

dott.ssa ALESSANDRA PALMA  
Assegnista di ricerca nell'Università di Ferrara

## LA DIVISIONE DEL LAVORO IN AMBITO SANITARIO TRA PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO E DOVERE DI CONTROLLO\*

SOMMARIO: 1. Le peculiarità dell'attività medico chirurgica plurisoggettiva e i diversi modelli di collaborazione. - 2. La struttura della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva. - 2.1. Posizioni di garanzia e successione di garanti. - 2.2. Colpa del medico e contenuto del dovere di diligenza: fondamento e funzione del principio di affidamento. - 3. Individuazione dei casi di divisione del lavoro in senso orizzontale. - 3.1. La collaborazione tra medici appartenenti allo stesso reparto. - 3.2. La collaborazione con medici di altro reparto, ma aventi la medesima specializzazione. In particolare, la «cooperazione per consulto». - 3.3. La collaborazione fra sanitari aventi diversa specializzazione. - 4. Modelli organizzativi di tipo gerarchico. - 4.1. La responsabilità del superiore per il fatto colposo del subordinato: la violazione del dovere di impartire direttive e di coordinamento. La *culpa in eligendo*. - 4.2. Il dovere di controllo del primario sull'operato dei collaboratori. La *culpa in vigilando*. - 4.3. La responsabilità del medico subordinato per il fatto colposo del superiore: «autonomia vincolata», «autonomia limitata», e dovere di dissenso. - 4.4. La condotta colposa del medico in posizione subalterna esecutiva di direttive impartite dal primario. - 4.5. Esercizio del potere di avocazione da parte del primario e responsabilità del medico in posizione subalterna. - 4.6. La responsabilità del medico in posizione subalterna per errori commessi dal superiore gerarchico. - 5. La cooperazione tra sanitari in *équipe* chirurgica. - 6. Trattamento sanitario diacronico. Un caso particolare di responsabilità d'*équipe*: gli interventi di trapianto d'organi.

### 1. *Le peculiarità dell'attività medico chirurgica plurisoggettiva e i diversi modelli di collaborazione*

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, nel corso di questi anni, hanno cercato di analizzare le problematiche poste dall'attività sanitaria plurisoggettiva, senza però riuscire a ricostruire una vera e propria teorizzazione della responsabilità medica, ma piuttosto procedendo nell'analisi e nella soluzione di singoli casi. Orbene, se pur è innegabile che il ruolo svolto dal sanitario all'interno dell'*équipe* medica incida in misura rilevante sull'individuazione sia degli obblighi di garanzia sia delle regole cautelari che fanno capo al singolo<sup>1</sup>, nondimeno non si può prescindere dal cercare di individuare dei principi generali, validi al di là del caso concreto ed applicabili a tutte le ipotesi di divisione tecnica del lavoro medico.

\* Il lavoro si inquadra nell'ambito di una più ampia ricerca cofinanziata dal Centro Interdipartimentale di Ricerca e Servizi in Medicina Legale applicata, Tecniche penalistico-criminologiche e Vitimologia dell'Università degli Studi di Ferrara.

<sup>1</sup> In tal senso cfr. Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, T., in CED rv. 242017.

A tal fine appare utile, prima di passare all'esame delle linee direttrici comuni a tutti i casi di responsabilità medica in *équipe*, individuare i diversi modelli di collaborazione tra sanitari. Il primo è quello fra medici in eguale posizione gerarchica, ma aventi differente specializzazione. In questo caso i rapporti fra sanitari danno luogo ad una *divisione del lavoro in senso orizzontale*, in cui, cioè tutti i medici, specialisti in diverse discipline, sono posti su di un piano paritario e adempiono le loro diverse funzioni in piena autonomia e in attuazione delle *leges artis* dei rispettivi settori. La seconda forma di collaborazione è, invece, quella tra sanitari in diversa posizione gerarchica (ad esempio tra primario e aiuto o tra primario e specializzando o tra personale medico e paramedico), ove si assiste ad una *distribuzione verticale del lavoro*. Ultima tipologia di collaborazione è, infine, quella fondata su un'*organizzazione multidisciplinare diacronica*, nella quale cioè i sanitari pongono in essere una serie di attività, in successione temporale, ma unificate dal comune fine del buon esito del trattamento.

Nonostante nel linguaggio comune tali ipotesi di cooperazione fra medici vengano tutte genericamente individuate con la locuzione "attività medico-chirurgica in *équipe*", è necessario tenere ben presente che, tecnicamente, con il termine *équipe* si suole indicare un insieme di sanitari (sia di pari specializzazione sia di differenti specializzazioni e grado gerarchico) che in un unico contesto-spazio temporale eseguono un intervento diagnostico o terapeutico.

## 2. *La struttura della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva*

Il moderno approccio plurisoggettivo all'*ars medica* evidenzia l'insufficienza e l'obsolescenza dei tradizionali criteri di ascrizione oggettiva e soggettiva del fatto di reato. Se i tradizionali criteri di imputazione ben si attagliavano a società semplici, in cui la realizzazione del fatto era per lo più monosoggettiva, difficilmente si conciliano, al contrario, con la realizzazione plurisoggettiva del fatto di reato nell'ambito di strutture complesse, in cui sovente l'evento delittuoso è il frutto di un coacervo di condotte, rispetto alle quali è talvolta anche difficoltoso individuare un nesso eziologico singolo.

Ciò ha comportato un evidente smarrimento nella giurisprudenza che ha dimostrato di non essere sempre in grado di bilanciare le due opposte esigenze di tutela della salute del paziente, da un lato, e della responsabilità per fatto proprio e colpevole, dall'altro. Le difficoltà di individuazione dei soggetti responsabili del reato hanno, infatti, portato ad una progressiva aberrante semplificazione dell'accertamento del nesso eziologico sconfinante verso il terreno del rischio<sup>2</sup>, aggravata, peraltro, da una

<sup>2</sup> Sulla tendenza allo spostamento dell'accertamento della causalità sul terreno del rischio con riferimento alle strutture complesse ed all'attività medica, in particolare, cfr. R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale, Tra teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 93; L. CORNACCHIA, *Concor-*

sovrapposizione dogmatica tra i concetti di obbligo di garanzia e dovere di diligenza che ha sovente condotto, da un lato, alla conversione delle fattispecie commissive colpose in fattispecie omissive, e dall'altro, a ritenere l'accertamento circa la sussistenza di una posizione di garanzia assorbente rispetto a qualsiasi altra verifica.

Il rischio da più parti paventato è che tali semplificazioni producano il risultato dell'introduzione di forme di responsabilità per fatto altrui, in cui gli eventi dannosi vengano imputati in ragione della posizione assunta dal medico all'interno della struttura, senza che vi sia, però, alcuna indagine sull'effettiva capacità dello stesso di impedire l'evento lesivo della salute del paziente e dell'effettiva efficacia causale della condotta. L'intera materia deve, quindi, essere letta alla luce dell'imprescindibile principio costituzionale della responsabilità penale personale, con conseguente valorizzazione, sul piano oggettivo, delle posizioni di garanzia e dell'accertamento causale e, su quello soggettivo, dell'effettiva rimproverabilità del soggetto.

### 2.1. Posizioni di garanzia e successione di garanti

Al verificarsi di un evento dannoso per la salute del paziente si apre per il medico lo scenario di una più che probabile responsabilità per omicidio o lesioni colpose. Sovente, tuttavia, in caso di divisione del lavoro tra più sanitari si assiste ad un'affermazione di penale responsabilità non solo nei confronti del sanitario che materialmente ha realizzato la condotta, attiva od omissiva, che risulta eziologicamente produttiva dell'evento, ma anche di quelli che con lo stesso hanno avuto occasione di cooperare nella cura di quel paziente ovvero dei dirigenti della struttura sanitaria pubblica o privata in cui ha avuto luogo l'intervento. A carico di questi soggetti si profila, per il tramite della clausola di equivalenza *ex art. 40, comma 2, c.p.*, una responsabilità omissiva per mancato impedimento dell'evento lesivo della salute del paziente, per non essere intervenuti ad emendare l'errore commesso dal collega.

È, nondimeno, noto che presupposto normativo indefettibile per l'affermazione di una responsabilità per omissione è che sul medico incomba un obbligo giuridico di impedire eventi lesivi della salute del paziente. Ed invero dottrina e giurisprudenza da sempre riconoscono, con riferimento all'attività medica in generale, la sussistenza di un obbligo giuridico di tutelare la salute del paziente in capo a tutti i sanitari alle cui cure questi sia affidato. In particolare la Suprema Corte ha ritenuto che "gli operatori, medici e paramedici, di una struttura sanitaria sono tutti *ex lege* portatori di una posi-

*so di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 39. Per una critica alla semplificazione dell'accertamento con riferimento alle ipotesi di divisione del lavoro cfr. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio: la successione di garanti in attività inosservanti*, in *Indice pen.*, 2000, p. 596.

L'involuzione verso l'area del rischio nell'ambito dell'accertamento causale è stata stigmatizzata dalla Corte di Cassazione nella ormai nota sentenza Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 27, Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 50, con nota di A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*.

zione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex artt. 2 e 32 Cost., nei confronti dei pazienti affidati, a diversi livelli, alle loro cure o attenzioni, e, in particolare, sono portatori della posizione di garanzia che va sotto il nome di posizione di protezione, la quale, come è noto, è contrassegnata dal dovere giuridico incombente al soggetto di provvedere alla tutela di un certo bene giuridico contro qualsivoglia pericolo atto a minacciarne l'integrità"<sup>3</sup>.

La giurisprudenza di legittimità, quindi, non solo afferma la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento in capo al personale sanitario, ma ne individua altresì la fonte negli artt. 2 e 32 Cost. Invero, l'ancoraggio della posizione di garanzia del medico unicamente alle disposizioni costituzionali finisce per rivelarsi solo apparentemente rispettosa del principio di legalità a causa dell'assoluta genericità di tali fonti normative e, soprattutto, non consente di individuare, proprio nei casi di cooperazione fra sanitari, le effettive sfere di competenza proprie di ciascun partecipante all'intervento diagnostico o terapeutico.

A tal riguardo, sembra, pertanto, opportuno, al di là del generale principio solidaristico sancito dalla Costituzione, arricchire i contenuti dell'obbligo di garanzia attraverso il richiamo alle fonti di rango legislativo che regolamentano l'attività medica (d.P.R. n. 761 del 1979, d.lgs. 502 del 1992 e d.lgs. 229 del 1999) le quali in modo più specifico, individuando i poteri del soggetto garante.

La sussistenza di un obbligo di garanzia, in forza del quale il medico deve tutelare la salute del paziente contro qualsivoglia pericolo, è stata, peraltro, negli ultimi anni riconosciuta dalla giurisprudenza anche in ipotesi di "assunzione volontaria dell'obbligo" da parte del medico, indipendentemente, quindi, dalla sussistenza di rapporti giuridici con la struttura sanitaria<sup>4</sup>.

Tornando, dunque, al problema della delimitazione degli ambiti di responsabilità nel lavoro di gruppo, è necessario premettere una distinzione, rilevante ai fini dell'individuazione dei soggetti titolari della posizione di garanzia, tra *doveri comuni* e *doveri divisi*. In particolare, i doveri comuni si caratterizzano per il fatto di gravare su più soggetti ciascuno dei quali è titolare di una posizione di garanzia capace di per sé di assicurare una totale e completa protezione del bene giuridico, mentre i doveri divisi sono quelli che, singolarmente considerati, non consentono una globale protezione del bene, tanto che ciascuno dei partecipanti all'intervento è titolare di una posizione di garanzia che solo per la parte relativa alle mansioni allo stesso affidate contribuisce alla tutela del bene<sup>5</sup>. Nel caso, ad esempio, di attività svolta in cooperazione si posso-

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2000, n. 9368, Troiano, in *Cass. pen.*, 2002, p. 574.

<sup>4</sup> Cass. pen., 12 ottobre 2000, n. 12781, Avallone, in *Riv. pen.*, 2001, p. 599. Si veda inoltre Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2004, n. 46586, Ardizzone e altro, in *Riv. pen.*, 2006, p. 131.

<sup>5</sup> La distinzione è stata elaborata da K. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963, p. 558 ss. e ripresa in Italia da E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. pen.*, 1986, p. 294 ss.; L. TRAMONTANO, *Causalità attiva e omissiva, obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze a confronto*, in *Foro it.*, 1997, II, p. 417; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e*

no considerare divisi i doveri gravanti su ciascun partecipante allo svolgimento del processo lavorativo medico-chirurgico, nel caso in cui i partecipanti siano in eguale posizione gerarchica, in quanto ognuno sarà titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente in relazione alle specifiche capacità tecniche e sarà esonerato dal controllo sull'operato dei colleghi. Il fenomeno della divisione degli obblighi si attenua, invece, nel caso di ripartizione del lavoro in senso gerarchico, in quanto in tal caso il soggetto in posizione apicale ha un obbligo di coordinamento e di controllo sull'operato dei sottoposti<sup>6</sup>.

Di conseguenza, è ben possibile che la fonte dell'obbligo di garanzia differenzi l'ambito delle rispettive sfere di protezione concernenti ciascuno dei soggetti interessati alla tutela del bene, ma è anche possibile che tale distinzione, invece, non si verifichi, essendo tutti i soggetti obbligati in egual misura ad impedire l'evento<sup>7</sup>.

L'individuazione del soggetto penalmente responsabile è resa ancor più difficile dal possibile succedersi di soggetti nella posizione di garanzia. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di fine turno o di trasferimento del paziente da un reparto ad altro, nelle quali un sanitario subentra ad un altro nella cura del paziente<sup>8</sup>.

La giurisprudenza, chiamata spesso a pronunciarsi in ordine alla delimitazione delle sfere di responsabilità di soggetti succedutisi nella posizione di protezione nel campo medico, ha optato per una soluzione "caso per caso" e non invece per una ricostruzione organica del fenomeno successorio. Per tentare di comprendere le decisioni assunte dai giudici con riguardo ai casi di successione nella posizione di garanzia, occorre ricordare che, in relazione al generale problema del trasferimento delle posizioni di garanzia, la dottrina suole, invero, distinguere fra *trasferimento di obblighi di garanzia* e *successione nella posizione di garanzia*. Nel primo caso, il trasferimento di funzioni impeditive crea una nuova posizione di obbligato ad agire, dando luogo al cumulo di due o più situazioni di garanzia che ruotano attorno alla protezione dello stesso bene. In questa prima categoria viene, in particolare, collocata la delega di funzioni, ovvero il trasferimento di obblighi e poteri impeditivi di cui è titolare il delegante, con la creazione di una nuova funzione di garanzia in capo al delegato. Alla delega di funzioni, non consegue, tuttavia, uno scioglimento del vincolo della posizione di garanzia in capo al delegante. Al contrario, nel caso di autentica successione si assiste ad una traslazione integrale della posizione di garanzia, con conseguente liberazio-

*l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, vol. II, Padova, 2003, p. 209 ss.

<sup>6</sup> In tal senso, cfr. E. BELFIORE, *Profili penali*, cit., p. 294 ss.

<sup>7</sup> In tal senso cfr. la nota sentenza sul disastro di Stava, Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, c. 36. Nello stesso senso in dottrina V. MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 990.

<sup>8</sup> Ha proposto un'integrale applicazione dei principi elaborati dalla dottrina in materia di delega di funzioni nell'ambito delle imprese A. MANNA, *Voce Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, Varese, 1992, XLIV, p. 1294.

ne del soggetto cedente della funzione impeditiva<sup>9</sup>. Le due situazioni, peraltro, si differenziano anche con riferimento alla natura della posizione trasferita: mentre oggetto della delega di funzioni possono essere obblighi impeditivi inerenti sia a diritti disponibili sia a diritti indisponibili estranei alla sfera di signoria del garante, con conseguente liberazione del soggetto, oggetto di successione, al contrario, possono essere solo funzioni inerenti beni giuridici disponibili, rientranti nella sfera di dominio del cedente. In realtà, tuttavia, l'inceditività in via definitiva delle posizioni di protezione discende non tanto dalla indisponibilità del bene garantito, ma piuttosto dall'oggettiva idoneità di detto bene ad essere controllato dal garante "originario" anche quando è trasferito ad altri<sup>10</sup>.

Con riferimento al campo dell'attività medica la casistica risulta alquanto variegata, ma sembra comunque possibile affermare che, nonostante il costante utilizzo della locuzione "successione di garanti", sovente i giudici hanno piuttosto inteso far riferimento ad una delega di funzioni e non piuttosto ad un definitivo trasferimento della posizione di garanzia, tanto che non di rado individuano comunque la persistenza di obblighi in capo al garante primario. In questo senso, ad esempio, appare configurabile un trasferimento di funzioni e non, invece, una successione definitiva nella posizione di garanzia, nel caso del primario che deleghi ad un sanitario, appartenente alla propria struttura operativa, la cura del paziente. In tal caso, invero, un divieto di cessione definitiva dell'obbligo giuridico sembra derivare dalla stessa legge la quale, in effetti, espressamente prevede che il medico in posizione apicale possa, e anzi debba, delegare la responsabilità diretta di sotto-strutture (ai soli medici in posizione intermedia) e la cura dei pazienti (anche ai medici in posizione iniziale), disponendo, tuttavia, che il delegante non si liberi integralmente dei doveri a lui spettanti<sup>11</sup>. Di conseguenza, in capo al primario persiste comunque un dovere di direttiva, di vigilanza e di verifica dell'attività delegata ad altri medici, che può spingersi fino all'esercizio del potere di avocazione<sup>12</sup>.

Maggiori difficoltà sembra invece porre la delimitazione delle responsabilità nel ca-

<sup>9</sup> A. GARGANI, *Ubi culpa*, cit., p. 591 ss.

<sup>10</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 238 ss.

<sup>11</sup> Il riferimento è all'art. 63 d.P.R. 761 del 1979 e all'art. 15 D.lgs 502 del 1992.

<sup>12</sup> In tal senso, cfr. A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1630, p. 1631; nonché in giurisprudenza Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162, Argelli, in *Foro it.*, 1989, II, c. 603. Più di recente, v. Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39609, Marafioti, in CED rv. 237832. Ritengono che il potere-dovere del primario di divisione del lavoro tra i propri collaboratori non costituisca una delega di funzioni, ma semplicemente una modalità di realizzazione dell'obbligo di garanzia a lui imposto F. AMBROSETTI - R. PICCINELLI - M. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe. Profili penali e civili*, Torino, 2003, p. 27. Per gli autori, in definitiva l'unica ipotesi in cui può essere configurata una delega di funzioni è quella di assenza o impedimento del primario, e quindi, di sostituzione temporanea dello stesso da parte di un medico subordinato.

so di successione temporale tra garanti. In tali situazioni, invero, appare possibile affermare la sussistenza di un trasferimento definitivo della posizione di garanzia, soprattutto, a causa dell'impossibilità per il garante originario di proseguire nell'opera di controllo, venendo meno, sin dal momento in cui il bene esce dal suo controllo, i poteri impeditivi dell'evento (si pensi al caso del trasferimento del paziente in altro reparto). Tuttavia, presupposti per la liberazione del garante primario e dell'efficacia del subentro nella posizione di garanzia sono che il garante secondario sia dotato dei necessari poteri impeditivi dell'evento lesivo, che l'attività ceduta non sia *ab origine* viziata dalla violazione di regole cautelari (c.d. successione in attività inosservanti)<sup>13</sup>, che, infine, vi sia l'assolvimento di un obbligo di informazione all'atto del c.d. passaggio di consegne tra garante primario e secondario. L'insussistenza anche di uno solo di detti presupposti esclude l'efficacia della successione con conseguente responsabilità a titolo di concorso del garante originario per l'evento lesivo eventualmente verificatosi a danno del paziente.

## 2.2. *Colpa del medico e contenuto del dovere di diligenza: fondamento e funzione del principio di affidamento*

Nonostante sovente la giurisprudenza dimostri di ritenere l'accertamento della sussistenza di una posizione di garanzia in capo al soggetto assorbente rispetto ad ogni altra verifica, la corretta applicazione del principio della responsabilità personale ex art. 27 Cost. impone al giudice di indagare circa l'effettiva rimproverabilità del soggetto agente. A tal proposito, è indubbio che la forma di responsabilità tipica nel campo dell'attività medico-chirurgica sia quella colposa, rispetto alla quale è necessario, in via preliminare, individuare il contenuto del dovere di diligenza che grava su ciascun sanitario che partecipi al trattamento medico plurisoggettivo e quindi stabilire se su di lui incomba il solo obbligo del rispetto delle regole di diligenza, prudenza e perizia attinenti alla propria specializzazione, ovvero anche un dovere di controllo sull'attività svolta dai colleghi. La questione è di particolare rilevanza, in quanto, mentre nel primo caso il sanitario potrebbe essere chiamato a rispondere del solo esito infausto conseguente ad una violazione delle *leges artis* che presiedono all'esercizio delle sue mansioni, nel secondo caso, invece, allo stesso potrebbero essere imputati anche eventi conseguenti a condotte colpose di un collega che con lui abbia partecipato allo svolgimento dell'atto medico<sup>14</sup>.

Nel tentativo di dirimere la questione della delimitazione delle sfere di responsabilità tra sanitari che hanno cooperato nella cura del paziente, sono state elaborate

<sup>13</sup> Cfr. in tal senso Cass. pen., sez. IV, 1 ottobre 1998, n. 11444, Bagnoli, in *Riv. pen.*, 1999, p. 507.

<sup>14</sup> G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, p. 218; C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2838.

diverse teorie. Inizialmente, con la diffusione delle concezioni psicologiche della colpa, dottrina e giurisprudenza trovavano terreno fertile nel ritenere che i problemi di imputazione soggettiva, posti dal fenomeno dell'attività in *équipe*, andassero risolti in termini meramente psicologici di prevedibilità ed evitabilità delle negligenze altrui. Nell'ambito di queste concezioni trovava, quindi, riconoscimento un *principio di non-affidamento* nell'attività dei propri colleghi e, conseguentemente, un obbligo di controllo reciproco tra tutti i componenti dell'*équipe*: il medico che cooperi con altri professionisti è chiamato a rispondere di eventuali esiti infausti, laddove non abbia previsto, e quindi evitato, il comportamento imprudente, negligente o imperito dell'altro partecipe al trattamento.

Senonché, la trasposizione di tali ricostruzioni della colpa nell'ambito dell'attività plurisoggettiva, determina una "*biasimevole esasperazione dei doveri di diligenza del medico*"<sup>15</sup>, dal momento che l'errore del professionista, anche del più qualificato, è, invero, sempre prevedibile. Si finisce, in tal modo, per svuotare completamente di significato il principio della divisione del lavoro, chiedendo al medico di avere una costante sfiducia nel comportamento dei propri collaboratori e di monitorarne, conseguentemente, l'attività, con il rischio di pericolose forme di responsabilità per fatto altrui o di gruppo.

Proprio l'*impasse* in cui si sono venute a trovare le concezioni psicologiche, nella loro applicazione concreta al campo della responsabilità medica, ha fortemente inciso sul processo di normativizzazione della colpa. Sotto la spinta del progresso tecnico della medicina e della necessaria ripartizione della mansioni, la dottrina, avvedutasi delle storture conseguenti a simili interpretazioni della responsabilità per colpa, rivolge la propria attenzione alle specifiche problematiche relative all'attività in *équipe*, cercando di dotare la colpa di contenuti che meglio si adattino a questa peculiare forma di attività. Pur muovendo da assunti dogmatici differenti, gli autori giungono ad un risultato comune: la delimitazione della responsabilità deve essere ottenuta attraverso un attento esame del contenuto del dovere, che sarebbe, più di ogni altro, l'elemento caratterizzante il «tipo» dei delitti colposi e che, nell'ambito degli stessi, si modificherebbe a seconda che il soggetto agisca da solo oppure congiuntamente ad altri. Ne discende che, nel caso di trattamento sanitario eseguito dal medico in cooperazione con altri sanitari, il contenuto del dovere di diligenza si arricchisce di nuovi profili, tesi a garantire il coordinamento delle attività dei diversi sanitari coinvolti. Il dibattito si sposta, quindi, sull'individuazione del contenuto del dovere di diligenza nel caso di cooperazione nell'attività medico-chirurgica, per la delimitazione del quale viene fatto ricorso al *principio dell'affidamento*<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> G. STRATENWERTH, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, p. 383 ss. citato in G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, cit., p. 218.

<sup>16</sup> Per la prima compiuta affermazione in Italia del principio dell'affidamento sull'operato dei colleghi cfr. G. MARINUCCI, G. MARRUBINI *Profili penalistici*, cit., p. 217 ss. In giurisprudenza il principio ha trovato riconoscimento, seppur con notevoli temperamenti, in tempi relativamente recenti:

Deve, invero, darsi atto di un terzo orientamento, di matrice civilistica – non accolto in ambito penale per l'evidente contrasto con l'art. 27 Cost. – che muove dalla considerazione che negli interventi praticati in *équipe* è spesso difficoltoso stabilire con certezza a quale soggetto sia addebitabile la condotta colposa causa dell'evento lesivo, riconoscendo conseguentemente una responsabilità dell'intero gruppo, attraverso l'applicazione del principio di derivazione anglosassone della *res ipsa loquitur* (secondo il quale, in caso di esito infausto di un intervento, vi è sempre una presunzione di negligenza da addebitare a tutti i componenti del gruppo)<sup>17</sup>.

Abbandonata, quindi, la tradizionale concezione della “assoluta sfiducia nell'operato altrui”<sup>18</sup>, perché incentrata su criteri meramente psicologici di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, e rifiutata, altresì, una concezione, di stampo prettamente civilistico, di una responsabilità di gruppo per tutti gli interventi eseguiti in *équipe*, si afferma la nuova visione incentrata sull'affidamento nell'operato del collega. La trasposizione sul piano della responsabilità medica del principio di affidamento, elaborato dalla dottrina tedesca con riferimento alla circolazione stradale<sup>19</sup>, consente di meglio delineare le sfere di responsabilità di ciascun partecipante all'attività medico-chirurgica, in quanto ogni sanitario risponde solo del corretto adempimento dei doveri di diligenza e perizia gravanti su di lui, senza essere onerato di un obbligo di sorveglianza del comportamento altrui.

Secondo il prevalente orientamento, il principio di affidamento trova il proprio fondamento dogmatico nella teoria della colpa, operando quale limite al dovere di diligenza che, quindi, ove operante, determina l'atipicità del fatto colposo per carenza della componente oggettiva della colpa<sup>20</sup>. In altri termini, la funzione del principio di affidamento è proprio quella di “modellare” la tipicità del fatto colposo nelle situazioni plurisoggettive, escludendo, come regola, la configurabilità di obblighi diretti al comportamento di terzi<sup>21</sup>. Non mancano, tuttavia, orientamenti che, non riconoscendo un autonomo fondamento al principio di affidamento, lo riconducono a categorie dogmatiche più generali, quali il rischio consentito o il principio di autoreponsabilità<sup>22</sup>.

per la giurisprudenza di merito cfr. ad esempio Trib. Bologna, 31 maggio, 1996, Martinelli e altri, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, p. 1043. Cfr. nella giurisprudenza di legittimità Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2000, n. 9368, Troiano, cit.; Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2003, n. 10430, in *D&G*, 2004, n. 16, p. 3; Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2009, n. 32191, Riva, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1101

<sup>17</sup> Per la concezione di matrice civilistica, cfr. G. CATTANEO, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in AA.VV. *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 9 ss. Si veda, inoltre L. MACCHIARELLI, T. FEOLA, *Medicina legale*, Torino, 1995, p. 1288.

<sup>18</sup> In Italia sostenuta da A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 155.

<sup>19</sup> Per un'approfondita analisi delle origini storiche del principio si rinvia a M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 11 ss.

<sup>20</sup> M. MANTOVANI, *Il principio*, cit., p. 98.

<sup>21</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 518.

<sup>22</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 343.

Se non vi è dubbio che la finalità ultima del principio *de quo* sia quella di consentire ai partecipanti ad attività plurisoggettive di dedicarsi integralmente alle proprie attribuzioni; la stessa deve, nondimeno, essere bilanciata con la preminente esigenza di tutela della salute del paziente, che impone un coordinamento, seppur minimo, tra i vari professionisti che prendono parte all'atto medico. Proprio quest'ultima esigenza ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad individuare dei limiti all'operatività del principio di affidamento, tali per cui, in presenza di determinati presupposti, insorge (o permane) a carico del medico un dovere di controllo sull'operato dei colleghi (c.d. *principio di affidamento temperato o relativo*)<sup>23</sup>.

Un primo limite al legittimo affidamento nell'operato dei colleghi deve essere ravvisato avendo riguardo al contenuto della regola cautelare. Con riferimento alla finalità preventiva delle norme cautelari, debbono, infatti, individuarsi regole (definite a contenuto bifasico o cumulativo) dirette, non tanto a scongiurare il verificarsi dell'evento lesivo, quanto piuttosto, a contenere la pericolosità della condotta di un altro soggetto<sup>24</sup>. Nell'ambito dell'attività medica, questa tipologia di regole cautelari si riscontra tendenzialmente in capo ai soggetti gerarchicamente sovraordinati, e quindi, in particolare, al primario e al capo-*équipe*, sui quali incombe, *ex lege*, un obbligo di verifica e controllo sulle attività svolte dal personale loro sottoposto. Pertanto, questi medici non potranno, per andare esenti da responsabilità, invocare a loro favore l'operatività del principio di affidamento, ma dovranno fornire la prova di aver adempiuto al dovere di controllo su di essi incombente<sup>25</sup>.

L'obbligo di controllo incombente sul medico gerarchicamente sovraordinato non deve, tuttavia, essere inteso come obbligo di vigilanza continuo e generale su tutte le attività compiute dai medici sottoposti, perché, se così fosse, il medico non sarebbe più in grado di attendere alle proprie mansioni e si finirebbe per annullare lo stesso principio di affidamento. La dottrina ha quindi ritenuto opportuno distinguere tra casi, c.d. "di difficile soluzione", rispetto ai quali il dovere di controllo dovrebbe essere più stringente, tanto da imporre ai collaboratori di informare il primario prima di effettuare scelte terapeutiche, e casi, c.d. "di semplice soluzione" (o di *routine*), rispetto ai quali, invece, il medico in posizione apicale dovrebbe fare affidamento sull'operato dei propri collaboratori, non esimendosi, tuttavia, dall'informarsi sull'evoluzione della salute del paziente<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, cit., p. 217; F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 21; C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale del medico e paramedico*, in *Giur. sist. dir. pen.*, F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKI, Torino, 1996, p. 139; M. MANTOVANI, *Il principio*, cit., p. 155 ss.; ID., *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Indice pen.*, 1999, p. 1195 ss.

<sup>24</sup> Per la ricostruzione di questa categoria di regole cautelari cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 454; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 107.

<sup>25</sup> Cass. pen., sez. IV, 2 aprile 2007, n. 21594, Scipioni e altro, in CED rv. 236726.

<sup>26</sup> In dottrina v. A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità*

Nella medesima ottica dovrà essere valutato anche il profilo professionale del sanitario delegato ed il livello di “affiatamento” del gruppo, e di conseguenza maggiore dovrà essere la vigilanza del primario nei confronti del medico in posizione iniziale, anche a prescindere da specifici segnali che consiglino di attivarsi<sup>27</sup>, e dei collaboratori con i quali non abbia mai lavorato e di cui non conosca la effettiva preparazione e capacità tecniche.

Al di fuori delle ipotesi ora esaminate di obbligo di controllo connesso alla posizione assunta dal medico nell’ambito del gruppo, il principio di affidamento può subire temperamenti – in tal caso anche laddove si tratti di attività svolte da medici in posizione paritetica – all’insorgere di situazioni concrete che rendano prevedibile l’inservanza delle norme precauzionali da parte dei colleghi. Se, quindi, normalmente il medico è tenuto ad osservare solo le proprie *leges artis* (c.d. *dovere primario*), può, tuttavia, insorgere un *dovere secondario* di controllo sull’operato altrui nel caso in cui vi siano circostanze concrete (quali ad esempio le cattive condizioni di salute del collega, ovvero la sua inesperienza) che facciano ritenere prevedibile un errore<sup>28</sup>. In questi casi, l’assenza di un legittimo affidamento determina la riespansione del dovere di diligenza, per cui il medico non è più tenuto semplicemente al rispetto delle regole cautelari che presiedono all’esercizio delle sue specifiche mansioni, ma altresì all’adozione di misure cautelari volte ad evitare ovvero ad emendare gli errori altrui (c.d. obblighi relazionali)<sup>29</sup>.

La responsabilità del partecipante al trattamento diagnostico o terapeutico plurisoggettivo sarà, conseguentemente, esclusa, laddove il comportamento colposo del collega sia del tutto imprevedibile, non essendo emerso nel caso concreto alcun indice fattuale, tale da rendere prevedibile l’errore altrui e conseguentemente far sorgere il dovere di controllo.

L’accertamento della colpa non può, però, prescindere dalla verifica dell’effettiva rimproverabilità del medico, quindi, della concreta riconoscibilità dell’errore del collega. In tal senso, la giurisprudenza più recente ha individuato i due parametri della evidenza e della non settorialità, sulla scorta dei quali condurre il giudizio di riconoscibilità dell’errore.

Il primo di questi parametri, quello dell’evidenza, non deve essere inteso in senso quantitativo, come grossolanità dello scostamento del collega dalle regole dell’arte che disciplinano la corretta esecuzione della prestazione dovuta, ma in senso qualitativo, come concreta percezione o percepibilità di esso da parte di un professionista, che è pur sempre astretto, in via primaria, dall’obbligo della diligente esecuzione delle man-

penale nel lavoro medico d’èquipe, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 257.

<sup>27</sup> P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 199.

<sup>28</sup> In giurisprudenza ha ricostruito il duplice fondamento del dovere di controllo Cass. pen., sez. IV, 8 aprile 1993, n. 3456, Gallo ed altri, in CED rv. 1998445.

<sup>29</sup> M. MANTOVANI, *Il principio*, cit., p. 74; C. CANTAGALLI, *Brevi cenni*, cit., p. 2841. In giurisprudenza v. Cass. pen., 24 gennaio 2005, n. 18548, Miranda, *Riv. pen.*, 2006, p. 761.

sioni di sua competenza. Se concepita in questi termini, l'evidenza non può dirsi sottesa o implicita ad ogni attività svolta in cooperazione, ma deve essere accertata di volta in volta. Ne consegue che la percepibilità dell'errore è a sua volta collegata alla non-settorialità dello stesso: in tanto può esigersi da un sanitario di avvedersi dell'altrui errore e di emendarlo, in quanto lo stesso sia rilevabile sulla base delle conoscenze comuni di ogni sanitario e non sulla base di conoscenze tecniche legate alla specializzazione<sup>30</sup>.

Con riferimento alla questione della rilevabilità dell'errore, la Corte di Cassazione, ormai con orientamento costante, afferma la sussistenza di un dovere in capo a tutti i sanitari che partecipano (sia contestualmente sia in successione) all'intervento diagnostico o terapeutico di emendare gli errori dei colleghi purché siano caratterizzati da abnormità ed evidenza e quindi riconoscibili da un professionista medio in forza del bagaglio di conoscenze che deve appartenere a qualsivoglia sanitario<sup>31</sup>.

La valutazione dei predetti requisiti dell'errore deve, peraltro, essere necessariamente riferita alle peculiarità della fattispecie concreta, e di conseguenza essi andranno apprezzati con riferimento anche alle caratteristiche tecniche delle mansioni affidate al singolo medico ed al ruolo dallo stesso assunto nel contesto del trattamento. Appare di tutta evidenza, infatti, che la difficoltà delle mansioni attribuite a ciascun medico non potrà non influire, in modo inversamente proporzionale, sull'esercizio del dovere di controllo, e quindi sulla rilevabilità dell'errore: più impegnative saranno le attività demandate al singolo sanitario, minore sarà il controllo che lo stesso potrà esercitare sull'altrui operato. D'altro canto, anche l'effettivo grado di inserimento del sanitario nel contesto del trattamento terapeutico influisce innegabilmente sulla possibilità dello stesso di rilevare l'errore: il professionista che abbia assunto un ruolo assolutamente marginale, non potrà certamente avere una compiuta conoscenza della storia clinica del paziente o delle scelte terapeutiche effettuate, e tale difetto cognitivo potrebbe riflettersi sulle possibilità e sulle modalità di intervento in caso di errore altrui<sup>32</sup>.

In dottrina è stato, peraltro, rilevato che l'errore, pur evidente e non-settoriale, non esclude l'operatività del principio di affidamento laddove sia insignificante e non abbia, quindi, creato alcun pericolo per la salute del paziente<sup>33</sup>. Secondo questo orientamento sarebbe, cioè, possibile individuare una soglia minima di rilevanza dell'altrui errore riconoscibile, al di sotto della quale i medici, a cui l'inosservanza altrui era risultata percepibile, non sarebbero stati tenuti, in ragione della tenuità dell'errore, ad adottare misure onde neutralizzarne gli effetti.

<sup>30</sup> C. CANTAGALLI, *Brevi cenni*, cit., p. 2843.

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2005, n. 18548, Miranda ed altri, cit.; Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2006, n. 33619, Iaquinta, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 188; Cass. pen., sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 41317, Raso ed altri, in CED r. 237891.

<sup>32</sup> C. CANTAGALLI, *Brevi cenni*, cit., p. 2843 ss.

<sup>33</sup> M. MANTOVANI, *Sui limiti*, cit., p. 1198; nonché A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 253.

### 3. Individuazione dei casi di divisione del lavoro in senso orizzontale

I ruoli assunti dai partecipanti al gruppo di lavoro e i rapporti tra essi intercorrenti incidono indubbiamente sull'individuazione dell'esatto contenuto delle regole cautelari. Particolare attenzione merita innanzitutto la divisione di lavoro di tipo orizzontale, nella quale i medici non sono avvinati da alcun rapporto di tipo gerarchico. Al riguardo possono concretamente prospettarsi diverse situazioni fattuali che, per comodità espositiva, potremmo schematicamente così riassumere: casi di collaborazione tra medici dello stesso reparto (v. *infra* § 4.1); casi di collaborazione tra medici che appartengono a reparti o addirittura a strutture sanitarie diverse, ma aventi la medesima specializzazione (v. *infra* § 4.2); casi di collaborazione tra medici aventi diversa specializzazione.

#### 3.1. La collaborazione tra medici appartenenti allo stesso reparto

I medici incardinati nello stesso reparto hanno l'obbligo di coordinare le proprie attività per il miglior perseguimento del fine di tutela della salute dei pazienti ricoverati. Accade quindi, quotidianamente, che i sanitari dello stesso reparto, ed in eguale posizione gerarchica (per la collaborazione fra medici in diversa posizione gerarchica v. *infra* § 5), si trovino a collaborare gli uni con gli altri nella cura dei pazienti: o in quanto, contestualmente, si dedichino all'atto terapeutico o diagnostico (stante, ad esempio, la sua particolare complessità), o perché si succedano nella cura del paziente (ad esempio, per il cambio turno). Questo tipo di attività è, dunque, caratterizzata dal fatto che i medici con la stessa specializzazione e con le medesime mansioni si prendano cura contestualmente, ovvero in successione temporale, dei pazienti a loro affidati. Sembra, pertanto, possibile affermare che tali medici siano titolari di *doveri comuni*, ovvero di doveri che gravano contemporaneamente su più soggetti, ciascuno titolare di una autonoma posizione di garanzia, in grado di assicurare una totale protezione per la vita e la salute dei pazienti<sup>34</sup>.

I medici appartenenti allo stesso reparto, quindi, devono coordinare la propria attività in modo tale da garantire la miglior cura per il paziente, e non potranno andare esenti da responsabilità penale per il solo fatto di aver confidato nel corretto adempimento delle loro mansioni da parte dei colleghi: dalla natura comune dei doveri incombenti sui medici dello stesso reparto consegue che, per la verifica dell'evento lesivo, non sia sufficiente una sola violazione, ma sia necessario l'incontro di due o più violazioni. Da ciò deriva anche l'ulteriore corollario che il medico non può interessarsi solo di ciò che accade durante il proprio turno di lavoro, ma deve avere una visione generale della situazione clinica del paziente e, quindi, anche delle attività diagnostiche o terapeutiche che siano state compiute da suoi colleghi.

<sup>34</sup> Nella giurisprudenza di merito cfr. Pret. Ravenna, 15 dicembre 1995, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 787.

L'aspetto che, tuttavia, ha suscitato il maggiore interesse della giurisprudenza, con riferimento alla divisione del lavoro nell'ambito di un medesimo reparto, è quello inerente alla successione nella posizione di garanzia, che si verifica in tutti i casi in cui il medico alla fine del proprio turno lavorativo trasferisca la cura del paziente al collega a lui subentrante. In ogni caso, ha stabilito la Corte di Cassazione, la fine del turno di lavoro non può essere vista come momento per affrancarsi da tutte le responsabilità, in quanto il sanitario ha l'obbligo di eseguire (e, quindi, non può in alcun modo delegarli ad altri) i compiti sorti sul finire del proprio turno laddove siano di facile e pronta soluzione<sup>35</sup>.

In tutti i casi di successione nella posizione di garanzia, per cessazione del proprio turno di lavoro, incombe, comunque, sul medico uscente il dovere di "dare le consegne" al collega subentrante, in modo che quest'ultimo possa avere una visione completa e veritiera della situazione dei pazienti a lui affidati<sup>36</sup>.

Appare, quindi, evidente, come in queste fasi sia di fondamentale importanza la corretta e accurata tenuta della cartella clinica, quale strumento che consente di ricostruire i passaggi relativi sia alle condizioni di salute del paziente (quali eventuali miglioramenti e peggioramenti) sia delle terapie praticate: un dovere di corretta compilazione che si ritiene incombente su tutti i medici ed in alcun modo delegabile<sup>37</sup>.

### 3.2. *La collaborazione con medici di altro reparto, ma aventi la medesima specializzazione. In particolare, la «cooperazione per consulto»*

Nell'ambito dei rapporti tra medici non legati da vincolo gerarchico la giurisprudenza si è sovente occupata delle problematiche attinenti alla "cooperazione per consulto". Nel corso dello svolgimento della propria attività terapeutica o diagnostica può, infatti, accadere che il medico si renda conto di non essere in grado (per carenza delle necessarie cognizioni tecniche o per la particolare complessità del caso da trattare) di effettuare una corretta diagnosi o di praticare un intervento terapeutico. In tali casi sorge in capo allo stesso un dovere di astensione dall'attività, nonché un dovere, risolto di regole cautelari di prudenza, di chiedere la consulenza di un collega (che può appartenere ad altro reparto o essere anche "esterno" rispetto alla struttura sanitaria), avente la medesima specializzazione, ma più esperto, per autorevolezza ed esperienza<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Cass. pen., sez. IV, 13 settembre 2000, n. 9638, Troiano, cit.

<sup>36</sup> Cass. pen., sez. IV, 27 aprile 1993, n. 7650, Messina, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2439.

<sup>37</sup> Dalla mancata annotazione di alcune attività nella cartella clinica la Corte di Cassazione ha addirittura ricavato presunzioni circa l'omissione delle attività non trascritte (v. Cass. pen., sez. III, 8 settembre 1998, n. 8875, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 1867).

<sup>38</sup> F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 67. Sul dovere incombente sul medico meno esperto di chiedere la consulenza di un medico di maggiore esperienza nella stessa o in altre specialità, v. in giurisprudenza Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 1983, n. 7670, Duè, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1965.

*Quid iuris* in caso di esito infausto dell'atto diagnostico o terapeutico conseguente al consulto? Con riguardo, innanzitutto, alla responsabilità del medico che abbia richiesto il consulto, laddove, in conseguenza del suo adeguamento all'erroneo consiglio ricevuto, faccia seguito il decesso o la lesione dell'integrità fisica del paziente, la giurisprudenza ha, in modo alquanto rigoroso, affermato l'inoperatività del principio di affidamento<sup>39</sup>. Di conseguenza, il medico che chieda l'intervento di un collega specialista nella medesima disciplina, ma maggiormente esperto, non si libera per ciò solo da responsabilità in caso di errata diagnosi o terapia, in quanto è innegabile che egli, una volta ricevuti i necessari consigli tecnici, mantenga comunque una sfera di autonomia in ordine al trattamento da eseguire sul paziente<sup>40</sup>.

Alla base di questo costante orientamento giurisprudenziale sta la valutazione circa la continuità nella posizione di garanzia in capo al medico che richiede la consulenza, che non si libera dall'obbligo di impedire eventi lesivi per la salute del paziente per il solo fatto di essersi rivolto, per una collaborazione, ad altro sanitario. Il collega chiamato a consulto, infatti, si affianca, ma non sostituisce il medico primo affidatario del paziente: il rapporto che si instaura darà vita ad obblighi *comuni*, essendo ciascuno dei sanitari titolare di una posizione di garanzia che è di per sé in grado di assicurare totale protezione alla salute del paziente<sup>41</sup>.

Da ciò consegue che il medico primo affidatario del paziente non è esonerato dal valutare le opinioni espresse dal medico chiamato a consulto, soprattutto, in un campo nel quale anche egli possiede, comunque, le dovute competenze, avendo la medesima specializzazione. Nel caso, quindi, di errore diagnostico o terapeutico conseguente al consulto, tutti i medici coinvolti risponderanno del fatto di reato in cooperazione tra loro ai sensi dell'art. 113 c.p., essendo consapevoli ciascuno della colposa condotta altrui ed avendo cooperato nella realizzazione dell'atto diagnostico o terapeutico.

L'unica possibilità che sembrerebbe residuare, per il medico che ha richiesto la consulenza, per sottrarsi ad un addebito di colpa, sarebbe, secondo la Corte di Cassazione, quella di fornire la prova di un disaccordo con il medico chiamato a consulto sulle modalità del trattamento o dell'intervento<sup>42</sup>. La Corte, tuttavia, omette di fornire

<sup>39</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 1981, n. 5555, Faraggiana, in *Giust. pen.*, 1982, III, p. 634.

In senso difforme, cfr. invece nella giurisprudenza di merito Corte d'Appello di Venezia, 21 aprile 1981, De Vido ed altri, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 249.

<sup>40</sup> Cfr. in questo senso Pret. Caltanissetta, 17 ottobre, 1995, Zanda e altro, in *Foro it.*, 1997, II, c. 418.

<sup>41</sup> In dottrina si è evidenziato che non la delega ad altro sanitario per l'effettuazione di singoli accertamenti o attività specialistiche non ha efficacia liberatoria per il garante primario che, anzi, potrà essere anche chiamato a rispondere per *culpa in eligendo* laddove il professionista chiamato a collaborare difetti della necessaria competenza. In tal senso cfr. F. GIUNTA, *Medico (Responsabilità penale del)*, in F. GIUNTA (a cura di), *Diritto penale, serie I dizionari sistematici*, Milano, 2008, p. 894.

<sup>42</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 1981, n. 5555, Faraggiana, cit.

indicazioni circa il criterio da seguire per dirimere, da un lato, il problema della prova dell'avvenuto dissenso e, dall'altro, quello della delimitazione delle sfere di responsabilità. Con riferimento al primo profilo, sembra possibile affermare che, stante la vigenza del principio processuale del "libero convincimento del giudice", la prova del dissenso possa essere fornita con qualsiasi strumento, anche se appare evidente che il metodo sicuramente più sicuro sarebbe quello di annotare sulla cartella clinica il dissenso manifestato. Per quanto, invece, concerne il secondo profilo, la soluzione è certamente più complessa e richiede, in particolare, di stabilire se sia sufficiente la manifestazione del dissenso perché il medico vada esente da responsabilità colposa o se, al contrario, una volta manifestato il proprio dissenso il medico debba anche astenersi dal praticare l'atto diagnostico o terapeutico così come consigliato dal collega o debba eseguirlo in difformità dall'indirizzo ricevuto. Quest'ultima sembrerebbe la soluzione preferibile, in quanto, trattandosi di medici non legati da alcun vincolo gerarchico, non sembra configurabile alcun dovere, per il sanitario che ha richiesto il consulto, di adeguarsi alle indicazioni fornite dal proprio collega<sup>43</sup>.

Restano, infine, da chiarire quali possano essere i profili di responsabilità ravvisabili a carico del medico chiamato a consulto. Se, come già emerso, è innegabile che egli assuma la diretta responsabilità per l'intervento diagnostico o terapeutico praticato insieme al collega, maggiori dubbi sorgono nel caso in cui il consulente non risponda alla chiamata del collega ovvero apporti un contributo che non sia tale da configurare un'effettiva partecipazione. A tal proposito bisogna innanzitutto sottolineare che, ai sensi dell'art. 10 d.P.R. n. 128 del 1969, "*i sanitari sono tenuti alla reciproca consulenza*", essendo ravvisabile in capo agli stessi un dovere non solo morale, ma giuridico di prestare la propria consulenza, mettendo, così, la propria esperienza a tutela della salute dei pazienti.

Senonché, appare indispensabile comprendere se la semplice richiesta di consulenza faccia sorgere in capo al sanitario un obbligo di garanzia nei confronti del paziente, cosicché la sua inerzia, ove fosse ritenuta causale rispetto al verificarsi dell'evento, potrebbe portare ad una responsabilità per omicidio o lesioni colpose ai danni del paziente da lui non assistito, o se, al contrario, il rifiuto di consulenza, lungi dal costituire condotta valutabile ai fini della realizzazione delle fattispecie di omicidio o lesioni, possa assumere rilievo ai sensi di altre disposizioni<sup>44</sup>.

Invero in giurisprudenza sembra prevalere il principio secondo cui sul medico specialista che venga chiamato a prestare la propria consulenza incomba un vero e proprio obbligo giuridico di attivarsi che, se inadempito, dà luogo a responsabilità

<sup>43</sup> In questo senso cfr. anche F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 72. In senso contrario v. A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 263, secondo il quale il semplice disaccordo, purché dimostrabile, farebbe persistere la penale responsabilità in capo al solo consulente.

<sup>44</sup> Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 1983, n. 7670, Duè, cit.

omissiva colposa per i delitti di omicidio o lesioni.

In simili ipotesi, tuttavia, pare aprirsi anche la strada per una responsabilità per il reato di cui all'art. 328 c.p., in quanto ai medici ospedalieri, riconosciuti concordemente da dottrina e giurisprudenza quali pubblici ufficiali, fa capo un dovere di prestare la propria opera "alla Società e allo Stato, senza divisioni di competenze, secondo le loro capacità professionali, quando si versi in condizioni di necessità"<sup>45</sup>. Sicché di fronte ad una situazione di urgenza, resa evidente dai fatti sottoposti all'attenzione del consulente da parte del medico che lo chiama a consulto, "l'inerzia omissiva" del primo assume "intrinsecamente valenza di rifiuto" e integra la fattispecie delittuosa di "rifiuto od omissione di atti d'ufficio", la quale potrà, eventualmente concorrere con i delitti di omicidio o lesioni colpose, laddove l'omissione sia causa dell'evento dannoso per la vita o l'integrità fisica del paziente<sup>46</sup>.

Del tutto peculiare è poi il caso del medico "reperibile", il quale ha il dovere di rientrare in servizio, laddove venga chiamato durante il turno di reperibilità per un consulto. Costituisce, al riguardo, un caso di colpa per negligenza il non aver ottemperato tempestivamente al proprio obbligo in caso di chiamata in servizio, con la conseguenza che il medico reperibile potrà essere chiamato a rispondere del decesso o delle lesioni subite dal paziente, ove si accerti che questi sono stati conseguenza della sua condotta omissiva<sup>47</sup>.

Con riferimento, invece, alla seconda questione, attinente al contributo minimo che debba aver prestato il medico chiamato a consulto per poter rispondere dell'eventuale fatto colposo del collega a titolo di cooperazione ex art. 113 c.p., deve rilevarsi come spesso nell'ambito della frenetica vita ospedaliera il medico presti consigli estemporanei. In tal senso, si possono richiamare i casi del medico specialista che, di passaggio in reparto (ma non espressamente chiamato a consulto), fornisca un parere ai colleghi che già stanno effettuando l'intervento diagnostico o terapeutico con le modalità dallo stesso confermate, ovvero dello specialista che presti una consulenza via telefono, senza avere, peraltro, la necessaria conoscenza di tutti gli elementi di giudizio necessari per una compiuta valutazione del caso.

Orbene, la giurisprudenza (che, come detto, accoglie un orientamento di forte rigore in ordine alla ripartizione delle responsabilità nel caso di consulto) ritiene sufficiente l'effettuazione della consulenza per poter configurare una responsabilità a carico del medico che l'ha effettuata. Questa conclusione si fonda, ad avviso dei giudici, sulla sudditanza psicologica del medico che richiede il consulto nei confronti del medico che lo ha prestato: l'autorità, l'anzianità e la maggiore esperienza del medico

<sup>45</sup> Cass. pen., sez. VI, 11 marzo 1987, n. 2914, Amico, in CED rv. 175295.

<sup>46</sup> Cass. pen., sez. VI, 11 maggio 2000, n. 10538, Giannelli, in Cass. pen., 1001, p. 1488.

<sup>47</sup> C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale*, cit., p. 65. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 1986, n. 5465, Badessa, in CED rv. 173105; Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 1987, n. 8290, Ziliotto, in Riv.it. med. leg., 1989, p. 668; Cass. pen., sez. IV, 7 dicembre 2000, n. 12796, *inedita*.

consulente, conferirebbero, *ex se*, efficacia vincolante alle sue opinioni, comunque espresse<sup>48</sup>.

In realtà, tale posizione non sembra conciliarsi con le ricostruzioni, affermatesi in materia di accertamento del c.d. “contributo minimo” del concorrente, che richiedono un’efficacia causale o quantomeno agevolatrice della condotta rispetto alla realizzazione del fatto di reato: la semplice autorevolezza del consulente, non può, infatti, dirsi elemento sufficiente per concretizzare una sua partecipazione, anche solo a titolo di agevolazione, nel fatto colposo realizzato dal collega, laddove non si accerti l’efficacia del parere rispetto all’esito dell’intervento diagnostico o terapeutico.

### 3.3. *La collaborazione fra sanitari aventi diversa specializzazione*

L’ultima forma di collaborazione che può essere configurata in caso di divisione del lavoro in senso orizzontale, è quella tra medici aventi differente specializzazione, che si verifica in tutti i casi in cui il medico, che ha in cura il paziente, diagnostichi una patologia che non è inerente in tutto o in parte al proprio ramo specialistico e che, pertanto, richiede la necessaria partecipazione di altri medici aventi la necessaria specializzazione. Il tema, invero, è difficilmente circoscrivibile, perché vi confluiscano le più varie ipotesi di relazione fra medici, reparti e ospedali diversi<sup>49</sup>. Tuttavia, i casi per lo più affrontati dalla giurisprudenza, e dai quali si muoverà per cercare di ricostruire le linee interpretative di questo fenomeno collaborativo, concernono i rapporti tra medico di guardia e specialista, il trasferimento del paziente da un reparto all’altro, ovvero in diversa struttura ospedaliera, nonché, nell’ambito dell’*équipe* chirurgica, il rapporto intercorrente tra anestesista e chirurgo (v. *infra* § 6).

Tendenzialmente, le ipotesi in cui può configurarsi la collaborazione del medico di guardia con altri sanitari sono quelle in cui il primo sia un medico generico o specialista in una disciplina diversa da quella per la quale il paziente debba essere curato. La caratteristica comune a queste situazioni è data dalla mancanza delle conoscenze tecniche specifiche necessarie per l’espletamento dell’attività assistenziale. Orbene, a differenza del caso analizzato in precedenza, della cooperazione tra medici aventi eguale specializzazione, in cui si è affermata la pari responsabilità dei sanitari intervenuti nella cura del paziente, qui deve ritenersi operante il diverso principio dell’affidamento da parte del medico che ha richiesto la collaborazione al collega. Il principio di affidamento, infatti, trova sicuramente la sua massima estensione proprio con riferimento a quelle ipotesi di divisione del lavoro tra sanitari aventi una diversa specializzazione, in quanto in questi casi sui medici incomberebbero doveri che possono qualificarsi come *divisi*, per cui ciascuno di essi sarebbe tenuto solo al rispetto delle *leges artis* relati-

<sup>48</sup> F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 55.

In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 17 giugno 1959, Niesi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1173.

<sup>49</sup> A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 264.

ve alla propria qualifica. D'altro canto, in questi casi, il medico, avendo diversa specializzazione, non sarebbe dotato delle conoscenze tecnico-scientifiche necessarie per poter valutare la correttezza della condotta del collega e, quindi, non sarebbe in grado sulla base delle regole prudenziali, proprie della sua specializzazione, di prevedere e, quindi, evitare, l'eventuale fallacia delle indicazioni fornite o dell'intervento effettuato dal collega<sup>50</sup>. Il medico sarà, al contrario, responsabile nei casi in cui non adotti le misure di urgenza necessarie o non faccia intervenire tutti gli specialisti sia interni che esterni competenti per la diagnosi o l'intervento. Allo stesso modo, il medico di guardia potrà essere ritenuto responsabile dell'eventuale esito infausto del trattamento medico-chirurgico nel caso in cui, cosciente delle proprie carenze tecniche, decida, comunque, di eseguire il trattamento senza consultare lo specialista. Nondimeno, l'affidamento nei confronti del collega verrà meno, e di conseguenza in capo al medico che ha richiesto la collaborazione del collega sorgerà un obbligo secondario di controllo, in presenza di situazioni concrete che facciano ritenere che il consulente non sia in grado di eseguire l'intervento diagnostico o terapeutico (ad es., per le sue condizioni di salute) ovvero di errore macroscopico riconoscibile attraverso l'utilizzo del bagaglio di conoscenze proprio di ogni medico.

Ulteriore forma di cooperazione fra medici è quella che si verifica quando un paziente venga trasferito da un reparto all'altro dello stesso ovvero di diverso nosocomio. L'ipotesi si verifica in tutti i casi in cui la patologia dalla quale il paziente è affetto possa essere adeguatamente curata soltanto in un reparto avente la dovuta specializzazione ovvero, nel caso di carenze infrastrutturali, in un nosocomio avente le adeguate strutture e strumentazioni. Si tratta di una tipica ipotesi di successione nella posizione di garanzia: il bene passa dalla sfera di tutela del garante originario, privo ormai di poteri impeditivi, a quella del successore.

Non sempre, tuttavia, al trasferimento del paziente ad altro reparto e, quindi, della posizione di garanzia ad altro medico, consegue anche la completa liberazione del garante originario, che avviene solo laddove, innanzitutto, l'attività ceduta non sia *ab origine* viziata dalla violazione di regole cautelari (c.d. successione in attività inosservanti), e, secondariamente, sia stato correttamente adempiuto l'obbligo di informazione all'atto del c.d. passaggio di consegne tra garante primario e secondario. Tralasciando l'esame delle problematiche attinenti alla successione in attività inosservanti ed all'omissione di informazioni (su cui v. *supra* § 2.1.), sembra qui utile soffermarsi su un ulteriore profilo attinente alla responsabilità del medico che abbia ricevuto, all'atto del passaggio delle consegne, informazioni erronee. In tali situazioni deve ritenersi perfettamente operante il principio di affidamento, in quanto si tratta di ipotesi nelle quali il medico subentrante deve poter confidare nella correttezza delle informazioni sulle condizioni di salute del paziente e sulle terapie effettuate, trasmessegli dal collega. Naturalmente, il legittimo affidamento verrà meno, subentrando un obbligo di

<sup>50</sup> In tal senso cfr. Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 1983, n. 7670, Duè, cit.

verifica e controllo delle informazioni ricevute, nel caso in cui dalle circostanze concrete emergano condizioni tali da poter indurre il medico a dubitare della correttezza delle informazioni ricevute ovvero intervengano situazioni del tutto nuove che impongano al medico di discostarsi dai ragguagli ottenuti dal collega<sup>51</sup>.

Tra i numerosi casi di cooperazione fra sanitari aventi diversa specializzazione si può, infine, ricordare quello intercorrente tra i medici che hanno in cura i pazienti e quelli dei laboratori che eseguono analisi ovvero esami radiografici. Anche in questo caso la giurisprudenza esclude la responsabilità del medico che abbia fatto legittimo affidamento sui risultati di esami diagnostici eseguiti da altri sanitari<sup>52</sup>.

#### 4. *Modelli organizzativi di tipo gerarchico*

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 229 del 1999, si è assistito ad una attenuazione del vincolo gerarchico all'interno delle strutture sanitarie e, conseguentemente, anche ad una ridefinizione delle sfere di responsabilità dei singoli sanitari. Invero, nonostante la formale abolizione dei ruoli del primario, dell'aiuto e dell'assistente, riuniti in un unico ruolo dirigenziale (distinto per profili professionali) ed in un unico livello, nella prassi si assiste ancora ad un utilizzo di tali qualifiche per individuare le diverse figure di medici, con riferimento alla posizione che essi assumono nella piramide gerarchica.

Naturalmente, al vertice di tale piramide si colloca il primario (a cui nell'ambito delle *équipe* chirurgiche viene equiparato il capo-*équipe*), seguito dall'aiuto, dall'assistente ed, infine, dallo specializzando. Nell'ambito di questi rapporti, la delimitazione delle sfere di responsabilità è alquanto complessa per le numerose problematiche che involge, e per tale motivo, ai fini di un più agevole esame delle stesse, si individuano due filoni di indagine che sembrano essere quelli che, meglio di ogni altro, possono chiarire gli aspetti della collaborazione dei medici legati da un vincolo gerarchico: da un lato, i profili attinenti alle responsabilità del medico in posizione sovraordinata per il fatto colposo del subordinato e, dall'altro, i profili relativi alle eventuali responsabilità del medico in posizione subordinata rispetto agli errori commessi dal suo superiore gerarchico.

##### 4.1. *La responsabilità del superiore per il fatto colposo del subordinato: la violazione del dovere di impartire direttive e di coordinamento.*

###### *La culpa in eligendo*

Il problema dell'individuazione dei soggetti responsabili, nel caso di attività medica eseguita con suddivisione del lavoro in senso verticale, è, forse, quella che più di ogni

<sup>51</sup> Pret. Bologna, 31 maggio, 1995, Martinelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1053; Trib. Firenze-Empoli, 19 ottobre 1999, Firenzani, in *Tosc. giur.*, 1999, p. 834.

<sup>52</sup> Trib. Roma, 13 giugno 1996, Capelli, in *Foro it.*, 997, II, c. 417.

altra evidenza rischi di affermazione di responsabilità di "posizione". Nella giurisprudenza di merito e di legittimità, infatti, sovente si ravvisa l'affermazione della penale responsabilità del medico, a cui è attribuita la direzione di una struttura complessa (ovverosia il primario), per i fatti colposi commessi dai sanitari ad esso sottoposti, imputandogli l'omesso controllo sull'attività dei colleghi ovvero il difetto di organizzazione del reparto. Senonché, il rischio connesso a questa interpretazione giurisprudenziale, se spinta sino alle estreme conseguenze, è quello che il primario sia ritenuto responsabile di qualsivoglia fatto colposo commesso dai medici del proprio reparto.

Orbene, tra le funzioni affidate dalla legge al primario vi è, innanzitutto, quella di direzione ed organizzazione del reparto, da attuarsi attraverso l'adozione di direttive a tutto il personale operante nello stesso, nonché, di decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio (cfr. art. 15 d.lgs. n. 502 del 1992). Si tratta, come è evidente, di funzioni non assistenziali, ma appartenenti alla sfera gestionale-organizzativa, finalizzate, più di ogni altra, ad impedire, già in via preventiva, il verificarsi di eventi lesivi ai danni dei pazienti<sup>53</sup>.

A tal riguardo, è stato evidenziato che l'organizzazione svolge un ruolo essenziale nei meccanismi di funzionamento di strutture complesse, e la ragione di ciò sarebbe di palmare evidenza: la divisione coordinata di compiti consente a ciascuno di concentrarsi al meglio su quelli a lui spettanti; la tendenziale omogeneizzazione delle tecniche operative, dal canto suo, permette una migliore e più agevolmente preordinabile allocazione di uomini e mezzi, amplia le possibilità di collaborazione tra sanitari, agevola l'automatizzazione dei profili tecnicamente meno pregnanti delle procedure<sup>54</sup>.

Sotto questo profilo, pertanto, sarà ravvisabile una responsabilità penale, di natura omissiva, a carico del primario (in concorso con il medico che ha eseguito l'intervento) in tutti i casi in cui emerga che l'esito infausto del trattamento sia stato conseguenza della mancata predisposizione dei piani di lavoro, ovvero della omessa verifica della loro attuazione, dell'assenza di istruzioni e direttive al personale del reparto, o, infine, dell'erronea scelta del personale a cui affidare determinate mansioni<sup>55</sup>.

Il medico in posizione sovraordinata deve, quindi, innanzitutto, organizzare il proprio reparto predisponendo procedure standardizzate che individuino le modalità di esecuzione degli interventi (ad esempio indicando l'utilizzo di protocolli o *guidelines*), le modalità di controllo sugli interventi particolarmente rischiosi e di annotazione delle informazioni riguardanti i pazienti, le forme di comunicazione e di scambio di

<sup>53</sup> A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 255.

<sup>54</sup> A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1635.

<sup>55</sup> C. F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici e problemi di responsabilità penale*, in *La medicina e la legge, Atti dell'83° Congresso SPLLOT*, Torino, 1989, p. 29 ss.; C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale*, cit., p. 134; F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 19 ss.

informazioni tra i medici che si susseguono nella cura dei pazienti<sup>56</sup>.

Ritornando all'ambito dei compiti di organizzazione del primario, deve evidenziarsi che tra essi rientra, naturalmente, anche quello di ripartizione del carico di lavoro tra i medici appartenenti al proprio reparto. Con riferimento a questo specifico profilo, il dettato dell'art. 15 d.lgs. n. 502 del 1992 risulta completato, anche se non in modo sufficientemente esaustivo, dall'art. 63 d.P.R. n. 761 del 1979 (tuttora in vigore, non essendo stato mai abrogato dalla legislazione successiva) che precisa le modalità con le quali il primario deve effettuare la distribuzione dei compiti. La norma, infatti, dispone che il medico in posizione sovraordinata "assegna a sé o agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità (...). Le modalità di assegnazione in cura dei pazienti debbono rispettare criteri oggettivi di competenza, di equa distribuzione del lavoro, di rotazione nei cari settori di pertinenza".

Sembra, quindi, possibile affermare che sul primario incomba, addirittura, un vero e proprio obbligo di ripartizione dei compiti tra i medici appartenenti alla struttura da lui diretta, il cui adempimento risulta, peraltro, indispensabile per il corretto adempimento delle mansioni di natura più prettamente specialistica. Sotto questo profilo si pongono, tuttavia, due differenti questioni in ordine alla penale responsabilità del primario, in caso di fatto colposo commesso dal sottoposto, a cui il paziente sia stato affidato: la prima concernente la scelta del medico a cui affidare l'incarico; la seconda, la liberazione del primario a seguito dell'affidamento del paziente ad altro medico. Con riferimento al primo aspetto, è indubbio che il medico in posizione apicale, prima di poter procedere all'affidamento delle mansioni all'interno del proprio reparto, debba, innanzitutto, individuare le categorie di compiti delegabili e, secondariamente, attribuirli ad un soggetto dotato delle necessarie capacità tecniche per adempierli<sup>57</sup>. Peraltro, tale ultima verifica deve fondarsi, non tanto sulla qualifica giuridico-funzionale del sanitario, ma sulle sue capacità effettive, personalmente saggiate dal primario. In tal senso, parte della dottrina ha osservato che il primario non può presumere le capacità tecniche del medico a cui deve affidare un incarico per il solo fatto che esso sia risultato vincitore di un concorso pubblico e di conseguenza sia stato incardinato nel reparto, ma ha il preciso dovere di "far precedere un'opera di personale controllo e critica delle capacità tecniche di tutto il personale da lui dipenden-

<sup>56</sup> In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 1989, n. 16741, Cipollaro, in *Cass. pen.*, 1991, p. 433. Più di recente cfr. Cass. pen., sez. IV, 25 maggio 2005, n. 25233, Lucarelli, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1350.

Il rigoroso orientamento della Corte di Cassazione si è spinto sino a ricomprendere, nei doveri di organizzazione e direzione, anche quello concernente la verifica della corretta funzionalità ed efficienza degli impianti e dei macchinari presenti in reparto. Cfr. in tal senso Cass. pen., sez. IV, 11 gennaio 1995, n. 4385, Bassetti e altro, in *Giust. pen.*, II, p. 248. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, sez. IV penale, 13 ottobre 1999, in *Foro Ambrosiano*, 2000, p. 301.

<sup>57</sup> In dottrina cfr. F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *op. cit.*, p. 15; P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 199.

te, prima di affidare a chiunque mansioni implicanti una qualsiasi autonomia”<sup>58</sup>. Particolarmente delicata, quindi, si presenta la questione circa la responsabilità del primario a causa dell’assegnazione di compiti a personale tecnicamente non idoneo. La dottrina ha, a tal riguardo, osservato che l’aspettativa del personale medico e paramedico, di essere assegnato a compiti confacenti alla propria qualifica formale, deve essere temperata con il superiore principio della salvaguardia della salute del paziente. Ne consegue che, laddove un medico non sia tecnicamente in grado o non sia sufficientemente preparato, per eseguire determinati interventi, le terapie o le diagnosi, il primario sarà tenuto a non affidargli tali compiti ed a scegliere colleghi preparati o a compiere lui stesso l’intervento<sup>59</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, restringe la portata del dovere del primario di saggiare le concrete capacità del collaboratore, sulla scorta del rilievo che, nelle strutture sanitarie pubbliche, la scelta del personale medico afferente al reparto non è demandata al primario, ma obbedisce a chiamate da parte del direttore dell’azienda ospedaliera ed a regole concorsuali, la cui efficacia selettiva, di per sé, può spesso essere insoddisfacente<sup>60</sup>. Secondo questo orientamento, nei casi in cui alla qualifica funzionale non corrispondano capacità effettive, al primario non resterebbe altro da fare se non attivare le procedure di tipo amministrativo per la segnalazione della questione al direttore sanitario.

Sembra, tuttavia, preferibile ritenere che il medico in posizione apicale non possa semplicemente fare affidamento sulla qualifica funzionale del proprio collaboratore per potergli affidare degli incarichi, laddove nel corso della collaborazione abbia verificato l’eventuale incapacità tecnica o la scarsa preparazione dello stesso. Sicché il primario potrà essere ritenuto responsabile dei fatti verificatosi ai danni del paziente, nel caso in cui emerga che egli ha affidato l’incarico ad un collaboratore privo delle capacità tecniche per adempierlo. Si tratta dei c.d. casi di *culpa in eligendo*, consistente, per l’appunto, nella “cattiva scelta del preposto”, e nella quale la regola cautelare assume un contenuto peculiare, dato proprio dalla interferenza tra l’attività di più soggetti. Le regole cautelari, infatti, possono avere quale finalità preventiva, non tanto l’impedimento dell’evento, quanto piuttosto il contenimento della altrui condotta pericolosa. In questo ambito si collocano anche quelle regole prudenziali che operano in un momento precedente all’inizio dell’attività pericolosa, nel senso che orientano la scelta dei soggetti ai quali è possibile affidare lo svolgimento di tale attività. Proprio la violazione di dette regole dà luogo alla c.d. *culpa in eligendo* la quale, tuttavia, assume

<sup>58</sup> G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, cit., p. 228; A. R. DI LANDRO *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 259.

<sup>59</sup> C. F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici*, cit., p. 3.

<sup>60</sup> In questo senso, cfr. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 107. Si vedano, inoltre, A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, p. 526; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 259.

rilevanza solo ove l'incapacità del soggetto delegato sia stata la causa di un evento dannoso per il paziente: in questo caso la responsabilità del soggetto delegante concorrerà, ex art. 113 c.p., con quella del soggetto delegato<sup>61</sup>.

Nel delegare un determinato compito al proprio collaboratore, il primario ha l'obbligo di impartire istruzioni tese a definire criteri terapeutici e diagnostici. Tali direttive assumono, evidentemente, un carattere prettamente tecnico, in quanto definiscono linee di condotta tese a garantire il miglior esito possibile del trattamento<sup>62</sup>. Questa natura e funzione delle direttive impartite dal primario al proprio collaboratore, consente di classificarle, secondo autorevole dottrina, come vere e proprie "regole cautelari" attinenti allo svolgimento di un'attività caratterizzata da un elevato coefficiente di rischio. Secondo questo orientamento, le direttive del primario potrebbero, in caso di loro violazione, dare luogo ad ipotesi di colpa specifica, trattandosi di regole cautelari positivate, rientranti appieno nella nozione di "discipline" di cui all'art. 43 c.p.<sup>63</sup>.

Il primario, pertanto, con la delega non si libera integralmente dalla propria posizione di garanzia conservando, in ogni caso, il dovere di fornire direttive e di vigilare sull'adempimento dei compiti da parte del delegato, soprattutto se il caso è di particolare complessità o vi sono ragioni di urgenza<sup>64</sup>.

#### 4.2. *Il dovere di controllo del primario sull'operato dei collaboratori.*

##### *La culpa in vigilando*

Da quanto emerso la normativa in vigore esalta particolarmente gli indirizzi programmatici ed organizzativi forniti dal primario, in quanto consentono ai sanitari collaboratori di risolvere direttamente una pluralità, e certamente la maggior parte, dei casi clinici sottoposti alla loro attenzione. Ma oltre a questi, in capo al primario incombe anche un dovere di controllo sull'operato dei collaboratori il cui inadempimento è la principale causa di affermazione di responsabilità di tale sanitario.

È inconfutabile che la legge attribuisca al primario un dovere di controllo sull'operato dei medici a lui sottoposti che, inevitabilmente, limita la possibilità per il primo di fare affidamento sul rispetto delle regole precauzionali da parte di questi ultimi.

<sup>61</sup> F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 107. Si deve, d'altro canto sottolineare che, nel caso in cui il sanitario in posizione subalterna abbia assunto l'esecuzione di un intervento per il quale non aveva le dovute competenze, sarà configurabile nei suoi confronti un'ipotesi di colpa per assunzione. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 24 novembre 1999, n. 13389, Tretti, in CED rv. 215538.

<sup>62</sup> A. VALLINI, *Gerarchia*, p. 1632. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2004, n. 24036, Sarteanesi, in CED rv. 228577; Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2005, n. 9739, Dilonardo ed altri, in *Guida al dir.*, 2005, 3, p. 78.

<sup>63</sup> Cfr. F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 89. Sulla riconducibilità delle regole cautelari aventi carattere organizzatorio, seppur con riferimento alla materia degli infortuni sul lavoro, alla categoria delle "discipline" di cui all'art. 43 c.p., v. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., p. 352 ss.

<sup>64</sup> Cass. pen., sez. IV, 2 giugno 2007, n. 39609, Marafioti, cit. In dottrina v. A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1631.

Tuttavia, tale dovere appare oggi in parte ridimensionato dalle modifiche da ultimo apportate alla normativa in materia di organizzazione dei servizi ospedalieri dal d.lgs. n. 229 del 1999<sup>65</sup>. Questo provvedimento normativo, tendente a contemperare l'organizzazione rigidamente gerarchica con una maggiore responsabilizzazione dei soggetti che a vario titolo partecipano all'attività sanitaria, ha almeno in parte, limitato l'obbligo di controllo del medico in posizione sovraordinata. Se, infatti, non pare possibile sostenere che le nuove norme possano autorizzare l'assunto secondo cui condotte inadeguate e lesive, poste in essere all'interno della struttura, siano, allo stato, diventate riferibili alla esclusiva responsabilità di chi materialmente le abbia realizzate, nondimeno, deve osservarsi che la vigente descrizione delle competenze attribuite alla figura apicale non sembra, però, espressamente (continuare a) contemplare anche poteri-doveri di generalizzata e continuativa sorveglianza sulle scelte diagnostico-terapeutiche operate dagli altri sanitari<sup>66</sup>.

Da questa diversa formulazione della norma, i primi commentatori hanno ritenuto di poter desumere che, attualmente, l'obbligo di attivarsi, da parte del soggetto apicale, insorgerebbe nel momento in cui il medesimo venga comunque a conoscenza (se non in forza di un controllo diurnamente dovuto e svolto) per segnalazione di terzi o, ad esempio, anche per occasionale, diretta, percezione, di atteggiamenti terapeutici dei sanitari collaboratori che, discostandosi dalle regole della corretta prassi medica, pongano a rischio il comune obiettivo finale della attuazione della migliore prestazione sanitaria a beneficio del paziente<sup>67</sup>.

Deve, però, darsi atto della sostanziale disapplicazione da parte della giurisprudenza della nuova normativa, da attribuirsi, in parte, al fatto che i giudici si trovino ancora ad affrontare casi verificatisi prima dell'entrata in vigore della nuova normativa. Nell'unica pronuncia nella quale le nuove disposizioni sono richiamate – ma non applicate essendo il fatto del 1995 – la Corte di Cassazione, tuttavia, esclude che la maggiore responsabilizzazione degli altri ruoli abbia determinato un ridimensionamento dei doveri di controllo e vigilanza del medico in posizione apicale<sup>68</sup>. Tanto che i giudici osservano che tale dovere si attua con due diversi comportamenti: il primo, di carattere generale, dovendo il dirigente di struttura informarsi della situazione generale del reparto; il secondo, di carattere specifico, dovendo lo stesso assumere la direzione

<sup>65</sup> L'art. 63 d.P.R. 761 del 1971 prevedeva che il primario dovesse esercitare funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, impartendo all'uopo direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse. Nel d.lgs. n. 502 del 1992, così come modificato dal d.lgs. 229 del 1999, scompare invece qualsiasi riferimento ad obblighi di verifica: l'art. 15, infatti, riconosce al primario funzioni di direzione ed organizzazione, ma non prevede più poteri-doveri di vigilanza continuativa sulle scelte degli altri sanitari.

<sup>66</sup> G. IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 155.

<sup>67</sup> G. IADECOLA, *La responsabilità*, cit., p. 155.

<sup>68</sup> Cass. pen., 29 settembre 2005, n. 47145, Sciortino ed altri, in *Cass. pen.*, 2007, p. 143.

dell'intervento, laddove venga a conoscenza di eventuali comportamenti imperiti, negligenti o imprudenti dei propri collaboratori.

Peraltro, anche laddove si volesse ritenere persistente un generale dovere di controllo in capo al primario, tale previsione non potrebbe, tuttavia, determinare automaticamente la responsabilità dello stesso per tutti i fatti colposi accaduti nel reparto, in quanto, se così fosse, si introdurrebbero pericolose forme di responsabilità oggettiva. Si tratta, quindi, di individuare contenuti ed ampiezza di tale dovere di controllo in modo da poter contemperare la tutela della salute del paziente con un'autentica responsabilità personale del primario.

In tal senso, si può ritenere che sulla delimitazione dell'estensione del dovere di controllo incidano, innanzitutto, le differenti qualifiche funzionali e le differenti attribuzioni del personale medico: maggiore e più stringente dovrà essere il controllo sul medico avente la qualifica di assistente, la cui attività è espressamente definita come soggetta a controllo; meno incisivo potrà, invece, essere il controllo sull'aiuto, a cui per legge sono riconosciuti ambiti più ampi di autonomia decisionale<sup>69</sup>. In secondo luogo, assumerà rilievo la natura del caso da trattare: il controllo dovrà essere massimo per i "casi di difficile soluzione", mentre potrà attenuarsi (grazie alla riespansione del principio di affidamento) rispetto ai "casi di semplice soluzione"<sup>70</sup>. Dunque, se, in linea di massima, è vero che il primario ha il dovere di conoscere lo stato di salute di ogni paziente ricoverato nel suo reparto, non in tutti i casi il dovere di controllo si configura nello stesso modo, intensificandosi nel caso di prestazioni eseguite da medici inesperti ovvero di particolare complessità o pericolosità per la salute del paziente<sup>71</sup>.

Il dovere di controllo, tuttavia, torna ad avere la sua massima portata (indipendentemente dalla qualifica dell'affidatario e dalla natura dell'attività) nel caso in cui il sanitario in posizione apicale percepisca, in via diretta o mediata (in quanto, ad esempio, riferitegli) circostanze concrete che possano far prevedere il mancato rispetto di regole precauzionali da parte dei collaboratori. In questo caso, il primario dovrà vigilare sull'operato del sanitario a lui sottoposto e, se del caso, esercitare il potere di avocazione, esautorando il collaboratore ed eseguendo personalmente l'intervento diagnostico o terapeutico. L'art. 63, comma 6, d.P.R. 761 del 1979 riconosce espressamente in capo al primario la possibilità di "avocare casi alla sua diretta responsabilità fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali". La legislazione successiva, che come già più volte ricordato, non ha però formalmente abrogato il d.P.R. 761 del 1979, seppure non espressamente, sembra continuare a riconoscere il potere *de quo* in capo al medico in posizio-

<sup>69</sup> P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 197.

<sup>70</sup> Per l'esclusione del dovere di controllo rispetto ad attività c.d. *routinarie*, v. nella giurisprudenza di merito Trib. Palermo, 16 luglio 2002, Florena, cit. Si veda, inoltre, Cass. pen., sez. IV, 26 marzo 1992, n. 5539, Ciccarelli e altro, in *Giust. pen.*, 1994, II, p. 377.

<sup>71</sup> A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 255 ss.

ne apicale. L'art. 15 d.lgs. 502 del 1992, così come modificato dal d.lgs. 229 del 1999, prevede, infatti, che il medico in posizione apicale debba adottare tutte le "decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio", tra le quali sembra possibile comprendere anche l'avocazione del caso.

#### 4.3. *La responsabilità del medico subordinato per il fatto colposo del superiore: «autonomia vincolata», «autonomia limitata», e dovere di dissenso*

Dall'esame fin qui condotto, è emerso che spettano al primario le scelte circa gli indirizzi diagnostici e terapeutici concernenti i pazienti ricoverati nel reparto da lui diretto<sup>72</sup>.

Si pone, quindi, l'esigenza di verificare se ed entro quali limiti le scelte del primario siano vincolanti per i medici in posizione subalterna, chiamati a darvi esecuzione. Naturalmente, il problema non si pone tanto con riferimento alle direttive lecite aventi contenuto cautelare, rispetto alle quali deve riconoscersi un'ampia vincolatività, pena altrimenti la perdita di valore del rapporto gerarchico, quanto, piuttosto, rispetto a quelle che giungono a concretare una condotta colposa. Con riferimento a tale ultima questione, si riscontra un orientamento uniforme ed alquanto rigoroso della giurisprudenza che, valorizzando l'autonomia professionale del medico in posizione subalterna, ha sempre sostenuto che la gerarchia instaurata *ex lege* in ambito ospedaliero non è da ritenere in realtà caratterizzata da una cieca ed assoluta soggezione agli ordini del primario, riconoscendo, di conseguenza, l'obbligo per il subordinato di dissentire dagli ordini impartiti da quest'ultimo, ove manifestamente erronei.

Un rapporto di subordinazione, quindi, che secondo la giurisprudenza non può considerarsi "assoluto": il subordinato conserva margini di dissenso, che aumentano anche in relazione alla qualifica da lui posseduta, rispetto all'operato del proprio superiore o alle direttive ricevute, nei casi in cui questi concretizzino fatti colposi<sup>73</sup>. Tale rigoroso orientamento trova, ad avviso dei giudici, riscontro nelle disposizioni normative in tema di organizzazione gerarchica e ripartizione di competenze tra sanitari aventi diversa qualifica giuridica. E, in effetti, è inconfutabile che le normative che si sono succedute nella regolamentazione dell'organizzazione ospedaliera, abbiano sempre salvaguardato l'autonomia e l'indipendenza del singolo professionista incardinato nella struttura gerarchica. Dal reticolo normativo emerge una rigida struttura gerarchica, nella quale i sanitari sono collocati in un crescendo di responsabilità e di autonomia. In tale prospettiva, l'art. 63 d.P.R. n. 761 del 1979 attribuisce al medico in posizione iniziale – assistente – un'autonomia tecnica e professionale (essendogli consentito l'esercizio di funzioni medico-chirurgiche di supporto con assunzione di responsabilità diretta) seppur vincolata alle direttive del primario (c.d. autonomia vincolata);

<sup>72</sup> F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 36.

<sup>73</sup> Cass. pen., 17 giugno 1959, Niesi, cit. Sul diverso grado di vincolatività delle direttive man mano che si sale nella scala gerarchica, v. Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162, Argelli, cit.

al medico in posizione intermedia – aiuto – funzioni autonome nell'area dei servizi a lui affidata, relativamente ad attività e prestazioni medico chirurgiche, nonché ad attività di studio, di didattica, di ricerca, anche sotto il profilo di diagnosi e cura, sulla base delle direttive ricevute dal primario (c.d. autonomia limitata). Infine, in relazione allo specializzando, l'art. 16 d.lgs. n. 502 del 1992 prescrive la partecipazione all'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolata alle direttive ricevute dal medico responsabile della formazione<sup>74</sup>.

La dottrina non condivide l'orientamento giurisprudenziale che riconosce l'esistenza di un rapporto di tipo dialettico tra medico in posizione apicale e medico subordinato, tale per cui quest'ultimo può opporsi a decisioni e valutazioni del primario, da lui non condivise. In questa prospettiva critica si è evidenziata, in particolare, la contraddittoria formulazione legislativa che, da un lato, riconosce l'autonomia professionale dei sanitari in posizione subalterna e, dall'altro, poi la vincola, in particolare per l'assistente, alle direttive ricevute dal primario<sup>75</sup>.

Inoltre, per i medici di rango inferiore non può essere ammesso, in via generale, un diritto di sindacato e di resistenza nei confronti delle direttive e degli ordini del medico in posizione apicale<sup>76</sup>: basti riflettere sui pregiudizi che potrebbe subire un paziente inserito in una struttura operativa in cui ogni decisione fosse sottoposta alla verifica di qualunque medico<sup>77</sup>.

Tale contraddittorietà sembra in parte superata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 229 del 1999 che, nel modificare l'art. 15 d.lgs. n. 502 del 1992, ha ampliato gli spazi di autonomia dei "dirigenti di primo livello" (tra i quali sono collocati l'aiuto e l'assistente), ai quali competono funzioni di supporto, collaborazione, corresponsabilità, nonché precisi ambiti di autonomia professionale, da attuare nel rispetto delle direttive del responsabile dell'articolazione organizzativa. Nonostante l'ampliamento delle sfere di autonomia ed indipendenza dei medici in posizione subalterna, la nuova normativa non ha, tuttavia, eliminato alla radice il problema del grado di vincolatività

<sup>74</sup> Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 1996, n. 7363, Cortellaro, in CED rv. 205829; Cass. pen., sez. IV, 24 novembre 1999, n. 13389, Tretti, cit.; Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2000, n. 2906, Zanda e altro, cit.; Cass. pen., sez. IV, 20 gennaio 2004, n. 32901, Marandola ed altro, in *Riv. pen.*, 2005, p. 750.

<sup>75</sup> V. FINESCHI, P. FRATI, C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica. Il ruolo del capo équipe e dell'assistente (anche in formazione) alla luce della recente giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 262 ss.

La Cassazione risolve in realtà il problema di questa antinomia normativa affermando che per "autonomia vincolata" deve intendersi la possibilità per il medico subordinato di esprimere un dissenso, che potrebbe, nondimeno, essere superato dal primario con l'esercizio del potere di avocazione.

<sup>76</sup> P. AVECONE, *La responsabilità penale del medico*, Padova, 1981, p. 157. Cfr. inoltre A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 233; A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1629.

<sup>77</sup> A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1635, il quale osserva che la previsione di un generale dovere di verifica da parte del medico in posizione subalterna delle istruzioni impartitegli dal superiore gerarchico sarebbe addirittura disfunzionale rispetto alla *ratio* delle disposizioni di legge.

delle direttive impartite dal primario.

Prima, però, di procedere nell'esame delle linee ricostruttive elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è necessario distinguere due ipotesi (vista la diversità di questioni ad esse sottese) in cui può venire in rilievo la responsabilità del medico in posizione subordinata: la prima concernente i casi in cui il medico in posizione subordinata realizzi materialmente la condotta colposa, in esecuzione di direttive impartite dal primario; la seconda relativa a quella costellazione di casi in cui i medici subordinati assistano all'attività del primario che, personalmente, compia una condotta colposa.

#### 4.4. *La condotta colposa del medico in posizione subalterna esecutiva di direttive impartite dal primario*

La prima questione che si impone all'attenzione concerne la natura dell'ordine impartito dal primario e se esso possa essere disatteso dal medico in posizione subalterna. La dottrina penalistica, scontrandosi con l'interpretazione rigoristica, appena citata, della giurisprudenza, ha spostato la propria attenzione sulla misura di sindacabilità dell'ordine, vagliando anche l'eventuale applicabilità della scriminante dell'adempimento del dovere di cui all'art. 51 c.p.<sup>78</sup>.

Come è noto, presupposti indefettibili per la configurabilità della scriminante *de qua* sono la sussistenza di un rapporto di supremazia-subordinazione di diritto pubblico e la legittimità, formale e sostanziale, dell'ordine impartito. Con specifico riferimento all'attività medica, sussiste sicuramente un rapporto di diritto pubblico relativamente ai medici appartenenti a strutture ospedaliere pubbliche. Tale conclusione trova riscontro nella natura pubblica delle strutture in cui tali medici operano; nella lettera del d.P.R. n. 761 del 1979, che in più parti statuisce l'applicabilità al personale sanitario delle norme riguardanti i dipendenti civili dello Stato; nelle caratteristiche del rapporto, da individuarsi nel potere di dare unità di indirizzo ad una serie di uffici mediante istruzioni ed ordini, e nel potere di sorveglianza che spetta al superiore sulle attività del subordinato, tipiche dei rapporti pubblicistici<sup>79</sup>. Una prima, ovvia, considerazione è che detta causa di giustificazione non potrà sicuramente trovare applicazione rispetto a rapporti gerarchici di tipo privatistico e, quindi, con riferimento al

<sup>78</sup> C. DODERO, *Colpa e cooperazione colposa nell'esercizio della professione sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1173; P. AVECONI, *La responsabilità*, cit., p. 157; F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 36.

La questione dell'applicabilità dell'art. 51 c.p. al medico in posizione subordinata che abbia adempiuto un ordine del proprio superiore gerarchico presuppone a monte la soluzione positiva dell'applicazione di tale scriminante ai reati colposi: in tal senso cfr. S. FIORE, *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996, p. 102 ss. *Contra* D. PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 327.

<sup>79</sup> C. DODERO, *Colpa e cooperazione*, p. 1174; F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 37.

tema qui trattato, rispetto a tutte quelle situazioni che si verificano in case di cura private.

Qualche problema sembra, invece, porsi con riferimento alla legittimità sostanziale dell'ordine in un caso, come quello dell'attività medica, in cui la legge non ne determina i presupposti ed il contenuto, ma attribuisce al medico in posizione apicale un potere discrezionale, in relazione sia all'opportunità di emanarlo sia al suo contenuto. È evidente, tuttavia, che l'ordine potrà ritenersi sicuramente illegittimo nel caso in cui consista nell'esecuzione di condotte criminose e, quindi, laddove il primario impartisca al medico subordinato direttive che comporterebbero la realizzazione di condotte colpose ai danni del paziente.

È proprio con riferimento a questi ultimi che la dottrina si è interrogata circa l'applicabilità dell'art. 51, comma 4, c.p. che esclude la punibilità del subordinato che abbia adempiuto ad un ordine illegittimo insindacabile. Sennonché, per costante orientamento, l'art. 51, comma 4, c. p., inserito nel codice per l'esigenza di evitare la paralisi di funzioni che devono essere adempiute con la massima sollecitudine, è applicabile solo a rapporti di subordinazione di tipo militare. Tale ultimo rilievo sarebbe già di per sé sufficiente per escludere l'applicabilità della scriminante *de qua* ai rapporti tra medici con vincolo di gerarchia, tuttavia, anche laddove si volesse ammettere l'applicabilità dell'art. 51, comma 4, c.p. al di fuori dei rapporti di tipo militare, non si potrebbe fare a meno di rilevare che l'orientamento ormai predominante ne esclude comunque l'operatività rispetto ad ordini che siano manifestamente criminali.

Alla luce di quanto sinora osservato sembra, quindi, possibile giungere ad una prima conclusione: l'ordine impartito dal superiore non è per ciò solo insindacabile ed il medico subordinato ha l'obbligo di non adempiervi laddove sia illegittimo. Ne consegue che, per la soluzione del problema della responsabilità del medico in posizione subalterna, l'attenzione deve spostarsi dal piano dell'antigiuridicità a quello della colpevolezza ed, in particolare, ai profili attinenti ai limiti dell'esigibilità del rifiuto di eseguire l'atto colposo da parte del subordinato<sup>80</sup>. Detti limiti andranno, quindi, necessariamente, tracciati in considerazione della possibilità per il medico, in posizione subordinata, di percepire la natura criminosa della direttiva impartitagli e saranno, ovviamente, diversamente modulati a seconda che l'ordine sia stato impartito ad un aiuto, ad un assistente ovvero ad uno specializzando.

Come significativamente osservato in dottrina, riconoscere in capo al medico subordinato la sussistenza di un dovere di verifica delle direttive impartitegli dal primario alla stregua delle *leges artis*, significa presupporre l'agevole conoscibilità, e, dunque, l'assoluta linearità di queste ultime, da parte di ogni medico, anche quello alle

<sup>80</sup> A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1632. Cfr. altresì M. RIVERDITI, *Responsabilità dell'assistente medico per gli errori terapeutici del primario: la mancata manifestazione del dissenso dà (sempre) luogo a un'ipotesi di responsabilità per «mancato impedimento dell'evento»?», in *Cass. pen.*, 2001, p. 161.*

“prime armi”<sup>81</sup>. Il problema è, quindi, quello di valutare il profilo, del tutto assente nelle pronunce della Corte, della esigibilità del dissenso da parte del medico in posizione subalterna e, in sostanza, della riconoscibilità della criminosità della direttiva impartitagli dal proprio superiore.

Esistono, infatti, attività – tra le quali si colloca quella medico-chirurgica – ove le direttrici di comportamento, inerendo a situazioni di rischio sfuggente, sono caratterizzate da un'intrinseca ed incessante mutevole adeguatezza, nel tempo e nei diversi luoghi. Così, accanto a trattamenti diagnostici e terapeutici la cui efficacia è consolidata, e di cui quindi sono ben note le regole di esecuzione (si pensi ad esempio alla somministrazione di antibiotici per combattere le infezioni), ve ne è tutta una serie la cui efficacia o la cui esecuzione è ancora controversa. Si allude, in particolare, a quella serie di regole cautelari di natura sperimentale, la cui esistenza non origina da una prassi consolidata, ma promana direttamente dalle superiori conoscenze causali dell'agente e dalle valutazioni di rischio da questi effettuate<sup>82</sup>. Orbene, rispetto a questo tipo di regole tecniche, caratterizzate da un'incessante opera di adattamento e confronto dialettico di tipo scientifico, appare, invero, ardua l'individuazione di un riferimento cautelare unico e certo nella miglior scienza ed esperienza del momento storico, così come di un unico e ben riconoscibile comportamento *standard* proprio dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*.

È pur vero che, anche rispetto a tali attività, sono sicuramente enucleabili *leges artis* che devono essere rispettate nell'esecuzione dell'attività sperimentale (si pensi a quelle relative agli usi procedurali propri della sperimentazione, generalmente contenute nei c.d. protocolli scientifici propri della sperimentazione scientifica)<sup>83</sup>; ciononostante non può negarsi che la mancanza di una conferma prasseologica di tali regole cautelari ne condizioni, inevitabilmente, la scelta scientificamente responsabile e ne renda assai meno agevole la conoscibilità<sup>84</sup>.

Sono proprio tali considerazioni che inducono a ritenere indispensabile che l'affermazione della responsabilità colposa passi attraverso una diversificazione dei parametri del rimprovero, a seconda del tipo di *lex artis* e dei diversi gradi di sapere scientifico del medico.

Orbene, se normalmente il medico in posizione subalterna sarà chiamato a svolgere trattamenti rispetto ai quali si siano già consolidate sufficienti conoscenze e *leges artis* uniformemente riconosciute, non può, nondimeno, escludersi che lo stesso sia chiamato (in forza del potere di impartire direttive riconosciuto al primario) ad ese-

<sup>81</sup> A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1632.

<sup>82</sup> F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 102: si fa riferimento a tutti quei trattamenti medici autorizzati e scientificamente legittimati, ma, tuttavia, non ancora unanimemente accolti dalla scienza medica nel suo complesso. In questo senso, cfr. anche F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova, 1974, p. 19 ss.

<sup>83</sup> F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 102.

<sup>84</sup> A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1634.

quire trattamenti di tipo sperimentale. Ne consegue che il riconosciuto dovere di verifica da parte del medico subordinato della validità delle istruzioni ricevute dal primario potrà affermarsi solo con riferimento a quei trattamenti diagnostici o terapeutici per l'esecuzione dei quali siano necessarie e sufficienti le conoscenze che devono appartenere a qualsiasi medico. In questo caso, il riconoscimento dell'ordine criminoso è assolutamente esigibile dal sanitario e con esso anche la prestazione di dissenso rispetto all'esecuzione dell'ordine ricevuto. Laddove, al contrario, la direttiva del primario imponga l'esecuzione dell'intervento attraverso protocolli scientifici di natura ancora sperimentale, non potrebbe esigersi la riconoscibilità della natura colposa della condotta imposta: se così fosse si richiederebbe, infatti, ad un medico in posizione iniziale (assistente o addirittura specializzando), ancora privo della necessaria esperienza, di saggiare la validità di prescrizioni che richiedono una conoscenza tecnico-scientifica molto avanzata<sup>85</sup>.

Naturalmente, la riconoscibilità dell'ordine criminoso aumenterà man mano che si passa dalla qualifica di medico in posizione iniziale a quella di aiuto: quest'ultimo, infatti, sarà sicuramente dotato di conoscenze professionali superiori rispetto all'assistente o allo specializzando e potrà, quindi, essere in grado di valutare anche trattamenti sperimentali.

Conclusivamente, si può affermare che nessun problema sorge se l'assistente o l'aiuto condividano le scelte terapeutiche proposte dal primario: in tal caso si configurerà una cooperazione colposa tra i due sanitari, che assumeranno pari responsabilità rispetto all'eventuale evento lesivo verificatosi. Al contrario, nel caso in cui l'assistente o l'aiuto non condividano le scelte terapeutiche indicate dal primario, sorgerà in capo agli stessi un preciso dovere, derivante dalla loro posizione di garanzia nei confronti del paziente, di attivarsi per impedire l'evento lesivo, manifestando, quindi, il proprio dissenso nei confronti delle scelte del primario. In tale circostanza, tuttavia, non è sufficiente, che il medico subordinato manifesti il proprio dissenso (magari facendolo annotare sulla cartella clinica), ma è altresì necessario che egli si astenga dal porre in essere la condotta colposa sollecitata dal primario: ove eseguano egualmente l'intervento, l'assistente e l'aiuto risponderanno degli eventuali esiti dannosi conseguenti alla condotta colposa<sup>86</sup>. Infine, a carico del medico subordinato, sarà configurabile una responsabilità colposa in tutti i casi in cui egli non percepisca la criminalità dell'ordine impartitogli, riconoscibile sulla base delle comuni conoscenze mediche<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1634.

<sup>86</sup> G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, cit., p. 229. *Contra* F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 41, per i quali una tale ricostruzione vanificherebbe i poteri direttivi-impositivi del primario, il quale, peraltro, potrebbe far ricorso al potere di avocazione.

<sup>87</sup> Cass. pen., sez. IV, 5 ottobre 2000, n. 13212, Brignoli ed altri, in *Riv. pen.*, 2001, p. 452.

#### 4.5. *Esercizio del potere di avocazione da parte del primario e responsabilità del medico in posizione subalterna*

Rimane da analizzare un ultimo profilo con riferimento al caso in cui il medico in posizione subalterna si rifiuti di eseguire le direttive impartitegli dal primario, in quanto ritenute criminose. Si tratta dell'ipotesi in cui il medico in posizione apicale, ricevuto il dissenso da parte del proprio collaboratore, decida di esercitare il potere, riconosciutogli dalla legge, di avocare il caso alla sua diretta responsabilità.

L'art. 63 d.P.R. 761 del 1979 prevede espressamente che, in tutti i casi in cui il medico in posizione apicale eserciti il potere di avocazione, sorga in capo al medico subordinato un dovere di prestare la propria collaborazione. L'esercizio del potere di avocazione da parte del primario diviene così uno strumento per costringere il subordinato dissenziente a prestare comunque la propria opera, conformandosi alle sue direttive.

In questi casi non può affermarsi la penale responsabilità del medico subordinato dissenziente, per gli eventuali fatti colposi realizzati, avendo egli un preciso obbligo *ex lege* di collaborare con il primario<sup>88</sup>.

#### 4.6. *La responsabilità del medico in posizione subalterna per errori commessi dal superiore gerarchico*

Al di fuori dei casi sopra esaminati, può accadere che il medico in posizione subordinata non esegua personalmente l'intervento diagnostico o terapeutico, ma assista il proprio superiore nell'esecuzione di esso. Che cosa accade in questi casi se il primario realizza una condotta colposa da cui conseguano la morte ovvero lesioni per il paziente?

La giurisprudenza ancora una volta si mostra alquanto rigorosa nel riconoscere anche la responsabilità del medico, aiuto, assistente o specializzando, che abbia collaborato con il medico in posizione apicale nella realizzazione dell'intervento. Se, tuttavia, si può concordare con le conclusioni a cui giunge la giurisprudenza con riferimento alla sussistenza di un obbligo per il collaboratore di segnalare al primario eventuali condotte erronee, al contrario non si può giungere alle medesime conclusioni dei giudici, di merito e di legittimità, in ordine alla sussistenza di un vero e proprio dovere di controllo in capo al subordinato<sup>89</sup>.

Sarebbe ravvisabile, infatti, a parere dei giudici, quello che dalla dottrina è stato qualificato come "dovere di controllo incrociato"<sup>90</sup>, ovverosia il dovere in capo al subordinato di controllare l'operato del superiore, tanto che di eventuali errori colposi

<sup>88</sup> Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162, Argelli, cit.

<sup>89</sup> Cass. pen., sez. IV, 5 gennaio 1982, n. 7006, Fenza, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1543.

<sup>90</sup> L. VERGINE, F. BUZZI, *A proposito di una singolare ipotesi di colpa professionale*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1546.

di quest'ultimo risponderebbe anche il primo, per il fatto di non averli rilevati e corretti. Tale assunto, in realtà, non appare compatibile con i principi sin qui enucleati ed in particolare con il principio di affidamento quale canone di delimitazione delle sfere di responsabilità dei sanitari che cooperano nella realizzazione di un intervento.

Si è in precedenza rilevato che nelle attività plurisoggettive deve trovare applicazione il principio di affidamento, per cui ogni medico può confidare nel fatto che gli altri rispetteranno le regole cautelari dell'attività che stanno intraprendendo. Il legittimo affidamento cede il passo ad un generale dovere di controllo solo nei casi in cui tale dovere discenda *ex lege* dalla qualifica assunta dal medico, ovvero al presentarsi di situazioni che rendano evidente o comunque prevedibile la realizzazione di un fatto colposo da parte dei sanitari con cui avviene la cooperazione.

Orbene, nel caso del medico in posizione subordinata non vi è alcun dato normativo che riconosca l'esistenza in capo a questo soggetto di un generale obbligo di controllo e vigilanza sull'altrui operato, essendo tali obblighi ravvisabili solamente a carico di medici in posizione gerarchica sovraordinata.

Tutt'al più, un obbligo di controllo potrebbe sorgere in capo al sanitario nel caso in cui si trovi ad operare in situazioni (quali ad esempio le cattive condizioni di salute) che facciano ritenere prevedibile una condotta colposa del medico gerarchicamente sovraordinato, ovvero nel caso in cui egli abbia diretta percezione dell'errore. Ebbene, con riferimento a questa seconda situazione, devono integralmente richiamarsi le considerazioni svolte in precedenza circa la riconoscibilità delle situazioni che fanno insorgere un obbligo di controllo e di attivazione per emendare gli errori del proprio superiore. Non si può, infatti, ancora una volta sottovalutare il fatto che si richiede ad un medico dotato di minori conoscenze, capacità ed esperienza di vigilare sull'operato di un medico ben più qualificato di lui, che nel corso dell'intervento metterà, quindi, in atto anche metodiche che richiedono una conoscenza ed un'abilità tecnica ben superiore a quelle possedute dal medico in posizione iniziale.

Diversa rilevanza assume, invece, la condotta del sanitario in posizione subalterna che, avvedutosi dell'errore del proprio superiore, rimanga inerte. In tali casi, in forza della posizione di garanzia che detto medico assume nei confronti dei pazienti alla cui cura collabora, sorge un obbligo per lo stesso di attivarsi quando, magari anche a seguito dell'apprendimento di elementi sconosciuti al primario, percepisca l'errore diagnostico o terapeutico<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162, Argelli, cit.

## 5. La cooperazione tra sanitari in *équipe* chirurgica

L'attività chirurgica costituisce sicuramente la forma per eccellenza di collaborazione in ambito medico: qualsiasi intervento, anche se di modeste dimensioni, prevede la necessaria contestuale partecipazione di due o più sanitari (c.d. *équipe* chirurgica). Lo stesso termine *équipe* è, infatti, propriamente utilizzato per indicare quelle attività che sono svolte in un unico contesto spazio-temporale da parte di un gruppo di sanitari (medici e paramedici) che eseguono assieme, ma con compiti differenziati, un determinato intervento diagnostico o terapeutico il più delle volte organizzati gerarchicamente e diretti da un capo-*équipe*<sup>92</sup>.

Orbene, rispetto alle forme di collaborazione fra sanitari esaminate finora, l'*équipe* si caratterizza per la contemporanea presenza di rapporti di tipo verticale (tra il capo-*équipe* e gli altri componenti del gruppo di lavoro) e di tipo orizzontale (ad esempio tra il chirurgo e l'anestesista) che, naturalmente, danno vita a differenti questioni con riferimento alla ripartizione delle responsabilità in caso di fatti colposi commessi da uno dei partecipanti al gruppo.

Partendo, innanzitutto, dall'analisi dei rapporti di tipo gerarchico all'interno dell'*équipe*, va precisato che il capo-*équipe* è colui al quale, per qualifica professionale o esperienza, è demandata la materiale organizzazione, il coordinamento e la direzione del gruppo di lavoro. Si tratta, invero, di una qualifica meramente fattuale, che non trova alcuno specifico riscontro in ambito normativo: il problema è, di conseguenza, quello di individuare quali doveri abbia il capo-*équipe*, indipendentemente dalla posizione funzionale assunta all'interno del reparto. In tal senso sono state proposte una pluralità di interpretazioni. La prima è quella accolta unanimemente dalla giurisprudenza, la quale riconduce la figura del capo-*équipe* a quella del medico in posizione apicale, disciplinata dall'art. 63 d.P.R. n. 761 del 1979, ritenendo, quindi, detta norma, fonte di doveri di controllo e sorveglianza del capo-*équipe* sui propri collaboratori<sup>93</sup>. Il capo-*équipe*, pertanto, oltre a dover eseguire, con diligenza e perizia, le mansioni che a lui spettano, in forza della divisione delle competenze fra i vari partecipanti al gruppo di lavoro, ha il dovere di coordinare l'attività dei collaboratori e di vigilare sul loro operato.

Altra soluzione interpretativa sarebbe, invece, quella di ritenere inapplicabile l'art. 63 d.P.R. n. 761 del 1979 al capo-*équipe*, con la conseguenza, quindi, che lo stesso potrebbe fare affidamento sull'operato dei propri collaboratori, mentre il dovere di controllo insorgerebbe solo in presenza di peculiari situazioni di fatto che rendano prevedibile la realizzazione di un fatto colposo da parte di uno dei sanitari partecipanti all'intervento.

<sup>92</sup> C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale*, cit., p. 155.

<sup>93</sup> Cass. pen., 2 aprile 2007, n. 21594, Scipioni e altro, cit.; Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 1988, n. 3904, Grassi in CED iv. 177967. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Firenze, 25 maggio 1981, in *Arch. civ.*, 1981, p. 685.

Tra le soluzioni proposte in dottrina per l'individuazione dei doveri incombenti al capo-*équipe* si è anche proposto di fondare l'obbligo di vigilanza sull'operato dei colleghi sull'esistenza di una posizione fattuale di garanzia, derivante dall'assunzione in concreto della direzione dell'*équipe* operatoria. Tale ricostruzione interpretativa presupporrebbe, tuttavia, l'accoglimento della concezione sostanziale-funzionale delle fonti dell'obbligo di garanzia, invero, non accolta nel nostro ordinamento, nel quale la fonte deve avere natura normativa o negoziale<sup>94</sup>.

Infine, un'ultima soluzione potrebbe, secondo alcuni autori, essere quella di ritenere che l'art. 63 d.P.R. 769 del 1979 trovi applicazione solo per il capo-*équipe* che abbia anche la qualifica di primario del reparto. Solo su tale medico, pertanto, incomberebbe un obbligo di controllo continuo sull'operato dei colleghi, mentre il soggetto che solo di fatto dirige l'*équipe*, pur assumendo una posizione di protezione al pari degli altri sanitari, non sarebbe tenuto ad uno specifico e continuo controllo sull'operato dei colleghi<sup>95</sup>.

In ogni caso, anche seguendo il costante orientamento giurisprudenziale che ritiene, appunto, applicabile l'art. 63 d.P.R. 769 del 1979, il controllo del capo-*équipe* non dovrebbe essere inteso come obbligo di svolgere una vigilanza continua sull'operato altrui, ma, piuttosto, come più circoscritto obbligo di verifica dell'inesistenza di circostanze di fatto che facciano supporre come altamente probabile il prodursi di una negligenza altrui, che deve esercitarsi all'inizio dell'intervento chirurgico e deve ripetersi, eventualmente, anche nel corso dell'intervento, in presenza di passaggi delicati o al verificarsi di circostanze tali da evidenziare il probabile fatto colposo del collaboratore. Con riferimento all'estensione del dovere di controllo in dottrina sono state prospettate due diverse soluzioni. Secondo un primo orientamento, il dovere di controllo del capo-*équipe* si sostanzia nell'accertamento, nel momento iniziale, delle buone condizioni fisiche e psichiche dei componenti del gruppo e dell'inesistenza di comportamenti colposi in atto<sup>96</sup>. Per altro orientamento, invece, il controllo da parte del capo-*équipe* sull'operato dei collaboratori deve avvenire non solo nella fase iniziale dell'intervento, ma in vari intervalli di tempo ed, in special modo, in presenza di passaggi delicati<sup>97</sup>.

Al di fuori, quindi, di tali situazioni si riepande il principio di affidamento, per cui il capo-*équipe* può legittimamente confidare nel corretto adempimento delle mansioni di ciascun componente il gruppo di lavoro.

Come detto, tuttavia, all'interno dell'*équipe* è possibile ravvisare anche rapporti

<sup>94</sup> Richiama questa soluzione interpretativa D. GUIDI, *Colpa medica e attività in équipe*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI, Pisa, 2009, p. 238.

<sup>95</sup> Accoglie questa tesi D. GUIDI, *Colpa medica*, cit., p. 238.

<sup>96</sup> E. BELFIORE, *Profili penali*, cit., p. 298.

<sup>97</sup> G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, p. 79.

non subordinati tra medici specialisti in diversa disciplina, tra i quali occorre, ricordare, in particolare, quello intercorrente tra chirurgo ed anestesista.

In linea teorica, nei rapporti tra medici non legati da vincolo gerarchico, trova compiuta applicazione il principio di affidamento, in quanto ogni medico che compone l'*équipe* deve poter svolgere le proprie mansioni confidando nel fatto che i colleghi, aventi diversa specializzazione, a loro volta, rispettino le *leges artis* proprie della loro attività. D'altro canto, non sarebbe neppure possibile, per carenza delle necessarie competenze tecniche, pretendere da un medico di valutare il corretto operato di un collega, a lui non gerarchicamente subordinato, avente diversa specializzazione. In tali casi, quindi, il dovere di controllo sull'operato degli altri componenti dell'*équipe* sarà meramente "secondario", dovendo essere effettuato solo ove si verificano concrete circostanze che rendano prevedibile la realizzazione dell'errore, riconoscibile sulla base del bagaglio di conoscenze comune a qualsiasi medico, da parte del proprio collega.

È fuori di dubbio, però, che, se i professionisti, aventi differente specializzazione, hanno materialmente cooperato, realizzando tutti condotte negligenti o imperite, potrà sussistere nei loro confronti una responsabilità colposa concorsuale ex art. 113 c.p.<sup>98</sup>.

Nell'ambito della pluralità di rapporti tra specialisti, in concreto ipotizzabile con riferimento ad un intervento chirurgico, dottrina e giurisprudenza hanno assunto quale "situazione simbolo" quella relativa ai rapporti intercorrenti tra chirurgo ed anestesista, cercando di individuare i profili di responsabilità propri di ciascuno dei due professionisti e le ipotesi di responsabilità concorrente<sup>99</sup>.

In particolare, le diverse mansioni attribuite dalla legge stessa ai due sanitari esclude la materiale possibilità (ed anche capacità) di controllo dell'uno sull'operato dell'altro e viceversa. In tal senso, ad esempio, la giurisprudenza ha affermato che nella fase intra-operatoria non sussiste alcun obbligo di sorveglianza reciproca tra chirurgo ed anestesista, stanti le differenti competenze: il primo ha il controllo dei parametri vitali del paziente, il secondo si occupa, invece, dell'atto operatorio in senso stretto<sup>100</sup>.

Specularmente, si trovano decisioni che, sempre nell'ottica di una corretta differenziazione dei ruoli, escludono la responsabilità del chirurgo, affermando quella esclusi-

<sup>98</sup> Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 18568. Cloro ed altri, in CED rv. 231538.

<sup>99</sup> R. FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in *I reati contro la persona*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, Torino, 2006, p. 795 il quale, peraltro, osserva che il chirurgo non ha la visuale sul campo operatorio dell'anestesista, essendo i due professionisti separati mediante il c.d. "telo operatorio". In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 1983, n. 10868, Costanzi, in *Cass. pen.*, 1986, p. 283; Cass. pen., sez. IV, 14 aprile 1983, n. 7082, Prelong, in CED rv. 160049.

<sup>100</sup> Cass. pen., sez. IV, 30 ottobre 1984, n. 9525, Passarelli, in *Cass. pen.*, 1985, p. 2233. Analogamente nel senso dell'esclusione della responsabilità dell'anestesista v. Pret. Verbania, 11 marzo 1998, Govoni e altri, in *Indice pen.*, 1999, p. 1187.

va dell'anestesista sia nella fase pre-operatoria<sup>101</sup>, che in quella più propriamente operatoria<sup>102</sup>.

Il legittimo affidamento sull'operato del collega viene meno, però, nel caso in cui il primo, sulla base delle conoscenze comuni ad ogni medico, rilevi condotte colpose del collega o, comunque, situazioni di pericolo per l'incolumità del paziente. In tal caso, il sanitario, in forza della posizione di garanzia assunta nei confronti del paziente, ha l'obbligo di attivarsi per porre rimedio agli eventuali errori colposi del collega, purché tali errori non siano settoriali ovvero, pur appartenendo al settore specialistico dell'altro medico, siano talmente grossolani da essere rilevabili da qualsiasi professionista.

## 6. *Trattamento sanitario diacronico. Un caso particolare di responsabilità d'équipe: gli interventi di trapianto d'organi*

Le problematiche sin qui analizzate, concernenti la responsabilità per interventi eseguiti in *équipe*, si arricchiscono di nuovi contenuti e di nuove sfaccettature con riferimento ad un'ipotesi molto particolare di cooperazione tra sanitari: il trattamento multidisciplinare diacronico. Tale tipologia di collaborazione, tipica, ad esempio degli interventi di trapianto d'organo, vede la partecipazione di più sanitari che, in tempi diversi e spesso anche in strutture diverse, si prendono cura del paziente (l'espanto degli organi dal donatore precede la successiva procedura di trapianto e spesso avviene anche in luogo diverso)<sup>103</sup>.

La giurisprudenza, invero, tende ad estendere anche al caso delle attività diacroniche i principi elaborati per le *équipes* chirurgiche, con conseguente applicazione dei canoni di distribuzione delle responsabilità predisposti per le seconde ed, in particolare, del principio di affidamento temperato, evidenziando che nelle attività diacroniche la sequenza di attività tecnico-scientifiche – poste in essere da tutti i sanitari o gruppi di sanitari chiamati a svolgere i loro compiti in successione e sul presupposto di una o più precedenti attività svolte da altri – è finalizzata alla salvaguardia della salute del paziente. Tutte le attività sono tra loro interdipendenti e debbono essere tra loro coordinate verso l'esito finale della guarigione del malato. Ne consegue che le varie fasi non sono l'una autonoma rispetto all'altra, ma si integrano, concretando un apporto collaborativo interdisciplinare che, stante l'unicità del fine, può configurarsi come attività unica.

<sup>101</sup> Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 1983, n. 10868, Costanzi, in *Cass. pen.*, 1986, p. 283; Cass. pen., sez. IV, 25 ottobre 1955, in *Resp. civ. e prev.*, 1956, p. 359.

<sup>102</sup> Cass. pen., sez. IV, 16 novembre 1990, n. 7601, Rappazzo ed altri, in *Riv. pen.*, 1991, p. 652.

<sup>103</sup> Cass. pen., sez. IV, 25 febbraio 2000, n. 2325, Altieri ed altri, cit. Per i commenti alla sentenza cfr., A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 480.

Viene, quindi, riconosciuta una posizione di protezione comune a tutti i sanitari che partecipano al trapianto d'organi, caratterizzata dal fatto che ognuno di essi assume la tutela della salute del paziente trapiantato. Questa unitarietà del fine, renderebbe, quindi, la procedura diacronica equiparabile a quella svolta dalle *équipes* chirurgiche, con conseguente applicazione dei canoni di distribuzione delle responsabilità predisposti per le seconde ed, in particolare, del principio di affidamento temperato.

In dottrina si è, tuttavia, evidenziato che l'estensione al trattamento multidisciplinare diacronico dei principi elaborati con riferimento alle altre forme di collaborazione finisce per non tenere conto proprio delle peculiarità di tale forma di divisione del lavoro. A tal riguardo, si è sottolineato che nel trattamento diacronicamente plurisoggettivo i contributi dei vari medici si collocano in differenti contesti spazio-temporali tra loro eterogenei, con la conseguenza che il principio di affidamento dovrebbe, in realtà, vedere ampliati i propri spazi di operatività<sup>104</sup>. Non sarebbe, infatti, possibile e, addirittura contrasterebbe con le finalità stesse del trattamento diacronico, imporre a tutti i sanitari, che in tempi ed in luoghi diversi intervengono, di verificare la correttezza dell'operato di coloro i quali li hanno preceduti (ad esempio ripetendo tutti gli accertamenti diagnostici, quali analisi o radiografie). Il medico che prende parte ad un trattamento plurisoggettivo diacronico deve, invece, poter fare pieno affidamento sull'operato dei colleghi che lo hanno preceduto, senza necessità di controllo alcuno.

<sup>104</sup> A. VALLINI, *Cooperazione e concause*, cit., p. 480; D. GUIDI, *Colpa medica*, cit., 244.

