione del danneggiato in vista dell'aumento della sicurezza complessiva.

Il fatto che nella giurisprudenza l'accertamento dell'elemento soggettivo sia stato spesso trascurato deve piuttosto farsi derivare dalla propria autoevidenza piuttosto che dalla volontà di rigettarlo: l'orientamento è dotato di regolazioni di settore che prescrivono dettagliatamente i comportamenti al fine di evitare precisi accadimenti dannosi, comunemente individuati, per cui raramente può affermarsi che le loro conseguenze non siano state o potessero essere calcolate.

In un simile contesto, in definitiva, non è stato difficile dar corso alla massima per cui l'art. 1227, 1° comma, c.c. si riferirebbe soltanto al nesso causale o, al più, anche alla violazione di regole di prudenza.

Laddove, invece, si è trattato di ricostruire giudizialmente la regola cautelare, tale accertamento è stato avvertito come necessario o ne è stato l'esito naturale¹³.

Spinge poi nella direzione indicata la lettera dell'art. 1227, 1° comma, c.c. formulato in modo simile all'art. 2055, 2° comma, c.c., in tema di regresso tra danneggianti.

⁹ Emblematica di questo atteggiamento è Cass., sez. III, 26 maggio 2014, n. 11698, in *Resp. civ. prev.*, 2014, VI, p. 1904 ss., relativa a un sinistro stradale occorso al trasportato, ove è evocato il concetto di assunzione del rischio e anzi si attribuisce all'elemento psicologico una dignità almeno pari al primo. È in quel riferimento che la teoria causalistica palesa la propria inconsistenza, tanto che se si dovesse prescindere integralmente dall'elemento colposo, come è stato detto, si potrebbe per assurdo giungere ad ammettere il concorso in qualsivoglia ipotesi di trasporto.

¹⁰ Corte giust. UE, sez. III, 9 giugno 2011, n. 409, in *Foro it.*, 2011, XI, 4, c. 515 ss.

¹¹ Da ultimo Cass., sez. VI, 21 settembre 2020, n. 19716, in *Guida dir.*, 2020, XLVI, p. 61 ss., che pure formalmente ossequia l'orientamento causalistico.

¹² Si veda nota 6.

¹³ In particolare A.P. BENEDETTI, *La colpa del danneggiato nell'illecito civile: un'analisi storico comparata*, cit.

È certo, d'altra parte, che nell'art. 1227 c.c. si parli in modo consapevole di colpa, posto il riferimento espresso anche alla gravità della colpa, quale criterio per misurare il *quantum* del risarcimento.

Di fronte al tenore letterale della norma e al valore dell'elemento soggettivo nel sistema della responsabilità, da alcuni giustamente indicato come il *proprium* dell'addebito, risulta comunque indimostrato che l'assenza di un illecito conduca all'obliterazione della componente soggettiva: l'onere di dimostrare il contrario è, per l'appunto, a carico dei detrattori di questa teoria.

Ciò senza voler considerare che agli effetti pratici non ottenere il risarcimento equivale a contribuire al danno e trascurando le posizioni di chi ha compiutamente argomentato circa la presenza di un generale principio di autoreponsabilità nel sistema¹⁴.

Una chiara reiezione della teoria dell'autoreponsabilità da parte della giurisprudenza è riscontrabile soltanto nel caso di danneggiato incapace, sostenuta peraltro sul discutibile presupposto che sia in ogni caso possibile pretendere da questi il rispetto delle regole cautelari.

L'esame della casistica giurisprudenziale sembra avvalorare l'idea che sia stata proprio tale vicenda, risolta dalle sezioni unite negli anni '60¹⁵, a trainare il filone causalistico, dando preminenza alla posizione del danneggiante.

In quella direzione spingono evidenti ed apprezzabili ragioni equitative, che non dovrebbero tuttavia poter scardinare una regola, a nostro parere, chiaramente espressa e che, comunque, potrebbero essere risolti per altra via: attraverso l'inserimento di una apposita norma, ovvero approfondendo la possibilità di applicare analogicamente l'art. 2047, 2° comma, c.c.

Come visto, anche nel campo della responsabilità medica è presente un parziale disallineamento dalla soluzione interpretativa preferibile. Se, alla stregua di quanto detto, tale distanza è tutto sommato apparente di fronte a regole cautelari consolidate, la cui violazione, secondo il comune intendimento, può dare luogo a determinate conseguenze dannose, il discorso può complicarsi nei casi "difficili", per risolvere i quali deve quindi essere recuperata la centralità dell'elemento psicologico.

È allora opportuno concludere ricordando nuovamente che affermare il concorso colposo del danneggiato, anche agli effetti del 1° comma dell'art. 1227 c.c., significa nei fatti produrre un effetto uguale e contrario a quello conseguente al fatto del danneggiante.

¹⁴ Per tutti G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 17 febbraio 1964, citata di recente da Cass., sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3557, in *Guida dir.*, 2020, XXII, p. 82 ss.

3. *L'ordinaria diligenza di cui all'art. 1227, 2° comma, c.c.*

Anche l'art. 1227, 2° comma, c.c. è stato oggetto di alterne vicende giurisprudenziali e dottrinali¹⁶ rilevanti per il tema oggetto d'indagine.

Si osserva comunemente che mentre il 1° comma dell'art. 1227 c.c. interviene a disciplinare il c.d. nesso di causalità materiale, ovvero la relazione tra il comportamento antiggiuridico e l'evento di danno, escludendo dall'ambito del danno risarcibile i pregiudizi non imputabili causalmente, oltre che soggettivamente, all'agente, il 2° comma attiene alle conseguenze giuridiche dell'illecito e consente di operare una selezione all'interno delle stesse, tenendo per l'appunto conto del comportamento del danneggiato successivo alla produzione dell'evento di danno¹⁷.

Orbene, alla stregua di un primo indirizzo, detto causalistico, l'ordinamento intenderebbe escludere dall'area del danno risarcibile soltanto le conseguenze giuridiche non riferibili, sotto il profilo causale, alla condotta del danneggiante¹⁸. Detto altrimenti, ogni volta che il danneggiato realizzi una condotta idonea ad interrompere il nesso causale secondo il criterio della causalità c.d. adeguata, tale danno dovrebbe essere addebitato al danneggiato.

Un secondo orientamento giurisprudenziale, risultato nel tempo maggiori-

¹⁶ A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 7 ss.; G. CATTANEO, *Concorso di colpa del danneggiato*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 39 ss.; L. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit.; M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 23 ss.; G. GARGANO, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, III, p. 1105 ss.; ROSSELLO, *L'evitabilità secondo diligenza*, cit.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 254; A. SEGALERBA, *Il criterio dell'evitabilità delle conseguenze dannose da parte del creditore/danneggiato*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, p. 111 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 692 ss.

¹⁷ Come ricorda G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contr. impr.*, 2012, III, p. 819 ss. la norma deve le proprie origini al pensiero di Pothier e al noto esempio della vendita di bestiame, secondo cui risponde del danno economico conseguente al contagio causato dall'acquisto dell'animale affetto da peste l'imprenditore che non abbia utilizzato l'ordinaria diligenza per evitare il danno. La norma è stata di seguito "trasfusa" nell'art. 1151 del codice napoleonico, nell'art. 1229 del codice civile italiano del 1865 e, infine, nell'art. 1227, 2° comma, del codice civile vigente.

¹⁸ C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1084 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig.*, Torino, XV, 1968, p. 653 ss. In giurisprudenza si segnalano Cass., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, II, p. 323 ss.; Cass., sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2422, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 463 ss.; Cass., sez. III, 11 gennaio 2002, n. 317, consultabile in *www.dejure.it*.

tario, ha invece posto l'accento sulla diligenza del danneggiato, tentando peraltro una composizione con l'orientamento causalistico¹⁹.

I fautori di tale orientamento presentano come argomenti principali quello della rubrica ("concorso colposo del danneggiato") e della lettera della norma, oltre alla considerazione che non vi sarebbe alcun motivo per addebitare al danneggiato un pregiudizio che non gli era possibile mitigare, una volta che si sottolinei la centralità assunta dall'elemento soggettivo nell'ambito dell'illecito aquiliano²⁰.

Tali autori, in modo del tutto consequenziale, concludono nel senso che

¹⁹ In tal senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 143: "Il dovere del danneggiato di cooperare per limitare la responsabilità del danneggiante rientra nel generale dovere di correttezza, quale impegno di solidarietà che impone di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti di un apprezzabile sacrificio. L'imputazione totale o parziale del danno al danneggiato è la sanzione per la violazione di tale impegno di solidarietà". L'autore prosegue infatti (p. 144) osservando che detto dovere di cooperazione non riguarda le persone prive di capacità di intendere e di volere, "in quanto il dovere di correttezza presuppone la consapevolezza della situazione che rende doveroso un certo intervento e l'idoneità del soggetto a determinare la propria condotta". Si veda anche V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969, spec. p. 335 ss.; G. CATTANEO, *Concorso di colpa del danneggiato*, cit., p. 47; ID., *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 460 ss.; G. CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 553 ss.; R. DE NICTOLIS, *In difesa della pregiudizialità*, in *Foro it.*, 2007, XI, c. 3184 ss.; diffusamente N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973; M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 25; G. GORLA, *Sull'onere del creditore di non aggravare la responsabilità del debitore*, in *Temi emiliana*, 1940, p. 181 ss.; V. MARICONDA, *Art. 1227, secondo comma, c.c. e rapporto di causalità*, in *Corr. giur.*, 1990, VII, p. 718 ss.; L. MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Temi*, 1946, p. 566 ss.; R. MURRA, *Sulla delimitazione della nozione di ordinaria diligenza di cui all'art. 1227, cpv., cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, IV, p. 636 ss.; R. PUCCELLA, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 1 ss.; P. RESCIGNO, *Libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Asquini*, IV, Padova, 1965, p. 1646 ss.; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile con l'ordinaria diligenza*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno*, cit., p. 53 ss.; ID., *L'evitabilità secondo diligenza*, cit., p. 635: "Il criterio di selezione del danno risarcibile fondato sulla sua evitabilità trova il suo referente sistematico nei principi di correttezza e buona fede oggettiva che, ai sensi dell'art. 1175 c.c., debbono governare il rapporto obbligatorio e più specificamente ancora nell'onere di ciascuna parte del rapporto obbligatorio di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico"; G. VALCAVI, *Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2° co., c.c. e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2820 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 69 ss., la quale rileva che il principio può essere accreditato sulla base dell'analisi economica del diritto, essendo conforme a principi di razionalità economica la comparazione degli interessi in conflitto nel caso concreto.

²⁰ Le ragioni per cui sarebbe preferibile accogliere il secondo orientamento sono dettagliatamente spiegate da L. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., p. 910 ss.

l'orientamento causalistico non soddisfa le esigenze di differenziazione degli artt. 1223 c.c. e 1227 c.c. e che a tale ultima disposizione, per l'effetto, debba essere assegnata la funzione di selezionare le conseguenze giuridiche che, pur collegate in via diretta e immediata al fatto dannoso, non possono essere addossate al danneggiante in ragione dell'assenza di un nesso di partecipazione psichica²¹.

L'orientamento che tenta la composizione tra l'elemento causale e il nesso di partecipazione psicologica è maggioritario anche all'interno della giurisprudenza²², che infatti, pur talvolta dichiarando formalmente di aderire al filone interpretativo causalistico, procede poi, nei fatti, anche all'indagine dell'elemento psicologico del danneggiato.

Una prima conclusione che può dirsi condivisa è dunque che l'art. 1227, 2° comma, c.c., come anche il 1° comma (per le ragioni già viste, pur non condivise da tutti gli interpreti), non evoca soltanto il nesso di causalità, ma anche, e ancor prima, l'elemento soggettivo.

Dopo aver riferito che il filone che opera la composizione del profilo causalistico e psicologico si è da tempo accreditato come prevalente sia in dottrina, sia, a dispetto di talune affermazioni formalmente di segno contrario, in giurisprudenza, è centrale soffermarsi sull'interpretazione della clausola della ordinaria diligenza.

A questo proposito la dottrina e la giurisprudenza procedono su binari paralleli quando affermano che lo sforzo di diligenza deve essere parametrato alle caratteristiche del caso concreto, bilanciando i vantaggi conseguibili dal danneggiante e lo sforzo del privato²³ e con la precisazione che, a fronte di un

²¹ Sul punto L. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., p. 912; C. ROSSELLO, *L'evitabilità secondo diligenza*, cit., p. 634: "L'art. 1227, comma 2, c.c. ha il diverso scopo di filtrare quelle conseguenze dannose che, pur qualificabili come immediate e dirette (e quindi risarcibili secondo i criteri di causalità dell'art. 1223), avrebbero però potuto essere scongiurate con una controazione del danneggiato (e più specificamente da un intervento di tipo attivo ed operoso), volta a mitigare il danno".

²² In giurisprudenza, a mero titolo esemplificativo, si vedano: Cass., sez. III, 30 marzo 2005, n. 6735, in *Riv. giur. ed.*, 2005, VI, p. 1820 ss.; Cass., sez. III, 29 settembre 1999, n. 10763, in *Danno resp.*, 1999, p. 1188 ss.; Cass., sez. lav., 21 aprile 1993, n. 4672, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 233 ss.; Cass., sez. I, 14 gennaio 1992, n. 320, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 156 ss.; Cass., sez. I, 20 novembre 1991, n. 12439, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1228 ss.

²³ *Ex plurimis*: Cass., sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Giur. it.*, 2005, I, p. 1810 ss.; Cass., sez. III, 27 giugno 1990, n. 6547, in *www.dejure.it*; Cass., sez. I, 20 novembre 1991, n. 12439, cit. Da ultimo Cass., sez. III, 5 ottobre 2018, n. 24522, in *www.dejure.it*. In dottrina L. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., p. 910 ss.; C. LAMBERTI, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, in *Corr. mer.*, 2011, p. 1003; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e diritto delle azioni: nuove opportuni-*

rapporto contrattuale, l'ordinaria diligenza deve essere misurata sul ben più concreto interesse all'adempimento²⁴.

Rispetto al significato dell'ordinaria diligenza vi è poi da aggiungere che se in un primo momento la dottrina e la giurisprudenza erano concordi nel concludere che al danneggiato fosse unicamente richiesto di astenersi dall'aggravare il danno con il proprio comportamento e che non poteva essere tenuto ad alcun contegno positivo²⁵, si è affermata successivamente, con particolare forza a partire dagli anni '90 del secolo scorso e sulla scia del ruolo riconosciuto progressivamente al principio di solidarietà²⁶, la posizione op-

tà, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo, in *Dir. proc. amm.*, 2012, II, p. 529 ss.

²⁴ Così ad esempio C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 431 ss.: "Il dato è di intuitiva evidenza ed esso si spiega con la considerazione che l'imposizione all'avente diritto della stessa diligenza del debitore attribuirebbe al creditore, in quanto tale, la posizione di obbligato nell'ambito dello stesso rapporto obbligatorio. Costruzione, questa, che è inaccettabile poiché, come si è avuto modo di rilevare, essa finirebbe con l'elevare un interesse di salvaguardia del debitore al grado di interesse creditorio e snaturerebbe quindi la struttura di un rapporto che si costituisce e ha normativamente ragione di essere in quanto volto a realizzare l'interesse del soggetto attivo a ricevere la prestazione"; M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 31, nota 68: "Al creditore – cui è direttamente rivolta la norma dell'art. 1227 c.c. – non può essere imposta una diligenza di intensità pari a quella che incombe sul debitore, il quale, nell'adempimento dell'obbligazione, deve usare la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.): una simile equiparazione tra debitore e creditore, nell'ambito del medesimo rapporto obbligatorio, ne altererebbe il naturale equilibrio, che si basa sulla preminente posizione di chi ha diritto di ricevere la prestazione nei confronti di chi è, invece, tenuto ad eseguirle"; A.E. LENOCI, *La pregiudizialità amministrativa*, cit., p. 38 ss.: "La diligenza richiesta al creditore per l'adempimento dell'onere collaborativo ex art. 1227, comma 2, c.c., non è assimilabile a quella che il debitore deve impiegare per l'esecuzione dell'obbligazioni. Ciò in quanto l'interesse creditorio sotteso all'esecuzione della prestazione ha un peso diverso, nel bilanciamento delle due posizioni obbligatorie, rispetto a quello del debitore, tutelato dal comma 2 dell'art. 1227 c.c. Il primo, invero, fonda l'esistenza dell'obbligazione, essendo, come recita l'art. 1174 c.c., l'obiettivo primario cui essa tende; il secondo, viceversa, consiste nell'interesse del danneggiante a non vedersi aggravata la situazione patrimoniale in sede di corresponsione del risarcimento, per via di un comportamento scorretto della controparte. Conseguentemente, si deve ritenere che il grado di diligenza esigibile dal creditore nell'adempimento dell'onere collaborativo in questione sia minore rispetto a quello richiedibile dal debitore nell'esecuzione della prestazione. La diligenza del creditore/danneggiato non sarà quindi quella del buon padre di famiglia, imposta dall'art. 1176 c.c. all'esecutore dell'obbligazione, ma consisterà più semplicemente in uno sforzo da contenere nei limiti del c.d. apprezzabile sacrificio". In giurisprudenza si veda Cass., sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2855, cit.

²⁵ R. MURRA, *Sulla delimitazione*, cit., p. 638 ss., annotando Cass., sez. I, 20 novembre 1991, n. 12439, cit. Per puntuali riferimenti giurisprudenziali si veda R. CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, II, p. 768 ss.

²⁶ Sul punto si vedano R. MURRA, *Sulla delimitazione*, cit., p. 639 e M.A. SANDULLI, *Risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *giustiziaamministrativa.it*.

posta, che quindi porta anche a prescrivere un comportamento attivo²⁷.

In proposito un consolidato filone interpretativo della magistratura civile, che ha riguardato quasi esclusivamente i rapporti di natura contrattuale²⁸, ha escluso però il dovere del danneggiato di intraprendere un'azione giudiziale, posto che ciò comporterebbe un sacrificio eccessivo in termini di tempi, costi e rischi, come anche tutte le attività considerate eccessivamente gravose²⁹, e considerando che la produzione del danno dipenderebbe da un evento incerto³⁰.

Le vicende giurisprudenziali e dottrinali dell'art. 1227, 2° comma, c.c. sono

²⁷ Cass., sez. I, 4 maggio 1990, n. 3729, in *Foro it.*, 1991, I, c. 215 ss., commentata da V. MARCONDA, *L'art. 1227, secondo comma, c.c.*, cit. Ulteriori riferimenti giurisprudenziali in R. CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato*, cit. Si veda anche R. MURRA, *Sulla delimitazione*, cit., p. 637; R. PUCCELLA, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., 6; C. ROSSELLO, *L'evitabilità secondo diligenza*, cit., 634; A. SEGALERBA, *Il criterio dell'evitabilità*, cit., p. 120 ss.

²⁸ Lo rileva ad esempio G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 696 ss.

²⁹ Riferimenti specifici in R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in *www.giustiziaamministrativa.it*; R. CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato*, cit., in particolare p. 782 ss.; L. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., p. 914 ss.; M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 27 ss., secondo cui non può essere richiesta un'attività abnorme, straordinaria e particolarmente onerosa per la vittima; M. INTERLANDI, *La pregiudiziale amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela*, in *www.federalismi.it*, 2013, n. 22; A.E. LENOCI, *La pregiudiziale amministrativa e l'onere di diligenza del cittadino leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi a margine della sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato, 7 aprile 2014, n. 1605*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, II, p. 532 ss.; N. SAPONE, *Il concorso di colpa del danneggiato*, Milano, 2007; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit. In giurisprudenza, tra le meno risalenti, Cass., sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895, in *www.dejure.it*; Cass., sez. III, 5 luglio 2007, n. 15231, in *www.dejure.it*; Cass., sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853, in *www.dejure.it*; Cass., sez. I, 17 maggio 2006, n. 11498, in *www.dejure.it*; Cass., sez. III, 29 settembre 2005, n. 19139, in *Giust. civ.*, 2006, XI, p. 2411 ss.; Cass., sez. III, 30 marzo 2005, n. 6735, cit.; Cass., sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2855, cit.; Cass., sez. lav., 21 agosto 2004, n. 16530, in *www.dejure.it*; Cass., sez. lav., 12 luglio 2004, n. 12867, in *www.dejure.it*; Cass., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11364, consultabile in *www.dejure.it*; Corte cost., 14 luglio 1999, n. 308, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2498 ss., secondo cui "l'onere di diligenza che questa norma fa gravare sul creditore non si estende alla sollecitudine nell'agire a tutela del proprio credito onde evitare maggiori danni, i quali viceversa sono da imputare esclusivamente alla condotta del debitore, tenuto al tempestivo adempimento della sua obbligazione". Per un dettagliato esame giurisprudenziale si veda BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 425 ss., che esemplifica con riferimento alla sostituzione della prestazione, al reimpiego di beni e servizi destinati alla parte inadempiente, alle riparazioni, all'esercizio di azioni legali, all'avviso del danno, alla sottoposizione a cure mediche, all'accettazione della prestazione parziale o difettosa. Per ulteriori esempi si veda S. DI PAOLA, *Il dovere di non aggravare il danno: spunti per una rilettura*, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2825 ss.; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, cit., p. 55 ss.; C. ROSSELLO, *L'evitabilità secondo diligenza*, cit., p. 635.

³⁰ Tale profilo è affrontato in modo specifico da Cass., sez. lav., 10 giugno 2009, n. 13369, in *www.dejure.it*; Cass., sez. lav., 21 agosto 2004, n. 16530, cit.; Cass., sez. lav., 20 aprile 2002, n. 5766, in *www.dejure.it*.

in definitiva segnate dalla progressiva attenzione verso l'elemento psicologico, dall'idea che il concetto di ordinaria diligenza chiami in causa una valutazione casistica ed infine dall'idea, pressoché unanime, che dal parametro dell'ordinarietà fuoriesca l'esperimento di comportamenti non ordinari e comunque positivi, quali la proposizione di un'azione giudiziale.

È anzi prospettabile che nel futuro il principale momento di rilevanza della norma in esame rispetto al settore della responsabilità medica, indipendentemente dalla natura contrattuale o meno della stessa, sarà dato proprio dalla clausola di ordinaria diligenza e dall'interpretazione estensiva che l'ha investita³¹.

È anzi agevole immaginare che ne risulteranno interessati sia il momento della predisposizione delle cure da parte del sanitario, che onera appunto il paziente di fornire puntuali indicazioni relativamente alla propria "storia" medica (malattie pregresse, intolleranze e qualsiasi altra informazione suggerita dal caso concreto, anche in conseguenza del dialogo col sanitario), sia quello, per così dire, dell'attuazione delle prescrizioni mediche ricevute.

Si rileva fin d'ora, però, che dallo spettro applicativo del 2° comma fuoriesce senza dubbio il rifiuto del paziente di sottoporsi a trattamenti medici, non sussistendo alcun obbligo cooperativo in tale direzione ed anzi costituendo il rifiuto delle cure esercizio di un diritto costituzionale, anche se in giurisprudenza, a conferma dei suoi sfumati contorni, continua ad evocarsi l'art. 1227 c.c. per dirimere la questione³².

³¹ COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit. e il commento di MARICONDA, *Art. 1227, secondo comma, c.c.*, cit., p. 720, secondo cui "dal punto di vista civilistico, in particolare ai fini dell'applicazione dell'art. 1227, secondo comma, c.c., la vera pregiudiziale idonea ad influenzare la sfera di operatività della norma, è costituita dall'estensione che si ritenga di dover dare al dovere di cooperazione del creditore. Per cui, la prospettiva da approfondire è quella che, partendo dall'art. 40, secondo comma, c.p. perviene all'art. 1175 c.c. e, attraverso detta norma, all'art. 1227, secondo comma (...). Mentre è inconcepibile che l'obbligo di impedire l'evento, penalmente rilevante, sia posto da una clausola generale (si finirebbe per urtare contro il principio di tassatività in materia penale), invece è del tutto coerente con la portata della clausola generale di buona fede, che l'applicazione concreta dell'art. 1227, secondo comma, c.c., passi attraverso la verifica delle aspettative di condotta che è lecito costruire alla stregua dei principi di correttezza".

³² Cass., sez. III, 15 gennaio 2020, n. 515, cit. In dottrina, per tutti, G. CRICENTI, *Il rifiuto delle trasfusioni e l'autonomia del paziente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, VI, p. 620 ss.

LA RESPONSABILITÀ MEDICA TRA INDIVIDUALE E COLLETTIVO RISCHI, REGOLE, CENTRI DI IMPUTAZIONE¹

di *Roberto Bartoli*

SOMMARIO: 1. Ambientamento. – 2. Tipologie di rischi, regole e centri d'imputazione. – 3. Cenni alla dialettica individuale e collettivo nella responsabilità medica in ambito civile. – 4. Individuale e collettivo nella responsabilità medica in ambito penale. La responsabilità individuale tra medici e vertici organizzativi. – 4.1. La responsabilità collettiva. – 4.1.1. La responsabilità collettiva delle strutture sanitarie.

1. *Ambientamento*

Dopo una lunga fase storica, protrattasi dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso fino ai primi anni del 2000, caratterizzata da una forte spinta per estendere e implementare la responsabilità penale del medico, con l'inizio del nuovo Millennio si è aperta una nuova fase dove l'impulso è andato nel senso di restringere e contenere tale responsabilità.

Le ragioni sono note e condivisibili, tutte collegate al particolare tipo di attività che svolge il medico: finalità di guarigione coincidente con quella del paziente; rischio terapeutico che si innesta su una realtà già compromessa dal rischio patologico oltretutto in continua trasformazione, per cui non esistono malattie, ma malati, ed ogni patologia del singolo malato ha una evoluzione peculiare; situazione di rischio che può diventare oggettivamente difficile da gestire per la complessità e la rapidità del suo sviluppo.

Ecco allora che in una prospettiva rigorosamente individuale e direi anche rigorosamente "clinica", alla fine è stato elaborato un paradigma differenziato

¹Una prima versione del presente contributo è stata pubblicata all'interno del Focus coordinato da M. CAPUTO-A. VALLINI, *La prevenzione degli errori in Sanità. La lezione del Clinical Risk Management*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4, 2020.

di colpa medica in cui è presente un'ipotesi di esenzione dalla responsabilità (art. 590-*sexies* c.p.). E se in un primo momento, sia con la riforma Balduzzi che con quella Gelli-Bianco, nel tentativo di rispondere a esigenze di certezza, l'esenzione si è basata sul rispetto delle linee guida e quindi – per così dire – sulla legalità e in definitiva sulle modalità di previsione delle regole cautelari, adesso, invece, attraverso un importante correttivo della prassi che si colloca sulla scia della più attenta scienza giuridica, si tende a valorizzare ancora una volta la particolare situazione oggettiva di rischio su cui misurare il grado della colpa². Con la conseguenza che, basandosi non più sulla legalità, ma sulla colpevolezza, nella sostanza si è tornati alla fase “restrittiva” che si era protratta dagli anni Cinquanta fino alla fine degli anni Ottanta, in cui operava l'art. 2236 c.c.

Vero questo, si deve osservare come, sempre dagli inizi del nuovo Millennio, a queste problematiche concernenti la responsabilità individuale del medico, se ne siano intrecciate altre, espressione di movimenti di riflessione, se non addirittura culturali, di più ampio respiro, contraddistinti da una particolare attenzione per la complessità imputativa che si genera all'interno di organizzazioni.

L'idea di fondo che si è fatta sempre più strada è che in ambito medico non ci sia soltanto un problema di responsabilità individuale del medico da contenere in termini restrittivi, ma anche un problema di corretta distribuzione di responsabilità tra altri eventuali centri di imputazione che operano in ambito sanitario. Insomma, sempre di più ci si è resi conto che spesso il medico viene fatto responsabile per “difetti” che non sono a lui imputabili, ma che hanno carattere organizzativo³.

Ed è proprio su questo fronte che nascono i problemi di oggi. Da un lato, infatti, il tema del difetto organizzativo può essere affrontato rimanendo nell'ambito della responsabilità individuale, alzando lo sguardo e il “tiro” verso coloro che operano all'apice degli assetti organizzativi di una struttura sanitaria, direttori sanitari, direttori generali, prospettando responsabilità addirittura verso i vertici politici (Assessori regionali). Dall'altro lato, il tema del difetto organizzativo incrocia un altro tema che si è sviluppato sempre a partire dall'inizio del nuovo Millennio, relativo alla responsabilità degli enti, vale a dire nel nostro caso le strutture sanitarie: l'idea di fondo è di rendere responsabile

² Cass., sez. IV, 31 ottobre 2017, n. 50078. Per una valorizzazione del grado della colpa, cfr. S. SEMINARA-D. PULITANÒ-M. CAPUTO, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE, *Materiali per la riforma dei delitti contro la persona*.

³ V. per tutti M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.

non più soltanto la persona fisica, sia essa medico o dirigente politico-amministrativo, ma direttamente la stessa struttura sanitaria, e questo sia in ambito civile che penale.

Insomma, se noi volessimo sintetizzare, le attuali problematiche della responsabilità medico-sanitaria ruotano attorno non tanto alla limitazione della responsabilità individuale (tema vecchio la cui problematicità permane soprattutto per le scelte non sempre congruenti e felici del legislatore), ma soprattutto attorno alla corretta distribuzione della responsabilità per difetto organizzativo, ponendosi il tema se quest'ultima responsabilità si debba mantenere in una prospettiva individuale oppure debba essere estesa anche alla dimensione collettiva.

2. Tipologie di rischi, regole e centri d'imputazione

Se proviamo a razionalizzare "il materiale" fenomenologico/normativo con cui abbiamo a che fare, possiamo distinguere tre realtà: le tipologie di rischio; le tipologie di regola forgiata per affrontare la peculiare tipologia di rischio; le tipologie del centro d'imputazione.

Sotto il primo profilo del rischio, al di là delle questioni nominalistiche, a me pare che si possano distinguere due grandi tipologie: da un lato, v'è il rischio che potremmo definire clinico, vale a dire il rischio patologico/terapeutico che riguarda l'attività medica che si rivolge a un paziente specifico preso in cura; dall'altro lato, v'è il rischio sanitario, che invece attiene alla dimensione organizzativa delle attività mediche. Attenzione, attinenza non alla organizzazione dell'attività medica diretta a fronteggiare da parte di più medici il rischio clinico (equipe sincronica o diacronica): in questi termini si pone sempre un problema di rischio clinico; ma piuttosto attinenza all'assetto organizzativo all'interno del quale si inserisce l'attività medica clinica.

Anche sul piano delle regole si possono distinguere due tipologie. Da un lato, abbiamo le regole cautelari che devono fronteggiare il rischio clinico. Si tratta di regole che guidano l'attività con l'obiettivo di evitare la verificazione dell'evento o meglio di contenere il rischio al di sotto di una certa soglia, con la conseguenza che se l'evento si verifica nel rispetto delle regole cautelari e quindi tenendo il rischio sotto una certa soglia l'evento non può essere imputato: rispetto a queste regole, pur essendo presente una componente valutativa che può essere anche molto rilevante, a farla da padrone sono comunque le conoscenze scientifiche che danno un contributo fondamentale nella individuazione del comportamento dovuto. Dall'altro lato, si hanno regole che ven-

gono ormai definite cautelative, e che riguardano la stessa attività organizzativa di ciò che deve essere organizzato. Non si tratta di regole dirette a evitare l'evento offensivo della singola persona, perché si collocano molto lontano dalla situazione di rischio clinico, ma di regole che servono a organizzare una determinata realtà affinché questa realtà si strutturi il più possibile nel senso del rispetto della legalità: insomma si tratta di regole destinate a prevenire in termini molto anticipati lo stesso rischio reato. Le conoscenze scientifiche restano sullo sfondo, intervenendo soprattutto valutazioni politiche di opportunità, ma anche di razionalità, funzionalità, efficacia ed efficienza.

Breve parentesi con due considerazioni sul punto, delicatissime. Da un lato, non si può fare a meno di osservare come anche la violazione di regole cautelative sia sempre e comunque imputabile a persone fisiche, che nella sostanza si collocano ai vertici organizzativi, venendosi a creare una tensione dialettica tra individuale (la parte) e collettivo (il tutto), tensione che si genera sempre ogni volta che si pongono problematiche organizzative. Ma nonostante questo, proprio in ragione del carattere cautelativo, esse possono essere imputate e riferite direttamente all'ente in quanto alla fin fine è proprio l'organizzazione dell'organizzazione a costituire autenticamente la personalità dell'ente.

Dall'altro lato, e conseguentemente, posto che si può e si deve distinguere tra regole cautelari e regole cautelative, tuttavia non si può nascondere l'esistenza di una zona grigia in cui le due tipologie di regole vengono in qualche modo a confondersi o sovrapporsi⁴. Detto in altri termini, su coloro che si occupano di organizzazione gravano spesso sia obblighi cautelari che cautelativi. Ebbene, vero che esiste questa zona grigia, è anche vero che questa zona grigia deve essere di volta in volta schiarita e definita, precisando la natura delle regole che vengono in gioco. Insomma, a ben vedere, nulla di nuovo sotto il sole, visto che già all'interno delle linee guida si tende a distinguere tra quelle che sono autenticamente cautelari e quelle che invece riguardano l'assetto organizzativo.

Chiusa questa breve parentesi, sul piano del centro di imputazione, infine, si possono distinguere tre tipologie. Anzitutto, v'è il medico che svolge la funzione di curare il paziente; in secondo luogo, vi sono persone fisiche collocate ai vertici organizzativi, che possono appartenere al personale medico (c.d. primario) oppure al comparto politico-amministrativo (direttore sanitario, direttore amministrativo, direttore generale, Assessore regionale); infine, v'è la struttura sanitaria da considerare come "*universitas*", come ente in quanto tale.

⁴V. per tutti V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente*, in AA.VV., *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, Napoli, 2014, p. 56 ss.

Ebbene, va da sé che la combinazione di tipologie di rischio, di regole e di soggetti vada a delineare plurime articolazioni. Evidente che il personale medico affronta il rischio clinico nel rispetto delle regole cautelari. I vertici organizzativi, come accennato, possono affrontare sia rischi clinici mediante regole cautelari, come anche rischi sanitario-organizzativi nel rispetto di regole cautelative. Infine, alla struttura non possono che riferirsi responsabilità per l'organizzazione da mancata adozione di regole cautelative.

Un esempio può aiutarci a comprendere meglio. Operazione alle tonsille di un bambino. Dopo l'intervento il bambino non viene ricoverato in chirurgia ma in pediatria. Emorragia post operatoria. Accorrono infermieri e pediatri, il bambino viene intubato e muore proprio perché attraverso l'intubazione si impedisce la fuoriuscita del sangue. Responsabilità del personale medico. Uno sguardo più lungo in termini di responsabilità fa porre la domanda del perché un bambino in un decorso *post* operatorio si trovasse in pediatria invece che in chirurgia, anche solo per la questione della preparazione del personale sanitario o della distanza del reparto rispetto ad altri, venendo in gioco responsabilità di dirigenti medici, ma anche di dirigenti amministrativi. Qui poi la questione può prendere due pieghe. Da un lato, si può trattare di una scelta organizzativa prettamente sanitaria: è un problema di regole cautelari. Ma, dall'altro lato, si può trattare anche di una scelta che risente di problematiche organizzative, derivante dal fatto che "da anni" mancano posti letto in chirurgia e quindi, se i pazienti operati sono bambini, vengono ricoverati in pediatria: si pone un problema cautelativo.

3. Cenni alla dialettica individuale e collettivo nella responsabilità medica in ambito civile

Un accenno alla disciplina in ambito civile, incursione necessaria per comprendere al meglio proprio le problematiche in ambito penalistico.

La legge Gelli-Bianco distingue tra responsabilità civile di tipo extracontrattuale del medico e responsabilità civile di tipo contrattuale della struttura. Per quanto riguarda la responsabilità individuale, il medico affronta il rischio clinico, dando – per così dire – prevalenza alle regole cautelari scritte, vale a dire le linee guida, ma riconoscendosi, inevitabilmente, anche spazio alle regole cautelari non scritte consistenti nelle "buone pratiche" non formalizzate: soprattutto in ambito medico, a causa della mutevolezza del rischio, è impossibile che i comportamenti dovuti siano tutti previsti da fonti scritte, residuan-

do sempre spazi per l'operatività di regole (buone prassi) che nell'adattarsi al mutamento concreto del rischio possono discostarsi dalle linee guida.

Come ben noto, e come vedremo, tutto questo impianto è comune anche alla responsabilità in ambito penalistico, con la peculiarità che in quest'ultimo settore opera poi, lo abbiamo accennato all'inizio, l'ipotesi di esenzione prevista dall'art. 590-*sexies* c.p.

Per quanto riguarda la dimensione collettiva, è prevista una responsabilità diretta della struttura sanitaria per il fatto doloso o colposo degli ausiliari, anche là dove il sanitario sia stato scelto dal paziente e non sia un dipendente della struttura stessa.

La previsione di questa responsabilità nasce dalla finalità di alleggerire la responsabilità del medico, "scaricando" maggiormente le responsabilità sulla struttura: com'è stato efficacemente affermato, «l'assetto delineato dalla l. n. 24/2017 avrebbe lo scopo di incentivare i danneggiati ad agire prioritariamente contro le strutture per il risarcimento del danno»⁵.

Ebbene, di grande importanza è comprendere la "sostanza" di questa responsabilità, potendosi delineare tre diverse ricostruzioni. Anzitutto, la responsabilità della struttura può essere collegata a una responsabilità individuale: senz'altro alla responsabilità del medico, ma non vi sono ragioni per escludere che si possa radicare anche in quella dei vertici amministrativi che appartengono alla struttura. In questa prospettiva si potrebbe dire non solo che la responsabilità individuale finisce per ribaltarsi su quella della struttura, ma anche che, una volta avvenuto il ribaltamento, la responsabilità della struttura addirittura si sostituisce a quella individuale.

In secondo luogo, la responsabilità della struttura può prescindere dalla responsabilità individuale del medico, dovendosi precisare però che ciò da cui si prescinde in questa seconda ipotesi non è tanto la vera e propria responsabilità del medico, ma piuttosto si prescinde dall'accertamento della responsabilità del singolo medico, ragion per cui alla base vi è sempre un fatto doloso o colposo che tuttavia non viene dettagliatamente e concretamente accertato.

Infine, la responsabilità della struttura può essere connessa a veri e propri problemi organizzativi che sono autenticamente indipendenti dalle responsabilità individuali dei medici o dei vertici, per cui, in presenza di danni comunque acclarati, ci si rende conto che questi danni disvelano una qualche con-

⁵ A. PARZIALE, *Rischio clinico e responsabilità civile del personale sanitario e della struttura per difetto di organizzazione*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4, 2020, p. 2016; v. anche D. MARCELLO, *Responsabilità civile della struttura e del personale sanitario: una distinzione che va oltre la natura contrattuale o extracontrattuale*, in questo volume.

nessione con una componente disorganizzativa che se fosse stata risolta avrebbe consentito di restringere le possibilità di danno⁶.

Ebbene, a me pare che non solo la *ratio* e la lettera della riforma, ma anche la stessa prassi applicativa si siano orientate nella prima e nella seconda prospettiva, per cui dietro la responsabilità diretta della struttura sta in realtà una responsabilità medica (volendo anche del vertice) per violazione di regole cautelari che viene ribaltata sulla struttura. Detto diversamente, nel momento in cui si tratta di valutare le responsabilità, il rischio sanitario che dovrebbe implicare problematiche organizzative finisce per coincidere con il rischio clinico da affrontare attraverso il rispetto delle regole cautelari da parte dei singoli. Ciò vale senz'altro quando si accertano veri e propri fatti del medico, ma ciò vale anche quando si prescinde dall'accertamento delle responsabilità dei singoli che nella sostanza vengono date per presupposte. E se ciò vale senz'altro per il medico, non vi sono ragioni per escludere la validità del ragionamento anche per i vertici, là dove hanno violato regole cautelari, regole organizzative strettamente connesse, perché di immediato e diretto supporto, con l'attività medica in senso stretto⁷.

Conferme di questa conclusione provengono da due questioni problematiche. Anzitutto, dal fatto che si richiede l'esistenza di un nesso tra il difetto organizzativo e il danno, nesso che si è in grado di individuare proprio perché alla fin fine vengono in gioco regole cautelari alle quali un singolo si sarebbe dovuto attenere. Certo, poi lo standard di accertamento del nesso conosce delle flessibilizzazioni, ma, come avviene per l'ambito penalistico, la flessibilizzazione non riguarda tanto la c.d. causa della morte, che si tende a individuare con certezza, quanto piuttosto il c.d. nesso colposo, vale a dire l'efficacia impeditiva della regola cautelare, che, proiettandosi in una prospettiva prognostica, non può mai basarsi sull'idea di certezza che sta alla base delle esplicazioni scientifiche.

La seconda conferma si ha con la problematica della rivalsa da parte della struttura nei confronti del medico, che potrebbe essere estesa anche al personale manageriale.

⁶ Cfr. D. MARCELLO, *op. cit.*

⁷ Per le regole cautelari di tipo organizzativo si può impiegare la locuzione "regole cautelari di secondo grado": v. C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 205 ss.

4. Individuale e collettivo nella responsabilità medica in ambito penale. La responsabilità individuale tra medici e vertici organizzativi

E in ambito penalistico cosa accade?

Anche in ambito penalistico si deve ormai distinguere tra piano individuale e piano collettivo. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, vero che non esiste una responsabilità penale delle strutture sanitarie per i delitti di omicidio o lesioni colposi derivanti dalla violazione di regole cautelari in ambito medico, tuttavia è anche vero che sempre di più si discute sulla opportunità di introdurre tale responsabilità estendendo l'applicabilità del c.d. sistema 231 anche a questi reati.

Sul piano individuale occorre distinguere. Per quanto riguarda il medico, non si deve fare altro che richiamare quanto già detto in ambito civilistico, ragion per cui il medico affronta il rischio clinico, attraverso regole cautelari consistenti nelle linee guide o nelle buone prassi, operando l'ipotesi di esenzione prevista dall'art. 590-*sexies* c.p.

Problematica è piuttosto l'eventuale responsabilità dei vertici non solo sanitari, ma anche politico-amministrativi⁸. Si pensi al seguente esempio. Al pronto soccorso si presenta un paziente con un infarto in corso. Il medico compie una diagnosi corretta e sottopone il paziente a ECG, tuttavia il macchinario non è in grado di funzionare, perché, nonostante non funzioni da più di un mese e il problema sia stato ripetutamente segnalato, nulla è stato fatto per accomodarlo. Il medico dispone allora il ricovero presso un altro ospedale, ma durante il tragitto il paziente muore. In questa ipotesi è evidente come non si ponga tanto una responsabilità del medico, ma piuttosto una responsabilità di chi doveva occuparsi – per così dire – della manutenzione dell'ECG.

Ebbene, il punto problematico su cui riflettere è che in queste ipotesi la responsabilità penale non tende mai a salire ma si assesta sempre sul medico, ragion per cui all'interno del singolo processo, tutto tenderà a concentrarsi su quello che ha fatto e doveva fare il medico, soprattutto sulle tempistiche della sua attività, senza concentrarsi invece su quello che potremmo definire per l'appunto il vero nocciolo della questione, vale a dire il difetto organizzativo: l'ECG non era stato correttamente mantenuto.

Le ragioni di questa permanenza della responsabilità verso il basso sono molteplici. L'attività del medico tende a venire sempre in evidenza, mentre quella organizzativa resta in secondo piano, non solo perché il paziente ha rap-

⁸ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 793 ss.

porti diretti con il medico, ma anche perché i vertici tendono a scaricare sul medico. Il medico tende a sopperire al difetto organizzativo, con la conseguenza che, nonostante il difetto organizzativo, poiché il medico si è comunque attivato, l'attenzione si concentra su tale attività. Per far emergere il difetto organizzativo, ci si dovrebbe interrogare sulla efficacia del comportamento alternativo lecito, che tuttavia viene spesso trascurata dalla giurisprudenza. Anche là dove si salisse nella ricerca delle responsabilità, quella dei vertici è comunque difficile da riscontrare, perché spesso manca la conoscibilità della situazione di rischio, visto che di solito i vertici non sono portati a conoscenza del difetto organizzativo di cui possono rendersi conto soprattutto i medici.

Ma soprattutto, la riflessione sulle ragioni di questa permanenza della responsabilità verso il basso ci aiuta a comprendere una cosa su cui torneremo in seguito: il peculiare assetto organizzativo che contraddistingue la struttura sanitaria. Se nelle imprese (diverse da quelle sanitarie) esiste non solo una forte identificazione tra vertici ed ente, ma l'offesa a interessi esterni (si pensi al danno ambientale e alla salute dei cittadini) è il frutto di un assetto organizzativo che parte dai vertici per giungere ai sottoposti, si potrebbe dire che esiste una netta contrapposizione tra assetto organizzativo e vittime; nelle strutture sanitarie, quando l'offesa riguarda interessi esterni (pazienti), esiste una sorta di cesura tra l'assetto organizzativo e le vittime, in quanto tra queste due ultime realtà si colloca la figura del medico. Insomma, nelle imprese (diverse da quelle sanitarie) si ha una posizione di controllo che parte dal datore di lavoro, scende ai dirigenti, e nell'offesa agli interessi esterni i subordinati finiscono per far parte dell'assetto organizzativo risentendo delle scelte dei garanti; al contrario, nelle strutture sanitarie si ha una posizione di controllo da parte dai vertici politici, ma rispetto all'offesa degli interessi esterni si frappone la posizione di protezione dei medici.

Sul piano collettivo, come accennato, manca una responsabilità punitiva delle strutture sanitarie, in quanto nel lungo elenco dei reati per i quali l'ente può essere fatto responsabile non sono previsti gli artt. 589 e 590 c.p., allorché l'evento deriva dalla violazione di regole cautelari del settore medico.

4.1. La responsabilità collettiva

Eccoci quindi alla domanda centrale: avrebbe senso estendere la responsabilità penale degli enti *ex sistema* 231 alle strutture sanitarie?

Negli ultimi anni si è fatta sempre più consistente la schiera dei sostenitori, non mancando ricostruzioni che tentano di affermare la responsabilità addirittura in via interpretativa, con questo sistema vigente.

Tuttavia, posto che, per quanto riguarda i delitti di cui all'art. 590-*sexies* c.p., di responsabilità penale delle strutture sanitarie se ne può parlare solo in prospettiva di riforma, ritengo che la questione sia molto più delicata di quanto possa apparire e che la riflessione debba essere accompagnata da considerazioni articolate lungo due direttrici: da un lato, attinenti al modo di configurare la responsabilità degli enti in generale; dall'altro lato, attinenti alle peculiarità che ancora una volta caratterizzano l'attività medica aventi risvolti anche sulle responsabilità da difetto organizzativo.

Sotto il primo profilo, si deve osservare come la responsabilità degli enti possa essere configurata sulla base di due diversi due modelli che per comodità possiamo definire cautelare o cautelativo.

Il modello cautelare si basa sulla responsabilità colposa individuale. Certo, anche a causa delle fattispecie che a sistema vigente vengono in gioco (morti e infortuni sul lavoro o danni ambientali), si tratta di responsabilità colposa che si assesta sempre sui vertici, ma nulla toglie che una volta introdotta la responsabilità anche in ambito medico si faccia leva sulla responsabilità colposa dei singoli medici. La cautelativa è invece una responsabilità interamente organizzativa, in quanto la responsabilità dell'ente si radica su difetti organizzativi che attengono all'organizzazione dell'organizzazione.

Una breve parentesi, rivolta soprattutto ai giuristi e in particolare ai penalisti. Orientare la responsabilità degli enti in un senso o in un altro ha conseguenze enormi. La ricostruzione in termini cautelari implica che la responsabilità del singolo alla fin fine si ribalti su quella dell'ente; inoltre, implica un giudizio di idoneità da effettuare sulla regola cautelare circa la sua capacità impeditiva dell'evento. Diversamente, la ricostruzione in termini cautelativi implica che si prescinde dalle problematiche della responsabilità del singolo, mentre il reato è l'occasione per verificare l'assetto organizzativo dell'ente; inoltre, non ha molto senso interrogarsi sulla idoneità impeditiva dell'assetto organizzativo corretto. Ancora più a fondo, nella prospettiva cautelare c'è un'autentica responsabilità per quanto fatto nel passato che difficilmente si sposa con meccanismi premiali; al contrario, nella prospettiva cautelativa la premialità è per certi aspetti d'obbligo, in quanto il reato della persona fisica è soltanto l'occasione per verificare l'assetto organizzativo dell'ente, dovendosi quindi richiedere un'eventuale riorganizzazione, con la conseguenza che l'illecito dell'ente scatta soprattutto quando l'ente non si riorganizza o comunque quando aveva un assetto di totale disorganizzazione.

In secondo luogo, non si può fare a meno di osservare come mentre per i reati dolosi non può che operare il modello cautelativo, è per i colposi che invece si pone l'alternativa tra il modello cautelare e quello cautelativo.

Infine, quale il modello adottato dal nostro ordinamento? In realtà, la di-

sciplina vigente risulta molto ambigua, ma alla fine dalla prassi emerge la conferma che mentre rispetto alla criminalità dolosa prevale il modello cautelativo, rispetto a quella colposa prevale il modello cautelare, per cui la colpa della persona fisica (a sistema vigente i vertici) finisce per ribaltarsi su quella dell'ente.

4.1.1. La responsabilità collettiva delle strutture sanitarie

Sotto il secondo profilo, le peculiarità dell'attività medica sono destinate a incidere anche sulla responsabilità delle strutture sanitarie da difetto organizzativo: da un lato, si tratta di fatti prevalentemente colposi che non si collocano soltanto al vertice, essendo realizzati prioritariamente dai medici "subordinati"; dall'altro lato, come abbiamo visto, la figura del medico si colloca su un piano del tutto particolare, costituendo una sorta di ponte tra la struttura organizzativa e il paziente, ed è proprio per questa ragione che si pongono problemi di imputazione di responsabilità ai vertici delle strutture sanitarie.

Eccoci al dunque. A me pare che se, in una prospettiva di responsabilità dell'ente di tipo cautelare, si dovesse ribaltare la responsabilità del medico sull'ente non avrebbe molto senso. Anzitutto perché il medico è nella sostanza estraneo alle dinamiche e alle responsabilità dell'assetto organizzativo. Inoltre, ad essere configurata in questi termini è proprio la vigente responsabilità civile, orientata soprattutto a disincentivare la responsabilizzazione dei medici scaricandola sulla struttura sanitaria, permettendo così anche di alleggerire il carico penale, visto che la maggior parte dei processi giunge in Cassazione prescritto, ma viene definito proprio ai fini del risarcimento dei danni.

Diverso il discorso se, sempre in una prospettiva cautelare, si dovesse ribaltare sull'ente la responsabilità colposa dei vertici, anche perché, con ogni probabilità, la responsabilità degli enti potrebbe costituire proprio lo strumento per cominciare ad attenzionare la responsabilità colposa individuale dei vertici in ambito sanitario. D'altra parte, qui si porrebbero problemi su un piano rigorosamente giuridico e di legittimità del modello cautelare di responsabilità dell'ente, visto che l'ente in realtà finirebbe per rispondere per un difetto cautelare a lui non imputabile, ma imputabile alla persona fisica. Insomma, la responsabilità dell'ente, per essere effettivamente personale, non può che essere una responsabilità cautelativa, con tutto quel che ne consegue anche sul piano della premialità.

Ecco allora che potrebbe aver senso estendere alla struttura sanitaria una responsabilità cautelativa, costituendo un'autentica responsabilità della struttura da deficit organizzativo. Magari prevedendo sanzioni interdittive diverse da quelle attuali, potenziando strumenti quali il commissariamento, ma soprat-

tutto incentivando percorsi dialogici tra struttura e autorità giudiziaria finalizzati al rimedio dei deficit organizzativi eventualmente riscontrati.

Ma eccoci ad un altro punto fondamentale: rispetto alle strutture sanitarie si può parlare davvero di responsabilità cautelativa?

Come abbiamo visto in precedenza, mentre le imprese che offendono interessi esterni si presentano verticalmente monolitiche (vertici e subordinati stanno tutti dalla stessa parte), le strutture sanitarie si presentano invece scisse nel “verticale” livello organizzativo e in quello “orizzontale” più propriamente clinico. Detto diversamente, mentre nelle imprese esiste alla fin fine un nesso tra dimensione cautelativa e dimensione cautelare e questo difetto cautelativo appartiene all'intero ente strutturalmente coeso, nelle strutture sanitarie tale nesso tende a farsi organizzativamente labile perché peculiarissima è l'attività medica, tendente addirittura a sofferire anche ai difetti organizzativi.

Il punto ci pare estremamente rilevante. Non solo si tratta di un ulteriore tassello che consente di chiarire ancora meglio come l'attività del medico sia peculiare e tale da giustificare una responsabilità individuale più ristretta: l'attività del medico tende a correggere difetti organizzativi. Ma il punto è rilevante soprattutto perché dimostra come quelle peculiarità che sul piano individuale giustificano limitazioni di responsabilità si riflettono anche sulla configurazione della responsabilità collettiva.

Ed eccoci a un terzo ed ultimo punto fondamentale. Studi recenti hanno prospettato come, là dove si decidesse di estendere una responsabilità penale anche nei confronti della struttura sanitaria, essa dovrebbe essere costruita come ipotesi di colpa grave⁹.

Ebbene, se riferita al modello cautelare che ha come punto di riferimento la colpa dei vertici, questa impostazione non può essere condivisa, perché i vertici sono specificamente preposti all'organizzazione e la loro attività organizzativo-manageriale non presenta nessuna delle peculiarità che invece sono presenti nell'attività medica, anzi.

Al contrario, se la limitazione viene riferita alla dimensione cautelativa il ragionamento persuade: in ambito sanitario, la responsabilità cautelativa si manifesta infatti soprattutto nelle ipotesi in cui il deficit organizzativo si rivela grave, consistendo nella mancata adozione o attuazione, o comunque nella macroscopica carenza nella adozione o attuazione, di misure prevenzionistiche rispetto a rischi di reato colposo. Ecco allora che alla base della responsabilità

⁹Cfr. ampiamente M. COLACURCI, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in www.lalegislazionepenale.eu, 24 aprile 2020, p. 1 ss.; M. CAPUTO, *Malpractice, carenze organizzative e responsabilità degli enti. Quale ruolo per il diritto penale delle persone giuridiche?*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 1357 ss.

cautelativa delle strutture sanitarie sembrano esserci soprattutto ipotesi in cui si sono sottovalutate prevedibili situazioni di rischio che avrebbero dovuto attivare meccanismi organizzativi alternativi.

La mente non può che correre, inevitabilmente, a tutta la recente vicenda Covid. Se rispetto alla prima ondata era difficile parlare di prevedibilità, rispetto alla seconda le cose sembrano stare in termini completamente diversi, potendoci essere gli estremi anche per responsabilità politiche¹⁰. Ed eccoci al paradosso finale: più le cose sono grandi, meno risultano visibili, perlomeno nel mentre accadono e comunque fino a quando i responsabili restano al potere.

¹⁰Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, in www.sistemapenale.it, 10 luglio 2020, p. 1 ss.

RESPONSABILITÀ SANITARIA E CRISI PANDEMICA: SPUNTI DI RIFLESSIONE DENTRO E OLTRE L'EMERGENZA ¹

di *Marco Rizzuti*

La crisi pandemica non ha mancato di suscitare riflessioni e proposte di rinnovamento con riguardo ad una pluralità di ambiti giuridici, alle volte fungendo da acceleratore di trasformazioni in atto ed altre volte ponendo problemi nuovi. Non può certo stupire che anche il campo della responsabilità sanitaria sia stato investito da tali sviluppi, considerando, da una parte, ovviamente, la natura anzitutto sanitaria dell'emergenza stessa, e, dall'altra, la densa problematicità intrinseca del settore, negli ultimi decenni emerso come il principale laboratorio per l'elaborazione teorica e pratica delle nuove tendenze della responsabilità aquiliana.

Alla prima fase, di estrema gravità dell'allarme a livello nazionale e di fortissima pressione sulle strutture del sistema sanitario, di cui si poteva temere persino un collasso, risale l'emersione di proposte che, sull'onda anche della retorica politica e mediatica a proposito dell'eroismo di medici e infermieri, avrebbero dovuto neutralizzare il rischio per costoro di incorrere in responsabilità penali o civili grazie ad uno "scudo" legislativo². Una più specifica trattazione dell'ipotizzato istituto è certamente difficile da fornire, dal momento che tali proposte non sono state approvate³, ma restano di notevole interesse

¹ Una versione del presente contributo è destinata anche alla pubblicazione nel numero speciale della rivista *Diritto e Salute* dedicato all'iniziativa "Eroi o imputati? Medici, infermieri, strutture sanitarie. Profili di responsabilità al tempo del covid-19", a cura di Gianni Baldini.

² L'ipotesi fu particolarmente vicina a concretizzarsi in sede parlamentare per effetto di alcuni emendamenti presentati durante i lavori della conversione in legge del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, ovvero il c.d. Cura Italia.

³ In questa sede non faremo riferimento alla differente fattispecie dello "scudo" soltanto penale successivamente introdotto per i vaccinatori dall'art. 3 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, ed esteso in sede di conversione dalla l. 28 maggio 2021, n. 76, ad ogni atto di esercizio di una pro-

le problematiche che esse hanno evocato. Occorre, infatti, anzitutto riconoscere che, anche in un momento di pesanti compressioni delle libertà costituzionali, il nostro legislatore ha finito per scartare l'ipotesi.

In termini generali era già assai discutibile la premessa sulla quale si sono esplicitamente o implicitamente basate le suddette compressioni, e si sarebbe quindi presumibilmente basato anche uno “scudo” tale da comprimere radicalmente il diritto di agire in giudizio, e cioè l'assunto per cui la qualifica di “fondamentale” riferita espressamente dalla Costituzione al diritto alla salute lo porrebbe al di sopra di tutti gli altri e di ogni necessità di bilanciamento⁴. Invero, secondo una lettura, per così dire, originalista un siffatto ruolo di super-valore si sarebbe semmai dovuto attribuire al lavoro, posto per l'appunto a fondamento della Repubblica dall'art. 1 e promosso come diritto e dovere dall'art. 4, con esiti che paradossalmente potrebbero oggi rivelarsi piuttosto problematici, ad esempio per quanto attiene alla valutazione del blocco delle attività disposto per ragioni emergenziali. Ad ogni modo, andrebbe considerato che principi fondamentali sono, più ampiamente, tutti quelli dei primi dodici articoli della Carta, e soprattutto che, a prescindere dai rilievi lessicali e/o di collocazione, ogni posizione giuridica costituzionalmente tutelata andrebbe, in quanto tale, considerata come non suscettibile di venir soppressa nel suo nucleo essenziale⁵. Le situazioni soggettive in parola sono dunque tutte bisognose di bilanciamenti reciproci, in un equilibrio che potrà certamente mutare con l'evoluzione delle circostanze di fatto ma non saltare del tutto, se non si vuole che il sistema imploda.

La ragionevolezza⁶, che rappresenta a sua volta, secondo una consolidata elaborazione, un canone costituzionalmente rilevante *ex art. 3*, può quindi giustificare un diverso assetto del bilanciamento in circostanze emergenziali, ma

fessione sanitaria connesso all'emergenza, in quanto in tale ipotesi rimane comunque ferma la responsabilità civile, che rappresenta il profilo per noi di maggiore interesse.

⁴ Per una critica di tale impostazione, ottimamente argomentata e oggettivamente coraggiosa per i giorni in cui è stata pubblicata, si vedano M.G. CIVININI-G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *www.questionegiustizia.it*, 14 aprile 2020.

⁵ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *www.cortecostituzionale.it*, a proposito del caso Ilva, aveva già avuto modo di chiarire che il sistema non conosce diritti “tiranni”, suscettibili di illimitata espansione ai danni delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che nel loro insieme sono espressione della dignità della persona, e, più in particolare, che un siffatto ruolo “tirannico” non può competere neppure al diritto alla salute, nonostante il ricorso all'aggettivo “fondamentale” da parte dell'art. 32 Cost.

⁶ Circa i molteplici profili di rilevanza di tale clausola generale, avendo particolare riguardo alla materia civilistica, si veda, per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

non varrebbe a giustificare la soppressione, o la sospensione, del nucleo essenziale di ciascuna garanzia costituzionale, in quanto non si può prescindere dalla netta, ancorché magari discutibile sul piano dell'opportunità politica e/o nel confronto con altri modelli, scelta dei costituenti di non prevedere l'istituto dello stato d'eccezione⁷. Se ne potrebbe dedurre che alcune delle più rigide disposizioni del periodo emergenziale, benché magari alle volte opportune, fossero però comunque incostituzionali per contrasto con l'art. 13 sulle garanzie della libertà personale⁸, ovvero, ed in questo secondo caso con minori giustificazioni anche sul piano dell'opportunità, con l'art. 24 sul diritto alla tutela giudiziale⁹, e può anche darsi che vengano a determinarsi vicende processuali in cui tali vizi risultino senz'altro rilevanti¹⁰. Il problema che a noi interessa analizzare in questa sede attiene però soltanto al preteso "scudo", avendo particolare riguardo alla materia della responsabilità civile.

Focalizzando quindi la nostra attenzione sull'art. 32 Cost., occorrerà rilevare che, se è innegabile che proprio con riferimento al diritto alla salute il testo costituzionale utilizza espressamente il lemma "fondamentale", è però anche vero che la disciplina disegnata dalla stessa disposizione della Carta conosce pure un altro ben noto *unicum*, per cui nell'ambito della riconosciuta riserva di legge circa l'introduzione dei trattamenti sanitari obbligatori a tutela della salute pubblica, il legislatore non potrà comunque mai violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Se dunque proprio si volesse costruire una gerarchia tra principi costituzionali a partire dai dati positivi ricavabili da detta norma, parrebbe di doverne anzitutto dedurre che a risultare sovraordinati, anche nei confronti della salute, sono semmai tali valori riferibili alla dignità

⁷ Si veda al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *Dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020.

⁸ Oltretutto, è opportuno non dimenticare che le limitazioni alla vita lavorativa, scolastica e relazionale ledono anche la salute, mentale e fisica, dei soggetti coinvolti, specie di quelli più vulnerabili, come ha messo in evidenza il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28 maggio 2020.

⁹ Sul punto si rinvia alle amare ed illuminanti considerazioni di M.G. CIVININI-G. SCARSELLI, *op. cit.*, a proposito della scelta di escludere l'amministrazione della giustizia dal novero delle attività ritenute essenziali: "*non c'è Stato senza giurisdizione, non possiamo ammettere che restino aperti i tabaccai, i giornali, le banche, le poste, i trasporti, e chiusi i palazzi di giustizia. Dobbiamo poter tornare a lavorare; dobbiamo poter ripartire. Altrimenti deve suonare ancora forte il grido di Tucidide, secondo il quale Atene, più che dalla peste, fu distrutta dalla paura della peste*".

¹⁰ La prima pronuncia del genere parrebbe essere stata quella del Giud. Pace Frosinone, 29 luglio 2020, in *www.ilcaso.it*, che, a fronte dell'impugnazione di una sanzione irrogata per violazione degli obblighi del c.d. *lockdown*, ha disapplicato uno dei d.p.c.m. emergenziali in quanto costituzionalmente illegittimo, anche appunto per contrasto con l'art. 13.

umana, recentemente consacrati dai riconoscimenti emersi in materia di auto-determinazione sanitaria¹¹, che non vogliamo certo archiviare come lussi che valgono solo per i tempi di tranquillità.

Peraltro, occorre ricordare che tutta la costruzione giurisprudenziale in ordine al risarcimento del danno biologico si è sempre configurata in termini di necessaria attuazione dello stesso art. 32, per cui un blocco totale delle azioni di responsabilità medica lederebbe non solo l'art. 24¹², ma *in primis* proprio quella norma costituzionale che ne verrebbe invocata a preteso fondamento, con una sorta di corto circuito logico-giuridico. Nondimeno, va considerato come ad opporsi in maniera decisiva alle proposte emerse in sede politica circa l'introduzione dello "scudo" è stata la stessa classe medica, timorosa di trovarsi priva di mezzi di tutela contro scelte della dirigenza sanitaria suscettibili di mettere a repentaglio la salute, anzitutto, di quegli operatori¹³, schierati, per seguire la corrente e forse abusata metafora bellica, sulla prima linea del fronte. Insomma, parrebbe che non valesse la pena di essere muniti di uno scudo da opporre ai pazienti se il prezzo era quello di perdere la spada con cui potersi difendere dai dirigenti: una plastica dimostrazione di come le garanzie costituzionali, e qui in particolare quella del diritto di agire in giudizio, siano in ogni circostanza fondamentali, e di come sia evidentemente preferibile essere garantiti come tutti i cittadini in un sistema di diritto, piuttosto che essere partecipi di una, magari ridotta, quota di privilegio in quel distopico sistema autoritario-sanitario, intriso di paternalismo e di insindacabilità nell'esercizio dei poteri, che abbiamo visto balenare al fosco orizzonte dell'emergenza.

Una volta respinte le proposte di eccezionali interventi legislativi, i contenziosi da responsabilità sanitaria più o meno direttamente connessa con la pandemia hanno presto iniziato a prospettarsi in concreto. La questione che si pone dunque all'interprete è anzitutto quella di una loro gestione con gli strumenti del diritto vigente e vivente. Al riguardo è stato subito rilevato nelle sedi dottrinali più autorevoli come, senza alcun bisogno di ricorrere al problematico scudo, di cui si sono anzi messi chiaramente in evidenza i profili di poten-

¹¹ Si allude, naturalmente, alla l. 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, ed alla successiva sentenza sul celebre caso Cappato, resa da Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹² Invero, le norme costituzionali violate sarebbero state più di una: R. BALDUZZI, *Indicazioni per un'agenda del "dopo"*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 1, 7, fa riferimento a quelle dettate "in tema di diritto di agire in giudizio per la tutela di diritti soggettivi e di interessi legittimi, di eguale sottoponibilità alla legge penale, di responsabilità dei pubblici dipendenti, e così via".

¹³ Circa la presa di posizione in tal senso di ordini e associazioni esponenziali di medici e sanitari si veda M. BARTOLONI, *La beffa dello scudo ai medici che protegge i loro "capi" dalle cause per i ritardi sul virus*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 aprile 2020.

ziale incostituzionalità, già l'originario testo codicistico offriva gli strumenti giuridici idonei a limitare la responsabilità del sanitario in così peculiari circostanze¹⁴. Alludiamo, evidentemente, a quella formula della prestazione che "implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", a fronte della quale, ai sensi dell'art. 2236 c.c., la responsabilità del prestatore d'opera è limitata ai casi di dolo e colpa grave: ci sembra, infatti, chiaro come il trattamento di un *virus* nuovo e sconosciuto, presentatosi in maniera improvvisa e massiccia, rappresenti un'ipotesi esemplare di problema tecnico di particolarissima difficoltà¹⁵.

Se era dunque soltanto questo l'obiettivo da raggiungere tramite i prospettati scudi normativi, un intervento legislativo sarebbe stato palesemente superfluo. La formula codicistica presenta oltretutto due vantaggi considerevoli. Da una parte, ha carattere di generalità, essendo riferita ad ogni prestatore d'opera, e non rischia quindi di configurarsi come privilegio di una categoria che, per quanto molto esposta a rischi, non è l'unica ad esserlo. Dall'altra, non si tratta di un blocco indiscriminato di ogni possibilità di agire in giudizio, bensì di una clausola generale che, proprio in quanto tale, richiederà necessariamente un vaglio giurisdizionale inteso a verificare in concreto la situazione. Invero, non è ovviamente detto che ogni attività sanitaria posta in essere durante il periodo emergenziale abbia risentito della pandemia, e nemmeno che ogni ipotesi di trattamento della nuova patologia continui sempre a presentarsi come di speciale difficoltà. Soprattutto, non è affatto detto che si presentino come risolutive di problemi di speciale difficoltà tutte le decisioni dirigenziali attinenti non tanto alla terapia quanto alla gestione degli ambienti ospedalieri o delle case di riposo allo scopo di impedire che i luoghi di cura diventino focolai della diffusione di infezioni nosocomiali¹⁶, con rischi enormi per l'intera

¹⁴ Il riferimento è al documento dell'Associazione Civilisti Italiani, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in www.civilistiitaliani.eu.

¹⁵ Un esito nella sostanza analogo a quello cui porta il nostro art. 2236 c.c. è stato raccomandato anche a livello internazionale dal n. 14 degli E.L.I. *Principles for the Covid-19 Crisis*, in base al quale: "Given the urgent and dramatic circumstances in which doctors, healthcare professionals, and other providers in the medical sector have to provide services, States should ensure that these professionals are not held liable for adverse events related to the COVID-19, except in the case of at least gross negligence". Nel testo italiano, pubblicato a cura di P. SIRENA, D. ACHILLE, L. BUONANNO, F. MEZZANOTTE, F.P. PATTI, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 4, p. 900, il principio recita: «Considerate l'urgenza e la drammaticità delle circostanze in cui i medici, gli operatori sanitari e gli altri professionisti del settore medico si sono trovati a prestare i propri servizi, gli Stati dovrebbero far sì che tali soggetti non siano ritenuti responsabili per eventi avversi correlati al COVID-19, se non in caso di colpa grave».

¹⁶ Si vedano al riguardo, anche per ulteriori riferimenti: A. PISU, *Diritto alla salute e respon-*

collettività ed *in primis* per gli stessi sanitari, come, specie in alcune delle più drammatiche circostanze iniziali della vicenda, parrebbe essere accaduto anche per gli sviluppi italiani della pandemia: si tratta ad ogni modo di circostanze su cui non può certo essere inibito *a priori* un accertamento in sede giudiziale¹⁷.

Su di un piano diverso si sono collocate ulteriori riflessioni e proposte, sviluppate in sede dottrinale con riguardo a riforme in materia di responsabilità medica che potrebbero essere sollecitate proprio dall'emergente contenzioso cui abbiamo fatto riferimento. Due prospettive vanno in particolare considerate, pur senza certo pretendere di esaurire con queste il campo della discussione in atto.

Da una parte, si è invocato un intervento legislativo teso a frapporre un diverso tipo di scudo a tutela dei sanitari, non già con un impedimento ad agire in giudizio, ma con la predisposizione di un sistema di indennizzi, da porre a carico delle pubbliche finanze¹⁸, che ristori il danneggiato senza gravare sul professionista o sulla struttura sanitaria, né quindi sulle rispettive assicurazioni. Una soluzione del genere non lede evidentemente la posizione di chi abbia patito il pregiudizio: non gli si nega in alcun modo la possibilità di far valere i propri diritti in giudizio, ma gli si offre anzi la garanzia di un soggetto molto probabilmente solvibile, e gli si potrebbero peraltro riconoscere forme di ristoro anche a fronte delle fattispecie in cui un risarcimento non sarebbe possibile proprio in ragione dell'operare della predetta clausola della speciale difficoltà.

Precedenti significativi si possono, del resto, ravvisare in alcune note ipotesi, come quella degli indennizzi per i pregiudizi da vaccinazioni obbligatorie o da emotrasfusioni infette¹⁹. Il principale problema che si pone è piuttosto

sabilità medica alla prova del CoViD-19, in *Riv. BioDiritto*, 2020, 1, p. 399 ss.; S. GIOVA, *Infezione da covid-19 e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, 2020, pp. 502-511.

¹⁷ Gli accadimenti che hanno riguardato gli ospedali di Codogno e poi soprattutto di Alzano Lombardo, nonché numerose RSA, sono oggetto di indagini che non vorremmo vedere intralciate da "scudi" di sorta. Un passo di notevole importanza verso una miglior conoscenza delle vicende della pandemia è stato segnato dal provvedimento del TAR Lazio, 22 luglio 2020, n. 8615, in *Quotidiano del diritto*, 24 luglio 2020, che ha rimosso il segreto dagli atti posti alla base dei decreti presidenziali emergenziali.

¹⁸ Si orienta in tal senso G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020, cui si rinvia anche per un'efficace sintesi delle "stagioni" giurisprudenziali della responsabilità medica. Al riguardo si veda inoltre C. SCOGNAMIGLIO, *La pandemia CoViD-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, p. 140 ss.

¹⁹ Si allude alla l. 25 febbraio 1992, n. 210, in materia di indennizzi a favore dei soggetti

quello della sostenibilità finanziaria di un meccanismo del genere sulla scala dimensionale imposta dalla pandemia, cui si potrà forse sovvenire grazie alla prospettata mobilitazione di enormi risorse a sostegno dei sistemi sanitari che proprio l'emergenza dovrebbe rendere possibile col superamento dei vincoli europei di bilancio. E se, anche in una logica di più lungo periodo, una delle conseguenze della crisi pandemica consistesse in una riabilitazione della spesa pubblica e sociale, non sarebbe nemmeno da escludere che meccanismi indennitari di questo genere prendano piede in maniera più ampia e sistematica, così da venire comunque incontro ai pregiudizi patiti dai pazienti senza gravare in alcun modo sui sanitari.

Dall'altra parte, è emersa la proposta, ancor più stimolante sul piano sistematico-ricostruttivo e meno vincolata alle circostanze dell'emergenza, di una complessiva revisione dell'odierno sistema della responsabilità sanitaria, alla luce di una presa d'atto delle sue effettive caratteristiche e del confronto con ulteriori modelli stranieri²⁰. Si tratta anzitutto di riconoscere come i noti sviluppi in punto di risarcibilità del danno non patrimoniale, biologico e non solo, che hanno contrassegnato l'evoluzione giurisprudenziale costituzionalmente orientata degli ultimi decenni in materia di responsabilità medica, abbiano portato alla costruzione di un sistema in cui l'entità dei risarcimenti, a quanto pare tra le più elevate a livello comparativo, va ben oltre la tradizionale compensazione del pregiudizio inflitto alla sfera giuridica del danneggiato, e si colora quindi anche di ulteriori funzioni che possiamo francamente qualificare come punitive. E questo possiamo farlo senza più ricorrere ad acrobazie verbali intese a dimostrare che si tratterebbe pur sempre di un risarcimento meramente compensativo, anche perché ormai la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di riconoscere, alla luce della complessiva evoluzione del sistema e delle numerose fattispecie interne legislativamente previste, che i danni punitivi non sono in contrasto con l'ordine pubblico²¹. Non si rinviene, in altri termini, alcuna copertura costituzionale del principio tradizionale per cui la responsabilità civile sarebbe solo compensatoria, e non è dunque affatto necessario espellere le ipo-

danneggiati da complicità di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

²⁰ Facciamo riferimento al contributo di M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *giustiziacivile.com*, 2 aprile 2020.

²¹ La svolta è stata segnata da Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 ss. Circa le prospettive che conseguentemente si aprono per quanto attiene, più in generale, ai rapporti fra diritto civile e diritto penale, si possono vedere, da ultimo, D. BIANCHI, M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino, 2020.

tesi connotate anche in senso punitivo dal sistema né tantomeno, onde evitare un siffatto esito, fingere che non esistano. Diviene però ragionevole proporre di ricostruire la disciplina di dette ipotesi in maniera più coerente con tale loro riconosciuta funzione.

E qui sta appunto il pregio della proposta di riforma cui facciamo riferimento, in base alla quale il risarcimento da responsabilità medica non dovrebbe andare interamente ad arricchire il danneggiato ma, in misura non irrilevante, dovrebbe avere una destinazione pubblicistica coerente con la predetta funzione sanzionatoria. Più in particolare, sulla base delle esperienze di Paesi in cui l'istituto dei danni punitivi è da tempo esplicitamente riconosciuto e conseguentemente normato, si propone di destinare la quota in discorso a fondi che supportino proprio il sistema sanitario o la ricerca medica, quali beni pubblici a loro volta primariamente lesi dalle vicende di *malpractice*. Ciò non toglierebbe che il risarcimento, da suddividere quindi fra compensazione del danneggiato e destinazione pubblicistica, rimanga comunque nella sua interezza a carico del danneggiante²².

Tale prospettata soluzione diverge evidentemente da quella indennitaria anzitutto per quest'ultimo aspetto, ma appare meritevole di apprezzamento da almeno tre punti di vista. Da un lato, si mantiene un effetto di deterrenza nei confronti dei sanitari, pienamente coerente con la menzionata funzione sanzionatoria, che verrebbe radicalmente perso nel modello indennitario. Dall'altro lato, la riduzione del risarcimento destinato al danneggiato può concretamente calmierare la tendenza ad intentare cause avventurose per finalità di arricchimento, e quindi sgravare l'amministrazione della giustizia e ridurre le pressioni improprie sul sistema sanitario. Al contrario, un modello indennitario rischierebbe di massimizzare tale tendenza, in quanto sarebbe ben difficile resistere alla tentazione di lanciarsi all'assalto delle risorse pubbliche messe a disposizione, sperando magari di poter contare su un ridotto impegno difensivo della controparte danneggiante, comunque esentata da conseguenze risarcitorie. In ultimo ma non da ultimo, va considerato che la logica di fondo della proposta in esame sarebbe solidaristica più che assistenzialistica, nel senso che finirebbe per apportare risorse al pubblico, e non viceversa, il che evidentemente la rende oltretutto più sostenibile sul piano finanziario anche nella lunga durata.

L'antitesi fra le due prospettive su cui ci siamo intrattenuti non deve però indurci ad escludere l'ipotesi di una sintesi, che qui possiamo solo approssimativamente abbozzare, tale da combinarle nell'ambito di un più complessivo ridisegno della materia. Potremmo, insomma, ragionare di un differenziato e

²² A tali conclusioni perviene appunto la richiamata riflessione di M. MAGGIOLÒ, *op. cit.*

ponderato utilizzo settore per settore di entrambi gli strumenti. Così, in alcuni ambiti di responsabilità sanitaria dove sono più ricorrenti i problemi di speciale difficoltà e quindi appare meno praticabile la via risarcitoria, potrebbero essere introdotti meccanismi indennitari analoghi a quelli già ricordati, allo scopo di venire comunque incontro ai pregiudizi subiti dai pazienti senza un necessario quanto problematico passaggio giudiziale, se del caso temperando il carattere indennitario dell'ipotesi con la previsione di una qualche possibilità di rivalsa del soggetto pubblico sui sanitari laddove una loro responsabilità sia però configurabile. In altri ambiti, nei quali invece i risarcimenti risultino aver raggiunto vette di ammontare particolarmente ultracompensativo, sarebbe opportuno procedere con una regolamentazione che, seguendo le linee di fondo sopra accennate, conformi alla funzione sanzionatoria il riparto dei risarcimenti stessi, avendo beninteso cura di mantenere sempre rigorosamente distinti i fondi di destinazione dalle strutture sanitarie tenute al pagamento, onde evitare abusivi e paradossali fenomeni di confusione. In termini generali i diversi strumenti considerati, da ridefinire magari periodicamente in base ai dati emergenti, verrebbero in qualche modo a compensarsi reciprocamente, di nuovo in una logica solidaristica, posto che, se i primi drenerebbero risorse pubbliche, i secondi riverserebbero al pubblico quote di arricchimenti privati.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2021
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Volumi pubblicati:

1. D. BIANCHI-M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, 2020.
2. S. COCCHI-A. SIMONI (eds.), *Freedom v. Risk? Social Control and the Idea of Law in Covid-19 Emergencies*, in corso di pubblicazione.
3. D. BIANCHI (a cura di), *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali*, 2021.