

La responsabilità professionale del medico

VARESE, 27 NOVEMBRE 2010
AULA MAGNA – VIA RAVASI – VARESE

«RESPONSABILITÀ MEDICA»
IL MEDICO SPECIALIZZANDO : LIMITI OPERATIVI E RESPONSABILITÀ



.....
di Giuseppe Buffone
Giudice del Tribunale di Varese

MODERATORI : EMILIO CURTÒ – MAURIZIO GRIGO

RELAZIONE



L'Angelo Ferito (Hugo Simberg) – Olio su Tela, 1903

Giuseppe Buffone
giuseppe.buffone@giustizia.it
www.tribunale.varese.it

SOMMARIO

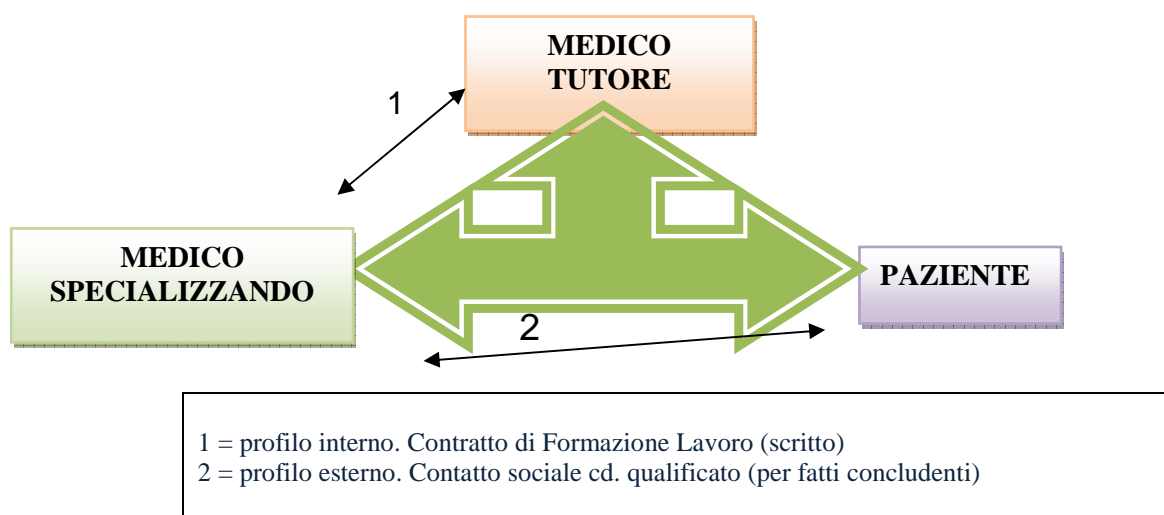
1. Posizione giuridica del medico specializzando.
 - 1.1. Profilo “interno”: partecipazione guidata.
 - 1.2. Profilo “esterno”: autonomia vincolata
2. Colpa per assunzione
3. Precedenti giudiziari
4. Responsabilità penale e civile: regole di procedura
5. Medico Specializzando e Avvocato praticante

1. LA POSIZIONE «GIURIDICA» DEL MEDICO SPECIALIZZANDO

La disciplina della formazione dei medici specialisti – di matrice comunitaria - è contenuta nel decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 368¹ il cui art. 20², comma 1, lett. e) prevede che l'ottenimento del diploma di medico chirurgo specialista sia subordinato, oltre che alle condizioni previste dal saggio di legificazione, alla "partecipazione personale del medico chirurgo candidato alla specializzazione, alle attività e responsabilità proprie della disciplina".

Secondo un costume giurisprudenziale confermato dalla sentenza Cass. pen., sez. IV, 16 febbraio 2010, n. 6215, questa disposizione «consente di affermare che il medico specializzando non è un mero spettatore esterno, un discente estraneo alla comunità ospedaliera; egli infatti partecipa alle "attività e responsabilità" che si svolgono nella struttura dove si svolge la sua formazione».

In altri termini, lo specializzando viene a essere inserito nella compagine ospedaliera in un complesso sistema organizzativo in cui formazione (profilo interno) e attività medica (profilo esterno) coesistono in un ecosistema in cui rapporti giuridici soggettivi di diversa natura si incontrano. Il ruolo "attivo" dello specializzando è testimoniato dall'inciso «RESPONSABILITÀ» evocato dall'art. 20 cit., che altrimenti non si spiegherebbe se non quale risolto diretto delle attività poste in essere nell'ambito della struttura sanitaria.



¹ Decreto Legislativo 17 agosto 1999, n. 368: "Attuazione della direttiva 93/16/CEE in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli e delle direttive 97/50/CE, 98/21/CE, 98/63/CE e 99/46/CE che modificano la direttiva 93/16/CEE

²² Di cui al Cap II: "Condizione e formazione dei medici specialisti"

1.1. PROFILO “INTERNO”: PARTECIPAZIONE GUIDATA.

La coesistenza di differenti profili operativi si giustifica in ragione dei diversi livelli che vengono a sovrapporsi nell'espletamento dell'attività di formazione. Un primo profilo è quello cd. interno che riguarda il rapporto giuridico di formazione che va a instaurarsi a seguito della sottoscrizione del cd. contratto di formazione da parte del medico in formazione specialistica: con tale accordo il medico specializzando "si impegna a seguire, con profitto, il programma di formazione svolgendo le attività teoriche e pratiche previste dagli ordinamenti e regolamenti didattici.....Ogni attività formativa e assistenziale dei medici in formazione specialistica si svolge sotto la guida di tutori....." (art. 38, comma 1). L'art. 38, comma 2 prevede poi che sia individuato "il numero minimo e la tipologia degli interventi pratici che essi devono aver personalmente eseguito per essere ammessi a sostenere la prova finale annuale". Infine il comma 3 del medesimo articolo precisa che "la formazione del medico specialista implica la partecipazione guidata alla totalità delle attività mediche dell'unità operativa.....nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolate alle direttive ricevute dal tutore.....".

Il rapporto interno è, dunque, retto dalla regola della **PARTECIPAZIONE GUIDATA**: lo specializzando partecipa alle attività operative ma sotto la guida del tutore.



1.2. PROFILO “ESTERNO”: AUTONOMIA VINCOLATA

L'esame sin qui condotto della disciplina normativa conferma un dato di fatto: *il medico specializzando non è presente nella struttura per la sola formazione professionale, la sua non è una mera presenza passiva né lo specializzando può essere considerato un mero esecutore d'ordini del tutore anche se non gode neppure di piena autonomia.*

Il discente, infatti, opera sulla realtà esterna mentre si forma. Secondo la Cassazione (sent. cit.) l'espressione che meglio fotografa questo rapporto è quella, adottata dalla legge, dell'"AUTONOMIA VINCOLATA"³: si tratta di un'autonomia che

³ Si tratta dunque di autonomia "vincolata", ogni attività dello specializzando "si svolge sotto la guida di tutori", e la graduale assunzione di compiti e interventi avviene sotto le "direttive ricevute dal tutore". Insomma il tutore deve fornire allo specializzando le sue direttive, deve controllarne le attività pur autonomamente svolte, deve verificare i risultati e consentirgli, quindi, di apprendere

non può essere disconosciuta trattandosi di persone - i medici specializzandi - che hanno conseguito la laurea in medicina e chirurgia e, purtuttavia, essendo in corso la formazione specialistica (soprattutto per quei settori che non formano bagaglio culturale comune del medico non specializzato), l'attività non può che essere caratterizzata da limitati margini di autonomia in un'attività svolta sotto le direttive del tutore.

In altri termini, lo specializzando, nel momento in cui entra in contatto con il paziente assume nei suoi confronti le responsabilità tipiche che si ricollegano all'esercizio della professione sanitaria e il rapporto che si va ad instaurare è retto dalle regole tipiche dei contratti trovando applicazione lo schema negoziale collaudato del cd. contatto sociale qualificato⁴, punto fermo della giurisprudenza di merito e soprattutto di quella di legittimità, alla luce di una lettura interpretativa delle Sezioni Unite divenuta diritto vivente⁵.

Alla luce di quanto sin qui illustrato, è chiaro che:

- 1) Il contratto di formazione del medico specializzando non esclude ma anzi presuppone una sua fattiva partecipazione (guidata) alle attività sanitarie.
- 2) Il medico specializzando, nei limiti dell'autonomia a lui riconosciuta, agisce come operatore sanitario entrando in contatto con i pazienti, verso i quali risponde in sede civile secondo le regole del contratto e in sede penale secondo le leggi penali.

Ma, in ambo i casi, su che coefficiente soggettivo si fonda la responsabilità del medico specializzando? La Cassazione tipizza una cd. colpa per assunzione.

2. COLPA PER «ASSUNZIONE»

Secondo i Supremi Giudici, l'autonomia riconosciuta dalla legge, sia pur vincolata, non può che ricondurre allo specializzando le attività da lui compiute; e se lo specializzando non è (o non si ritiene) in grado di compierle deve rifiutarne lo

quanto la formazione è idonea a fornirgli per il futuro svolgimento in autonomia della professione specializzata verificando la correttezza delle attività svolte dal medico affidatogli (per il quale, dice la legge, svolge la funzione di "tutore").

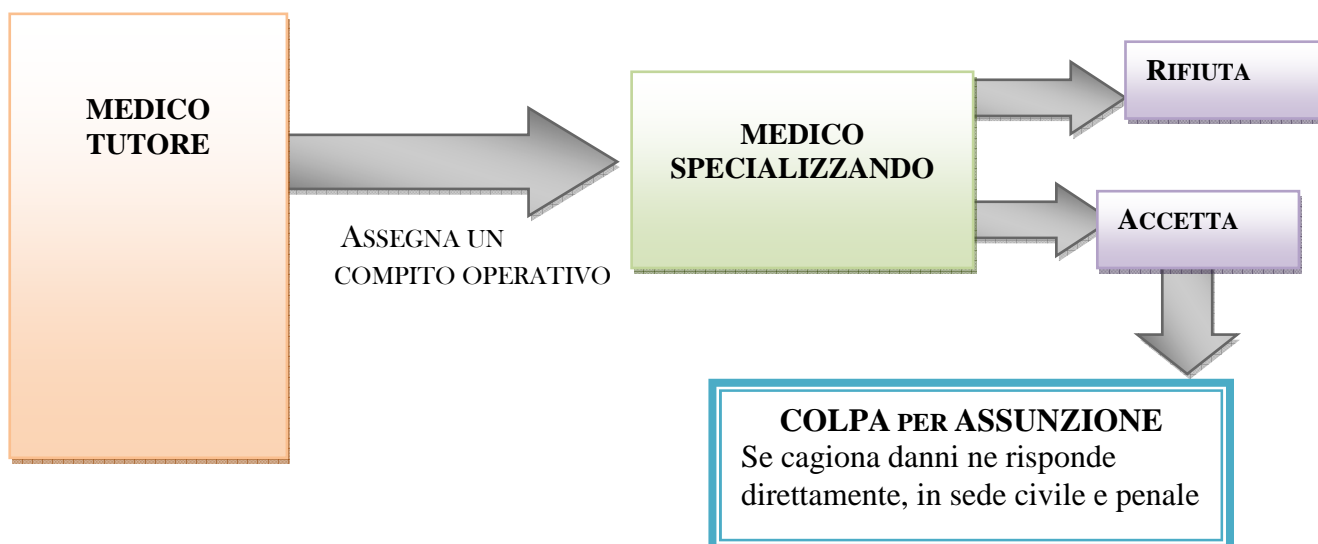
⁴ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto in La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006: Si tratta soltanto di avere chiaro che responsabilità contrattuale non significa necessariamente responsabilità da contratto; il passo ulteriore da compiere è che essa non significa neppure responsabilità da inadempimento nel senso tradizionale del termine. La categoria dogmatica di riferimento è quello dell'obbligazione senza prestazione.

⁵ E' ormai pacifico, infatti, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità che tanto il rapporto fra paziente e medico quanto quello fra paziente e struttura sanitaria, siano regolate dalla disciplina delle obbligazioni contrattuali, in forza del contatto sociale che si instaura tra tali soggetti, generando un obbligo di protezione dei primi nei confronti dei secondi (Cass. 24.5.06, n. 12362; 26.1.06, n. 1698; 11.3.02, n. 3492; 2.12.98, n. 12233). La struttura sanitaria, inoltre, oltre alla responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni assunte in proprio con il contratto di ospedalità o assistenza sanitaria (fornire al paziente prestazioni alberghiere, mettere a stia disposizione il personale medico ausiliario e paramedico, apprestare medicinali e ogni attrezzatura necessaria anche per eventuali complicazioni: Cass. n. 1698/06 cit.; 13.1.05, n. 571 e 14.7.04, n. 13066., che hanno ribadito le statuizioni di Cass. sez. un. 1.7.02, n. 9556), è tenuta a rispondere anche del fatto dei sanitari, della cui opera si avvale, anche qualora non siano suoi dipendenti, ai sensi dell'art. 1228 c.c. (Cass. 14.6.07, n. 13953; 13.4.07, n. 8826; n. 1698/06 cit.).

svolgimento perché diversamente se ne assume la responsabilità (c.d. colpa "per assunzione" ravvisabile in chi cagiona un evento dannoso essendosi assunto un compito che non è in grado di svolgere secondo il livello di diligenza richiesto all'agente modello di riferimento).

Ciò vuol dire che, ad esempio, se il tutore detta una ricetta o una prescrizione medica lo specializzando che scrive sotto dettatura, nei limiti delle sue competenze, deve segnalare eventuali errori od omissioni e rifiutare di avallare terapie che, secondo il livello di perizia e diligenza da lui esigibile, appaiano palesemente incongrue. Tutto ciò va ovviamente valutato in conformità con la gradualità di assunzione di responsabilità che la ricordata normativa espressamente prevede.

E' ovvio che diversi saranno gli interventi, anche critici, esigibili dal medico all'inizio della specializzazione rispetto a quelli che si richiedono a chi la formazione la sta facendo da anni e diversi saranno altresì gli interventi esigibili in relazione al grado di specializzazione nelle singole ipotesi richiesto.



3. PRECEDENTI GIUDIZIARI

I precedenti di legittimità della Cassazione penale, che hanno esaminato il tema in oggetto, sono tutti orientati nella condivisione del principio normativo di "autonomia vincolata" come in precedenza delineato.

Possono ricordarsi:

sentenza 6 ottobre 1999 n. 2453, Tretti, rv. 215538: ha ritenuto la responsabilità dello specializzando per aver proseguito un intervento operatorio iniziato dal capo equipe (che aveva lasciato la sala operatoria incaricando lo specializzando di concludere l'intervento che aveva avuto esito mortale)

la sentenza 20 gennaio 2004 n. 32901, Marandola, rv. 229069: in questo caso lo specializzando anestesista aveva effettuato con modalità inidonee l'iniezione

epidurale ad una partoriente cagionando un calo pressorio non adeguatamente contrastato tanto da provocare danni irreversibili al feto

la sentenza 2 aprile 2007 n. 21594, Scipioni, rv. 236726: relativa ad un caso di anticipato abbandono della sala operatoria da parte del chirurgo prima che venisse suturata la ferita chirurgica

la sentenza 10 luglio 2008 n. 32424, Sforzini, rv. 241963: relativa ad un caso di trasmissione di istruzioni ad un'infermiera con modalità inidonee cui era derivata un'erronea modalità di assunzione di un farmaco


4. RESPONSABILITÀ PENALE E CIVILE: REGOLE DI PROCEDURA

I precedenti “penali” hanno una loro precisa incidenza nel settore civile. Deve ricordarsi, infatti, che la Corte regolatrice ha, di recente, avuto modo di rimeditare *funditus* il problema della causalità civile, per affermare, prima con la sentenza 21619/2007 della terza sezione, poi con la pronuncia 581/2008 delle sezioni unite, che la regola probatoria in *subiecta materia* non può essere considerata quella dell'alto grado di probabilità logica e di credenza razionale, bensì quella del “*più probabile che non*” (v. Cass. civ., sez. III, sentenza n. 23676 del 15 settembre 2008). Il nesso di causalità, dunque, in ambito civilistico, consiste nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del «più probabile che non» (Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975). Viene recepita, in effetti, la prassi legale statunitense che applica, ai fini della causalità, il principio "preponderance of the evidence" ossia il già citato criterio del "più probabile che non" (puntualmente applicato dalle Sezioni Unite civili nella sentenza 11 gennaio 2008, n. 576, con la enunciazione del principio probabilistico e della causalità adeguata), risultando conforme al favor victimae che qualifica la funzione sociale della responsabilità civile da illecito, in relazione al diverso principio del favor rei, che concernendo il valore della libertà, esige maggiori garanzie nel campo della repressione penale (così: Cass. civ., 13513/2009). E, allora: se in penale il nesso causale è accertato con un criterio molto più rigoroso di quello civilistico è chiaro che un accertamento “penalistico” della causalità in genere coincide con un accertamento civilistico del rapporto eziologico (e non viceversa). Quanto al criterio soggettivo (colpa per assunzione), trattasi di criterio di imputazione della responsabilità sul versante della partecipazione psicologica al fatto illecito, perfettamente utilizzabile in sede civile; ma anche in questa sede va fatta una precisazione. Applicandosi l'art. 1218 c.c. (e non l'art. 2043 c.c.), la colpa è presunta e non deve essere provata dal danneggiato. Infatti, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per l'adempimento deve provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, allegando, altresì, la circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento (Cass. civ., Sez. Unite, 30/10/2001, n. 13533 in *Corriere Giur.*, 2001,

12, 1565; Cass. civ., Sez. Unite, 24/03/2006, n. 6572; Trib. Varese, sezione I civile, sentenza 11 giugno 2010). E, in siffatto contesto, trova affermazione il principio di presunzione della persistenza del diritto, in virtù del quale, una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo costituito dal suo (esatto) adempimento (come la giurisprudenza di questo Tribunale ha già affermato, v. Trib. Varese, sez. I civile, sentenza 1 febbraio 2010).

In applicazione, dunque, della normativa sui rapporti contrattuali e dei principi elaborati in tema di adempimento del credito, il paziente, quale creditore della prestazione sanitaria, è tenuto a dimostrare l'esistenza del rapporto contrattuale e può limitarsi a dedurre l'inadempimento del debitore (Cass. sez. un. 30.10.01, n. 13533); inadempimento che deve essere astrattamente efficiente alla produzione del danno (Cass. sez. un. 11.1.08, n. 577). Sarà, invece, il debitore della prestazione, cioè, il medico o la struttura sanitaria, a dover provare, per andare esente da responsabilità che inadempimento non v'è stato o che è dipeso da fatto a lui non imputabile (Cass. 14.7.04, n. 13066) ovvero che, pur esistendo, non è stato causa del danno (Cass. sez. un. n. 577/08 cit.)

ONERI PROBATORI (IN SINTESI)

PAZIENTE	MEDICO
ESISTENZA DEL RAPPORTO (es. accettazione nella casa di cura; ricovero in ospedale; etc. In genere non è contestato)	Deve fornire una PROVA CD. LIBERATORIA 
ESISTENZA DEL DANNO (es. lesioni personali; peggioramento delle condizioni di salute)	<i>Alternativamente:</i> a) Inesistenza dell'inadempimento
INADEMPIMENTO DEL MEDICO (es. insuccesso dell'intervento)	b) Inadempimento dipendente da caso fortuito o fatto non imputabile
ESISTENZA DEL RAPPORTO CAUSALE (ricostruzione dell'eziogenesi dell'evento dannoso)	c) Inesistenza di danno

Tali oneri probatori, come chiarito dalla più recente giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791), restano fermi anche ove l'intervento sia stato di speciale difficoltà, in quanto l'esonero di responsabilità di cui all'art. 2236 cod. civ. non incide sui criteri di riparto dell'onere della prova ma costituisce soltanto parametro della valutazione della diligenza tenuta dal medico o dalla struttura sanitaria nell'adempimento, in forza del combinato disposto con l'art. 1176, comma 2, c.c.. Costituisce, quindi, onere del medico, per evitare la condanna in sede risarcitoria, provare che l'insuccesso dell'intervento è dipeso da fattori indipendenti dalla propria volontà, avendo egli osservato, nell'esecuzione della prestazione sanitaria, la diligenza normalmente esigibile da un medico in possesso del medesimo grado di specializzazione. Inoltre, la limitazione della responsabilità del professionista ai soli casi di dolo o colpa grave, prevista dall'art. 2236 c.c. quando la prestazione comporti la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, non trova applicazione se la condotta del medico è stata negligente o imprudente (Cass. 1.3.07, n. 4797; 19.4.06, n. 9085).

5. MEDICO SPECIALIZZANDO E AVVOCATO PRATICANTE

La posizione giuridica del medico specializzando non è assimilabile a quella del praticante Avvocato. Va, in primo luogo, segnalato che la pratica forense costituisce lo snodo essenziale per l'ottenimento dell'abilitazione all'esercizio della Professione di avvocato, essendo, quindi, la "specializzazione", eventualità successiva, oggetto di procedimento dotato di autonomia ontologica e strutturale (su cui v. Consiglio Nazionale Forense, Regolamento per il riconoscimento del titolo di Avvocato Specialista, approvato nella seduta amministrativa del 24 settembre 2010). In altri termini la specializzazione del medico non corrisponde alla pratica dell'Avvocato: nel primo caso, il medico chirurgo (che già medico è), si specializza in un settore scientifico; nel secondo caso, il praticante (che ancora avvocato non è), si forma per ottenere i requisiti che gli consentiranno di partecipare all'esame di abilitazione. E' vero che nella categoria dei praticanti avvocati risulta introdotta la distinzione fra praticanti non ammessi e praticanti ammessi ad esercitare, per un tempo determinato, il patrocinio (v. Cass. civ., SS.UU., sentenza 26 maggio 2006, n. 12543): ma trattasi pur sempre di un esercizio "provvisorio" e fortemente limitato.

La giurisprudenza (in particolare: della sezione lavoro e della sezione tributaria della Cassazione) oscilla attorno alla natura giuridica del rapporto che lega praticante avvocato e *Dominus*: secondo certo indirizzo (su cui v. Cass. civ., sezione lavoro, sentenza 15 gennaio 2007, n. 730) è possibile intravedere una attività compatibile sia con il lavoro subordinato, sia con l'attività di studio con esercitazione nelle attività professionali propria del praticante.

Ciò che, però, accomuna la situazione giuridica del praticante a quella del medico in specializzazione è la commistione di profili a rilevanza interna e a rilevanza esterna: nel senso che se il praticante entra in contatto con il cliente e con lo stesso conclude un accordo avente ad oggetto attività giudiziali (là dove consentite) o stragiudiziali, delle stesse questi risponde a livello professionale e, dunque, in primis civile.

Si è fatta la differenza tra attività giudiziali e stragiudiziali.

Infatti, in diversi arresti la Cassazione ha statuito che il contratto concluso tra praticante avvocato e cliente, avente ad oggetto il compimento di atti processuali o anche prestazioni preparatorie rispetto ad essi è nullo per contrasto con l'art. 2231 c.c. (Cass. 19.2.2007 n. 3740) e che, nel sistema delle norme di cui agli artt. 2231, 2232 e 2233 c.c. (sia nel testo previgente sia in quello introdotto dall'art. 2 comma 2 bis d.l. 4.7.06 n. 223 conv. in l. 4.8.06 n. 248) ci si riferisce rispettivamente ad avvocati, procuratori e patrocinatori, e ad avvocati e praticanti abilitati per patti relativi a compensi. Da tale premessa, gli ermellini hanno ricavato il principio secondo cui l'iscrizione all'albo o all'elenco è essenziale per l'esercizio dell'attività giudiziale, mentre non lo è – e, quindi, il contratto resta valido – per l'esercizio delle attività stragiudiziali. (Corte di Cassazione - Sezione Seconda Civile, Sentenza 1 Aprile 2008, n. 8445). Per queste attività il praticante risponde personalmente e direttamente.

In conclusione può affermarsi che:

- 1) Se il praticante opera per conto e nell'interesse del Dominus, esistendo a monte un contratto di patrocinio tra quest'ultimo e il cliente, è solo il Dominus stesso responsabile civile, anche del fatto degli ausiliari ex art. 1228 c.c.
- 2) Se il praticante opera per conto proprio e nell'interesse del cliente, in virtù di rapporto con questi instaurato, risponderà direttamente e personalmente verso lo stesso.

Come si vede vi è una differenza di base tra responsabilità del medico e responsabilità del praticante avvocato: quella del praticante avvocato non trova origine se non da un pregresso rapporto contrattuale, dovendosi escludere la nascita di obbligazioni in virtù del mero “contatto sociale” che qui non si qualifica in ragione del tipo di attività svolta e della peculiare posizione del praticante in seno allo studio legale.