

La responsabilità dell'odontoiatra

Relazione convegno M. Gioia sessione odontoiatri

di P. Vinci

L'espressione "responsabilità professionale" dell'odontoiatra è divenuta erroneamente e nel linguaggio comune sinonimo di "colpa professionale" o di "malpractice".

Con tale espressione, invece, si deve correttamente indicare l'assunzione dell'onere di garantire la legittimità del proprio comportamento.

Fino a qualche anno fa vi era un'innegabile *fides* nell'operato del medico che senza ombra di dubbio favoriva la serenità ed una corretta modalità di intervento. È palese, al contrario, che l'operato del medico che si sente continuamente sotto esame possa avere proprio le tanto temute ripercussioni. Venendo, in particolare, all'aumento del contenzioso nell'ambito dell'odontoiatria, si deve in via preliminare osservare che esso scaturisce dalla ripetizione di pochi errori che ricorrono sempre identici a se stessi, errori – tra l'altro – che si palesano come facilmente identificabili e prevenibili, proprio nell'ottica di evitare il ricorso al contenzioso. Si è assistito, negli ultimi anni, ad un aumento esponenziale delle cause per asserita malpractice medica.

Le denunce penali in ambito odontoiatrico attualmente raggiungono percentuali inferiori o pari all'1% (con tendenza all'aumento) e sono spesso utilizzate con lo scopo di ottenere un risarcimento transattivi più rapido di quello giudiziario civile o per soddisfare una sorta di desiderio di vendetta nei confronti di chi viene ritenuto il responsabile di un danno subito.

La responsabilità dell'odontoiatra rientra nel più vasto campo della responsabilità medica presentando, tuttavia, alcune peculiarità proprie.

Significativi risultano alcuni dati statistici: da una recente ricerca su 3581 casi di responsabilità di medici-chirurghi si sono enumerati 41 casi di contenzioso, mentre su 841 casi di responsabilità di odontoiatri ben 21 sono sfociati in contenzioso.

La responsabilità professionale accertata in ambito odontoiatrico è percentualmente elevata, anche se i valori risarcitori risultano ridotti se rapportati a quelli in gioco in altri settori.

Alcuni settori dell'odontoiatria sono sicuramente più di altri motivo di lite (protesi 31-69% – implantoprotesi 20-34%), ma sovente gli interventi contestati sono multipli e difficilmente catalogabili in una tipologia esclusiva.

Un altro aspetto che evidenzia la peculiarità della posizione dell'odontoiatra rispetto a quella dei suoi colleghi medici è sicuramente il ricorso (o meglio, il mancato ricorso) alla medicina difensiva.

Con tale termine si indica quell'insieme di pratiche che portano alla rinuncia ad effettuare interventi o terapie che, sulla carta, potrebbero rivelarsi utili per il paziente, ma che presentano margini di rischio professionale. Orbene, si rileva che l'odontoiatra, rispetto agli altri medici, non fa ricorso a questa strategia ma si comporta da libero professionista, nell'accezione intrinseca del termine,

assumendo anche l'inevitabile rischio del fallimento e della scelta errata che la medicina, in quanto scienza non esatta, porta con sé. Uno dei punti che più spesso volte è oggetto di polemiche è rappresentato dal consenso informato, il cui impatto nella prassi della responsabilità odontoiatrica è sopravvalutato, poiché l'acquisizione preventiva di un esaustivo consenso informato non è, comunque, idonea ad esonerare da responsabilità per successivi errori, né, tantomeno, può giustificare trattamenti dubbi.

In ogni caso, il contenzioso legato ad un consenso omesso o non corretto è una percentuale irrisoria rispetto agli altri: le terapie, infatti, sono di norma erogate su pazienti coscienti e che hanno la possibilità di interagire sul momento con il professionista che sta operando.

La presenza di un valido consenso, dunque, si rivela dirimente solo nei casi di eventi avversi prevedibili a priori, ma non prevenibili in concreto, da cui sia derivata una lesione permanente alla salute.

Per dare una definizione di consenso, si può affermare in primo luogo che esso è l'espressione del principio di autonomia nella tutela della salute, valore riconosciuto costituzionalmente, che il paziente deve avere nelle decisioni mediche che riguardano la sua persona.

In altre parole, questi deve essere sempre ben consapevole di quali sono le modalità di intervento al quale si sta sottoponendo, quali sono i rischi, quali possono essere gli effetti (desiderati e non).

L'informazione corretta deve rappresentare con estrema obiettività e trasparenza quanto può realmente accadere al paziente; da un'informazione incompleta deriva un'autorizzazione non valida e un atto arbitrario, fonte di illecito.

Negli atti di routine e negli interventi più semplici, il sanitario può limitarsi a comunicare le informazioni strettamente necessarie, scendendo nei dettagli solo su richiesta, mentre è opportuno che l'informazione sia maggiormente dettagliata con riguardo agli interventi più rischiosi, così da consentire al paziente di valutare il quadro complessivo

della situazione (come, del resto, statuito anche dagli artt. 33-38 del Codice Deontologico).

Anche un'informazione eccessivamente dettagliata può rivelarsi controproducente, dal momento che si corre il rischio di dimenticare di citare evenienze rare o di creare elenchi di eventi nefasti, facendo sì che il professionista venga ad assumere le vesti di una novella Cassandra.

Per quanto riguarda il contenuto specifico dell'atto, si rileva che è estremamente difficile effettuare un'astratta predeterminazione quantitativa e qualitativa degli elementi di informazione, problema che deve essere risolto nei singoli casi in conformità ai principi di correttezza e di buona fede (art. 1175 c.c.).

L'espressione "*consenso informato*", dunque, in ambito medico, è usata per indicare l'adesione consapevole e volontaria del paziente all'atto terapeutico e rappresenta la legittimazione al trattamento sanitario stesso, il quale, privo di tale consenso, risulterebbe illecito e perseguibile sul piano giudiziario stante la violazione delle norme poste a tutela dell'inviolabilità della libertà personale, dell'integrità psico-fisica e della autodeterminazione.

Al consenso informato è riconosciuta un'origine di natura prettamente etica, alla quale si è gradualmente affiancato un modello giuridico che ha trasferito l'istituto nel campo della pratica medica ordinaria, ricollegandolo al sempre rilevante e attuale tema del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

Prima del suo affermarsi, infatti, l'opera del sanitario era palesemente improntata sulla base del principio paternalistico secondo il quale non era necessaria alcuna manifestazione di assenso e consenso di natura preventiva da parte del paziente, avendo l'assistenza sanitaria esclusivamente la finalità di cura insita nell'atto ed essendo il consenso ritenuto implicito nella richiesta di assistenza stessa.

Oggi, invece, la prestazione sanitaria, anche se correttamente eseguita e con beneficio per la persona, risulta illecita, comportando responsabilità giuridica del medico che l'attu

senza aver ottenuto un preventivo “permesso” informato, valido, del paziente, il quale rappresenta, pertanto, il fondamento etico, giuridico e deontologico dell’atto medico.

Di consenso all’atto medico, nel significato di assenso, se ne è sempre parlato fin dalla antichità. Il cambiamento rivoluzionario si realizza, allorché compare l’aggettivo “*informato*” accanto al sostantivo “*consenso*”, che introduce come novità sostanziale la necessità, ovvero l’obbligo del medico di informare il paziente, nella maniera più esauriente e completa possibile, su tutti gli aspetti relativi alla sua salute e ai possibili trattamenti affinché questi possa aderire alla decisione clinica in maniera consapevole.

L’aggettivo “*informato*” porta, altresì, il concetto fondamentale della comprensibilità e della comprensione dell’informazione da parte di chi la riceve, la quale non può ritenersi soddisfatta attraverso la fredda, burocratica elencazione di tutti i possibili aspetti tecnico-scientifici inerenti al problema di salute dell’utente.

L’informazione, impregiudicato il requisito della sua completezza, realizza il consenso informato solo nel momento in cui viene resa accessibile all’interessato ed è compresa effettivamente dal paziente stesso. Ciò ha comportato una rivoluzione dell’orizzonte culturale medico che ha cambiato il rapporto medico – paziente facendolo passare dal tradizionale modello ippocratico paternalista, in cui era il medico a decidere in “*scienza e coscienza*” il bene del paziente, a quello basato sull’autonomia, dove è quest’ultimo a scegliere sulla base di opzioni di cure prospettate dal medico.

Da quando si parla di consenso informato, è stato sancito l’obbligo, per il medico, di ottenere uno specifico assenso all’atto medico in tutti quei casi, in cui, in altre fattispecie diverse da quella del trattamento terapeutico, si sarebbero perfezionati specifici reati.

Detto obbligo trova riscontro nella stessa *Carta Costituzionale*, all’art. 32, II cpv, ove si afferma “*nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*” e che “*la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal*

rispetto della persona umana”; l’art. 13 Cost. sancisce che “*la libertà personale è inviolabile*” e che “*non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione, o di perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge*”.

Un altro chiaro riferimento alla necessità di munirsi, in via preventiva del consenso del paziente, è contenuto nell’art. 50 del codice penale (rubricato “*consenso dell’aveute diritto*”), che così recita: “*non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, con il consenso della persona che può validamente disporne*”.

Per essere giuridicamente valido il consenso della persona assistita deve qualificarsi come *informato, esplicito, libero, autentico e immune da vizi*.

Il paziente, in generale non è un esperto di medicina per cui l’informazione che deve ricevere dal medico, deve essere, innanzi tutto, semplice e comprensibile (oltre che rapportata al livello di cultura), ma anche esauriente, nel senso che deve chiarire o rispondere a tutti i dubbi o alle richieste dell’assistito. Inoltre, essa deve essere veritiera, serena ed emotivamente equilibrata, sorretta da speranza e controllato ottimismo; comunque, in rapporto con la reattività del paziente, potrà essere valutata l’opportunità di non rivelare al malato o di attenuare una prognosi grave o infausta, nel qual caso questa dovrà essere comunicata ai congiunti. Al contrario, la richiesta dei familiari di fornire al paziente informazioni non veritiere non è vincolante per il medico.

In mancanza di una norma specifica dalla quale promani la liceità del consenso all’atto medico, in dottrina sono state elaborate diverse ipotesi circa la sua natura giuridica: a) causa di giustificazione valida per qualsiasi trattamento sanitario; b) presupposto-limite necessario per la liceità di un’attività giuridicamente autorizzata; c) requisito ordinario imprescindibile di liceità, il quale risulta condizione necessaria per la validità del trattamento.

La funzione di permettere al paziente una libera e consapevole scelta se sottoporsi o meno ad un certo trattamento, onde garantire la sua libertà di autodeterminazione in ordine alla sfera psicofisica, induce l'orientamento maggioritario a ricondurre il consenso nell'ambito dei diritti costituzionali della persona (articoli 2, 13 e 32, comma 2, della Costituzione).

D'altronde, è proprio sulla rilevanza costituzionale del bene tutelato che si fonda il consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che ammette il concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico (in specie, dell'odontoiatra) *ex art. 2043 c.c.*

Volendo tentare una rapida elencazione di massima dei requisiti su cui vi è maggiore condivisione, può dirsi che un consenso informato legittimamente valido:

1) deve garantire la *corretta e completa* informazione in ordine alla diagnosi della malattia nonché all'intervento consigliato, con particolare attenzione all'illustrazione di quelli che sono gli eventuali benefici e/o rischi connessi al trattamento consigliato ed al suo rifiuto;

2) deve essere *espreso*: non può essere desunto *per facta concludentia* e non è sufficiente se tacito, pur non occorrendo formule sacramentali.

È, in ogni caso, auspicabile che il consenso sia rilasciato in forma scritta, non soltanto perché in tal modo, in caso di contestazione, il medico si troverà nelle condizioni di dimostrare di avere acquisito un legittimo consenso (non ammettendosi da più parti la possibilità di ricorrere alla prova testimoniale con l'ascolto dei colleghi del sanitario al quale è contestato il deficit informativo), ma anche perché si ritiene che il paziente possa meglio "assimilare" le numerose informazioni fornite dal medico.

3) deve essere *personale*: non è ammissibile alcuna forma di rappresentanza;

4) deve essere *consapevole e manifesto*: il paziente deve essere capace di intendere e di volere e la propria manifestazione di volontà non deve dare adito a dubbi o equivoci di nessuna natura ed entità;

5) deve essere *libero* e cioè, immune da coartazione, inganno o errore, né contrario all'ordine pubblico ed al buon costume; in ogni caso, il consenso non è insindacabile né è traducibile in arbitraria volontà di fare del proprio corpo ciò che si desidera.

6) deve essere *preventivo* ma sempre *attuale*: esso è preliminare all'avvio del trattamento sanitario e deve essere presente per tutta la sua durata, essendo suscettibile di revoca.

7) deve essere *specifico*: si riferisce unicamente alla prestazione che viene prospettata al paziente; il che vuol dire che un intervento diverso da quello consentito non è legittimato, salvo che nei limiti in cui venga a configurarsi una situazione riconducibile allo stato di necessità.

È di fondamentale importanza che il paziente esprima con cognizione di causa la sua volontà; nel caso di trattamenti terapeutici ciclici – una volta espresso il consenso iniziale, sulla scorta di un'informazione resa per lo svolgimento dell'intera terapia, esso non deve essere di volta in volta rinnovato, anche ove il medico, che esegue una fase della terapia, sia diverso da quello che all'inizio del trattamento ha ricevuto il consenso espresso.

Il consenso deve essere normalmente acquisito dal medico che eseguirà il trattamento. Qualora l'attività sanitaria si articoli, poi, in varie fasi, ciascuna delle quali presenti rischi specifici e distinti (si pensi alla sequela: accertamenti diagnostici, pratica di anestesia, intervento chirurgico), il consenso dovrà essere acquisito dal sanitario preposto ad ogni singola fase, mentre nel caso in cui l'intervento venga eseguito da una équipe, la raccolta del consenso spetta al responsabile dell'équipe stessa.

Il medico deve fornire al paziente tutti gli elementi che gli permettano di effettuare la scelta: egli sarà tenuto a fornire le informazioni necessarie affinché il paziente, tenuto conto del suo livello culturale, possa comprendere la situazione clinica e decidere consapevolmente; l'impegno che il medico dovrà approfondire nell'informazione sarà quindi diverso a seconda che il paziente sia un suo collega, ovvero un soggetto dotato

di modeste conoscenze mediche, magari caratterizzato pure da una forte emotività. Come già detto, l'informazione adeguata è quella che pone il paziente in grado di conoscere diagnosi, prognosi e metodi di cura a disposizione, nonché di valutare ogni tipo di rischio e ogni prospettiva della prestazione sanitaria. Ovviamente non saranno valutabili anche gli esiti anomali ai limiti del fortuito: la Suprema Corte ha affermato, infatti, che l'informazione concernente le conseguenze deve avere ad oggetto soltanto quelle tipiche, cioè quelle prevedibili secondo l'*id quod plerumque accidit*; invero, una informazione eccessiva potrebbe suscitare nel paziente timori ingiustificati e tali da indurlo a non sottoporsi al trattamento.

Il medico può, tra l'altro limitare le informazioni od ometterne alcune solo qualora queste possano pregiudicare la salute stessa del paziente provocando imprevedibili ripercussioni di tipo psicologico.

Proprio in merito all'estensione dell'obbligo di informazione, si discute se essa debba comprendere tutti i metodi di cura – frutto di protocolli scientifici – ovvero solo quello ritenuto adeguato dal medico curante rispetto alla malattia diagnosticata; secondo la teoria più accreditata il consenso effettivamente consapevole deve essere completo, nel senso che al paziente vanno prospettati tutti i possibili metodi di cura – corredati dalle rispettive percentuali di guarigione e dei rischi connessi alla loro durata, in modo che quest'ultimo possa, con l'ausilio tecnico del sanitario, determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi.

L'informazione del paziente, oltre che adeguata, deve essere veritiera in relazione sia alla diagnosi, sia alla prognosi, che vanno prospettate al soggetto assistito con realismo e tenendo conto – nei limiti del possibile – dei dati statistici di cui dispone la scienza medica circa le possibilità di riuscita della terapia.

Nel nostro ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1350 c.c., vige il principio di libertà di

forma. In sostanza, laddove non sia prescritta una determinata forma *ad validitatem* o *ad probationem* per un atto, questa è libera.

Per la maggior parte dei casi che riguardano gli odontoiatri, il consenso è considerato implicito nella richiesta di prestazione e viene ritenuto ampiamente sufficiente nei casi di trattamenti semplici e conosciuti dai pazienti. Nel caso di interventi complessi, naturalmente, sarebbe auspicabile un consenso scritto (cfr. Corte d'Appello Bari, 30 giugno 2005; Trib. Bologna, 8 agosto 2005).

Un delicato problema riguarda la richiesta da parte del paziente di cure di dubbia validità o controindicate, come la richiesta di interventi in assenza di alcuna finalità di tutela della salute.

La dottrina è divisa: secondo un'opinione minoritaria, il sanitario dovrebbe informare il paziente delle criticità, ma, persistendo il rifiuto di altre soluzioni, dopo un consenso informato reso per iscritto, si potrebbe procedere con la prestazione dubbia.

L'orientamento prevalente, al contrario, ritiene che il consenso dell'avente diritto non sia sufficiente ad autorizzare l'odontoiatra a fornire la prestazione richiesta, qualora l'intervento configuri un atto di disposizione del proprio corpo dal quale possa derivare una diminuzione permanente dell'integrità fisica; tale prestazione andrebbe rifiutata, configurando lesione personale.

In queste ed altre simili posizioni il principio dell'autonomia negoziale deve sottostare ai limiti imposti dalla legge. Già la Costituzione, del resto, non legittima il paziente a disporre della propria salute senza alcuna limitazione (e così si esprime anche l'art. 5 c.c.); sulla stessa falsariga si pone la scriminante di cui all'art. 50 c.p. (consenso dell'avente diritto), inoperativa per escludere la colpa del sanitario, in quanto il diritto alla salute è un bene indisponibile.

In materia contrattuale, inoltre, qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave è ritenuto nullo (art. 1229 c.c.).

Affinché il consenso sia valido deve essere prestato da un soggetto in grado di comprendere la natura dell'intervento e i rischi

connessi, e l'incapacità, legale o naturale è causa della nullità e dell'annullabilità del contratto (artt. 1418, 1425-1426 c.c.).

Inoltre, secondo una concorde giurisprudenza, il sanitario può essere chiamato a rispondere come conseguenza dell'atto arbitrario, in presenza di un consenso non valido, anche per complicità non riconducibili a colpa; il medesimo rischio, in caso di corretta informazione, si trasferirebbe in capo al paziente.

In ambito odontoiatrico si verificano, talvolta, contestazioni tra sanitario e paziente, inerenti l'esecuzione di cure diverse da quelle pattuite, magari più costose, a fronte di una mancata informazione.

Oltre alle conseguenze civili che possono derivare da un consenso omesso o non valido che si ripercuotono sulla validità della prestazione intesa come "contratto", va tenuto presente che l'odontoiatra che viola queste norme di comportamento risponde anche penalmente, dal momento che la salute è un diritto inviolabile del cittadino, tutelato ad ampio spettro nell'ordinamento.

La Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi più volte sulle fattispecie della responsabilità medica e del consenso informato. La sentenza n. 11335/08, ad esempio, ha asserito che *"l'attività medica richiede per la sua valida e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che costituisce un presupposto di liceità del trattamento. Il consenso informato ha, come contenuto concreto, la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. L'inidoneità del consenso impedisce di invocare la scriminante e impone un nuovo giudizio sui fatti, che vanno qualificati e valutati come lesioni colpose"*.

Decisamente improntata al *favor rei*, poi, è la pronuncia n. 37077/08, nella quale la Suprema Corte Penale così si esprime: *"Non è discutibile che l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il "consenso" del paziente. È da escludere che dall'intervento effettuato in assenza di consenso o con*

un consenso prestato in modo invalido possa di norme farsi discendere la responsabilità del medico a titolo di lesioni volontarie ovvero, in caso di esito letale, a titolo di omicidio preterintenzionale, in quanto il sanitario si trova ad agire, magari erroneamente, ma pur sempre con una finalità curativa che è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni. Il consenso informato ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale".

Naturalmente, la responsabilità dell'odontoiatra si configura non solo in caso di consenso informato scorretto o mancante, ma, altresì, in caso di veri e propri "errori".

Il paziente che si ritenga colposamente danneggiato, per una terapia odontoiatrica ritenuta insoddisfacente o errata, di regola sceglie la tutela civilistica, ma, proprio per il delicato tema in cui si versa, non può escludersi il ricorso alla tutela penale.

Va precisato che i dati statistici presentano un numero di denunce penali veramente esiguo in questo settore.

Ciononostante, il più grande incubo dell'odontoiatra risiede nella possibilità che gli eventuali danni al paziente diano luogo, preliminarmente o parallelamente alla richiesta di risarcimento danni, a un procedimento penale.

Al riguardo occorre, anzitutto, stigmatizzare che in sede civile il danneggiato gode di maggior tutela per mezzo della presunzione di colpa e dell'inversione dell'onere della prova, mentre in campo penale l'accertamento è più rigoroso e garantista per il sanitario, poiché si può addivenire ad una condanna dello stesso solo ove sia accertata la sua colpevolezza *"oltre ogni ragionevole dubbio"*. Una vera e propria *probatio* diabolica, considerando quelle che sono le peculiarità della scienza medica. Individuare la responsabilità penale del medico nel verificarsi del fatto lesivo, infatti, significa individuare un comportamento (omissivo o commissivo), senza il quale il danno non si sarebbe verificato, al di là di ogni ragionevole dubbio.

Suddetto criterio, dunque, determina che tra il comportamento individuato e il fatto lesivo debba sussistere un nesso di causalità certo o, comunque, una correlazione statistica prossima al 100%.

Criteri tanto stringenti si rendono necessari poiché in sede penale sono in gioco valori supremi.

Considerando lo stress psicologico, oltre alle inevitabili ricadute in tema d'immagine del professionista, si può affermare con notevole sicurezza che la pena vera e propria di un processo penale a carico di un sanitario e, nella specie, di un odontoiatra, sia costituita dall'onta del processo più che dalle pene irrogate in concreto (solitamente multe o reclusione per brevi periodi, con pena sospesa e concessione dei benefici di legge).

Per la loro peculiarità, le prestazioni odontoiatriche errate integrano il delitto di lesioni personali colpose procedibili a querela della persona offesa (art. 590 c.p.) entro tre mesi dal momento in cui il titolare del diritto si è reso conto della sussistenza degli elementi costitutivi del reato ed in rarissimi casi gli estremi dell'omicidio colposo (art. 589 c.p.) procedibile d'ufficio.

Quello che può, tuttavia, accadere è che, nonostante l'esiguità del danno prodotto, il paziente (anche per ragioni personali legati ad una sorta di desiderio di rivalsa e di punizione nei confronti dell'odontoiatra) scelga la sede penale per la tutela dei propri interessi; scelta che diventa più comprensibile nell'ottica di addivenire ad una definizione bonaria della controversia. La remissione della querela, infatti, comporta l'estinzione del reato.

Il processo penale è sicuramente più celere di quello civile (e ciò, invero, costituisce ulteriore elemento a conforto della scelta della persona offesa), ma questo potrebbe rilevarsi un vantaggio solo apparente poiché il risarcimento viene molto dilazionato nel tempo: in sede penale, infatti, nella stragrande maggioranza delle ipotesi non viene effettuata una liquidazione completa del danno ma c'è solo il riconoscimento di una somma a titolo di provvisoria, demandando all'incardinando

giudizio civile la quantificazione esatta dello stesso. Ciò comporta, naturalmente, una duplicazione dei tempi di attesa.

L'eventuale costituzione del danneggiato quale parte civile, inoltre, sospende l'eventuale processo civile sino all'esito del processo penale (art. 75 c.p.p.). A ciò si aggiunga, infine, che nel nostro ordinamento non vige un'automatica efficacia della sentenza penale in altri giudizi (art. 654 c.p.p.) e che la sentenza di patteggiamento di cui all'art. 444 c.p.p. non può essere valutata come affermazione della propria responsabilità, pertanto non può essere utilizzata a supporto della tesi accusatoria di un eventuale successivo giudizio civile.

Alla luce di tutte queste considerazioni, in una valutazione costi-benefici, dunque, sicuramente conviene, dal punto di vista economico, rivolgersi alle competenti sedi civili. Senza contare che, come già detto, addivenire ad una condanna penale e riuscire a provare la colpevolezza dell'odontoiatra oltre ogni ragionevole dubbio è estremamente difficile.

Per quanto riguarda l'accertamento del nesso causale, occorre precisare che il giudice deve pervenire ad un suo accertamento rigoroso nel caso concreto, ipotesi percorribile nei reati commissivi. Ma, poiché la medicina è per definizione una scienza probabilistica e, come tale, soggetta alla fallacia, il giudice deve poter valorizzare proprio il dato probabilistico, soprattutto nelle ipotesi di reato omissivo nelle quali è più difficile effettuare un giudizio controfattuale inserendo nella ipotetica ricostruzione dei fatti la condotta omessa che avrebbe potuto rivelarsi risolutiva.

Proprio in questa direzione, in riferimento alla responsabilità del medico in generale ma sicuramente trasponibile nel caso di specie della responsabilità dell'odontoiatra, nel 2002 le sezioni unite penali, con la ben nota sentenza Franzese, sono intervenute per dirimere un contrasto interpretativo venutosi a creare all'interno della IV sezione della Corte di Cassazione Penale, in merito alla ricostruzione del nesso causale tra condotta omissiva ed evento.

In alcune sentenze si era affermato che non sarebbe stata più sufficiente la dimostrazione di una “seria e apprezzabile probabilità di successo”, ritenendo che, per giungere alla affermazione della penale responsabilità, occorre la prova che il comportamento alternativo dell’agente avrebbe impedito l’evento con un “elevato grado di probabilità prossimo alla certezza”.

Questo principio è diventato una vera e propria pietra miliare della giurisprudenza italiana dell’ultimo decennio, sollecitando altre pronunce (tanto di merito, quanto di legittimità) che si sono poste sulla medesima falsariga ed inducendo ad una riforma del codice di procedura penale, all’art. 533, che ora così testualmente recita: “Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio [...]”.

Ciò è comprovato da una serie di autorevoli pronunce della Suprema Corte: “In tema di responsabilità professionale del sanitario, in linea con quanto puntualizzato dalle Sezioni Unite (sentenza 10 luglio 2002, Franzese), nella ricostruzione del nesso eziologico tra la condotta omissiva del sanitario e l’evento lesivo, il giudice potrà (anzi, dovrà) partire dalle leggi scientifiche di copertura e in primo luogo da quelle statistiche che, quando esistano, costituiscono il punto di partenza dell’indagine giudiziaria. Però, dovrà poi verificare se tali leggi siano adattabili al caso esaminato, prendendo in esame tutte le caratteristiche specifiche che potrebbero minarne – in un senso o nell’altro – il valore di credibilità, e dovrà verificare, altresì, se queste leggi siano compatibili con l’età, il sesso, le condizioni generali del paziente, con la presenza o l’assenza di altri fenomeni morbosi interagenti, con la sensibilità individuale ad un determinato trattamento farmacologico e con tutte le altre condizioni, presenti nella persona nei cui confronti è stato omissivo il trattamento richiesto, che appaiono idonee ad influenzare il giudizio di probabilità logica.

In una tale prospettiva, il dato statistico, lungi dall’essere considerato ex se privo di qualsivoglia rilevanza, ben potrà essere ap-

prezzato dal giudice nel caso concreto, ai fini della sua decisione, se riconosciuto come esistente e rilevante, unitamente a tutte le altre emergenze fattuali della specifica vicenda sub iudice, apprezzando in proposito, laddove concretamente esistenti ed utilizzabili, oltre alle leggi statistiche, le “regole scientifiche” e quelle dettate dall’“esperienza”. In questo giudizio complessivo, il giudice dovrà verificare l’eventuale emergenza di “fattori alternativi” che possano porsi come causa dell’evento lesivo, tali da non consentire di poter pervenire ad un giudizio di elevata credibilità razionale (“al di là di ogni ragionevole dubbio”) sulla riconducibilità di tale evento alla condotta omissiva del sanitario. [...] L’insufficienza, la contraddittorietà e/o l’incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale e, quindi, il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico, rispetto ad altri fattori interagenti o eccezionalmente sopravvenuti nella produzione dell’evento lesivo, non potrà che importare una conclusione assolutoria” (cfr., ex multis, Cass., Sent. 4177/07; Cass., Sent. 36162/07; Cass., Sent. 16995/06; Cass., Sent. 12894/06; Cass., Sent. 23881/06).

In sostanza, nell’accertamento del rapporto di causalità fra l’omessa corretta terapia e la morte del paziente, non può sostituirsi il concetto di alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica con quello di semplice possibilità.

I casi di malpractice medica, come già osservato, hanno quale elemento psicologico del reato (nel campo penale) e quale connotazione soggettiva (in campo civile) la colpa, seppur nelle sue svariate declinazioni (dalla colpa lieve alla colpa grave).

Questo concetto ha una valenza unitaria all’interno dei due diversi rami dell’ordinamento giuridico.

In sede penale, infatti, viene trasposta la norma civile che prevede la graduazione della colpa, con aggettivazioni tipo lieve o grave, per commisurare il grado di perizia esigibile in rapporto alle difficoltà tecniche del trattamento nella risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà (art. 2236 c.c.).

Ai fini penalistici, tuttavia, la colpa medica va valutata alla stregua degli ordinari criteri dettati dall'art. 43 c.p. e non di quelli dettati dall'art. 2236 c.c., per cui può venire in rilievo anche la colpa lieve, da rapportarsi, in termini di esigibilità, all'homo *eiusdem professionis et condicionis*, tenendo conto, tra l'altro, con riguardo alla scusabilità o meno dell'errore, del grado di difficoltà tecnico-scientifica e dei conseguenti, eventuali margini di opinabilità che il caso presenta, ferma restando poi la possibilità che la colpa, oltre che nell'imperizia, possa consistere anche in negligenza o imprudenza, le quali abbiano concorso a determinare l'errore (cfr. Cass., sentenza n. 39637/02 che si oppone ad un più risalente orientamento manifestato da Cass., sentenza n. 14446/90, secondo la quale *"in tema di colpa professionale, l'errore del medico riceve un trattamento giuridico particolare, nel senso che esso, per essere enalmente rilevante, non può che configurarsi nel quadro della colpa grave, richiamata dall'art. 2236 c.c., la quale si riscontra nell'errore inescusabile che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter adoperare correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o diligenza che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria"*).

Le lesioni personali sono i delitti contro l'incolumità individuale con cui più frequentemente l'odontoiatra può trovarsi a contatto. Esse possono essere classificate in base all'intenzione (in dolose e colpose) e in base alla gravità, che tiene conto della durata della malattia e delle aggravanti biologiche: lievissime, con durata di malattia inferiore a 20 giorni, sempre procedibili a querela tanto dolose che colpose (art. 582 c.p.); lievi con durata di malattia tra 20 e 40 giorni, procedibili a querela se colpose, d'ufficio se dolose (art. 590 c.p.); gravi con durata della malattia superiore a 40 giorni, oppure indipendentemente dalla durata della malattia in presenza

di aggravanti biologiche previste dall'art. 583 c.p.; procedibili d'ufficio se dolose o se colpose, ma commesse con violazione delle norme per la tutela della salute sul lavoro (art. 590 c.p.); gravissime se causano malattia di durata non determinabile, oppure se sussistono aggravanti biologiche; procedibili come le lesioni gravi.

Nello specifico ambito della responsabilità dell'odontoiatra, occorre rilevare che l'apparato dentario è spesso considerato quale organo (dal momento che assolve alle funzioni della masticazione e della onazione), pertanto la perdita o la rottura, anche parziale, di uno o più denti può costituire indebolimento permanente, idoneo a costituire lesione grave, senza che rilevi il fatto che possa riacquistare completa efficienza tramite una protesi.

Per quanto riguarda l'indebolimento permanente della funzione masticatoria, le pronunce giurisprudenziali della Suprema Corte sono senza ombra di dubbio particolarmente rigorose.

Tali interpretazioni giuridiche sono, come si osservava, difformi dai risultati delle ricerca clinica che indicano come scarsamente influenti sulla capacità masticatoria le situazioni in cui siano stati persi sino a cinque denti posteriori (mentre la Cassazione con orientamento granitico che si sussegue da un quarto di secolo ha ritenuto il contrario). Ai fini del concetto di indebolimento permanente, è irrilevante che quell'organo fosse già indebolito.

Fin qui con riguardo alla responsabilità penale dell'odontoiatra.

Quanto all'ambito civile, tra odontoiatra e paziente sussiste un contratto in base al quale il sanitario ha il dovere di usare la diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c., pena la risoluzione dello stesso e l'obbligo di risarcire il danno.

Secondo il disposto di quest'articolo, al sanitario è richiesta una diligenza che va valutata avendo come riferimento un professionista della stessa capacità (*homo eiusdem professionis et condicionis*); tale responsabilità è sicuramente maggiore, aggravata, rispetto a quella ritenuta come sufficiente nell'a-

dempimento delle altre obbligazioni (per le quali è sufficiente che si adoperi un grado di diligenza medio) e determina l'obbligo di seguire pedissequamente le *leges artis*.

Il paziente che decida di adire le vie legali per chiedere tutela civile si troverà di fronte ad un quadro estremamente favorevole. Ed invero, secondo i principi di presunzione di colpa e di inversione dell'onere della prova, sull'odontoiatra incomberà l'obbligo di dimostrare la correttezza del proprio operato o l'impossibilità per cause a lui non imputabili ex art. 1218 c.c..

Il sanitario può, inoltre, rispondere anche per responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.. L'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, in ambito civilistico, si è orientata nel senso di una maggiore severità nel valutare il comportamento di sanitari e la loro colpa.

L'affermazione assume particolare pregnanza nel corso delle prestazioni odontoiatriche, soprattutto se rivestono finalità di tipo terapeutico ed estetico: si pensi alle protesi, per le quali può configurarsi un'alta vincolatività di risultato, in armonia con la prevedibilità di risultato positivo e i minori margini di giustificazione determinati dall'evoluzione tecnica del settore.

L'applicazione del principio di presunzione di colpa in caso di insuccesso e la difficoltà di dimostrare il corretto adempimento da parte dell'odontoiatra genera la sensazione di verità processuali difformi dalla realtà clinica. La responsabilità professionale e il diritto al risarcimento si fondano sull'imputabilità, sulla realizzazione di un evento pregiudizievole per la salute e/o il patrimonio di terzi, sul nesso di causalità materiale (artt. 40, 41 c.p.) e sul nesso di causalità psichico (artt. 42, 43 c.p.).

Relativamente al nesso di causalità materiale, la giurisprudenza prevalente segue la teoria della causalità adeguata secondo il c.d. *id quod plerumque accidit*.

Sul piano logico la certezza cede il passo alla ragionevole probabilità, dal momento che l'accertamento giudiziale ha natura prettamente induttiva e se si pretendesse una rigorosa spiegazione causale secondo criteri

di certezza assoluta si finirebbe col frustrare le esigenze di tutela di valori primari.

Del resto, in campo civile il quadro per i sanitari diventa sempre più fosco, anche in considerazione dei recenti orientamenti giurisprudenziali che conferiscono una sempre maggiore tutela del paziente pur senza la dimostrazione della sussistenza del nesso causale; il danneggiato, infatti, può avanzare richieste risarcitorie anche per c.d. perdita di *chances* a causa della condotta colposa del danneggiante.

Il nesso di causalità psichico consiste nella involontaria violazione di doverose regole generali o specifiche di condotta per colpa generica (per imperizia, imprudenza o negligenza) o specifica (per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline).

I termini di prescrizione della responsabilità sono decennali dal momento in cui il paziente viene a conoscenza che il danno possa essere riconducibile a responsabilità di terzi. L'insuccesso terapeutico dimostrato dal paziente fa scattare la presunzione di colpa e l'inversione dell'onere della prova.

La responsabilità extracontrattuale si ravvisa, invece, quando un danno consegua a una condotta colposa, in assenza di un incarico diretto affidato dall'interessato all'autore. Esso affonda le proprie radici sulla violazione del principio del "*neminem laedere*" (art. 2043 c.c.), principio presente anche nel diritto romano. In base al disposto di questa norma, "*qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*".

Il creditore deve fornire la prova del danno, della condotta colposa e del rapporto causale ed il termine di prescrizione per far valere il diritto al risarcimento è quinquennale.

Si segnala che il ricorso alla responsabilità extracontrattuale è eccezionale in odontoiatria e riguarda quasi esclusivamente gli interventi di emergenza.

Si è sopra accennato al fatto che l'onere probatorio è estremamente favorevole per il paziente: questi deve solo provare l'esistenza del contratto ed il peggioramento delle proprie condizioni di salute, mentre grava sull'o-

dontoiatra l'obbligo di dimostrare l'assenza di colpa, dimostrando di aver ben operato e che il peggioramento dipende da eventi imprevedibili e non evitabili con l'ordinaria diligenza professionale (cfr. Cass., sez. III, sent. 14 febbraio 2008, n. 3520).

Molto recentemente, sul punto si è espressa la Suprema Corte (Cass., sez. III, sent. 21 luglio 2011, n. 15993), asserendo che *il medico deve possedere una preparazione tale da metterlo nella condizioni di affrontare anche situazioni complesse*, a nulla rilevando la situazione già degradata dell'apparato dentario del paziente.

Secondo gli Ermellini, dunque, spetta al medico l'onere di provare la sua diligenza o che *“pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno”*, mentre il paziente può limitarsi a contestare l'inesattezza dell'adempimento, per violazione dei doveri di informazione o per la mancata osservanza del compito di diligenza, aspettando che il medico fornisca la prova contraria.

E, a giudicare dal tenore delle ultime pronunce, il quadro per i medici si sta complicando sempre di più.

Proprio lo scorso 20 aprile, inoltre, con Sentenza n. 6275, la Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione ha ribadito che *“in tema di responsabilità civile, per l'accertamento del nesso causale tra condotta illecita ed evento di danno non è necessaria la dimostrazione di un rapporto di consequenzialità necessaria tra la prima ed il secondo, ma è sufficiente la sussistenza di un rapporto di mera probabilità scientifica. Ne consegue che il nesso causale può essere ritenuto sussistente non solo quando il danno possa ritenersi conseguenza inevitabile della condotta, ma anche quando ne sia conseguenza altamente probabile e verosimile”*.

A causa della presunzione di colpa e dell'onere della prova definito (impropriamente, a dire il vero) “invertito”, l'obbligazione dell'odontoiatra (e quella del sanitario in generale) si sta avvicinando sempre di più ad una vera e propria obbligazione di risultato, nella quale, cioè, il professionista non è più

obbligato solo ad operare secondo diligenza professionale, ma a garantire al paziente il risultato da questi desiderato.

È, questo, un eccesso che può, forse, essere considerato uno dei motivi dell'attuale “accanimento” nei confronti della classe medica. Ed invero, fin da quando è sorta la distinzione tra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato (figura di creazione dottrinale, che vede la paternità, in modo particolare, del Prof. Mengoni), le obbligazioni dei professionisti (non solo dei medici, ma anche degli avvocati e comunque di tutti i professionisti la cui prestazione può essere ricompresa nel novero della prestazione intellettuale di cui agli artt. 2229 e ss. del c.c.) per antonomasia sono state qualificate come obbligazioni di mezzi. Ciò tanto più in ambito medico, laddove il risultato è condizionato da un insieme di altri fattori del tutto esogeni rispetto alla semplice condotta del sanitario e che dipendono, anche, dalla reattività del paziente stesso alle terapie utilizzate.

Il concetto di “mezzi” entro i quali circoscrivere la responsabilità dell'odontoiatra comprende il complesso delle nozioni tecniche e scientifiche in costante evoluzione cui la condotta del sanitario deve attenersi. Non c'è un espresso obbligo del sanitario a seguire pedissequamente i protocolli suggeriti, ma certamente il derogarvi in assenza di comprovati motivi può costituire un elemento indicativo di una certa imperizia.

Come si diceva, questo orientamento appare oggi superato da un orientamento in base al quale l'alea del risultato è sempre più ridotta; orbene, quel tipo di prestazioni che riducono al minimo l'incertezza, vuoi perché si tratta di interventi *routinari*, vuoi perché si tratta di operazioni facilmente controllabili, sono considerate vere e proprie obbligazioni di risultato, con tutte le conseguenze che ne derivano.

L'insuccesso in casi come questi creerebbe, dunque, una pressoché automatica presunzione di negligenza. Anche la giurisprudenza si sta muovendo verso questa direzione, differenziando il rapporto tra medico e paziente nel caso si persegua la guarigione da un'infermità (in cui sussiste un obbligo di mezzi),

dal caso di finalità prevalentemente estetiche (nel quale c'è un vincolo di risultato).

Questa dicotomia lascia un po' il tempo che trova in odontoiatria, dal momento che durante un'operazione sono spesso indistricabilmente connesse tra loro le finalità estetiche e quelle funzionali; si può, tuttavia, affermare la sussistenza di un obbligo più rigoroso di diligenza e informazione nelle prestazioni con prevalenti e dichiarate finalità estetiche.

Nelle prestazioni qualificate in termini di vincolatività del risultato, si vedrà trasferito sull'operatore sanitario l'onere di provare la non routinarietà della prestazione.

Sul concetto di obbligazione dell'odontoiatra come obbligazione di mezzi, recentemente, si veda sent. Trib. Nola, Dott. Mattei, 6 dicembre 2010.

Mentre esiste una causa di esclusione della punibilità laddove il medico agisca con colpa lieve (imperizia relativa) nel caso di problemi tecnici di speciale difficoltà, i casi di negligenza e imprudenza risultano sempre inescusabili e lo sono a maggior ragione nei casi che richiedono maggiore scrupolosità. L'onere probatorio è invertito a favore dell'odontoiatra e grava sul paziente che dovrà dimostrare (Cass., S.U., sentenza n. 13533/01) la sussistenza del nesso di causalità tra atto odontoiatrico, danno ed errore da parte dell'odontoiatra; dovrà, inoltre, individuare la colpa grave, vale a dire un errore grossolano, incompatibile col minimo di conoscenze richieste a un odontoiatra abilitato all'esercizio professionale. Il professionista, invece, potrà limitarsi a dimostrare che l'intervento richiedeva la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Orbene, stante la natura contrattuale di tale tipo di responsabilità, spetta al paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento della prestazione ricevuta, restando a carico del medico solo la prova della corretta esecuzione del trattamento, secondo le *leges artis* (cfr. Cass., sent. 19145/05).

L'evoluzione recente della giurisprudenza ha ristretto i concetti di speciale difficoltà e colpa grave.

Il punto nodale è ora posto sulla condivisione della conoscenza da parte della comunità scientifica, pertanto un errore incorso in un caso noto, seppur difficile, è censurato anche per colpa lieve.

Dal quadro attuale, in sostanza, risulta che il rigetto della responsabilità è confinato a casi sporadici e, quindi, il sanitario finisce per essere ritenuto sempre responsabile, cosicché l'art. 2236 sta perdendo, nel tempo, la sua primigenia funzione garantista.

Ed invero, recente giurisprudenza asserisce che *“il risultato “anomalo” o anormale – in ragione dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza – dell'intervento medico-chirurgico, fonte di responsabilità, è da ravvisarsi non solo in presenza di aggravamento dello stato morboso, o in caso di insorgenza di una nuova patologia, ma anche quando l'esito non abbia prodotto il miglioramento costituente oggetto della prestazione cui il medico è tenuto, producendo, invece, conseguenze di carattere fisico e psicologico”* (Cass., sent. 8826/07).

Del resto, che addivenire ad una sentenza di condanna civile fosse molto più semplice di quanto non lo fosse in ambito penale è, ormai, principio noto ai più, stante lo standard probatorio decisamente meno stringente: *“nel sottosistema civilistico il nesso di causalità (materiale) – la cui valutazione è diversa da quella penale – può consistere anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso secondo il criterio del “più probabile che non”, con la conseguenza che è viziata la decisione che escluda il nesso causale per il solo fatto che il danno non possa essere ascritto ad un errore del sanitario”* (cfr. Cass., sent. 975/09; Cass., sent. 23676/08; Cass., sent. 21619/07). Si veda anche Cass., sent. 11755/06: *“I criteri di accertamento del nesso causale adottati dalla sentenza “Franzese” delle sezioni unite penali – alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale – trovano applicazione nel solo diritto penale e nelle fattispecie omissive.*

Nelle ipotesi di responsabilità civile, soprattutto se si versa in casi di illecito (anche)

commissivo, la verifica probabilistica può arrestarsi su soglie meno elevate di accertamento controfattuale”.

In sostanza, in tema di responsabilità civile, per l'accertamento del nesso causale tra condotta illecita ed evento di danno non è necessaria la dimostrazione di un rapporto di consequenzialità necessaria tra la prima ed il secondo, ma è sufficiente la sussistenza di un rapporto di mera probabilità scientifica. Il nesso causale, dunque, può essere ritenuto sussistente non solo quando il danno possa ritenersi conseguenza inevitabile della condotta, ma anche quando ne sia una conseguenza anche solo probabile (cfr. Cass., sent. 11755/06).

Un ulteriore aspetto da valutare per offrire un quadro completo della situazione consiste nel fatto che, affermandosi sempre più le società tra professionisti anche nell'ambito medico, correlativamente, l'eventualità di danno alla persona introduce il tema della responsabilità di gruppo, incentrato sulla ripartizione dei compiti e sulle responsabilità differenziate di ciascun sanitario intervenuto.

In ambito penale ogni componente dell'équipe deve personalmente rispondere del proprio comportamento e si manifesteranno le figure di concorso di persone nel reato o cooperazione nel delitto colposo. Non è escluso, tuttavia, che il soggetto venga giudicato responsabile, anche per una mancata vigilanza sull'operato altrui (dunque, per responsabilità omissiva).

In sede civile operano altri criteri, rivolti più alla tutela del danneggiato, garantendo comunque il risarcimento. Basti pensare agli articoli del codice civile dedicati alla responsabilità oggettiva, che prescindono dall'effettivo operato materiale del professionista imputandogli delle responsabilità anche per c.d. *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*. In pratica, l'efficiente difesa del singolo professionista, indipendentemente dal ruolo nell'équipe e dall'ambito giuridico, consiste nella dimostrazione della sua estraneità ai fatti o nel difetto di legittimazione passiva. Tale obiettivo può essere raggiunto dimostrando la correttezza del proprio operato, l'autono-

mia degli altri intervenuti, l'impossibilità di prevenire l'altrui errore.

Il professionista può avvalersi sotto la propria responsabilità di sostituti e ausiliari, entro le loro competenze e con il consenso dall'assistito; egli è responsabile per danni ingiusti arrecati dal dipendente o dall'odontoiatra incaricato di una parte del trattamento e provvisto di minore esperienza o qualifica. Al collaboratore non spetta un dovere di subordinazione cieca e assoluta, ma è soggetto all'obbligo di vigilare sul capoequipe in merito alla liceità degli ordini. In caso contrario sul subordinato incombe il vero e proprio dovere di dissentire per evitare la responsabilità.

Infatti, il collaboratore non è un mero esecutore di ordini del medico che svolga funzioni di tutore nei suoi confronti, ma è dotato della c.d. "autonomia vincolata" nello svolgimento delle attività medico-chirurgiche di cui sia stato incaricato; egli è, dunque, titolare di una posizione di garanzia di protezione del paziente che sia stato affidato alle sue cure e risponde degli eventi dannosi verificatisi per inosservanza delle leggi dell'arte medica, mentre il medico c.d. "tutore" risponde del mancato controllo delle attività svolte dallo specializzando sotto la sua direzione (cfr. Cass., sent. 32424/08).

Tale soluzione mira a tutelare in misura massima il paziente, ritenuto parte debole nel rapporto contrattuale, per il quale sarebbe gravoso risalire a tutti i soggetti che possono aver avuto un ruolo nell'insuccesso.

Nell'ambito dell'équipe ogni specialista apporta all'operazione il proprio contributo limitatamente al proprio campo di esperienza, in piena autonomia operativa.

Il principio dell'affidamento si basa sulla ripartizione dei compiti e l'attribuzione di competenze autonome ai membri. In generale, ognuno risponde per la parte di danno derivata dal lavoro di cui è direttamente responsabile.

Quando non si riesca a individuare chi effettivamente causò il danno, in ambito civile tutti i componenti dell'équipe medica che hanno cooperato dovranno rispondere in solido.

Nelle strutture complesse è necessaria la nomina di un direttore sanitario la cui competenza e conseguente responsabilità non attiene tanto al controllo della corretta esecuzione tecnica delle singole prestazioni sanitarie, quanto agli aspetti strutturali.

Ne consegue che il direttore sanitario risponde, in ipotesi di danno alla persona, per responsabilità riconducibile ad errori del personale dipendente ed alle insufficienze organizzative e strutturali dell'ambiente di lavoro in virtù di una responsabilità aggravata giustificata dalla sua posizione apicale all'interno della struttura. L'errore materiale, invece, pende in capo al terapeuta che ha effettivamente operato.

Nell'attività medico-chirurgica, qualora ricorra l'ipotesi di cooperazione multidisciplinare, anche se svolta non contestualmente, è affermazione comune quella secondo cui, in tema di colpa professionale, ogni sanitario, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, è tenuto ad osservare gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedi ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio. Il mancato rispetto di tale obbligo cautelare può fondare la responsabilità concorsuale. È, peraltro, altrettanto comune l'affermazione secondo cui, in tema di responsabilità colposa nella attività di equipe, implicante la partecipazione di più soggetti, secondo una divisione di competenze e con obblighi diversi, deve operare anche il fondamentale "principio di affidamento", finalizzato appunto a contemperare il principio di responsabilità personale con la specializzazione e la divisione dei compiti. Cosicché, proprio invocando il principio dell'affidamento, il soggetto titolare di una posizione di garanzia, come tale tenuto giuridicamente ad impedire

la verifica di un evento dannoso, può andare esente da responsabilità quando questo possa ricondursi alla condotta esclusiva di altri, contitolare di una posizione di garanzia, sulla correttezza del cui operato il primo abbia fatto legittimo affidamento (cfr., *ex multis*, Cass., sent. 3365/10; Cass., sent. 10454/10; Cass., sent. 43958/09; Cass., sent. 24360/08).

Già da questo *excursus* è possibile prendere contezza di come oggi sia un'esigenza del tutto indispensabile ed indifferibile, per il dentista, quella di approfondire i principi che influenzano le varie vicende che inseriscono il rapporto con il paziente.

Gli interventi dei sanitari e la figura stessa del medico, che in passato erano avvolti quasi da un'aura di sacralità in considerazione dei poteri taumaturgici che venivano (forse eccessivamente) ricondotti all'intervento del professionista, sono ora guardati con estrema diffidenza da pazienti sempre pronti a gridare all'errore e a correre in Tribunale.

Occorre, da un lato, cercare di recuperare un po' di quella fiducia che fino a qualche tempo fa informava tale rapporto e, dall'altro, permettere all'odontoiatra di operare serenamente senza sentirsi continuamente sotto esame o, peggio ancora, sotto processo.

Prof. Avv. Paolo Vinci

Relazione tenuta in occasione del XXI Congresso medico giuridico nazionale, promosso dalla Associazione Melchiorre Gioia, Milano, 19 maggio 2012