

Il mancato rispetto delle norme in tema di orario di lavoro e l'aggravamento della responsabilità professionale del medico per reato colposo

Rosa Cervellione Augello
avvocato in Milano
studio.legale@cervellione.it

Le cronache giudiziarie riportano il dato di una sempre maggiore reattività dell'utenza nei confronti del medico ritenuto professionalmente responsabile per eventi che si risolvono negativamente per il paziente; l'attribuzione di tale responsabilità può dare luogo all'imputazione del medico per il delitto di reato colposo previsto dall'art. 43 del codice penale secondo il quale "*Il delitto: ...omissis ... è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline*". **Costituisce circostanza aggravante di tale delitto**, secondo l'art. 61 n. 3 del codice penale "*... l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione del reato*".

Solo il medico è imputabile

Come è noto è solo il medico ad essere imputabile del reato colposo mentre l'ente ospedaliero può essere chiamato a rispondere solo sul piano civilistico. Peraltro, le aziende ospedaliere pubbliche, strette tra la necessità di operare secondo criteri di economicità di tipo privatistico e quella di mantenere comunque attivo il servizio sanitario in ogni ambito (anche quelli meno redditizi) e senza limiti di orario, spesso pretendono dai medici una quantità tale di prestazioni da non consentire il rispetto della normativa dettata in materia di organizzazione dell'orario di lavoro routinario, della quantità di lavoro straordinario, dei riposi anche compensativi, dei permessi destinati all'aggiornamento professionale, delle ferie, delle festività etc. Il mancato rispetto di tali previsioni normative comporta delle conseguenze dirette ed indirette per il medico lavoratore pubblico, alcune delle quali attengono alla sua sfera personale, altre possono comportare

conseguenze verso i terzi e, segnatamente, verso i pazienti.

In considerazione del tema qui trattato, limiteremo il commento alle conseguenze verso i terzi, riservando ad altro momento l'approfondimento della grave lesione dei diritti della persona, in tal modo, quotidianamente perpetrata contro molti medici.

Studi scientifici, probabilmente noti ai lettori di questa rivista, **hanno dimostrato che già dopo 12 ore di veglia, la risposta individuale può essere considerevolmente alterata**. Va da sé che maggiore sarà il numero delle ore di veglia, maggiore e secondo un criterio più che proporzionale, sarà l'alterazione della risposta individuale. Se poi durante queste ore di veglia prolungata il soggetto è sottoposto ad una richiesta di prestazioni impegnative e stressanti sia dal punto di vista fisico che emozionale, non servono neanche studi scientifici per immaginare che il livello di risposta individuale nell'affrontare e risolvere un evento critico, possa essere fortemente alterato. A riprova dell'attendibilità della regola (che oltre che scientifica è di comune esperienza) tali studi hanno fatto rilevare, nell'attività medica delle ore finali di turni notturni, circa un 30% di errori evitabili.

La prevedibilità dell'evento dannoso e l'accettazione del rischio

La prevedibilità dell'alterazione della risposta individuale si riflette in maniera diretta sulla responsabilità del medico per reato colposo. Ed infatti, la responsabilità penale non può prescindere dalla capacità del soggetto agente di rappresentarsi la conseguenza delle proprie azioni che, per essere penalmente rilevanti, non possono che essere **dolose** (cioè volute o, comunque, previste) o **colpose** (cioè non volute ma prevedibili). Se escludiamo che

nella pratica medica possa ricorrere l'ipotesi del dolo ¹ che, caso mai, potrebbe far qualificare l'azione delittuosa anche sotto profili differenti da quelli attinenti la responsabilità professionale, possiamo concentrare l'attenzione sull'atteggiamento soggettivo della colpa che è quella oggetto dell'esame odierno. Senza tediare il lettore con disquisizioni giuridiche sui vari tipi e gradi di colpa individuati dalla giurisprudenza, per quanto qui di interesse, è da sottolineare che la ricorrenza di tale elemento psicologico si tramuta in responsabilità penale in capo al medico. Ed infatti, secondo la giurisprudenza, dato comune in tutte le ipotesi nelle quali è stata ravvisata la responsabilità colposa del medico è rappresentato, **dalla inosservanza, da parte dello stesso, delle doverose precauzioni.** In questi due aggettivi, prevedibile e doveroso, consiste la *ratio* secondo la quale, pur se non voluto da chi lo ha commesso (agente), l'atto colposo è punibile. Ma quando il mancato rispetto delle regole, siano esse nascenti da specifici obblighi professionali (*colpa specifica*) che dalla comune esperienza (*colpa generica*) sia fonte di danno per i terzi e quando tale danno vada a colpire interessi di primaria importanza quali quello alla incolumità psico-fisica o, addirittura, la vita, l'applicazione di una sanzione punitiva, di tipo penale, oltre che giustificata, assolve ad una funzione preventiva diretta a rendere imperativo, per il medico, nell'esercizio della sua professione, adottare comportamenti responsabili e prudenti. **Quello che è, invece, sommamente ingiusto ed ingiustificabile è che il medico subisca tale aggravamento del rischio di commettere reati colposi, come conseguenza dell'illegittimo comportamento del suo datore di lavoro che da tali rischi è immune.**

¹ Rispetto alla responsabilità professionale del medico potrebbe ipotizzarsi il caso di dolo eventuale che rappresenta l'espressione meno grave di intenzionalità e che ha in comune con la colpa cosciente (che, invece, rappresenta l'espressione più intensa della colpa) la prevedibilità dell'evento. I due elementi psicologici, si differenziano, invece, sotto l'aspetto discrezionale che è costituito dall'elemento dell'**accettazione o meno del rischio di produrre l'evento.**

Il mancato rispetto delle norme in tema di orario di lavoro

È (purtroppo) dato di comune esperienza che l'ente pubblico ospedaliero, in palese contrasto con la normativa anche europea, improntata al rispetto dei diritti della persona, sia essa il medico che il paziente, perseguendo un'insana spinta alla "redditività" interpreti molto liberamente, se non in alcuni casi, in maniera del tutto arbitraria, la disciplina dettata per l'organizzazione dell'orario di lavoro obbligando il medico a prestazioni di lavoro straordinario non remunerate con lo strumento dell'ordine di servizio/organizzazione dei turni di lavoro dell'attività di routine. E questo anche se:

- la C.E. 2003/88 Mod 20/4/2005 prevede che *“Gli stati membri prendono le misure necessarie affinché il datore di lavoro che prevede di organizzare il lavoro secondo un certo ritmo tenga conto del **principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano**, segnatamente per attenuare il lavoro monotono ed il lavoro ripetitivo, a seconda del tipo di attività e delle esigenze in materia di sicurezza e di salute, in particolare per quanto riguarda le pause durante l'orario di lavoro”*;
- la Circ. 8/2005 Min. del Lavoro prevede che *“le 24 ore si computano dall'inizio del servizio”* (ad esempio 8 del mattino sino alle 8 del mattino dopo e non come è in uso in alcuni ospedali i cui dirigenti forse non hanno il senso del ridicolo, interrompendo la conta alla mezzanotte per far figurare in due giorni diversi il turno mattino notte);
- il D.L. 66/2003, in punto adeguatezza del riposo, prevede *“il fatto che i lavoratori dispongano di periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che essi, a causa della stanchezza, della fatica o di altri fattori che perturbano la organizzazione del lavoro, **causino lesioni a se stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute a breve o a lungo termine**”* (art. 2 comma 1, j); *“il lavoratore ha diritto a 11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore”*

(Art. 7 comma 1); *“il lavoratore ha diritto ogni sette giorni ad un periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, di regola coincidenti con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all’art 7”* (quindi 24 + 11 = 35 h)(art. 9 : riposi settimanali).

L’orientamento della giurisprudenza

Al riguardo della responsabilità professionale per reato colposo, secondo la giurisprudenza, il protrarsi dell’attività lavorativa, in condizioni routinarie (quindi non durante condizioni eccezionali ed imprevedibili di emergenza/urgenza), oltre l’orario di lavoro previsto dal CCNL e dalle normative vigenti, viene considerato, in caso di evento avverso, **“condotta imprudente”** e costituisce aggravante, dovendosi ritenere come volontaria l’accettazione del turno irregolare ed i rischi connessi. Non può tacersi che quello che è criticabile non è certo il sano ragionamento della giurisprudenza che interpreta correttamente l’elemento psicologico soggettivo della colpa, **ma il perverso meccanismo attraverso il quale il medico ospedaliero vede attribuirsi l’aggravamento della responsabilità da reato costretto dalla necessità di adempiere all’ordine di servizio rappresentato dalla normale organizzazione dei turni di lavoro da parte del suo dirigente.** Ed infatti, il codice penale, nell’individuare il reato di *colpa con previsione*, fa riferimento ad una condotta in cui l’azione sia stata compiuta, pur nella prevedibilità, da parte dell’agente, della possibilità che si avveri un fatto negativo. Il richiamo alla realtà ospedaliera è fin troppo semplice: quale medico che svolga un turno di 15 ore consecutive (previsto dal normale ordine di servizio) non è perfettamente consapevole che se deve trattare un caso alla tredicesima o quindicesima ora del suo turno ha una lucidità e prontezza, fisica e mentale, alquanto ridotte rispetto ai suoi abituali standards? E del resto, l’art. 43 c.p. nell’individuare le caratteristiche fondamentali del reato e della responsabilità colposa, fa riferimento al concetto di prevedibilità al di fuori del quale non vi è spazio per un giudizio di colpevolezza; **solo se era possibile prevedere ciò che non è**

stato previsto, il soggetto agente può essere “incolpato” per non aver tenuto una condotta diversa, idonea ad evitare l’evento lesivo. Il logico presupposto della qualificazione della condotta colposa quale negligente, imprudente ed imperita, risiede nella possibilità dell’agente (nel nostro caso il medico) di prevedere l’accadimento dell’evento lesivo. Qualora, invece, malgrado l’attenzione, la diligenza e la prudenza il soggetto agente non avrebbe potuto, in alcun modo, prevedere l’evento lesivo, la sua condotta non potrebbe mai essere giudicata colposa giacché il punto di partenza del giudizio di responsabilità colposa non può che far riferimento alla condizione oggettiva e soggettiva nella quale si trovava il soggetto agente nel momento in cui ha compiuto l’azione che ha permesso il verificarsi della lesione. Sul punto si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 166 del 28 novembre 1973, con la quale è stato affermato il principio secondo il quale la mitigazione della colpa può essere invocata e riconosciuta solo quando essa consegua all’imperizia (al riguardo della cui ricorrenza occorre valutare la difficoltà di individuazione e soluzione di particolari problemi tecnici che comporta anche il rischio, a volte percentualmente alto, di insuccesso) mentre deve essere giudicata senza alcuna mitigazione la colpa che sia frutto della negligenza o dell’imprudenza (e siamo al nostro caso) che dipendono, unicamente, da una (ingiustificata) condizione soggettiva dell’agente.

Ma può dirsi veramente ingiustificata la condizione soggettiva del medico che sia sfibrato dalla abituale durata di turni massacranti, privato dei normali riposi infragiornalieri, dei riposi compensativi, del riposo settimanale e magari anche delle ferie? Seppure sembri l’improbabile elenco stilato da un soggetto affetto da mania di persecuzione è, invece, la reale situazione di molti medici ospedalieri. Tuttavia e ciò nonostante, si deve ritenere che la condizione soggettiva sopra descritta non possa costituire esimente della responsabilità penale per il reato colposo di cui si è fino ad ora parlato, ma ne costituisca, piuttosto,

un'aggravante oltre che per i motivi già esposti, anche per l'ulteriore considerazione che il medico che si trovi a subire l'inadempimento del suo datore di lavoro al C.C.N.L. non è privo di strumenti di tutela e ben può (e dovrebbe) rivolgersi all'Autorità

Giudiziaria per chiedere l'adempimento del contratto e la cessazione della condotta lesiva dei suoi interessi materiali e dei suoi, **incomprimibili**, diritti personali primo fra tutti quello di non essere posto in condizione di agevolare il proprio errore professionale.