

TRIBUNALE DI NOVARA

La colpa nell'attività medica

Nota a sentenza n. 800/2014 del Tribunale di Novara (est. Pezone)

Dott.ssa Simona Serra

Tirocinante nel settore penale ex art. 73 D.L. 69/2013

SOMMARIO

1. Il caso novarese. Introduzione _____ **p. 17**

- Una delle prime applicazioni dell'art. 3 della L. 189/2012 in un caso di intervento chirurgico di due medici con addebito di non adeguata perizia.
- La moderna relazione intercorrente tra medico e paziente. I riflessi sul contenzioso giudiziario.
- La definizione di un autonomo microsistema normativo e giurisprudenziale nel settore della responsabilità colposa del medico.
- La categoria sfuggente della colpa.

2. Il novum normativo della Legge Balduzzi. Breve excursus storico _____ **p. 21**

- L'esenzione di responsabilità prevista dall'art. 3 della Legge Balduzzi. Graduazione della colpa e recupero della "misura soggettiva" della colpevolezza.
- L'evoluzione della giurisprudenza sulla responsabilità professionale medica.
- La tendenza volta ad accertare la responsabilità penale del medico con riferimento al singolo caso concreto (criticità, ambiguità, condizioni di speciale difficoltà, urgenza). Il problema delle carenze organizzative.
- Sentenza Di Lella. L'esistenza di una posizione di garanzia non basta, da sola, a fondare l'imputazione, dovendosi esperire un rimprovero personale tenendo conto dei margini di incertezza connessi all'individuazione dell'area di rischio consentito, soprattutto in contesti (quali quello psichiatrico) in cui esiste una ineliminabile misura di rischio consentito.

3. Il rischio consentito, la violazione della norma cautelare. Prevedibilità _____ **p. 24**

- La colpa come elemento della colpevolezza. Personalizzazione del dovere di diligenza.
- Il problema della misura del rischio consentito e dei suoi limiti. Il giudice come arbitro.

4. Cosa sono le linee guida? Pregi e difetti _____ **p. 27**

- Le linee guida come suggerimenti, raccomandazioni di comportamento clinico.
- Pregi: funzione di razionalizzazione e uniformazione della conoscenza scientifica, semplificazione nell'accesso, ottimizzazione dei processi di cura.
- Difetti: incompatibilità col principio di libertà di cura del medico, incentivazione dei comportamenti "difensivi". Il problema della sovrapproduzione delle linee guida.

5. Il ruolo delle linee guida nel processo penale _____ **p. 29**

- Le regole scritte nelle linee guida non sono norme cautelari e non configurano ipotesi di colpa specifica. Regole di perizia.

- Il problema della carenza di tassatività dell'illecito colposo e le resistenze al processo di codificazione delle *leges artis* in ambito medicale.
- Giurisprudenza pre-Balduzzi. Come le linee guida incidono nel giudizio penale: rilevanza in ottica accusatoria o disculpante. Il problema dell'inosservanza delle linee guida se il caso concreto richiede un diverso approccio comportamento.
- Giurisprudenza post-Balduzzi. Il ruolo non meccanicistico e non automatico delle linee guida. Il problema del comportamento colposo del sanitario che si sia attenuto alle linee guida.
- La scientificità del giudizio da parte del giudice senza valutazioni a posteriori. Il ruolo del perito.
- Applicabilità dell'art. 3 Legge Balduzzi solo per i casi di imperizia. Le ipotesi di negligenza o imprudenza non possono coesistere con la colpa lieve.
- Esempio di imperizia: il chirurgo che lede nel corso dell'intervento di bendaggio gastrico in video laparoscopica l'aorta toracica, attinta dal passaggio endotoracico dell'ago nella manovra di posizionamento del punto di ancoraggio gastro-diaframmatico.
- Esempi di negligenza ed imprudenza: il medico di Pronto Soccorso che omette di sottoporre il paziente a tutti i controlli necessari per una corretta diagnosi della malattia (faringite), che omette di prescrivere una consulenza specialistica, che non lo tiene sotto osservazione e che lo dimette; il medico che omette di effettuare una tempestiva diagnosi di pneumotorace iperteso e di eseguire le semplici manovre terapeutiche, quali l'introduzione di un tubo di drenaggio.

6. Quali linee guida sono rilevanti per l'esonero di responsabilità? _____ p. 36

- Definizioni di linee guida e buone pratiche "accreditate dalla comunità scientifica".
- Irrilevanza delle prescrizioni con una *ratio* economicistica.
- Definizioni di protocolli e *checklist*.

7. La linea di confine tra colpa grave e colpa lieve _____ p. 39

- L'esimente di responsabilità per le ipotesi di colpa lieve e compatibilità con il carattere peculiare dell'*ars medica*. Recupero del carattere di sussidiarietà ed *extrema ratio* dello strumento penale.
- Norma *ad professionem*. Possibile discriminazione nei confronti delle altre attività professionali.
- Indeterminatezza normativa circa i confini tra colpa lieve e colpa grave. L'intervento della Corte di Cassazione (sentenza Cantore).
- Colpa grave in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione.
Esempio di colpa grave per plurimi addebiti: il medico chirurgo che lesiona un vaso nella fossa iliaca durante un intervento, provocando emorragia e che successivamente posiziona erroneamente un catetere per bloccare l'emorragia anziché suturare e che, infine, non predispone alcun monitoraggio post-operatorio della paziente.
- Ambito di applicazione dell'art. 3: caso del sanitario attenutosi alle linee guida ma che ha errato nell'adeguare le prescrizioni alle specificità del caso trattato.

La Cassazione ha annullato con rinvio alla Corte di Appello affinché proceda alla graduazione della colpa ascrivibile al medico che ha omesso di segnalare nel referto della TAC toracica la presenza di un aneurisma, nonostante dalle immagini emergesse una cospicua dilatazione aortica.

- Valorizzazione del caso concreto (complessità, oscurità del quadro patologico, grado di atipicità o novità, situazione di urgenza o in assenza di presidi adeguati).
- *L'abolitio criminis* parziale per le fattispecie rientranti nell'art. 3.

8. I presupposti per invocare l'assoluzione. Colpa lieve per adesione o per divergenza _____ **p. 45**

- Colpa per divergenza: inapplicabilità dell'art. 3 qualora il sanitario non si sia attenuto alle linee guida. La colpa lieve può incidere solo sul *quantum* della pena.
- Colpa per adesione: applicabilità dell'art. 3. La colpa lieve incide sull'*an* della responsabilità.
- La responsabilità penale del medico per colpa lieve non è stata del tutto abolita.
- Sentenza Caimi: responsabilità dei medici per la morte del paziente dovuta a morso letale di zecca. Inosservanza delle linee guida.

9. Distinzione tra condotta attiva ed omissiva _____ **p. 47**

- Difficoltà nel qualificare la condotta colposa del medico. Coesistenza di profili commissivi ed omissivi.
- Trasgressione di un divieto: condotta commissiva. Introduzione di un fattore di rischio poi concretizzatosi.
- Violazione di un comando: condotta omissiva. Non contrasto od eliminazione di un fattore di rischio già presente.

10. Condotta colposa omissiva: giudizio esplicativo e giudizio predittivo _____ **p. 49**

- L'accertamento del nesso causale. L'orientamento giurisprudenziale post-Franzese. Il giudizio di "probabilità logica" ed il concetto dell'elevato grado di "credibilità razionale" o della c.d. "certezza processuale".
Esempio applicativo di giudizio: dal complesso degli indici probatori, avendo escluso la plausibilità di alternativi decorsi causali, il giudice ha concluso che, oltre ogni ragionevole dubbio, vi fosse l'elevata probabilità logica della perforazione dell'intestino nel corso dell'operazione chirurgica, con l'innescare del decorso patologico conclusosi con l'arresto cardiocircolatorio ed il decesso.
- Il nesso causale nei reati colposi omissivi impropri (o di evento): giudizio esplicativo (o diagnostico) e giudizio predittivo (controfattuale o prognostico).
- In un primo momento, ricostruzione del decorso causale reale e quindi della patologia degenerata nell'evento; in un secondo momento, previsione di ciò che sarebbe accaduto se il medico avesse compiuto la condotta corretta. Calcolo dell'efficacia impeditiva dell'evento.
Esempio di assoluzione per mancanza di prova del nesso causale: morte di un paziente per aneurisma cerebrale, non tempestivamente diagnosticato e curato secondo l'accusa, affezione difficilmente governabile per la Suprema Corte, un intervento tempestivo non sempre ha effetto salvifico.

- Il medico è responsabile se ha arrecato un importante pregiudizio al paziente, omettendo di intervenire in maniera tale da ridurre, in modo significativo, le *chances* di salvezza.
- I rischi di sovrapposizione e travaso dei due giudizi: poca causalità materiale ma tanta colpa, allora condanna.

11. Sarebbe successa la stessa cosa o una cosa *hic*, *nunc* et *quomodo* diversa? _____ p. 56

- La carta della fatalità giocata dalla difesa: se il medico si fosse comportato come avrebbe dovuto non sarebbe cambiato nulla, il paziente sarebbe morto ugualmente.
- L'evento deve essere valutato in concreto. Il medico risponde se l'evento sarebbe stato diverso.
- Un evento accaduto in un tempo diverso, successivamente: *nunc*. Il medico risponde se ha causato l'anticipazione dell'evento letale in modo significativo.

Ad esempio, per una mancata refertazione radiologica di un carcinoma o per mancata escissione di un melanoma.

- Un evento verificatosi con minore intensità lesiva: *hic*. Riferimento alla c.d. qualità della vita.

Ad esempio, il caso di omesso trattamento per un distacco osseo in un braccio di un bimbo, che ha causato conseguenze più lesive (dimorfismo dell'arto e deficit funzionale del gomito) di quelle che lo specifico distacco normalmente residua.

- Un evento concretizzatosi con modalità differenti: *quomodo*.

Ad esempio, responsabilità per lesioni a carico di un ginecologo che non ha proceduto al parto cesareo di un feto che, durante il parto, ha subito una distocia della spalla con indebolimento permanente dell'arto. La Cassazione ha statuito che, anche a ipotizzare una distocia di spalla in un cesareo, non sarebbe stata uguale a quella avuta nel parto spontaneo.

Responsabilità dell'oculista che, dopo la rimozione di una cataratta, non ha sottoposto ad anestesia generale la paziente per suturare la ferita, da cui è fuoriuscito il tessuto oculare. Non rileva che anche durante l'intubazione si sarebbe potuto avere la fuoriuscita di quest'ultimo, in quanto si sarebbe avuto un evento diverso per modalità di verifica: non cecità per omessa sutura ma quale conseguenza dell'intubazione.

12. Omessa precoce diagnosi tumorale e omessi approfondimenti diagnostici in presenza di diagnosi differenziale o durante il controllo pre e post-operatorio _____ p. 59

- La diagnosi del tumore deve essere precoce.
- Occorre, se del caso, disattendere linee guida attendiste.
- Negligenza per non aver effettuato la diagnosi; imprudenza per aver ritardato determinati esami e per non aver fissato una visita di controllo nel breve periodo; imperizia per aver scelto esami non corretti, per averli male effettuati o interpretati.
- La rarità o l'aggressività della malattia non esimono il medico da responsabilità.

Caso di non tempestiva diagnosi che ha comportato la diffusione di metastasi con intervento esteso ad altre parti del corpo, con conseguente danno estetico e morale per la paziente nonché prognosi di vita infausta.

Caso di malattia rara non accertabile nell'immediatezza: una sua diagnosi non avrebbe comunque evitato l'evento.

- Casi di omesso trattamento terapeutico in presenza di patologia differenziale non ricercata o non riconosciuta: il medico non deve accontentarsi del raggiunto convincimento circa la patologia quando non sia in grado di escludere la patologia alternativa.

Caso di un quadro sintomatologico equivoco (compresenza di lombalgia, ipertensione, poliglobulia) che non consentiva di escludere patologie diverse gravi, bensì avrebbe richiesto ulteriori approfondimenti.

- L'errore diagnostico: non inquadramento del caso o inquadramento erroneo, omissione di controlli e accertamenti ai fini di una corretta diagnosi.

Condanna di un ginecologo che ha sottovalutato il rialzo pressorio della paziente gravida nonché i gonfiori e gli edemi, tutti campanelli d'allarme per predisporre ulteriori accertamenti.

- Necessità di controlli soprattutto in sede post-operatoria.

Responsabilità, ad esempio, del chirurgo plastico per l'infezione post-chirurgica delle protesi, non controllate e non rimosse tempestivamente.

- Necessità di studi pre-chirurgici.

Responsabilità, ad esempio, di due chirurghi per non aver effettuato un idoneo studio pre-chirurgico della paziente, per averle cagionato una lesione dell'utero e dell'intestino e per aver omesso di gestire adeguatamente la fase post-operatoria.

13. Le condotte colpose del medico di base_____p. 65

- Il medico di base che ritardi colpevolmente nell'indirizzare il proprio paziente dallo specialista e/o nel prescrivere accertamenti diagnostici. Casistica recente.

14. Imprudenti dimissioni_____p. 68

- Quando le dimissioni sono imprudenti e quando sono giustificabili?
- La legittimità della decisione va valutata in base, non alle linee guida ma, alla complessa condizione del paziente (anamnesi, accadimenti recenti, criticità). Vedere la necessità, od opportunità, di far stabilizzare il quadro clinico.

Condanna del medico che ha dimesso il paziente poco dopo un intervento per infarto esteso al miocardio, omettendo di monitorare l'evoluzione della patologia.

15. Evitabilità delle infezioni ospedaliere_____p. 69

- La legge di copertura statuisce l'evitabilità nel 30% dei casi.
- Assoluzioni dovute alla mancata individuazione certa delle modalità di trasmissione dei germi, lacuna della scienza medica.

Caso riguardante il decesso di tre neonati per un'infezione nosocomiale ed addebito nei confronti del dirigente medico e dell'infermiere capo-sala, per aver attuato di misure preventive parziali e inadeguate.

- Sentenza Lucarelli. Accusa di omicidio colposo nei confronti di primario di reparto per plurimi decessi dovuti ad epatite fulminante. Incertezza nell'individuazione delle modalità di trasmissione del virus.

16. Prescrizioni in e off label. Le regole cautelari _____ **p. 70**

- Prescrizione di un farmaco per la cura di una patologia per la quale non è stato sperimentato ed autorizzato ovvero prescrizione di una determinata modalità di somministrazione dello stesso non autorizzata. Condotta rientrando nelle buone pratiche.
- Integralismo prescrittivo (prescrizioni *in label*) vs. Libertà terapeutica del medico
- Art. 3 della Legge Di Bella: possibilità di prescrivere *off label* se l'uso non autorizzato è conforme a pubblicazioni accreditate. Limiti alla prescrivibilità: regole cautelari o no?
- Condanna di due medici che hanno somministrato ad un giovane paziente, sottoposto a terapia disintossicante da abuso di cocaina, Propofol, Clonidina e Diazepam a fini disintossicanti non previsti nelle relative schede.

17. La delicata responsabilità dello psichiatra _____ **p. 74**

- La responsabilità dello psichiatra per gli atti auto ed etero lesivi.
- Contesto delicato per l'esistenza di un eliminabile misura di rischio consentito e la valutazione circa la colpa non può prescindere da questa contingenza.
Condanna di uno psichiatra per l'omicidio commesso dal paziente schizofrenico ai danni di un operatore della struttura.
- Obblighi di informarsi e di informare.
Condanna del medico per il suicidio di una paziente affidata ad una accompagnatrice, in una situazione di diminuita custodia.
- La responsabilità anche dei soggetti paramedici, ad esempio per non aver informato i medici o per aver permesso l'accesso ai pazienti alle cucine.
- La responsabilità del medico generico per l'instaurazione della relazione terapeutica; e anche del responsabile del reparto in un carcere per non aver disposto il trasferimento del paziente.

18. Omicidio colposo del neonato e interruzione di gravidanza _____ **p. 76**

- Gli addebiti: omesso monitoraggio del feto e delle condizioni della gravida; omessa o ritardata esecuzione del parto cesareo.
- Profili di negligenza ed imprudenza: inapplicabilità del *novum* normativo.
- Il ginecologo è responsabile della morte della neonata che muore, anche dopo mesi dalla nascita, per danni cerebrali conseguenti ad una asfissia *intra partum*, per non aver disposto l'esecuzione del parto cesareo. Ulteriore caso di condanna di un ginecologo per aver ritardato l'esecuzione del parto cesareo, in quanto intervento urgente in base alle linee guida internazionali.

- Condanna per interruzione di gravidanza e morte intrauterina del feto (art. 17 della L. 194/1978). Condanna di un ginecologo per non aver tempestivamente individuato lo stato ipossico cronico del feto e per non aver eseguito il parto cesareo.

19. Il problema della giustificazione dell'attività medico chirurgica _____ p. 79

- L'autolegittimazione dell'attività medico chirurgica avente finalità terapeutica. Riconducibilità ad una "scriminante costituzionale".
- Il diritto alla salute e ai trattamenti sanitari *ex art. 32 Cost.* è tutelato come interesse dell'individuo e della collettività.

20. Il consenso informato e il diritto all'autodeterminazione. Varie ipotesi _____ p. 81

- Il consenso informato quale presupposto del trattamento medico-chirurgico. Scelta libera e consapevole della persona. Fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost.
- Tutela dell'autodeterminazione e della libertà personale.
- Il problema del consenso all'interruzione delle cure salvavita. Casi: Welby ed Englaro. Esistenza del diritto costituzionale ad interrompere le terapie, il cui adempimento *ex art. 51 c.p.* scrimina il resto di cui all'art. 579 c.p.
- Caso di rifiuto espresso del paziente, colpito da infarto, di sottoporsi ad intervento e assoluzione del medico che aveva adeguatamente informato della gravità della malattia e della necessità dell'intervento.
- Mancanza del consenso in caso di necessità e urgenza: scriminante *ex art. 54 c.p.*
- TSO: scriminante *ex art. 51 c.p.*
- Intervento chirurgico con finalità terapeutiche in assenza di consenso (totale o parziale) e con esito infausto. Evoluzione giurisprudenziale. Tesi della responsabilità per omicidio colposo o lesioni colpose se vi è colpa del sanitario. La violazione della regola di acquisizione del consenso non fonda di per sé un addebito per colpa, a meno che la mancata sollecitazione del consenso abbia impedito al sanitario di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo (es. mancata conoscenza di un'allergia ad un farmaco). Responsabilità per omicidio colposo del medico che esegue un'operazione demolitiva (asportazione di massa tumorale e organi genitali) senza il consenso del paziente, prestato per un intervento di dimensioni ridotte (per l'asportazione della cisti ovarica). Responsabilità per lesioni dolose del medico che sottopone il paziente ad intervento di chirurgia correttiva della vista cui lo stesso aveva espresso un rifiuto: consenso carpito con prospettazione di una metodologia non invasiva.
- Intervento chirurgico avente finalità terapeutiche in assenza di consenso e con esito fausto. Non configurabilità del reato.
- Intervento chirurgico senza finalità terapeutiche e con esito infausto. Omicidio preterintenzionale.

21. Il problema dell'accanimento diagnostico-terapeutico **p. 87**

- La responsabilità colposa da accanimento terapeutico consentito, in caso di esito infausto e questione degli interventi ragionevolmente inutili nei confronti dei malati terminali.
- Esclusione della configurabilità di ipotesi di colpa specifica per violazione del codice deontologico.
- La rilevanza della scelta del paziente che decide di sottoporsi ad interventi estremi.
- L'obbligo di ponderazione e di informazione sulla rischiosità dell'intervento.

22. Il consenso informato nella chirurgia estetica **p. 91**

- L'obbligo di informazione è più ampio, stante l'assenza della finalità terapeutica.
- Caso di intervento di chirurgia estetica tramite infiltrazioni di frammenti di hydrogel nel viso della paziente con successive formazioni di granulomi. Caso di intervento di osteotomia mandibolare per correggere l'eccessiva sporgenza degli incisivi e addebito di responsabilità per lesioni personali in capo al chirurgo maxillo-facciale.
- Differenziazione della finalità terapeutica o meno in base al caso concreto. In alcuni casi l'intervento è finalizzato al benessere psico-fisico del paziente (mastoplastica additiva su una anoressica o asportazione di tumore benigno sul viso).

23. La posizione di garanzia del medico **p. 92**

- Posizione di garanzia e obblighi di protezione in capo al medico, rispetto alla salute e alla vita del paziente, rilevante agli effetti dell'art. 40, c.2, c.p..
- Posizione di garanzia sulla base del "contatto sociale" in virtù della relazione diagnostico-terapeutica tra medico e paziente, indipendentemente da rapporti giuridici formali tra le parti. La fonte della posizione di garanzia può essere un rapporto contrattuale di fatto e un atto di volontaria determinazione. Critiche a tale opinione giurisprudenziale sostanzialistica.
- Responsabilità del medico in servizio presso una clinica odontostomatologica, il quale, anche se non può erogare la prestazione richiesta, deve fare tutto ciò che è nelle sue capacità e non limitarsi a inviare il paziente in altra struttura senza assicurarsi che i medici di destinazione fossero informati della gravità del caso.
- Il medico chiamato in una struttura ospedaliera per un consulto specialistico ha gli stessi doveri del medico che in carico il paziente. Irrilevanza dell'assenza di contratto tra medico esterno e struttura.
- Sussistenza della posizione di garanzia in capo al ginecologo curante, contattato telefonicamente dalla paziente ricoverata in ospedale, e li recatosi. L'accesso presso la casa di cura e la presa di contatto con la gravida gli attribuiscono la posizione di garanzia.
- Posizione di garanzia dello psichiatra, del dirigente medico ospedaliero, del capo-équipe e del medico specializzando.

24. Pluralità di garanti e successione nell'obbligo. Concause e interruzione del nesso causale _____ **p. 99**

- Nel caso di pluralità di garanti ciascuno è destinatario dell'obbligo di tutela. In caso di successione nella posizione di garanzia il comportamento colposo del garante sopravvenuto non interrompe il rapporto di causalità.
- In tema di concorso di cause si pone il problema dell'interruzione del nesso di causalità ex art. 41, c.2, c.p.. La condotta colposa del sanitario non costituisce fattore eccezionale interruttivo del nesso causale rispetto alle pregresse condotte.
- Fattispecie riguardanti lesioni personali, dovute alla condotta di altri agenti o incidenti, precedenti all'intervento del sanitario.
- Caso di una giovane ragazza sottoposta ad intervento di appendicectomia, durante il quale si è verificato un *black out*, che ha determinato lo spegnimento del respiratore. La paziente è in seguito deceduta per danno anossico cerebrale. Gli imputati erano, oltre all'anestesista, anche i responsabili dell'impianto elettrico (sia coloro che lo avevano costruito sia coloro che avrebbero dovuto collaudarlo e controllarlo).

25. Pluralità di garanti e principio di affidamento _____ **p. 101**

- Condotta colposa del medico nel caso di intervento di più medici sul medesimo paziente: la condotta colposa del garante intervenuto successivamente non esclude la responsabilità del primo garante.
- Inapplicabilità del principio di affidamento quando colui che si affida è in colpa, confidando che altri pongano rimedio alla situazione.

26. Principio di affidamento e attività medica d'équipe _____ **p. 102**

- Attività contestuale multidisciplinare: fattore di sicurezza e fonte di ulteriori rischi, rispetto all'attività medica monosoggettiva.
- Il principio di affidamento: ciascuno risponde per le conseguenze della propria condotta nell'ambito delle proprie specializzazioni, non risponde invece della violazione delle regole cautelari di altri partecipi. Se l'agente è a conoscenza della violazione o comunque questa è prevedibile, ha un obbligo di attivarsi.
- Comune coinvolgimento e responsabilità verso l'unico fine di cura vs. Principio di affidamento. Limiti. L'obbligo di controllo degli specialisti sussiste solo in presenza di errori evidenti e non settoriali.
- Principio di affidamento tra il medico di aiuto e il capo-*équipe*. Rapporti tra medico anestesista e collaboratori.
- Gli obblighi ulteriori in caso di attività d'*équipe*: di controllo e di informazione.
- L'obbligo di controllo volto a evitare il rischio di lasciare nel corpo del paziente corpi estranei. Non operabilità del principio di affidamento per il medico in colpa.
- L'obbligo di sorveglianza durante il post-operatorio. Ad esempio, responsabilità in capo all'*équipe* per non aver sottoposto il paziente a terapia intensiva, nonostante fossero evidenti gli indici sintomatici di un'insufficienza respiratoria.
- Il caso dell'abbandono anticipato dell'operazione da parte di un medico dell'*équipe*.

27. Cooperazione colposa nel reato e concorso di cause colpose indipendenti_____p. 107

- Cooperazione nel delitto colposo ex art. 113 c.p.. Differenza dal concorso di cause colpose indipendenti.
- È sufficiente la mera consapevolezza di svolgere la propria attività in una struttura sanitaria nella quale altri operano.
- Tipici i casi di attività in équipe o di successione nelle posizioni di garanzia (ad esempio, medici del Pronto Soccorso).

28. Alcune pronunce in merito alle posizioni del chirurgo, dell'anestesista e di altri medici o collaboratori_____p. 110

- Casi di non corretta intubazione e tracheotomia da parte del chirurgo e dell'anestesista.
- Colpa per ritardo nell'effettuazione dell'intervento chirurgico, agli esiti di un accertamento radiologico.
- Colpa per omesso controllo del composto medicinale da somministrare al paziente.
- Obbligo di verifica in capo al chirurgo delle condizioni dell'adeguata preparazione anestesiologicala del paziente ai fini dell'esecuzione dell'intervento.
- Obbligo di assistenza post-operatoria.

29. Alcune pronunce sulla figura del direttore generale e direttore sanitario, del dirigente medico (ex primario) e rapporti con altri medici_____p. 112

- I decreti legislativi del 1992 e del 1999. Il venir meno della gerarchia e l'accentuazione dell'autonomia professionale.
- I poteri conferiti al dirigente sanitario e le connesse responsabilità.
- L'omissione colposa del trattamento terapeutico idoneo ad evitare l'evento lesivo o addirittura mortale. Le condotte attribuite al dirigente con funzione apicale in una divisione ospedaliera, per evitare un suo possibile coinvolgimento in una attività omissiva del sanitario collaboratore.
- Casistica recente.
- Responsabilità del primario nell'ambito dell'attività in équipe.
- La responsabilità della figura apicale di un reparto per l'organizzazione dei turni lavorativi, disposizioni interne per il personale, carenze organizzative e di personale.
- La responsabilità per insufficienza, inefficienza e difetti delle strutture o attrezzature sanitarie del direttore generale e del direttore sanitario. Il problema della sovrapposizioni di poteri e di delega di funzioni. Differenza tra le posizioni di garanzia.
- Casi di corresponsabilità per *black out* elettrico durante operazione chirurgica e per mancata manutenzione di un'incubatrice.

30. La responsabilità penale degli organi di vertice delle strutture sanitarie_____p. 121

- Ambito civilistico e penalistico.
- Ipotesi di colpevolezza degli organi apicali. Conoscenza dell'irregolarità. Valutazione in concreto dell'autonomia decisionale dei soggetti.
- Responsabilità medica non più del medico. Responsabilità plurisoggettiva: d'équipe e della struttura sanitaria.
- Il problema del condizionamento delle scelte mediche dovuto alla mancanza di risorse economiche e strutturali. La mediazione fra il volere e il potere del singolo medico.

31. Recente casistica sulla responsabilità del cardiologo_____p. 125

- Casistica. La mancata esplorazione di diagnosi differenziale, di fronte ad un paziente che presenta una sintomatologia equivoca o poco chiara, quale ad esempio un dolore retrosternale non meglio individuato.
- Mancata prescrizione di ulteriori approfondimenti diagnostici, che avrebbero evidenziato la patologia in corso.
- Sottovalutazione dei sintomi premonitori di un infarto.
- La responsabilità per aver attestato l'idoneità alla pratica sportiva agonistica di un atleta, in seguito deceduto nel corso di un incontro ufficiale di calcio a causa di una patologia cardiologia non diagnosticata dal sanitario per l'omessa effettuazione di esami strumentali.

32. Recente casistica sulla responsabilità del dentista-odontoiatra_____p. 128

- Causazione di lesioni colpose ai propri pazienti, dovute a condotte imperite, negligenti o imprudenti
- Colpa per mancato impiego della "diga di gomma". Incongrua esecuzione di una prestazione chirurgica di estrazione con disseminazione di frammenti ossei e quindi complicanze infettive.
- Nozione di malattia nel reato di lesioni e *dies a quo* della prescrizione (civile e penale).
- Lesioni gravi consistenti nella demolizione di denti, con conseguente indebolimento permanente della funzione masticatoria. Inadeguato trattamento medico post-operatorio.

33. Recente casistica sulla responsabilità dell'ortopedico_____p. 134

- Tardiva diagnosi di una imponente frattura alla milza in un paziente infortunato durante un incidente stradale.
- Mancata sottoposizione all'esame ecodoppler dell'infortunato, soggetto ad elevato rischio pro-trombotico.
- Omessa diagnosi di una SIRS (Severe Inflammatory Response Sindrome).
- Responsabilità di un chirurgo ortopedico, non per imperizia nell'esecuzione dell'operazione, bensì per errore diagnostico e omesso successivo intervento.
- Responsabilità per effettuazione di uno specifico intervento, nonostante vi fossero elementi indicativi per orientarsi verso un intervento alternativo (trattandosi di paziente con patologia cardiaca).

34. Accenni sulla responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria _____ p. 138

▪ **La natura della responsabilità (p. 138).**

I nuovi orientamenti dei giudici di merito post-Balduzzi.

▪ **L'onere della prova (p. 142).**

La ripartizione degli oneri tra paziente-creditore e medico o struttura sanitaria.

▪ **La prescrizione dell'azione (p. 144).**

Durata decennale. Calcolo del *dies a quo*. Rileva il momento di percepibilità di un danno ingiusto e non il mero momento di insorgenza della malattia.

▪ **L'obbligo di diligenza (p. 146).**

La diligenza professionale richiesta dal buon medico è molto elevata. Mutamento dell'obbligo di diligenza in virtù del grado di specializzazione. Casistica. Il limite alla responsabilità dell'art. 2236 c.c.: inapplicabile nel caso di interventi routinari o di facile esecuzione e nel caso di colpa per imprudenza o negligenza.

▪ **L'obbligo di informazione (p. 151).**

Esso comprende i rischi prevedibili ma non quelli anomali. Problemi del consenso informato e della chirurgia estetica.

▪ **L'obbligazione del medico: di mezzi o di risultato (p. 151).**

Obbligazione di risultato per interventi di routine e di chirurgia estetica.

▪ **Il contratto di ospitalità: la responsabilità dell'ente (p. 153).**

Il contratto atipico di ospitalità, avente ad oggetto non solo le cure mediche e chirurgiche, generali e specialistiche, ma anche ogni altro obbligo accessorio e strumentale alle prestazioni di diagnosi e di cura. Responsabilità dell'ente per fatto proprio e per fatto del medico.

▪ **Il nesso causale e la c.d. causa ignota (p. 153).**

Il duplice nesso causale: causalità materiale e causalità giuridica. La mera probabilità scientifica sorretta da ulteriori elementi. La differenza rispetto al giudizio penale risiede nella regola probatoria del "più probabile che non". Concorso tra cause umane e naturali. Rischio della causa ignota sul creditore.

▪ **Il consenso informato (p. 156).**

Modalità e caratteri del consenso. Casi di violazione dell'obbligo informativo in capo al medico e alla struttura. Onere probatorio. I soggetti che possono dare il consenso all'atto medico.

- **Il problema delle trasfusioni e del consenso incompleto (p. 159).**

Quale bene giuridico deve prevalere: quello della libertà di autodeterminazione oppure quello della salute? Problema della validità ed efficacia di un dissenso preventivo del paziente, che sia tale da delegittimare il medico alla trasfusione. Dissenso specifico e dissenso incompleto non attuale.

- **Il danno risarcibile (p. 160).**

Danno patrimoniale e non patrimoniale (danno biologico, danno morale, danno da perdita del rapporto parentale).

Allegato. Sentenza del Tribunale di Novara n. 800/2014 (p. 164)

1. Il caso novarese. Introduzione

La sentenza del Tribunale di Novara n. 800/2014¹ ha rappresentato una delle prime applicazioni, in ambito novarese, delle modifiche apportate dalla L. n. 189/2012 (c.d. Legge Balduzzi) alla responsabilità medica, in particolare al profilo della “misura soggettiva” della colpa. Nel caso di specie il Giudice ha ritenuto di non ravvisare colpa grave nella condotta di due chirurghi che, a quattro mani, rimuovevano i visceri del paziente producendo, per trazione, la lesione della vena renale, il cui sanguinamento veniva tempestivamente interrotto con due punti di sutura, che solo successivamente cedevano per verosimili gravi complicanze esogene provocando uno shock emorragico. Nello specifico, l'uso delle mani per rimuovere i visceri è stato ritenuto rispondente a criteri di attenzione, prudenza e diligenza, laddove solo per non adeguata perizia – intesa come capacità manuale di separare e movimentare le strutture addominali – si finiva con lacerare o disinserire la vena renale.

Il Giudice è pervenuto a tale conclusione escludendo che la lesione, ed il conseguente sanguinamento, riguardasse una vena collaterale della vena renale (stante l'entità della perdita ematica prima della sutura) o lo stesso rene (in quanto una sua eventuale lesione avrebbe certamente indotto una serie di importanti sintomi nell'immediato post-operatorio). Si è, inoltre, ritenuto che a rompersi, successivamente all'intervento, fosse stata la sutura effettuata dai due chirurghi e non un altro pezzo della vena renale, a causa delle condizioni patologiche generali del paziente che non permettevano la normale cicatrizzazione². In sede di giudizio esplicativo il Tribunale ha, pertanto, ritenuto provato che la lesione della vena renale costituiva l'origine dell'emorragia, che a sua volta conduceva allo shock della vittima e che, tale lesione era riconducibile all'intervento chirurgico eseguito dai due imputati. *“Elemento decisivo per ricondurre l'emorragia all'intervento chirurgico (...) è costituito dal fatto che nessun'altra causa diversa dall'atto iatrogeno è stato possibile individuare (...) Ne discende che l'unico fatto noto e razionalmente credibile induttivo della rottura della vena renale è costituito dall'atto chirurgico eseguito dai due medici imputati. Peraltro, alcune censura merita l'attività terapeutica praticata dopo il citato intervento”*. In sede di giudizio predittivo il Giudice ha conseguentemente statuito che se non vi fosse stata la lesione della vena durante l'intervento mai

¹ In Allegato, p. 149.

² *“Trattandosi di persone affetta da una malattia linfatica (id est, del sangue, tanto che pure faticavano a recuperare i valori ematici), dopo undici giorni dall'intervento insorgeva una grave complicanza tromboembolica, che non solo costituiva fattore di ulteriore grave stress organico, ma comportava l'urgente somministrazione di forti dosi di anti-coagulante. Tale terapia d'urto (controindicata per i processi di cicatrizzazione e potenzialmente induttiva di fenomeni emorragici) associata ad un organismo già precario ragionevolmente interferiva negativamente sulla tenuta della sutura per cui, nel giro di una settimana, produceva lo shock emorragico”*.

sarebbero stati innescati gli eventi che hanno determinato la morte del paziente³. Inoltre, l'atto medico è stato ricondotto ad entrambi gli operatori che in modo combinato, a quattro mani, rimuovevano i visceri del paziente producendo, per trazione, la lesione della vena; essendo inapplicabile nel caso di intervento chirurgico d'équipe il principio di affidamento *“allorquando l'errore riguardi non il compimento di singoli atti riconducibili a taluno degli operatori sanitari, ma le scelte di fondo rilevanti ai fini dell'intervento, che non possono non essere condivise da tutti i sanitari che hanno operato, onde, ove si tratti di scelte erranee e colpevoli, tutti ne devono essere chiamati a rispondere”*⁴.

Passando ad esaminare il profilo soggettivo della fattispecie il Tribunale ha ritenuto non sussistente la necessaria colpa grave, affinché potesse essere affermata la colpevolezza dei due prevenuti. *“Durante tale manovra, in sé non agevole nonostante l'azione combinata dei due medici a causa della struttura adiposa del paziente, si verificava il trauma lesivo vasale. Peraltro, la presumibile presenza di anomalie vascolari celate nel grasso perineale connesse al rene ectopico rendeva più complessa e rischiosa la manovra eseguita dai due operatori”*. Come sostenuto dai vari consulenti tecnici, le complessive modalità dell'intervento erano sicuramente conformi alle linee guida ed alle buone pratiche mediche⁵. *“L'uso delle mani per rimuovere i visceri rispondeva certamente a criteri di attenzione, prudenza e diligenza, laddove solo per non adeguata perizia (capacità manuale di separare e movimentare le strutture addominali) si finiva con lacerare o disinserire la vena renale”*. Avuto riguardo ai parametri rilevanti per graduare la colpa il Giudice ha ritenuto che non si potesse ravvisare nel caso di specie la colpa grave. *“Il contesto dell'intervento era piuttosto complesso, trattandosi di soggetto affetto da un variante anatomica che implicava alcune complicanze, insidie e rischi. La presenza di notevole tessuto adiposo complicava l'azione combinata dei chirurghi. L'evento in sé era abbastanza prevedibile, (...) come una normale complicanza intraoperatoria. La lesione era assai ridotta (tale da provocare un modesto sanguinamento...) a riprova di un minimo errore nelle modalità operative di manipolazione dei visceri. La capacità tecnica veniva comunque attestata dalla pronta individuazione della fonte del sanguinamento e conseguente riparazione con due punti di sutura che comunque reggevano per 19 giorni per poi cedere per verosimili gravi complicanze esogene”*.

La norma che si è ritenuta applicabile al caso esaminato dal Tribunale di Novara è l'art. 3, c. 1, del D.L. n. 158/2012 come convertito dalla L. n. 189/2012⁶, che dispone: *“L'esercente la professione*

³ Si rinvia al paragrafo sulla *Condotta colposa omissiva: giudizio esplicativo e giudizio predittivo*.

⁴ Si rinvia ai paragrafi 24, 25, 26 e 27 che trattano del principio di affidamento e dell'attività medica in *équipe*.

⁵ Si rinvia ai paragrafi 4, 5, 6, 7 e 8 per un approfondimento sulle linee guida e sulla distinzione tra colpa grave e colpa lieve.

⁶ È stato molto criticato l'inserimento di una norma così rilevante in tema di ordinamento giuridico penale all'interno di una legge di tutt'altro respiro, in quanto la norma contiene specificamente un criterio che modella il criterio della colpa stabilito nell'art. 43 c.p.. Invece di inserire un articolo 43 *bis* c.p., la norma è stata convogliata all'interno del “decretone” Sanità, insieme a diverse ed eterogenee disposizioni, inclusa quella della

sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il Giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo". L'innovazione legislativa è pertinente al caso posto all'attenzione del Tribunale di Novara poiché, larga parte della discussione sulla colpa dei due medici si è incentrata proprio sull'esistenza e sul contenuto delle linee guida in ordine all'esecuzione dell'intervento svolto, nonché sulla loro osservanza da parte degli imputati.

Prima di iniziare l'analisi normativa e giurisprudenziale dei più recenti casi risolti nonché delle attuali opinioni esistenti sui temi più caldi della responsabilità colposa del medico, al fine di comprendere quale sia la portata della riforma e quali ne siano gli effetti, mi preme giustificare la scelta di questo lavoro.

L'exasperazione del contenzioso giudiziario è il lampante esempio della moderna relazione intercorrente tra medico e paziente i quali, lungi dal coalizzarsi in qualità di "alleati" in vista del perseguimento di uno scopo comune, assumono spesso il ruolo di due antagonisti che, l'uno contro l'altro, si preparano alla battaglia giudiziaria⁷. Se le potenzialità della scienza medica, da un lato, hanno accresciuto le aspettative sociali sull'esito praticamente taumaturgico del trattamento sanitario, dall'altro lato, hanno incrementato il ricorso pressoché automatico al giudice penale qualora quelle aspettative non vengano soddisfatte. E "il fenomeno della medicina difensiva, in perfetta armonia con questo circolo vizioso, diviene effetto e causa insieme della domanda di tutela rivolta al diritto penale"⁸. Non a caso è sempre più in crescita il senso di disagio denunciato dagli appartenenti alla classe medica, con particolare riferimento a coloro che esercitano specializzazioni ormai considerate "a rischio": chirurghi, ginecologi, medici del pronto soccorso. Sebbene gli strumenti di protezione debbano essere in primo luogo preventivi, tuttavia, essendo in questione beni di grande importanza quali la vita e l'incolumità, non può essere certo negata alla radice la possibilità di utilizzare lo strumento penale. Ciò che occorre è fare di quest'ultimo un uso conforme alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico.

percentuale minima di frutto nell'aranciata. PIRAS, *In culpa sine culpa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 novembre 2012, p. 1.

⁷ Non diversamente accade in ambito contrattuale. Infatti, secondo parte della moderna dottrina, il contratto, lungi dall'essere luogo di incontro e cooperazione tra le parti, si pone in realtà come strumento per "rappacificare", seppur momentaneamente, le ragioni di antagonismo delle parti. L'accordo contrattuale viene visto come tregua, non sempre definitiva. MONATERI P.G., *Il nuovo contratto*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 206.

⁸ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, 2012.

Dopo la lettura di questo breve e, di certo, non esaustivo lavoro si avrà modo di comprendere come il settore della responsabilità colposa del medico si stia ritagliando in maniera sempre più evidente i caratteri di un autonomo microsistema normativo e giurisprudenziale, caratterizzato da regole generali e meccanismi di funzionamento per molti aspetti divergenti rispetto agli schemi del diritto penale classico. Ciononostante, analizzandole finalità della nuova normativa e le interpretazioni fornite dagli interpreti, si avrà modo di constatare come il diritto positivo e il diritto vivente tendano, “a braccetto”, a riaffermare quei pilastri del diritto penale che sono: l’idea della pena come *extrema ratio* ed il principio di personalità della responsabilità penale.

Il diritto penale è uno strumento inevitabilmente brutale che però cerca di affinarsi, alla ricerca degli strumenti per pervenire ad un rimprovero che sia meditato, modulato e che sia costruito attorno ad affidabili strumenti concettuali; e lo strumento concettuale che più serve nel contesto di cui si discute è costituito dall’istituto della colpa⁹. *“La colpa è una categoria sfuggente, ambigua, nella quale campeggiano spazi vuoti, omissioni, distanze a volte enormi tra la condotta e un evento che si scatena magari a distanza di decine di anni. Questi spazi vuoti all’interno dei quali si snodano complesse e sottili catene causali devono essere spesso letti nei nostri processi ed è un compito tra i più difficili per noi giudici, che non abbiamo le conoscenze scientifiche necessarie. Il compito diventa ancora più difficile quando entrano in questione le conoscenze biomediche, che per definizione sono complesse e sono caratterizzate dall’interazione sottile di fattori spesso eterogenei, difficilmente misurabili. Altrettanto difficili sono i processi nei quali compaiono componenti caotiche che rendono impalpabili e difficili i giudizi probabilistici della giurisprudenza. Nonostante queste difficoltà, noi dobbiamo tentare di governare la materia complessa sempre partendo dalla parola chiave “rischio” (...) Lo strumento è sempre quello della colpa che, come dicevo, è una figura oscura e, in alcune situazioni, si avvicina grandemente ed in modo pericoloso alla responsabilità oggettiva: accertata la condotta contraria alla norma cautelare, verificato l’evento, si traggono le conclusioni e si giunge spesso superficialmente all’imputazione”¹⁰.*

⁹ Il presente lavoro sulla responsabilità penale del medico vuole limitare l’ambito di analisi ai soli profili colposi dell’attività medico-chirurgica, omettendo, invece, la trattazione dei profili di penale responsabilità del medico con riguardo alla configurabilità dei delitti contro la Pubblica Amministrazione (peculato ex art. 314 c.p., corruzione impropria ex art. 318 c.p., corruzione propria ex art. 319 c.p., abuso d’ufficio ex art. 323 c.p., rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio ex art. 326 c.p., omissione di atti d’ufficio - c.d. omissione di assistenza - ex art. 328 c.p. e interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità ex art. 340 c.p.), delitti contro l’Amministrazione della giustizia (omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale ex art. 361 c.p., omissione di referto ex art. 365 c.p. e favoreggiamento personale ex art. 378 c.p.), delitti contro la persona (omissione di soccorso ex art. 593 c.p., rivelazione di segreto professionale ex art. 622 c.p.), nonché dei delitti di falso documentale (falso ideologico in atto pubblico ex art. 479 c.p. e falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità ex art. 481 c.p.).

¹⁰ BLAIOTTA, Consigliere nella IV Sezione penale della Corte di Cassazione e delle Sezioni Unite penali, Intervento all’incontro *“Chi valuta, chi decide, chi giudica”* organizzato presso il Dipartimento della Protezione Civile, Roma, 14 ottobre 2011.

2. Il *novum* normativo della Legge Balduzzi. Breve *excursus* storico

La disposizione *"laconica ed incompleta"*¹¹ inserita nell'art. 3 della Legge Balduzzi, ha sin da subito posto numerosi problemi interpretativi, in quanto la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva, si inserisce in un sistema penalistico che ha sempre valorizzato il grado della colpa solo sul piano del *quantum* e mai su quello dell'*an respondeatur*¹². Inoltre l'esenzione di responsabilità prevista per l'osservanza delle linee guida non pone fine al dibattito in ordine sia all'incidenza di quest'ultime sul giudizio di colpa medica¹³ sia all'opportunità di positivizzare le regole cautelari in un settore come quello sanitario. La norma se, da un lato, mette a dura prova le tradizionali categorie penalistiche, dall'altro lato, coglie alcuni aspetti già sedimentati nella letteratura e nella giurisprudenza relative alle linee guida e alla colpa grave.

Da un punto di vista storico¹⁴, in una prima fase la giurisprudenza, accogliendo un indirizzo indulgente nei confronti del medico, estendeva anche all'ambito della responsabilità penale l'art. 2236 del codice civile sulla responsabilità del prestatore d'opera, che dispone: *"se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave"*¹⁵. Questa visione paternalistica della scienza medica, per la quale la medicina è per definizione incerta, condannava il medico solo nel caso in cui avesse agito in colpa grave, si fosse cioè reso protagonista di una macroscopica violazione delle basilari regole dell'arte. Tale soluzione semplice ed estrema, che sembrava risolvere tutti i problemi, si è rivelata

¹¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore): *"Si è in effetti in presenza, per quel che qui interessa, di una disciplina in più punti laconica, incompleta; che non corrisponde appieno alle istanze maturate nell'ambito del lungo dibattito dottrinale e della vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica. È mancata l'occasione per una disciplina compiuta della relazione terapeutica e delle sue patologie. Tuttavia, piuttosto che attardarsi nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere e valorizzare il senso delle innovazioni"*.

¹² CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 3.

¹³ Colpa medica, anche denominata colpa speciale o professionale.

¹⁴ Per una completa ricostruzione storica della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa nell'esercizio della professione medica vedasi Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore).

¹⁵ Anche la Corte Costituzionale, chiamata ad esprimersi sulla compatibilità di questo indirizzo "benevolo" della giurisprudenza con il principio d'uguaglianza, ha affermato che dagli articoli 589, 42 e 43 c.p. e dall'articolo 2236 c.c. è ricavabile una particolare disciplina in tema di responsabilità degli esercenti professioni intellettuali, finalizzata a fronteggiare due opposte esigenze: non mortificare l'iniziativa del professionista col timore d'ingiuste rappresaglie in caso d'insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso. Tale particolare regime, che implica esenzione o limitazione di responsabilità, però, è stato ritenuto applicabile ai soli casi in cui la prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e riguarda l'ambito della perizia e non quello della diligenza e della prudenza. Considerato che la deroga alla disciplina generale della responsabilità per colpa ha un'adequata ragion d'essere ed è contenuta entro il circoscritto tema della perizia, il Giudice delle Leggi ha ritenuto che non vi fosse lesione del principio d'uguaglianza.

fallace, avendo lasciato impuniti molti casi in cui vi era sicuramente stata una vistosa violazione di regole cautelari.

Successivamente, a partire dagli anni '80, è iniziato un periodo di estremo rigore, tanto da parte della giurisprudenza quanto della dottrina, e di declino per la disposizione civilistica. Si è affermato il principio opposto che la colpa è, per così dire, uguale per tutti; e, dunque, anche i sanitari sono chiamati a rispondere delle loro colpe come gli altri cittadini. La restrizione per colpa grave nei casi di speciale difficoltà non ha più trovato applicazione in ambito penale fino a che alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, trovando assurdo che le stesse condotte potessero essere penalmente rilevanti ma non fondare il risarcimento del danno, hanno reintrodotta la colpa grave come "*regola d'esperienza*" nei giudizi relativi a casi terapeutici di speciale difficoltà e a situazioni emergenziali¹⁶. Si è affermato che l'art. 2236 del codice civile, che enuncia la regola della colpa grave quando è in campo la risoluzione di problemi scientifici particolarmente delicati, se non è applicabile nell'ambito del diritto penale (perché è una regola di un altro ordinamento che non può essere meccanicamente trasposta nel diritto penale) è tuttavia espressione di un principio di razionalità, di prudenza, costituendo una massima di esperienza. In altre parole, se il problema che il professionista è chiamato a risolvere è particolarmente complesso dal punto di vista tecnico-scientifico o richiede una particolare urgenza, una valutazione equa può condurre al rimprovero colposo solo nel caso in cui si riscontri la violazione macroscopica delle regole dell'arte. Si tratta di contesti che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione benevola del comportamento del sanitario: da un lato, le contingenze difficili o caratterizzate da novità tecnico-scientifiche e dall'altro lato, le situazioni nelle quali il medico si trovi ad operare in emergenza e, quindi, in un

¹⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 4391/2012 (Di Lella). La Corte di Cassazione ha enunciato il principio secondo cui l'articolo 2236 c.c. non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose. Nel caso di specie si discuteva della responsabilità dello psichiatra di una casa di cura in cui era da tempo ricoverato un degente affetto da una grave patologia psichiatrica e che era precipitato al suolo, perdendo la vita. Si è affermato che vi sono contesti, come quello psichiatrico, nei quali esiste una ineliminabile misura di rischio consentito; e che la linea di confine tra il lecito e l'illecito è spesso incerta, sicché la valutazione della colpa non può prescindere dalla considerazione di tale contingenza. Il rischio è insuperabile ma è accettato dalla scienza medica e dalla società: esso è dunque "consentito". Di tale situazione occorre consapevolmente prendere atto nel valutare la colpa: l'esistenza di una posizione di garanzia non basta di certo, da sola, a fondare l'imputazione, dovendosi esperire il giudizio di rimprovero personale che concretizza la colpevolezza, tenendo adeguatamente conto dei margini d'incertezza connessi all'individuazione dell'area di rischio socialmente accettato. Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16328/2011 (Montalto). Nella specie, relativa ad errore diagnostico in un'ipotesi di coma dipendente da dissezione dell'aorta ma attribuito dai medici curanti a problemi neurologici anche all'esito di esami cardiologici specifici quali un elettrocardiogramma ed un ecocolordoppler, la Corte di Cassazione, confermando la sentenza assolutoria di merito che aveva compiuto una ponderazione basata sull'ambiguità della sintomatologia e dell'esito degli esami ematochimici, nonché sulla necessità di avviare con prontezza il paziente alla struttura sanitaria, ha osservato che la particolare difficoltà ricorre anche laddove si versi in situazioni di emergenza turbate dall'impellenza. Vedasi anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 39592/2007.

contesto di impellenza che rende difficili anche le cose facili¹⁷. La colpa del terapeuta (e in genere dell'esercente una professione di elevata qualificazione) va parametrata, dunque, alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli ed al contesto in cui esso si è svolto.

Ed è alla luce di tale evoluzione storica che occorre trovare un senso all'art. 3 in esame. Sebbene di difficile lettura, esso sembra rappresentare un circoscritto esperimento in materia di graduazione della colpa ovvero un monito ad una giurisprudenza arroccata su posizioni eccessivamente rigorose o, infine, un tentativo di recupero della c.d. "misura soggettiva" della colpa¹⁸. *"L'incidenza delle condizioni di speciale difficoltà e di urgenza nelle quali può trovarsi ad operare il medico va colta sul piano della misura della colpevolezza e non già su quello della sussistenza della violazione della regola cautelare, a meno che quelle condizioni non siano in grado di influenzare la stessa formazione della regola cautelare applicabile nel caso concreto (si tratterà, quindi, di colpa generica)(...)La nuova previsione, per contro, incentra sulla colpa lieve del sanitario un'ipotesi che ne esclude la responsabilità penale; ma (...) solo per i comportamenti imperiti e non anche per quelli negligenti (...). Sicché, non è possibile, oggi, richiamare la linea interpretativa espressa ad esempio dalla sentenza Di Lella¹⁹, pretendendo di conseguire in forza di questa gli effetti previsti dal c.d. D.L. Balduzzi senza che sussistano tutti gli elementi della fattispecie delineata dal legislatore"*²⁰.

Questa senz'altro positiva tendenza volta ad accertare e graduare la responsabilità personale del singolo medico, soprattutto con riferimento al caso concreto, al contesto in cui ha operato e svolto la propria attività, dovrebbe indurre la giurisprudenza a valutare altresì come i margini di operatività del sanitario risultino, oggi, spesso significativamente ridotti in ragione delle "carenze organizzative" che caratterizzano il contesto di riferimento (strutture inefficienti, apparecchiature inadeguate,

¹⁷ Alla complessità tecnico-scientifica e alle situazioni di urgenza viene accostato anche un terzo elemento, quello dei contesti caotici, caratterizzati, nella maggior parte dei casi, da vistosi margini di indecifrabile incertezza e complessità. Si ritiene che anche in questo campo il canone di valutazione del giudice penale debba essere attestato sulla ragionevole valutazione in termini di grave violazione. BLAIOTTA, *Intervento all'incontro "Chi valuta, chi decide, chi giudica"*, cit.. *"Sul piano giurisprudenziale, sul piano normativo, complessità, urgenza e - oggi - indeterminatezza dei contesti caotici potrebbero giustificare una valutazione "benevola", nel segno della considerazione, del rispetto per i limiti delle umane possibilità di governare certi rischi"*.

¹⁸ CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., p. 5. In modo più pragmatico altri autori affermano che l'evidente *intentio legis* consiste nell'agevolare il ricorso alla copertura assicurativa da parte del personale sanitario, in un determinato momento storico in cui, a causa dell'enorme contenzioso in tema di responsabilità medica, le compagnie assicurative sono assai restie a concedere polizze in favore del personale medesimo; ciò, lungi dal rappresentare una mera congettura interpretativa, emerge chiaramente dalla stessa collocazione topografica del comma 1 dell'art. 3 del decreto sanità, laddove il susseguente comma 2 prevede determinate misure normative, al dichiarato e testuale fine di *"agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie"*. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 12.

¹⁹ Sentenza, precedentemente citata, che propugnava l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. quale principio generale dell'ordinamento.

²⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 36347/2014. La Cassazione ha nel caso in esame escluso l'applicazione dell'art. 3 in quanto si trattava di una condotta negligente.

personale insufficiente, saturazione delle liste d'attesa). Le carenze ravvisabili sul piano strutturale e/o organizzativo potrebbero, in altre parole, incidere sulla formulazione del giudizio di responsabilità penale, andando a colpire, non solo il medico operante, ma anche i vertici legali e amministrativi della struttura sanitaria²¹.

3. *Il rischio consentito, la violazione della norma cautelare. Prevedibilità*

Prima di trattare il ruolo delle linee guida nell'imputazione colposa, è di preliminare importanza, ai fini di un miglior inquadramento del problema, fare qualche cenno alla "colpa" nell'ambito del diritto penale.

La colpa è una forma della colpevolezza, strutturata in una componente negativa (non volizione dell'evento e l'eventuale previsione dell'evento) e una positiva (condotta negligente, imprudente, imperita). Le varie forme di colpa si fondano su un giudizio interamente normativo cioè sul contrasto tra la condotta tenuta concretamente dall'agente ed il modello di condotta imposto da regole di diligenza, prudenza, perizia. Tratto comune di quest'ultime regole, qualunque sia la loro fonte, è una finalità preventiva o cautelare: la finalità cioè di evitare che dalla condotta dell'agente possano derivare eventi dannosi o pericolosi prevedibili. Le regole di diligenza, prudenza o perizia possono essere codificate e si parlerà di colpa specifica, per violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline. Ma, accanto alle regole codificate, vi è uno spazio molto ampio per regole la cui individuazione grava sul giudice; ed è lo spazio della colpa generica, che si ha quando il soggetto autore del fatto non ha rispettato le regole cautelari non scritte consistenti in negligenza, imprudenza o imperizia. Il giudice non è ovviamente libero di individuare tali regole, bensì dovrà far riferimento, non a ciò che si usa fare ma, a quel che si doveva fare in un dato momento²². Le regole di diligenza vanno ritagliate sulla persona del singolo agente, attraverso un processo di personalizzazione, nel senso che: per la sussistenza di un addebito colposo è necessario accertare l'inescusabilità della condotta dell'agente in violazione della regola cautelare²³, ipotizzando ciò che si sarebbe dovuto fare, secondo il parametro dell'agente modello, considerando, però, le

²¹ Si rinvia, a riguardo, al paragrafo sulla responsabilità degli organi di vertice delle strutture sanitarie.

²² Quando si versa in colpa generica, il contenuto della regola cautelare si specifica in rapporto all'evento da evitare: l'azione tipica (ad esempio del reato di omicidio colposo o lesioni colpose) sarà quella che nel complesso degli atti compiuti da un soggetto e causalmente collegati con l'evento, dia luogo ad una situazione di contrarietà con le regole di condotta a contenuto preventivo. Compito del giudice è identificare una norma, avente natura cautelare, posta a presidio della verifica di un evento, sulla base delle conoscenze che all'epoca della creazione della regola consentivano di porre la relazione causale tra condotte e risultati temuti e di identificare misure atte a scongiurare o attenuare il rischio.

²³ GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2005, p.459.

specializzazioni e il livello di conoscenze dell'agente²⁴. Non può utilizzarsi come parametro di riferimento una figura generica di agente modello, bensì occorre personalizzare il dovere di diligenza, individuando l'agente modello in relazione alla singola attività svolta ed alle stesse circostanze concrete in cui ha operato l'agente reale²⁵.

Il dovere di diligenza, prudenza, perizia ha un duplice contenuto: a) riconoscere il pericolo del realizzarsi del fatto antigiuridico; b) neutralizzare o ridurre il pericolo che si realizzi il fatto antigiuridico. Ed il carattere colposo della condotta può derivare già dal mancato riconoscimento del pericolo di realizzazione del fatto che l'agente modello sarebbe stato in grado di riconoscere nel momento in cui l'agente concreto operava²⁶, ovvero, di fronte ad un pericolo riconosciuto, dalla mancata adozione dei comportamenti necessari per neutralizzare o ridurre il pericolo (astensione dall'agire o agire con particolari modalità) che in quel momento e in quelle circostanze l'agente modello avrebbe tenuto²⁷. Per stabilire il momento a partire del quale un dato pericolo è riconoscibile dall'agente modello bisogna accertare le conoscenze che in un dato momento costituiscono patrimonio diffuso. Del pari, le misure da adottare per neutralizzare o ridurre un pericolo riconoscibile vanno individuate a partire dal momento in cui quelle misure sono fattibili utilizzando le tecnologie disponibili²⁸.

Nei reati colposi di evento la colpa deve abbracciare sia l'azione sia l'evento ed il nesso che deve intercorrere tra colpa ed evento è duplice. Come noto, non basta la violazione della norma cautelare, bensì, per fondare un rimprovero penale, l'evento doveva essere prevedibile ed evitabile²⁹. Il primo nesso causale sussiste quando l'evento è essere la realizzazione del pericolo che la norma cautelare violata mirava a prevenire³⁰: in altri termini, l'evento in concreto deve essere il risultato di una delle

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37346/2012. Sempre sulla personalizzazione del dovere di diligenza vedasi sent. n. 22187/2008 e n. 19354/2007.

²⁵ SALE, *Il versante innocentista dell'agente modello*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 maggio 2013. "L'agente modello non propone autentiche regole cautelari, capaci di delimitare e individuare la condotta tipica. È cautelare solo quella regola predefinita e riconoscibile ex ante dall'agente, non quella che, a seconda delle esigenze del caso concreto, viene ridisegnata a posteriori. L'agente modello esprime, piuttosto, regole ideali, che riguardano l'essere, non il fare".

²⁶ Il riconoscimento dell'esistenza del pericolo deve avvenire dall'agente con i sensi, con gli strumenti tecnici (che il medico ha a disposizione, tra cui l'effettuazione di analisi del sangue, radiografie ecografie, ecc.), attraverso l'applicazione di regole di esperienza note (il medico diagnosticherà una malattia, interpretando i risultati di analisi e accertamenti in base alle regole dell'arte).

²⁷ Ad esempio il chirurgo non deve operare il paziente nel quale l'anestesista ha riscontrato una malattia cardiaca, che lo farebbe quasi certamente morire sotto i ferri ovvero il medico che ha diagnosticato una malattia deve prescrivere le cure farmacologiche suggerite dalla miglior scienza del momento e non altre.

²⁸ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè.

²⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 2000, p. 488. Alla base delle regole cautelari vi sono le regole di esperienza, ricavate dai giudizi ripetuti nel tempo sulla pericolosità di determinati comportamenti e sui mezzi più adatti ad evitarne le conseguenze. Pertanto le regole cautelari non sono altro che la cristallizzazione di giudizi di prevedibilità ed evitabilità, ripetuti nel tempo.

³⁰ Il c.d. nesso della prevedibilità in concreto.

serie di sviluppi causali il cui prevedibile avverarsi rendeva colposa la condotta dell'agente³¹. Il secondo nesso³² tra colpa ed evento sussiste quando, accertato che l'evento è la realizzazione del pericolo colposamente creato dall'agente, si accerti che la condotta rispettosa delle regole di diligenza avrebbe evitato nel caso concreto il verificarsi dell'evento³³. Riassumendo, quindi, il criterio d'imputazione soggettiva dell'evento richiede che il danno patito dalla vittima del reato debba essere la concretizzazione dello specifico rischio (la realizzazione del pericolo) che la norma cautelare violata tendeva a prevenire e che sarebbe stato evitato se il soggetto agente avesse tenuto il comportamento conforme alla regola (ad esempio, dettata dall'arte medica) per prevenire quello specifico rischio concretizzatosi nell'evento.

In parole semplici, l'imputazione colposa riguarda una condotta che eccede la misura del rischio consentito; un rischio che si realizza infine nell'evento; ed è proprio il rischio illecitamente innescato che si deve produrre nell'evento perché il fatto assuma rilievo penale. Vi sono diversi rischi: "rischi totalmente illeciti" (ad esempio accendere il fuoco accanto ad un deposito di esplosivi), "rischi totalmente leciti" che si riferiscono ad un'attività di cui l'ordinamento penale non si interessa, in un dato momento storico, perché rischi accettabili che non abbisognano di governo (ad esempio viaggiare in aereo) e, infine, "rischi consentiti" ma entro determinati limiti, in quanto riferiti ad attività che comportano una misura di pericolosità in tutto o in parte ineliminabile e che, tuttavia, si accetta che vengano esercitate perché afferenti ad importanti ambiti produttivi, scientifici, medici. Il rischio, in quest'ultimo caso, non può essere evitato ma deve essere governato, mantenuto entro determinati limiti. In alcuni casi è il legislatore o l'autorità amministrativa che indica le modalità dell'attività, ma, nella maggior parte dei casi, questi vincoli di carattere normativo non si riscontrano

³¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37606/2007. *"L'accadimento verificatosi deve essere ricompreso tra quelli che la norma di condotta tendeva a evitare, dovendo costituire la concretizzazione del rischio"*. Non sussiste il primo nesso quanto l'evento giace fuori dagli sviluppi causali prevedibili: ad esempio la morte della persona che, ferita in un incidente stradale, decede per dissanguamento dovuto ad emofilia o per incidente dell'autoambulanza o per incendio in ospedale. L'errore diagnostico o terapeutico del sanitario che aggravi una ferita colposamente cagionata non è uno sviluppo causale imprevedibile della condotta colposa. Si rinvia al paragrafo sulle concause e interruzione del nesso causale.

³² Il c.d. nesso dell'evitabilità in concreto. Si tratta del secondo nesso causale, la c.d. causalità della colpa, che sussiste allorquando la condotta rispettosa delle regole cautelari avrebbe eliminato il verificarsi dell'evento. Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 12246/2007. *"Perché l'agente possa essere ritenuto colpevole non è sufficiente che abbia agito in violazione di una regola cautelare ma è necessario che non abbia previsto che quella violazione avrebbe avuto come conseguenza il verificarsi dell'evento. Se dunque quella conseguenza dell'azione non è stata prevista perché non era prevedibile non vi è responsabilità per colpa"*. La prevedibilità deve essere valutata come la possibilità, valutata ex ante, che l'agente ha di conoscere la regola cautelare e di poterla adottare. In altre parole la condotta, incriminata a titolo di colpa, deve essere concretamente ipotizzabile: si dice, in tali casi, che l'agente deve avere la possibilità di prevedere, in senso naturalistico o materiale, il fatto lesivo.

³³ Ad esempio, si pensi ad un anestesista che somministri al paziente un anestetico diverso da quello prescritto dalle regole dell'arte, cagionando la morte del paziente. A seguito dell'autopsia si accerta che, per un vizio non conoscibile, quel paziente non avrebbe tollerato alcun tipo di anestetico: la sua morte non potrà essere addebitata all'anestesista perché l'evento non sarebbe stato evitato neppure se fossero state rispettate le regole dell'arte.

e, anche quando si rinvergono, spesso non sono esaustivi, soprattutto per l'operatore chiamato a governare, cautelare al meglio il rischio di cui è gestore. *“Questa multiforme incertezza, che caratterizza gran parte delle moderne attività cui si interessa il diritto penale, conduce ad un risultato che per noi giudici è inquietante e che deve essere oggetto di profonda riflessione: l'arbitro che stabilisce il punto di confine tra il lecito e l'illecito è proprio il giudice (...) Il fatto è che, più che moralisti, noi giudici siamo tecnici e dobbiamo tentare di comprendere in che modo la funzione equilibratrice che ci è di fatto demandata possa tradursi nella dinamica delle nostre categorie concettuali, in modo da essere gestita in modo equilibrato, oggettivo, razionale”*³⁴. La catena che lega il rischio e l'evento deve essere letta, però, assai frequentemente, attraverso le conoscenze scientifiche, che costituiscono strumento insostituibile per la comprensione del nesso causale. E, come si approfondirà in seguito, nell'accertamento del fatto e del nesso causale con l'evento infausto, il giudice non deve solo verificare la violazione della norma cautelare (integrale violazione o disattenzione alle informazioni di tipo scientifico e tecnico), ma, al fine di fondare o graduare la responsabilità del soggetto, deve anche comprendere quali sono le circostanze nelle quali le valutazioni vengono compiute e le condotte poste in essere (c.d. profilo soggettivo della colpa).

Ed è proprio in relazione al concetto di limite del rischio consentito che si inserisce il ruolo delle linee guida e dei protocolli e, in via generale, il tema della standardizzazione delle regole cautelari.

4. Cosa sono le linee guida? Pregi e difetti

Le linee guida costituiscono *“raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche”*³⁵. Quanto alla loro prescrittività, esse *“si collocano a mezza via tra regole etiche, direttive deontologiche e prescrizioni giuridiche. Non si tratta quindi di ordini calati dall'alto, categorici e definitivi, ma di suggerimenti, di indirizzi motivati ed intesi a tenere conto di tutte le istanze talora confliggenti, quali emergono dal mondo dei sanitari, dei pazienti, degli amministratori, dei giuristi”*³⁶. *“Le linee guida costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche. Si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le*

³⁴ BLAIOTTA, Intervento all'incontro *“Chi valuta, chi decide, chi giudica”*, cit..

³⁵ FIELD-LOHR, *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, Institute of Medicine, Washington, National Academy Press, 1992, p. 35.

³⁶ PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. e processo*, 1996, p. 891.

determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta³⁷. Le linee guida, dunque, operano una razionalizzazione della conoscenza scientifica e una semplificazione nell'accesso alla stessa da parte degli operatori sanitari³⁸, nonché una tendenziale uniformazione alle migliori prassi mediche³⁹, con effetti positivi sulla qualità dell'assistenza sanitaria insieme ad una ottimizzazione dei processi di cura, cui conseguono una maggiore facilità nella pianificazione degli investimenti e una riduzione delle disuguaglianze nell'allocazione dei servizi al fine di un contenimento della spesa ospedaliera.

Nella Legge Balduzzi, con la valorizzazione delle linee guida e delle affidabili pratiche terapeutiche, quando esse siano confortate dal consenso della comunità scientifica, si è aggiunto qualcosa di nuovo⁴⁰. Molti autori ritengono che alla opportuna positivizzazione delle regole cautelari – volta alla limitazione della discrezionalità del giudice – dovrebbe parallelamente corrispondere un consistente ridimensionamento del ruolo dei periti, troppo spesso assunti a veri e propri arbitri del processo penale per *medical malpractice*. Inoltre, un ulteriore pregio delle linee guida, che spesso ripartiscono i compiti tra i componenti di un'*équipe* medica, risiederebbe – con particolare riferimento all'accertamento della colpa nelle attività mediche plurisoggettive – nell'agevolazione della ricostruzione giudiziaria per quando riguarda le differenti aree di rischio e di responsabilità all'interno della stessa *équipe*.

Oltre a questi indiscutibili pregi le *Guidelines* presentano anche una serie di difetti. Un primo problema consiste, da un lato, nella loro difficile compatibilità con il principio di libertà di cura da parte del medico⁴¹, il quale vedrebbe la propria autonomia professionale svilita dal necessario conformarsi agli standard ivi delineati, dall'altro lato, nella incentivazione di comportamenti "difensivi", dal momento che il discostarsi da tali suggerimenti clinici può comportare un addebito colposo, mentre, al contrario, l'essersi attenuto alle prescrizioni può essere funzionale a giustificare (in un eventuale processo) il percorso clinico intrapreso. Un secondo problema si individua nella sovrapproduzione di linee guida da parte di una molteplicità di autori (i protagonisti del mondo sanitario tra cui associazioni scientifiche nazionali e internazionali, case farmaceutiche, compagnie assicurative, rappresentanti dei pazienti, amministratori di aziende sanitarie, persino singoli reparti

³⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore).

³⁸ Le linee guida, pertanto, agevolerebbero il medico ad osservare quel generale dovere di aggiornamento che grava sulla figura professionale, come ravvisato da BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche, Le modifiche introdotte dal c.d. Decreto Balduzzi*, in *Diritto penale contemporaneo*, Riv. trim., n. 4, 2013, p.64.

³⁹ Questo fenomeno di tendenziale standardizzazione delle condotte dei medici si inserisce in un più ampio processo che interessa le principali attività sociali c.d. rischiose, che abbisognano di una positivizzazione delle regole cautelari al fine di più alti livelli operativi e di controllo. In ambito medico, però, sia i medici sia i giudici sono contrari a tale fenomeno (ispirato senza dubbio da giustissime esigenze di certezza), preferendo entrambi sostenere che le regole cautelari (e quindi la miglior condotta professionale) vadano individuate caso per caso.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore).

⁴¹ Verrà affrontato successivamente il problema delle prescrizioni *off label* e del principio della libertà di cura.

ospedalieri), indotti a formulare i propri suggerimenti di comportamento clinico, da cui discendono sia fattori di complicazione e, a volte, di contraddizione tra una pluralità di testi, sia situazioni di conflitti di interesse che rischiano di ledere il primario scopo di migliorare la qualità dell'assistenza sanitaria⁴².

5. Il ruolo delle linee guida nel processo penale

Da un punto di vista penalistico le regole scritte nelle *Guidelines* non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica. La fattispecie colposa ha necessità di essere eterointegrata non solo dalla legge, ma anche da atti di rango inferiore, in quanto per la sua natura fortemente vaga, attinge il suo nucleo significativo proprio attraverso le precostituite regole alle quali vanno parametrati gli obblighi di diligenza, prudenza, perizia. La discesa della disciplina dalla sfera propriamente legale a fonti gerarchicamente inferiori che caratterizza la colpa specifica, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, costituisce ineliminabile espressione dei principi di legalità, determinatezza, tassatività⁴³.

Di fronte al problema della generale carenza di tassatività propria dell'illecito colposo, la diffusione delle linee guida dovrebbe positivamente comportare una progressiva codificazione delle *leges artis* in ambito medico. Molte sono, però, le resistenze contrarie ad ogni processo di positivizzazione delle regole cautelari, che risulterebbe, non solo difficile, ma anche inopportuno. La peculiarità dell'arte clinica imporrebbe una sua valutazione sempre ancorata alle specificità del caso concreto, con la conseguenza che, non di rado, l'inosservanza di una regola standardizzata potrebbe risultare più efficace dal punto di vista terapeutico. Sul versante giuridico, però, laddove non vi siano regole cautelari predeterminate ovvero le stesse siano aperte o indeterminate, il giudice potrebbe sempre trovare *ex post* una ulteriore regola di cautela che, se correttamente osservata, avrebbe potuto impedire l'evento (con la conseguenza che risulterebbero penalmente illecite anche condotte tecnicamente ineccepibili ma da cui sia derivato un esito infausto)⁴⁴. La dottrina, che sostiene la riconducibilità delle linee guida alle discipline inerenti la colpa specifica, riconosce alle stesse "il

⁴² Per un approfondimento, CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit. L'autore sottolinea come già da diversi anni negli Stati Uniti, per una sorta di "eterogenesi dei fini", la tutela della salute dei pazienti occupi ormai solamente il terzo posto nella classifica delle finalità perseguite dalle linee guida, preceduta dal contenimento della spesa sanitaria e dalla prevenzione di controversie giudiziarie.

⁴³ Per un approfondimento sulla normatività diffusa della fattispecie colposa, Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore): "*Come la signoria della legge era l'antidoto contro radicati privilegi, la specificazione della norma cautelare era ed è ancora l'antidoto più forte contro l'imponderabile soggettivismo del giudice ed è quindi garanzia di legalità, imparzialità, prevedibilità delle valutazioni giuridiche*".

⁴⁴ CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., p. 7. L'obbligo cautelare, in altre parole, finisce per essere ricostruito *ex post*, ragionando con il "senno di poi" (c.d. *Hindsight bias*), e la responsabilità colposa viene affermata attraverso lo "specchio deformante" dell'evento.

*merito di contrastare i normali meccanismi conoscitivi dell'interprete, rappresentando una contropinta razionalizzante al già evocato bias giudiziario del senno del poi (insight bias), più frequente, inquinante e quindi pericoloso di quanto noi stessi percepiamo*⁴⁵.

Ripercorrendo la giurisprudenza di legittimità anteriore alle Legge Balduzzi si osservano quattro differenti modalità con cui le linee guida incidono sul giudizio. I primi due orientamenti fondano il giudizio di colpa, al fine di una condanna o di una assoluzione, sulla base del rispetto o meno di queste ultime. La prima ipotesi riguarda la violazione delle linee guida con la conseguente condanna del sanitario che ha violato la regola cautelare evincibile dalle direttive cliniche codificate, rilevanti quindi in un'ottica accusatoria⁴⁶. La seconda ipotesi attiene, a contrario, all'efficacia disculpante delle linee guida e si verifica laddove, nonostante il comportamento del medico sia giudicato alle stesse aderente e quindi non colposo, si giunga ad un esito ugualmente infausto⁴⁷. Gli altri due indirizzi giurisprudenziali, invece, prescindono dal rispetto delle prescrizioni cliniche e negano la validità di qualsiasi equazione tra osservanza o inosservanza delle *Guidelines* ed esonero o affermazione della responsabilità. È questo il caso dei sanitari che vengono condannati nonostante abbiano rispettato le prescritte precauzioni, dal momento che, lo specifico caso concreto avrebbe richiesto di intraprendere un diverso, alternativo comportamento anziché una rigida e cieca adesione⁴⁸. Infine, l'ultima casistica si incontra quando il medico viene esonerato da responsabilità proprio in ragione

⁴⁵DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 14.

⁴⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 10900/2014. Un chirurgo è stato ritenuto responsabile della morte della paziente per lesione dell'aorta toracica, attinta dal passaggio endotoracico dell'ago nella manovra di posizionamento del punto di ancoraggio gastro-diaframmatico, nel corso di intervento chirurgico di bendaggio gastrico in video laparoscopia. L'addebito contestato all'imputato è di aver con imperizia condotto l'intervento chirurgico in difformità dalle linee guida e dal protocollo tecnico che prescrivevano che il chirurgo non avrebbe dovuto in alcun caso oltrepassare il diaframma entrando nel torace - da tale muscolo separato dalla cavità addominale - nell'esecuzione dell'intervento in laparoscopia perché, in tal caso, egli non ha una visione diretta e completa anche della cavità toracica, ma solamente di quella addominale, rientrando nel campo visivo ripreso in video dalla telecamera introdotta nell'addome del paziente. Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 34729/2011. Risponde di omicidio colposo per imperizia, nell'accertamento della malattia, e per negligenza, a causa dell'omissione delle indagini necessarie, il primario ospedaliero che, in presenza di sintomatologia idonea a porre una diagnosi differenziale, rimanga arroccato su diagnosi inesatta, benché posta in forte dubbio dalla sintomatologia, dalla anamnesi e dalle altre notizie comunque pervenutegli, omettendo così di porre in essere la terapia più profittevole per la salute del paziente. Nel caso di specie si trattava di omessa prescrizione e somministrazione di terapia anticoagulante, conseguente all'omissione di semplici esami di accertamento, ritenuti doverosi in considerazione dell'esito di una radiografia toracica praticata al paziente poi deceduto.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 19354/2007. La Suprema Corte ha confermato l'assoluzione decisa dai giudici di merito di un'équipe medica che, sulla scorta di quanto previsto dalle linee guida dettate da un autorevolissimo trattato di cardiologia statunitense, aveva sospeso l'assunzione di farmaci anticoagulanti in prossimità di un intervento di colecistectomia.

⁴⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 38154/2009. Risponde "di omicidio colposo il cardiologo, che attesti l'idoneità alla pratica sportiva di un atleta, in seguito deceduto nel corso di un incontro ufficiale di calcio a causa di una patologia cardiologica (nella specie "cardiomiopatia ipertrofica"), non diagnosticata dal sanitario per l'omessa effettuazione di esami strumentali di secondo livello che, ancorché non richiesti dai protocolli medici, dovevano ritenersi necessari in presenza di anomalie del tracciato elettrocardiografico desumibili dagli esami di primo livello". Si vedano altresì, Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 10454/2010 e sent. n. 38774/2011.

dell'inosservanza dei suggerimenti codificati⁴⁹. Da questa breve analisi discende che nel valutare la rilevanza delle linee guida non sono ammessi automatismi, né in chiave accusatoria né in chiave di esonero da responsabilità. In altre parole, *“l'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina automaticamente la colpa”*⁵⁰. Le linee guida, perciò, non hanno un carattere esaustivo né vincolante, bensì sono indicazioni di massima che risentono della volubilità di ogni specifica situazione terapeutica⁵¹ e, come opportuno, della libertà di cura da parte del medico⁵².

È quindi in questo contesto che alberga il dibattito sulla natura specifica o generica della colpa fondata sulla violazione delle linee guida, che la giurisprudenza ha risolto affermando che *“le linee guida e i protocolli, proprio in ragione della peculiarità dell'attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline)”*⁵³. Dunque, il nucleo del problema è quello della diligenza, della violazione delle regole di prudenza che l'ordinamento impone. Diligenza che va parametrata al caso concreto, che il giudice è chiamato a porre in primo piano evitando ricostruzioni astratte e poco vicine alla realtà. E, a proposito delle prassi applicative e del loro ruolo nel processo, *“un comportamento non è lecito perché è consentito, ma è consentito perché diligente”*⁵⁴. L'ultima parola nel giudizio di colpa, in definitiva, finisce per rimanere nella disponibilità del giudice – e del suo perito il cui ruolo, lungi dall'essere ridimensionato dalle linee guida, risulta ancora decisivo – secondo una valutazione, come abbiamo detto precedentemente, fondata su un agente modello da personalizzare sul caso specifico e su giudizi di evitabilità e prevedibilità in concreto⁵⁵.

Questo dunque il quadro su cui viene ad incidere l'art. 3 del “Decreto Sanità”, a norma del quale l'esercente la professione sanitaria che si è attenuto alle linee guida risponde penalmente solo per colpa non lieve. Un grado significativo di colpa che serve, dunque, a costruire un argine di fronte alle criticità sopra evidenziate. La contraddizione che permane è la seguente: il medico che si attiene alle prescrizioni delle linee guida, regole di perizia, e che, quindi, agisce peritamente, può essere in colpa,

⁴⁹ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 33136/2011.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 35922/2012. Le linee guida rappresentano certamente uno strumento per valutare la condotta del sanitario e quindi per misurarne la diligenza e la perizia, ma non eliminano la discrezionalità insita nel giudizio di colpa. Il giudice resta libero di valutare se le circostanze concrete esigessero una condotta diversa da quella prescritta dalle linee guida.

⁵¹ DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, p. 20.

⁵² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 2865/2001.

⁵³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 35922/2012.

⁵⁴ BLAIOTTA, Intervento all'incontro “Chi valuta, chi decide, chi giudica”, cit..

⁵⁵ CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., p. 13. L'autore critica questo trend giurisprudenziale troppo rigorista, contraddistinto dall'appiattimento della colpa sul nesso eziologico e da una profonda incertezza. Spesso i giudici giungono ad una condanna “secondo una valutazione che, fondata su un indeterminato agente modello (sempre disponibile ad incarnare uno standard più elevato) e sui giudizi di evitabilità e prevedibilità (spesso inquinati dal senno del poi), presenta ineliminabili caratteri di discrezionalità”.

lieve o grave⁵⁶. La giurisprudenza di legittimità post-Balduzzi, nel risolvere l'apparente contraddittorietà della norma, ribadisce il ruolo non meccanicistico delle linee guida, le quali *“propongono solo direttive generali, istruzioni di massa, orientamenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere, dunque, che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia e che, in alcuni casi si trovi a doversi addirittura derogare radicalmente. Il legislatore ha evidentemente tenuto conto di tale situazione, disciplinando l'evenienza di un terapeuta rispettoso delle istruzioni per l'uso e tuttavia in colpa”*⁵⁷. La Suprema Corte indica due ipotesi in cui il sanitario può versare in colpa nonostante si sia attenuto alle linee guida. Il primo caso è quello del professionista che correttamente si è orientato in ambito diagnostico e terapeutico, secondo il sapere scientifico, ma ha commesso qualche errore nell'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità dello specifico caso clinico: indi per cui, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore non sia lieve. Il secondo caso, invece, riguarda il mancato discostamento dalle prescrizioni quando le circostanze del caso concreto suggerivano, pur in maniera non del tutto evidente o macroscopica, di elaborare un percorso terapeutico individualizzato⁵⁸.

La recente Cassazione ribadisce a chiare lettere che le linee guida non possono integrare regole cautelari di colpa specifica, sia per la varietà e il diverso grado di qualificazione giuridica sia per la loro natura di *“strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della prescrittività propria della regola cautelare, per quanto elastica”*. Le linee guida costituirebbero *“regole d'azione”* che contribuiscono a definire gli *“standard”* richiesti dal *“modello di comportamento”* sul quale edificare il rimprovero colposo⁵⁹. *“Quanto maggiore sarà il distacco del modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione”*⁶⁰.

⁵⁶ Da qui l'ossimoro *“in culpa sine culpa”*. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit..

⁵⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore).

⁵⁸ Ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria.

⁵⁹ CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., p. 18. L'autore concorda con la tesi dottrinale che qualifica le linee guida quali fonti di cognizione delle regole cautelari e non quali fonti di produzione. CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE-RIONDATO, Milano, 2011.

⁶⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore). Le linee guida non possono presentarsi come *“uno strumento di precostituita, ontologica affidabilità”* né per il terapeuta né per il giudice; sarà invece onere di entrambi riscontrarne, caso per caso, la corrispondenza alla miglior scienza del momento. Si comprende perché la dottrina si soffermi diffusamente sulla mancata positivizzazione delle *leges artis* in ambito sanitario, la cui qualificazione rimane incerta e poco chiara, lasciando inalterato il rischio di un giudice arbitro della fattispecie penale ed esposto alla tentazione di sostituire al giudizio *ex ante* la famigerata clausola *post hoc propter hoc*.

Di primaria importanza sarà la “scientificità del giudizio”, nel senso che il giudice di merito dovrà orientare le sue difficili valutazioni con l'ineludibile dovere di garantirne oggettività e determinatezza, attraverso il sapere scientifico e le consolidate strategie tecniche, che costituiscono la fonte precostituita alla stregua della quale è possibile articolare il giudizio senza surrettizie valutazioni a posteriori⁶¹. In sintesi, le linee guida conferiscono determinatezza alla fattispecie di colpa generica nell'attività medica.

A garantire l'ingresso nel processo del sapere accreditato è il perito, il quale non è arbitro del giudizio concreto bensì esperto che espone al giudice il quadro attuale della scienza e tecnologia utile per valutare il caso in esame. Stante questa primaria funzione di veicolare il “sapere” – *“strumento a disposizione del giudice e delle parti per conferire oggettività e concretezza al precetto ed al giudizio di rimprovero personale”* - la scelta del perito si presenta quale operazione delicata e di indubbia preminenza.

Ricondotte le linee guida nell'alveo della colpa generica⁶², occorre ulteriormente collocarle all'interno della tripartizione tra negligenza⁶³, imprudenza⁶⁴ e imperizia⁶⁵ proposta dall'art. 43 c.p.. Come anticipato, l'opinione costante della giurisprudenza di legittimità ritiene che le linee guida,

⁶¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore). *“La scienza e la tecnologia sono le uniche fonti certe, controllabili, affidabili”*. L'itinerario per il conseguimento della scientificità del giudizio non è però affatto semplice, perché l'acquisizione al processo di informazioni scientifiche adeguatamente attendibili non è sempre agevole, tanto più quando si entra in ambiti complessi, controversi, caratterizzati da sapere in divenire.

⁶² La dottrina critica questo assunto. Per un approfondimento, DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 11. *“Troverei francamente curioso, e fors'anche presuntuoso, negare a priori il valore orientativo di linee guida elaborate secondo i criteri delle c.d. scienze dure per demandare il recupero della certezza (niente po' po' di meno che) alla colpa generica. Sappiamo tutti che questa è imprescindibile e vitale per il diritto penale, ma che - per la medesima ragione - poggia sulle malferme spalle di un astratto homo eiusdem condicionis et professionis e che si avvale di giudizi sulla prevedibilità e sull'evitabilità dell'evento tutt'altro che certi (oltre che inquinati dal senno del poi). Sappiamo tutti, insomma, che non si è mai riusciti a guarirla da quel deficit di tassatività che ne ha nel tempo consentito le note deformazioni giurisprudenziali”*.

⁶³ Disaccortezza e disattenzione. La negligenza si sostanzia in un contegno omissivo contrastante con quelle norme di condotta che impongono un determinato comportamento sollecito, attento e accorto, che sia diretto a produrre un evento dannoso e pericoloso. La negligenza si può verificare non solo nell'omissione ma anche nel *modus operandi*, per la trascuratezza della propria condotta. Ad esempio è negligente il medico che non valuta tutte le conseguenze dei suoi atti e che non riduce al minimo i rischi connessi al suo intervento, attraverso l'adozione di tutte le cautele possibili, a cominciare dalla scelta degli strumenti idonei. È altresì negligente il medico che somministra un medicinale sbagliato, in quanto è suo dovere valutare e prevenire i rischi di un eventuale shock anafilattico.

⁶⁴ La colpa per imprudenza consiste nella mancata percezione, per distrazione o insufficiente percezione, della situazione di fatto. L'imprudenza consiste nella realizzazione di un'attività positiva che non si accompagni nelle speciali circostanze del caso a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce. Ad esempio è imprudente il comportamento del medico che non dispone accertamenti o che omette di controllare la situazione clinica dei pazienti (ipotesi di suicidi in ospedali). Vi può essere imprudenza per temerarietà, ad esempio per diagnosi o dimissioni affrettate ovvero per intervento temerario.

⁶⁵ L'imperizia si concreta nell'incapacità tecnica di esercitare una determinata professione o arte, è il c.d. errore professionale (*malpractice*). Essa si manifesta come inosservanza delle regole proprie dell'arte medica o loro ignoranza o erronea applicazione ovvero per loro trascuratezza nel caso concreto. Casi di errore diagnostico o terapeutico. Qui rilevano le diverse conoscenze specialistiche, che vanno a delineare le condotte richieste allo specifico professionista.

data la particolare difficoltà e rischiosità dell'attività medica, contengano esclusivamente regole di perizia, di talché pure la recente restrizione di responsabilità opererebbe solo sul terreno dell'imperizia lieve⁶⁶. Si afferma che la limitazione della responsabilità è applicabile alle condotte che abbiano osservato linee guida o pratiche mediche accreditate, non può riguardare, invece, ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza perché le linee guida contengono solo regole di perizia⁶⁷. La giurisprudenza⁶⁸ esclude, pertanto, che possano coesistere situazioni di imprudenza o negligenza – quali forme di colpa generica – con ipotesi di lievità della colpa nel settore della responsabilità medica⁶⁹. Tuttavia, non mancano le opinioni contrarie, secondo le quali *“in medicina sfuma (...) la distinzione tra imperizia, da una parte, e negligenza ed imprudenza, dall'altra”*. La nuova disposizione non dovrebbe, pertanto, essere riferita alla sola imperizia (c.d. *malpractice*), in quanto *“prescindendo*

⁶⁶ Concordano sul punto tutte le pronunce della Cassazione post-Balduzzi, tra cui la sentenza del Tribunale di Novara in commento. Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 11493/2013 (Pagano) che ha ravvisato la responsabilità dell'imputato, non in un errore di diagnosi né nell'imperizia, bensì in una violazione del dovere di diligenza che gli imponeva di svolgere la sua attività secondo il modello di agente e nel rispetto delle regole di prudenza. Vedasi anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore); Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 15495. Di opinione difforme la dottrina che ritiene opportuno riconoscere l'operatività anche in relazione a condotte lievemente negligenti o imprudenti.

⁶⁷ Cass. civ., Sez. IV, sent. n. 46753/2013. Nella specie si discuteva della responsabilità a titolo di lesioni colpose di un medico chirurgo cui era stato contestato di aver provocato al paziente, nel corso di un intervento chirurgico, una sofferenza del nervo radiale con conseguente paresi. La Corte ha comunque escluso l'applicabilità della nuova disciplina sul rilievo che nel ricorso ci si era limitati a sostenere che le linee guida erano state osservate nel momento della scelta di procedere chirurgicamente, mentre nulla veniva articolato relativamente al successivo momento dell'esecuzione dell'intervento, in relazione al quale all'imputato era stato contestato di aver provocato la lesione iatrogena per errore nell'esecuzione dell'atto operatorio.

⁶⁸ In senso dubitativo Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 18430/2014. *“È ben vero che il riferimento contenuto nella norma alle buone pratiche pone nuovi dubbi all'interprete. Le cosiddette buone pratiche non di rado si traducono, infatti, in regole che indicano la procedura da seguire al fine di evitare condotte negligenti ed imprudenti, cosicché il criterio interpretativo del limite di operatività della norma alle sole ipotesi in cui venga contestato un comportamento imperito (Corte Cost. n. 166 del 22 novembre 1973) risulta oggi messo in crisi dal nuovo testo normativo (... tuttavia) l'adeguamento del sanitario alle linee guida può non essere sufficiente, come conferma il tenore letterale della L. n. 189 del 2012, art. 3, ad escludere la colpa, e, per altro verso, che il giudizio di responsabilità colposa fondato sul paradigma normativo dell'art. 43 c.p., esige che vengano presi in considerazione elementi ulteriori, segnatamente i profili della causalità della colpa per negligenza ed imprudenza, rispetto alla mera violazione di regole cautelari”*.

⁶⁹ Si pensi ai casi del medico che consulta frettolosamente la cartella clinica, negligenza dimentica alcuni dati fondamentali nella raccolta anamnestica o dimette il paziente imprudentemente. Nei medesimi termini Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 36891/2014, che ha confermato la sentenza di condanna di un medico del pronto soccorso il quale per negligenza, imperizia ed imprudenza, ed in particolare omettendo di sottoporre il paziente a tutti i controlli necessari per una corretta diagnosi della patologia in corso (edema della glottide) e per l'esatta valutazione dei sintomi presenti e riferiti dal personale del 118 (comuni sia alla patologia erroneamente diagnosticata che ad una fase prodromica dell'edema), formulando un'errata ed incompleta diagnosi (faringite), omettendo di prescrivere una consulenza specialistica otorinolaringoiatrica (che avrebbe consentito di evidenziare i sintomi tipici della grave patologia in corso e, dunque, affrontare la stessa tempestivamente) o, comunque, una tenuta in osservazione del paziente, somministrando e prescrivendo una terapia farmacologica antibiotica inappropriata e dunque dimettendo il paziente, cagionava la morte dello stesso, sopravvenuta nella stessa notte a seguito di aggravamento dell'edema già presente al momento dell'ingresso al pronto soccorso. Così si è espressa la Suprema Corte: *“appare di evidenza immediata (giudizio controfattuale) che se (il medico) avesse mantenuto in osservazione il paziente, l'ingravescenza della patologia, sarebbe stata prontamente monitorata, con la pratica delle conseguenti immediate terapie, anche chirurgiche.”*

pure dall'obsolescenza della tripartizione (soppiantata dalla consapevolezza della natura costitutiva dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento) (...) tale opzione potrebbe avere ancora senso, al limite, ove si abbracci una visione dell'attività medica come riflessione teorica da realizzare a tavolino, casomai mediante computi di stampo ragionieristico. Ciò che (fortunatamente) non è. Nella realtà dei casi complessi, il confine tra conoscenza, uso appropriato della cautela, avventatezza o trascuratezza nella scelta di quella adatta mi pare troppo sottile, e troppo pericolosa una distinzione che voglia essere dirimente ai fini penali. Certamente, d'altronde, una siffatta distinzione difficilmente sarà rinvenibile in termini rigidi nemmeno nelle linee guida, che mirano - senza porsi problemi definitivi - ad assicurare la perizia, ma anche la diligenza del medico e la tempestività del suo intervento”⁷⁰.

Il caso esaminato dalla Cassazione nella sentenza n. 11493/2013, una delle recenti pronunce post-Balduzzi, riguardava la morte di un neonato, deceduto poco dopo il parto per danni cerebrali conseguenti ad una asfissia *intra partum*. Al ginecologo era stato addebitato di non aver costantemente monitorato l'accertata situazione di preallarme e di non aver eseguito un intervento di parto cesareo, che, se operato, avrebbe evitato l'asfissia e la morte. Il medico impugnava eccependo la presunta adesione a linee guida regionali afferenti i criteri di scelta tra parto naturale e parto cesareo. La Suprema Corte ha respinto il ricorso, sottolineando che il *novum* normativo non può essere invocato allorché i profili di colpa contestati riguardano la prudenza e la negligenza⁷¹, giacché le linee guida contengono solo regole di perizia. Si tratterà, invece, di perizia e si dovrà conseguentemente applicare la nuova normativa al caso di un medico accusato di aver provocato lesioni gravi colpose nell'esecuzione di isterectomia per via laparoscopica, nello specifico una lesione dell'uretere con conseguente formazione di una fistola dalla quale discendeva la necessità di ulteriori interventi chirurgici che comportavano lesioni personali della durata di 276 giorni e l'indebolimento permanente della parete addominale e della funzione renale⁷².

⁷⁰ DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 7.

⁷¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 5460/2014. *“In tali casi, infatti, essi non rispondono penalmente per colpa lieve, fatta salva l'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c.. Nondimeno l'ambito di operatività della normativa sopravvenuta appare riservato esclusivamente ai casi in cui venga mosso all'esercente la professione sanitaria un addebito di imperizia e non anche nei casi, come nella specie, nei quali il rimprovero si basa, indipendentemente poi dalla fondatezza o meno di esso, sui rimanenti aspetti della colpa generica, in particolare riguardanti la violazione del dovere di diligenza e di prudenza, che imponevano di svolgere l'attività medica conformemente al modello di agente e nel rispetto delle regole di prudenza, la cui violazione si assume che abbia determinato l'evento penalmente rilevante”*. Si vedano anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 36347/2014. Nel caso in esame è stata esclusa l'applicazione dell'art. 3 in quanto si trattava di una condotta negligente. L'imputata aveva omesso di effettuare una tempestiva diagnosi di pneumotorace iperteso e di eseguire delle semplici manovre terapeutiche, quali l'introduzione di un tubo di drenaggio, che sarebbero valse a salvare il paziente, così cagionandone la morte.

⁷² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 47289/2014. La Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza della Corte di Appello, che non aveva ritenuto applicabile la nuova normativa. Il giudice di merito dovrà, perciò, pronunciarsi nuovamente, seguendo i principi di diritto enunciati dalla Suprema Corte e verificando se sussistano o meno linee guida accreditate per il caso di specie e se siano stato seguite.

La Suprema Corte ha, però, specificato che l'art. 3 in esame, sebbene trovi il suo terreno di elezione nell'ambito dell'apprezzamento dell'imperizia, può trovare applicazione anche se il parametro valutativo della condotta del medico sia quello della diligenza, cioè allorquando siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza dei compiti, magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale. In ogni caso, afferma la Corte, va esclusa l'applicabilità dell'innovazione normativa esclusivamente ai casi di particolare difficoltà, giacché semmai la complessità e difficoltà dell'atto medico o chirurgico può rilevare solo ai fini dell'apprezzamento del grado della colpa, come lieve o grave⁷³.

6. Quali linee guida sono rilevanti per l'esonero di responsabilità?

Un ulteriore problema da analizzare attiene all'esatta individuazione di quali linee guida e quali buone pratiche possono, se osservate, fondare l'esonero di responsabilità per l'esercente la professione sanitaria nei casi di colpa lieve⁷⁴.

L'art. 3, infatti, quale unico presupposto per la restrizione di responsabilità, si limita a richiedere che le linee guida e le buone pratiche siano "*accreditate dalla comunità scientifica*". La prima questione che si pone attiene al tipo e alla qualità della fonte di produzione, ossia ai soggetti investiti del compito di redigerle e, di conseguenza, con che grado di autorevolezza⁷⁵. Sul punto, il legislatore italiano ha rinunciato a indicare – differentemente da quanto avviene in altri Stati – soggetti estensori particolarmente qualificati o modalità di accreditamento formale, richiedendo – da un punto di vista sostanziale – la sola condivisione da parte della comunità scientifica. Tanto più la fonte sarà autorevole, indipendente e riconosciuta, tanto più potrà essere considerata pertinente, rilevante e utilizzabile nel giudizio concreto dal giudice, al quale è rimandata, con la necessaria mediazione dell'esperto, la valutazione del grado di consenso riscosso nella letteratura di riferimento del percorso terapeutico suggerito nelle linee guida e adottato dal medico, prestando particolare attenzione anche al grado di aggiornamento delle stesse⁷⁶. Il riferimento alla comunità scientifica

⁷³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 47289/2014.

⁷⁴ In questi termini CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., p. 20.

⁷⁵ Le linee guida provengono da diverse fonti (circolari, regolamenti, piani sanitari) ed alla loro produzione collaborano numerosi organismi che godono di credibilità rispetto alla professione medica (Società scientifiche, Istituzioni di ricerca, Ordini Professionali).

⁷⁶ Affinché le linee guida siano considerate valide, esse devono rispondere ai requisiti di applicabilità, riproducibilità e validità scientifica, in termini di scientificità, attualità ed efficacia. BONA-IADECOLA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Milano, 2009. MARTUSCIELLI, *Linee guida: percorsi dal merito alla legittimità per delineare profili di un diritto penale della medicina*, in *Guida dir.*, 2013.

porta ad escludere un rilievo delle linee guide adottate a livello strettamente locale o addirittura di reparto ospedaliero⁷⁷.

Il secondo quesito originato dalla sintetica disposizione contenuta nell'art. 3 riguarda la possibilità che l'esonero per colpa lieve possa derivare anche dall'osservanza di prescrizioni che non presentino una *ratio* strettamente ed esclusivamente cautelare, ma che ad essa combinino anche finalità di tipo organizzativo ed economico, le quali, fatalmente, finiscono per “annacquare” la funzione di tutela della salute dei pazienti. La dottrina prevalente e la giurisprudenza escludono fermamente che si possa ricorrere a tale tipologia di linee guida, in quanto “*il medico, nella pratica della professione, deve con scienza e coscienza perseguire un unico fine: la cura del malato utilizzando i presidi diagnostici e terapeutici di cui dispone al tempo la scienza medica, senza farsi condizionare da esigenze di diversa natura, da disposizioni, considerazioni, valutazioni, direttive che non siano pertinenti rispetto ai compiti affidatigli dalla legge ed alle conseguenti relative responsabilità*”⁷⁸. A contrario, parte della dottrina, ritenendo questo indirizzo troppo inflessibile e per di più inadeguato a cogliere lo spirito che ha indotto il legislatore a introdurre una forma qualificata di imputazione soggettiva e a subordinarla al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche mediche, estende l'operatività della Legge Balduzzi ai casi in cui il sanitario abbia osservato suggerimenti clinici che rispondano anche ad esigenze di carattere economicistico. “*Nel mondo reale, le risorse della sanità pubblica sono limitate ed andrebbero quindi gestite con oculatezza (uno dei problemi della medicina difensiva è appunto questo: sperperi nella realizzazione di controlli non necessari a scopo cautelativo si traducono nella indisponibilità delle risorse quando il loro impiego sarebbe stato per contro necessario). La stessa Corte costituzionale lo ha più volte sancito: il cittadino ha diritto alla salute, ma tale diritto è esigibile nella misura in cui le risorse materiali ne consentano l'attuazione*”⁷⁹. Su questo punto la già citata sentenza della Cassazione n. 11493/2013 ha statuito che, per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità, occorre che le linee guida indichino standard diagnostico-

⁷⁷ DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 17. “Vero è infatti che, a differenza di quelle dotate di rilievo nazionale o (ancor più) internazionale, le linee guida locali recano un tasso di attendibilità “diminuito”, poiché con maggiore probabilità meno testate e chiamate a fare i conti con la specificità di risorse ed organizzazione di singole strutture o di singoli reparti, piuttosto che con i risultati della migliore scienza. Tuttavia, tali linee guida spesso sono quelle che, riflettendo le caratteristiche organizzative della struttura o del reparto, meglio “concretizzano” la cautela nei termini della sua realistica praticabilità. Poiché individualizzate, possiedono quindi una più spiccata capacità orientativa del comportamento del medico, che è poi suscettibile di riverberarsi, eventualmente, nella valutazione giudiziale”.

⁷⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 35922/2012.

⁷⁹ DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 16; VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 274; GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013; ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, p. 223. Anche CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., p. 25, auspica che la nuova disciplina introdotta dall'art. 3 sia di impulso per pronunce meno sospettose verso il c.d. *rationale* economico e più attente a verificarne la reale incidenza sui contenuti cautelari.

terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e che non risultino, invece, ispirate a esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente.

Per quanto riguarda le buone pratiche, anch'esse – se seguite ed accreditate – limitative della responsabilità, si pone un problema di interpretazione e di differenziazione rispetto alle linee guida al fine di giustificare la loro menzione, pena una inutile endiadi. Secondo la dottrina medico legale “*il concetto di buone pratiche sembra fare riferimento più che ad una disciplina regolamentata (come avviene nelle linee guida e nei protocolli) alla concreta attuazione delle medesime linee guida o a procedure non previste dalle linee guida ma comunemente applicate, e di cui sia riconosciuta l'efficacia terapeutica o comunque la non dannosità per il paziente. Per esemplificare se la somministrazione di un farmaco, pur non specificamente indicato e non previsto dalle linee guida per il contrasto di una determinata patologia (c.d. farmaci off label), ha dato, in un numero significativo di casi, effetti positivi e mai negativi il medico che lo somministra si attiene ad una buona pratica*”⁸⁰. Dunque, le buone pratiche attengono alla implementazione di principi clinici nell'operatività, combinati con interventi organizzativi del sistema e dei singoli nell'ambito dell'obiettivo generale della sicurezza⁸¹.

I protocolli consistono, invece, in schemi predefiniti di comportamento, più rigidi rispetto alle linee guida. Essi non individuano un “percorso terapeutico ideale” costruito su suggerimenti da adeguare al caso concreto e dal valore solo tendenziale, ma una serie di istruzioni di comportamento terapeutico-diagnostico che descrivono le procedure da seguire in modo tassativo⁸². Condividono il medesimo carattere dei protocolli anche le c.d. *checklist*, schemi di controllo che consistono in una serie di adempimenti necessari e sistematici, ciascuno dei quali va eseguito e “spuntato” dalla lista prima di procedere al compimento del successivo; se una verifica non ha avuto luogo, o se ha prodotto un risultato di segno negativo, nel senso che l'azione non è stata eseguita secondo la procedura corretta, non si può proseguire alla fase seguente⁸³. Sembrerebbe privilegiare questa

⁸⁰ BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., p. 64, nonché POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Diritto penale contemporaneo – Riv. trim.*, n. 4, 2013, p. 101, secondo cui il riferimento alle buone pratiche accanto alle linee guida avrebbe la funzione di evitare gli effetti pregiudizievoli di un'eccessiva standardizzazione del comportamento del medico.

⁸¹ FERRANDO, *La responsabilità penale del medico dopo la riforma Balduzzi*, www.altalex.it, 2013. I criteri per la classificazione delle buone pratiche sono stati identificati in: effettiva realizzazione dell'esperienza, valutazione dei risultati con analisi prima-dopo, efficacia in termini di miglioramento della sicurezza dei pazienti. Esempi di buone pratiche sono i documenti che riguardano la gestione del dolore.

⁸² VALBONESI *Linee guida e protocolli*, cit., p. 270. Tra linee guida e protocolli, in ogni caso, non sarebbe ravvisabile una cesura, anzi, questi ultimi costituirebbero un “naturale sviluppo” delle *Guidelines*, specificandone, attraverso precise indicazioni terapeutiche, il noto grado di indeterminatezza.

⁸³ CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 907.

opzione interpretativa, che esclude l'assimilazione delle buone pratiche ai protocolli, anche la giurisprudenza di legittimità⁸⁴.

7. La linea di confine tra colpa grave e colpa lieve

Come anticipato, la vera carica innovativa della Legge Balduzzi consiste nella delimitazione normativa della responsabilità del sanitario alle sole ipotesi di colpa grave. Una modifica che, in realtà, è l'esito di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale risalente nel tempo, sia con precipuo riguardo all'attività medico-chirurgica, che in relazione ad un'eventuale estensione della forma qualificata della colpa grave quale ordinario criterio di imputazione dei delitti colposi, così come avviene in altri ordinamenti⁸⁵. *“Non si tratta né di una esimente (causa di giustificazione), né di una scusante (causa di esclusione della colpevolezza), sebbene di un modellamento della colpa (che deve essere grave, con conseguente inidoneità di quella c.d. lieve) necessaria ai fini penali, conformemente alla previsione di molti ordinamenti stranieri”*⁸⁶.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, la dottrina sostiene che *“elevare la soglia della punibilità della colpa a forme significative della stessa, prescindendo dunque dalle trasgressioni colpose di lieve entità, solitamente connotate da un'ineliminabile componente di casualità e di sorte nella verifica dell'evento, implicherebbe un recupero del carattere di sussidiarietà ed extrema ratio dello strumento penale, depurandolo, peraltro, dalle attuali commistioni tra fini della pena e pretese meramente risarcitorie”*⁸⁷. Ed è proprio per questa ragione che la Legge Balduzzi rappresenterebbe un innegabile

⁸⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore). La Cassazione nel sottolineare la flessibilità delle linee guida proprio contrapponendole ai protocolli rileva come *“le linee guida, a differenza dei protocolli e delle checklist, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti”*.

⁸⁵ La colpa, infatti, nei paesi di *common law* costituisce essenzialmente un problema di diritto civile: i reati punibili a titolo di *negligence*, nell'ordinamento inglese, sono realmente eccezionali. La responsabilità medica è ammessa solo nei casi di omicidio ed è calibrata non già sul parametro del *reasonable man*, di fatto paragonabile al nostro agente modello, bensì sulla *gross negligence*, definibile come una grossolana violazione della regola cautelare connotata, dal punto di vista soggettivo, da un'indifferenza verso la vita e la salute del paziente tale da dover essere giudicata criminale. Su tutti questi aspetti, CADOPPI, *Mens Rea*, in *Digesto Pen.*, IV ed, Torino, 1993; VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese*, Padova, 1996; DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009. Altra esperienza comparativa interessante in tema di imputazione soggettiva, specialmente in prospettiva *de lege ferenda*, sembra essere quella del sistema spagnolo, nel quale il legislatore del 1995 ha eletto l'*imprudencia grave* a sola forma di elemento soggettivo, accanto al dolo, per i *delitos*, mentre la *imprudencia leve* rileva solo in relazione alle *faltas*, reati minori simili alle nostre contravvenzioni.

⁸⁶ Trib. Novara, sent. n. 800/2014.

⁸⁷ CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., p. 29. Tra i tanti autori che collegano l'opportunità di un innalzamento della soglia di punibilità dei reati colposi al carattere di *extrema ratio* del diritto penale, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 529; PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in *Diritto penale contemporaneo – Riv. trim.*, n. 4, 2013, p. 74.

passo in avanti (seppur con un ambito di applicazione ristretto alla sola imperizia), soprattutto in una materia come quella della responsabilità medica, la cui attività è caratterizzata da estrema difficoltà⁸⁸. In tal senso, la previsione di un'esimente riferita esclusivamente agli esercenti la professione sanitaria appare compatibile (e giustificabile) con il carattere del tutto peculiare dell'*ars medica*⁸⁹.

Non sono mancate, però, decise e pesanti critiche della nuova disposizione. Essa comporterebbe da una parte, un vuoto di tutela per la parte offesa lesa nella vita o nella salute (beni di altissimo rango costituzionale), dall'altra parte, una discriminazione nei confronti delle altre attività professionali diverse dall'attività medica (a differenza di quanto stabilito dall'art. 2236 c.c.)⁹⁰. Parte della dottrina ritiene addirittura inutile l'introduzione del distinguo all'interno di *"un mondo in cui esigenze di garanzia hanno da tempo suggerito alla dottrina elaborazioni sofisticate, sempre più attente alle peculiarità delle singole circostanze fattuali e di conseguenza refrattarie ad astrazioni generalizzanti"*⁹¹.

⁸⁸ Un'ipotesi contravvenzionale che prevede la colpa grave è presente nel codice di procedura civile in merito alla responsabilità del CTU. Nello specifico l'art. 64 c.p.c. punisce il CTU che incorra in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti. La colpa grave si verifica non in caso di semplici errori od omissioni, ma quando il CTU incorre in violazioni od omissioni apprezzabili non già secondo il parametro della diligenza propria del buon consulente, ma secondo la diligenza richiesta secondo comune esperienza (ad esempio evidenti vizi logici, inosservanza palese del contraddittorio, distruzione o perdita della cosa affidata per mancanza di diligenza, ecc.). L'art. 64 c.p.c. ricorda che il CTU risponde, per responsabilità extracontrattuale, anche dei danni causati nell'esercizio della sua attività, sempre limitatamente alla colpa grave.

⁸⁹ DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 6. Le difficoltà tecniche nella progettazione di un ponte, di una centrale nucleare o di un'astronave possono anche essere maggiori quantitativamente, ma sono qualitativamente diverse da quelle che si incontrano nel settore medico. *"Se infatti nel primo caso si avrà a che fare con complesse nozioni e leggi della fisica (difficili da possedere e da usare, ma) che (comunque) consentono ad un agente modello di avvicinare, a date condizioni, standard di certezza, non altrettanto accade nel secondo caso, dove il sostrato empirico è diverso. In materia sanitaria è la casualità della biologia a rivelarsi – come noto – incoercibile e a precludere, su un piano ontologico, prognosi esatte, al di là della perizia e delle conoscenze del sanitario"*.

⁹⁰ Ordinanza del Trib. Milano, Sez. IX, 21.03.2013 in cui il Tribunale Meneghino lamentava plurimi profili di incostituzionalità dell'art. 3 in esame, qualificato negativamente come norma *ad professionem*. La Consulta ha, però, dichiarato la questione manifestamente inammissibile a causa dell'omessa motivazione in punto di rilevanza per il giudice *a quo* (Corte Cost., ord. 02.12.2013, n. 295). Inoltre, è orientamento costante della Corte Costituzionale ritenere inammissibili le questioni di legittimità volte ad ampliare i confini di fattispecie di reato, essendo affidate le scelte di penalizzazione, alla stregua del principio di legalità, al solo legislatore. Anche parte della dottrina ritiene plausibile che l'art. 3 della Legge Balduzzi possa dare vita a "un privilegio odioso" per i medici. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014, p. 188. Con riguardo ai soggetti beneficiati dalla normativa, ci si è chiesti se all'interno della generica definizione di *"esercente la professione sanitaria"* potessero rientrare veterinari, farmacisti, biologi, psicologi, operatori sociosanitari. La prevalente dottrina delimita, però, l'ambito di applicabilità della nuova disciplina alle sole attività diagnostica e terapeutica, con la conseguenza che solo medici e infermieri possono giovare dei vantaggi della riforma.

⁹¹ DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 18. *"Quello del reato colposo è allo stato attuale forse l'universo meno riducibile a rigide categorizzazioni e si presenta come un mondo (dottrinale) popolato, oltre che da misure oggettive (peraltro con tanto di nomine eiusdem conditionis et professionis che cercano di personalizzare per quanto possibile il giudizio) e soggettive (con richiami alle particolari conoscenze e/o capacità dell'agente), da responsabilità per assunzione e per organizzazione, da (c.d.) principi di affidamento e - aspetto*

Un ulteriore biasimo viene rivolto riguardo all'indeterminatezza e oscurità della norma che non ha qualificato la colpa, lasciando all'interprete la delimitazione dei confini tra colpa grave e colpa lieve⁹². La sentenza della Cassazione *Cantore*, più volte citata, si è incaricata di questo delicatissimo compito ermeneutico, tentando *“di definire il cruciale confine che determina l'estensione dell'illecito (...) La valutazione di cui si parla, normalmente altamente discrezionale, assume ora, nell'ambito della responsabilità medica, un peso diverso, estremo. Essa segna l'essere o il non essere del reato”*⁹³. Come noto, il codice penale italiano non prevede una distinzione tra queste due tipologie di colpa, l'art. 43 c.p. dà unicamente una nozione di delitto colposo (o contro l'intenzione), disponendo che esso viene in essere quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente, e si verifica a causa di negligenza, imprudenza, imperizia, oppure per inosservanza di leggi, regolamenti, discipline. Nulla è, invece, previsto in merito a colpa grave o colpa lieve. Una graduazione della colpa può trovare rilievo solo in merito alla commisurazione della pena, ex art. 133 c.p., il quale detta una serie di parametri, tra cui il grado della colpa, in base ai quali il giudice deve desumere la gravità del reato.

Il Supremo Collegio, *in primis*, sintetizza i quattro criteri generali attraverso cui stabilire il grado della responsabilità colposa: la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere⁹⁴, la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente (c.d. esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari)⁹⁵, la motivazione della condotta⁹⁶ ed, infine, la consapevolezza

assorbente, incidentalmente toccato da molte delle categorie citate - sempre più aperto alla valorizzazione della colpevolezza normativa, della esigibilità del comportamento conforme al dovere, della rimproverabilità soggettiva. Un mondo, in ultima analisi, la cui normatività e conseguente ipoteticità sono da tempo compensate da valutazioni che dovrebbero, per un verso, esprimersi rigorosamente ex ante; per altro verso, calibrarsi su situazioni fattuali quanto più individualizzate”.

⁹² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore). *“L'assenza di una definizione legale complica senza dubbio le cose”.*

⁹³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore). *“Tale compito si annunzia particolarmente arduo in un ambito come quello di cui ora ci si occupa. Intanto, si è al cospetto del lato soggettivo del reato, quello che per sua natura maggiormente sfugge all'umana comprensione, che assai spesso non mostra clamorosi segni di sé e chiede al giudice l'immane compito di scorgere e ponderare segni, indizi impalpabili dai quali inferire l'atteggiamento interiore. La difficoltà diviene massima nell'ambito della colpa, figura soggettiva d'impronta marcatamente normativa, priva di contenuto psicologico: qui, in fin dei conti, tutto si risolve nella valutazione che il giudicante esprime. Dunque, il peso dell'apprezzamento tecnicamente discrezionale è massimo”.*

⁹⁴ Il primo parametro attiene al profilo oggettivo della diligenza. Così, ad esempio, occorrerà analizzare di quanto si è superato il limite di velocità consentito; o in che misura si è disattesa una regola generica di prudenza.

⁹⁵ Si tratta di un criterio attinente al profilo soggettivo della colpa: quanto più è adeguato il soggetto all'osservanza della regola e quanto maggiore è l'affidamento dei terzi, tanto maggiore il grado della colpa. *“Il quantum di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari costituisce fattore importante per la graduazione della colpa. Ad esempio, per restare al nostro campo, l'inosservanza di una norma terapeutica ha un maggiore disvalore per un insigne specialista che per comune medico generico. Per contro il rimprovero sarà meno forte quando l'agente si sia trovato in una situazione di particolare difficoltà per ragioni quali, ad esempio, un leggero malessere, uno shock emotivo o un'improvvisa stanchezza”.*

⁹⁶ *“Ad esempio, in ambito sanitario, un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se commesso per una ragione d'urgenza”.*

o meno di tenere una condotta pericolosa e la previsione dell'evento⁹⁷. Il Tribunale di Novara nella sentenza in commento ha, del pari, sottolineato come la sintesi valutativa di tali indicatori consenta al giudice di graduare in concreto la colpa e per l'effetto determinare l'estensione dell'illecito ed ha, inoltre aggiunto, come *“al fine di valutare la conformità o meno alle linee guida e alle buone pratiche mediche occorre fare riferimento alla complessiva attività del sanitario, e non al singolo atto censurato che, assumendosi ex se erroneo, ovviamente non può essere conforme alle accreditate regole della scienza medica”*.

In un secondo momento, la Cassazione cala nel più circoscritto ambito della colpa professionale del sanitario i suddetti criteri e specifica i possibili indicatori della gravità della colpa nell'ambito della responsabilità medica e, precipuamente, come richiesto dalla novella legislativa, nei casi di previa osservanza delle linee guida. Se non può esservi alcun dubbio sulla responsabilità colposa del sanitario, per gravità della colpa, in caso di macroscopica violazione delle regole più elementari dell'*ars medica*, ossia in caso di plateale ignoranza o estrema assenza di perizia nell'esecuzione dell'atto medico, problemi si pongono laddove la valutazione sull'adeguatezza dell'approccio terapeutico non può essere rapportata a poche, essenziali regole di base. In un moderno contesto caratterizzato da complesse strategie diagnostiche e terapeutiche, governate da istruzioni articolate, *“l'entità della violazione delle prescrizioni va rapportata proprio agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base. Quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione”*. Nonostante questo sforzo di oggettivizzazione del giudizio, nella valutazione del giudice resta comunque, così afferma la Suprema Corte: un ineliminabile spazio valutativo, discrezionale⁹⁸.

⁹⁷ Ration per cui anche la c.d. colpa cosciente viene annoverata tra gli indicatori di una forma significativa di responsabilità colposa. Anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 47289/2014 riprende il discorso affrontato nella sentenza Cantore, affermando che, per apprezzare se si verta in ipotesi di colpa grave occorre in primo luogo considerare il profilo oggettivo della diligenza (inteso come misura della divergenza) ed in secondo luogo il profilo soggettivo che riguarda l'agente in concreto, determinando la misura del rimprovero sulla base delle specifiche condizioni dell'agente. Il *quantum* di esigibilità va correlato alla professionalità dell'agente. Inoltre, sempre dal unto di vista soggettivo, assumono rilievo la motivazione della condotta e la complessità dell'atto medico o chirurgico.

⁹⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 35962/2014. Nel caso in esame il medico chirurgo è stato ritenuto responsabile di avere lesionato un vaso, nella fossa iliaca destra, durante l'intervento operatorio, così provocando una emorragia interna e di avere erroneamente posizionato un catetere allo scopo di bloccare l'emorragia, anziché procedere alla sutura chirurgica del vaso sanguinante. Infine, con riguardo alla fase post-operatoria, l'addebito riguardava la mancata predisposizione di alcun monitoraggio del paziente. La condotta, quindi, caratterizzata da plurimi profili di negligenza, imprudenza ed imperizia, doveva qualificarsi complessivamente come grave, stante il significativo grado di difformità della condotta come realizzata rispetto a quella attesa, in applicazione delle più che elementari regole professionali. La Corte di Cassazione non ha ritenuto la fattispecie colposa in esame sussumibile nell'ambito della *abrogatio criminis* introdotta dalla L. n. 189 del 2012, per la disomogeneità

La novella, infatti, si riferisce ad un terapeuta che si sia attenuto alle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative e tuttavia, nel corso del trattamento, abbia errato nell'adeguare le prescrizioni alle specificità del caso trattato. *“Qui, verosimilmente, per misurare il grado della colpa sarà scarsamente concludente il raffronto con le regole standardizzate, con le linee guida, che si assumono rispettate nella loro complessiva, generica configurazione(...) in tale situazione, la colpa assumerà connotati di grave entità solo quando l'erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente”*. Vi è anche un altro possibile scenario in cui il medico versa in colpa grave pur avendo osservato le linee guida allorquando *“il terapeuta si attenga allo standard generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti fattori di rischio o le contingenze che giustifichino la necessità di discostarsi radicalmente dalla routine. In tale situazione potrà parlarsi di colpa grave solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente”*.

La Cassazione, quindi, consapevole della difficoltà, valorizza una valutazione basata sulle conoscenze scientifiche ed al contempo marcatamente focalizzata sulle particolarità del caso concreto, affermando che sul giudice grava un enorme compito che *“lo induce senza riserve o incertezze ad un approccio eclettico”*⁹⁹. Da un lato, le peculiarità del caso concreto, quali l'oscurità del quadro patologico e il grado di atipicità o novità della situazione data, indurranno a considerare la complessità¹⁰⁰, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche; dall'altro lato, la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare, ad esempio di urgenza o in assenza di presidi adeguati, rendendo difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard, modellerà il giudizio sulla gravità o meno della colpa. *“E quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti*

sostanziale dei termini di riferimento (dati dalla grave colpa per negligenza ed imprudenza del sanitario e dalla conclamata inosservanza delle buone pratiche) rispetto agli elementi qualificanti la novella del 2012.

⁹⁹ CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., p. 35. *“La prognosi sul grado della colpa imposta al giudice dalla Legge Balduzzi apre, dunque, il giudizio di colpa ad istanze e considerazioni di carattere soggettivo che da tempo sono sconosciute alla prevalente giurisprudenza, ormai attestata sull'accertamento di una colpa iper-normativizzata. Ricalibrando gli obiettivi della nuova norma in una dimensione maggiormente realistica, una rinnovata attenzione per la “colpevolezza colposa”, da ottenersi proprio attraverso il ricorso a un grado di colpa significativo, sembra costituire proprio uno dei punti di maggior interesse della riforma”*.

¹⁰⁰ Le prestazioni di particolare difficoltà sono configurabili quando: la malattia si manifesta in modo non chiaro, con sintomi equivoci capaci di determinare errori di apprezzamento, diagnosi e terapia; esistono gravi incertezze riguardo all'origine della malattia che pur si manifesta con chiara e indiscutibile sintomatologia; il caso si presenti come eccezionale per non essere stato ancora adeguatamente studiato e sperimentato o per essere stato oggetto di dibattiti scientifici.

del terapeuta che, pur uniformandosi ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e determini la negativa evoluzione della patologia”.

La distinzione tra colpa “ordinaria”, “lieve” e “grave” potrebbe, dunque, svolgere un'apprezzabile funzione di monito per la giurisprudenza, poiché cerca di rimediare al rischio, ampiamente inveratosi nella prassi, di appiattare la valutazione sul momento oggettivo della colpa, e cioè sulla sola violazione della cautela doverosa, risolvendo la responsabilità colposa nella mera violazione di standard precauzionali, tante volte difficilmente identificabili ed anzi ricostruiti *ex post* in funzione giustificativa della decisione. Con la conclusione che, in casi siffatti, la colpa rischia di divenire, nella migliore delle ipotesi (quella in cui la causalità viene dimostrata con certezza), sinonimo di responsabilità oggettiva¹⁰¹.

L'ultimo profilo che la sentenza *Cantore* pone in rilievo è il problema del diritto intertemporale. La Cassazione statuisce che l'art. 3 della legge ha comportato una *abolitio criminis* parziale delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie¹⁰². Invero, quando ad una norma generale subentra una norma speciale “*ci si trova in presenza di un'abolizione parziale, perché l'area della punibilità riferibile alla prima viene ad essere circoscritta, rimanendone espunti tutti quei fatti che, pur rientrando nella norma generale venuta meno, sono privi degli elementi specializzanti. Si tratta di fatti che per la legge posteriore non costituiscono reato e quindi restano assoggettati alla regola dell'articolo 2, c.2, c.p., anche se tra la disposizione sostituita e quella sostitutiva può ravvisarsi una parziale continuità*”¹⁰³. Alcuni autori criticano la configurabilità di una *abolitio*, in quanto la riforma avrebbe, a loro dire, un rilievo meramente processuale, di possibile orientamento¹⁰⁴.

¹⁰¹ DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 19 e 20. “*In definitiva, credo si possa riassumere il senso del decreto Balduzzi in questi termini: il giudice, perlomeno nei casi in cui il medico si è ispirato ai migliori dettami della scienza medica, deve perdonargli gli errori non rimproverabili, e cioè gli errori sistemici e quelli che dipendono dalle circostanze concrete (di urgenza, di stanchezza, di irrimediabile limitatezza di mezzi) in cui si è trovato ad operare. E se non vuole farlo (come sarebbe corretto) ricorrendo alla semantica della teoria del reato, e cioè negando esplicitamente i profili di rimproverabilità soggettiva, quantomeno utilizzi la via di fuga offertagli alla riforma Balduzzi ed ammetta che la colpa è, in questi casi, lieve*”.

¹⁰² Ne discende la possibilità di revoca della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p., sempre che siano presenti i relativi presupposti di legge: l'esistenza di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, l'essersi l'operatore sanitario attenuto a tali linee guida e buone pratiche, nonostante non dovesse attenersi per la particolarità del caso clinico ed, infine, la colpa lieve nel non attenersi. Tuttavia, “*anche a concordare sul fatto che si sia in presenza di una abolitio criminis (parziale), non dovrebbero poi sfuggire i problemi di successione intertemporale che porrebbe la riapertura dei processi e la necessità di fornire la prova delle circostanze di fatto da cui desumere la inesigibilità/scarsa esigibilità della condotta conforme a dovere, circostanze di fatto la possibilità di una cui ricostruzione sfuma ovviamente con il trascorrere del tempo. È quindi verosimile che la giurisprudenza recepisca formalmente gli insegnamenti della prima Cassazione sul punto, ma che poi, nella pratica applicazione, si sforzi di vanificarli allo scopo di mantenere fermo il giudicato delle condanne*”. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 5.

¹⁰³ Cass. pen., Sez. Un., 26.03.2003 (Giordano).

¹⁰⁴ DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 22. “*In questa prospettiva, lo ribadisco, la novella non avrebbe cambiato nulla della teoria del reato colposo e quindi nemmeno comporterebbe (ingestibili) depenalizzazioni ed abolitiones criminorum*”.

La citata sentenza n. 16237/2013 ha trattato un caso di intervento chirurgico di ernia discale recidivante, nel corso del quale venivano lese la vena e l'arteria iliaca. Nonostante il successivo ricovero presso un ospedale attrezzato ed il tempestivo intervento vascolare riparatorio effettuato in urgenza, la paziente decedeva per grave emorragia. Sia in primo che in secondo grado veniva affermata la responsabilità per colpa commissiva del chirurgo che aveva eseguito l'intervento di ernia discale violando le regole precauzionali, enunciate in letteratura, di non introdurre lo strumento chirurgico a una profondità superiore ai tre centimetri e di non procedere ad una pulizia totale del disco erniario, proprio al fine di evitare la complicità connessa alla lesione dei vasi presenti nella zona di intervento. L'imputato proponeva ricorso per Cassazione deducendo la parziale abolizione della fattispecie di omicidio colposo per effetto dell'art. 3 del D.L. n. 158/2012, ritenuto fondato con conseguente rinvio al giudice di merito per riesaminare il caso al fine di determinare se esistono linee guida o pratiche accreditate in relazione all'operazione, se l'intervento sia avvenuto nel rispetto di tali direttive e se nell'esecuzione dello stesso vi sia stata colpa lieve o colpa grave¹⁰⁵.

8. I presupposti per invocare l'assoluzione. Colpa lieve per adesione o per divergenza

Nella ormai ampia giurisprudenza di legittimità *post* Legge Balduzzi è facile osservare come la difesa invochi sempre l'applicazione dell'art. 3 e come questa applicazione venga spesso negata sulla base del principio, secondo cui l'articolo citato è inapplicabile se il sanitario non si è attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. In tali ipotesi il sanitario è penalmente responsabile, indipendentemente dal grado della colpa, grave o lieve. La colpa lieve può comportare solo l'applicazione di una pena meno aspra, non incidendo sull'*an* ma sul *quantum* di responsabilità. Da qui la nascita della differenziazione di disciplina tra colpa per osservanza (o adesione) e colpa per inosservanza (o divergenza).

Il punto di partenza, oltre al dato letterale della norma, si ritrova nelle parole di una nota sentenza, in cui la Cassazione ha affermato che la Balduzzi impone di *"distinguere fra colpa lieve e grave, solo limitatamente ai casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida e solo limitatamente a questi casi viene forzata la nota chiusura della giurisprudenza che non distingue fra*

¹⁰⁵ Vedasi anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22281/2014. La Suprema Corte ha annullato la sentenza con rinvio alla Corte di Appello affinché proceda all'esame della graduazione della colpa ascrivibile al medico, imputato per aver cagionato per colpa la morte di un paziente omettendo di segnalare nel referto relativo alla TAC toracica la presenza di un aneurisma, nonostante dalle immagini radiografiche emergesse una cospicua dilatazione aortica. *"Il contesto fattuale descritto dalla Corte di Appello, in cui l'esame si era svolto, connotato dal rispetto delle linee guida da parte del medico e dalle difficoltà operative incontrate dal professionista, tali da attenuare il grado della colpa per imperizia, imponeva al Collegio di approfondire la questione relativa alla gradualità della colpa e di vagliare la condotta del medico secondo i parametri individuati dalla giurisprudenza di legittimità"*.

*colpa lieve e grave nell'accertamento della colpa*¹⁰⁶. Come già affermato, se il medico si è attenuto agli standard ma non avrebbe dovuto farlo, per la particolarità del caso clinico, nel caso in cui vi siano margini di dubbio circa l'attenersi o no si configura colpa lieve e quindi il medico è esente da responsabilità penale; nell'opposto caso in cui sia indubbio che il medico non si sarebbe dovuto attenere alle linee guida egli ne risponderà per colpa grave (si pensi alla somministrazione di un farmaco raccomandato, ma controindicato allo specifico paziente). La Cassazione, nel qualificare una condotta come gravemente colposa, ha specificato che i dati clinici nel caso esaminato erano di tal rilievo che non lasciavano residuare *“un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato”*¹⁰⁷.

Il primo presupposto per l'applicabilità dell'art. 3 è l'essersi attenuti alle linee guida, le quali metaforicamente vengono paragonate ad una “carta nautica”: *“se si naviga seguendo la rotta e si prende uno scoglio, si è responsabili solo se lo scoglio era affiorante. Se invece si naviga fuori rotta, si è responsabili anche se lo scoglio era sommerso”*¹⁰⁸. Secondo presupposto è, ovviamente, la colpa lieve. La condanna per colpa lieve non è scomparsa, in quanto residua la punibilità del medico per colpa lieve nel caso in cui non si sia attenuto alle linee guida o buone pratiche. È stato proposto in dottrina, seppur cautamente, l'applicabilità analogica dell'art. 3 anche ai casi di colpa lieve senza il rispetto delle linee guida. Ma, sembrerebbe da escludersi. *In primis* perché manca una lacuna legislativa, essendo stato il legislatore esplicito nel richiedere che il sanitario si sia attenuto alle linee guida, e, in secondo luogo, perché manca il requisito dell'identità di *ratio*, trattandosi di due situazioni diverse. Se le linee guida raccomandano una cautela, nel caso in cui vengano violate una cautela viene tralasciata ed il rischio non viene ridotto bensì rimane inalterato¹⁰⁹.

Un caso, che di seguito si riporta¹¹⁰, è emblematico della possibilità di versare in colpa lieve in caso di inottemperanza alle linee guida. Un paziente veniva ricoverato per una sindrome depressiva e nel corso della degenza si manifestavano ipertermia e algie muscolari e si registrava un elevato valore dei globuli bianchi. La febbre non scendeva nonostante la terapia antibiotica e antipiretica, anzi al quadro si aggiungevano dolori alle gambe e lesioni purpuriche vasculitiche agli arti superiori e inferiori. Dopo qualche giorno si affacciava l'ipotesi di un'infezione da insetti ematofagi, una rickettsiosi (si legge rickettsiosi), perché il paziente riferiva di avere avuto contatti con cani e quindi

¹⁰⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 11493/2013 (Pagano).

¹⁰⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16237/2013 (Cantore).

¹⁰⁸ PIRAS, *Ennesimo no al salvagente della colpa lieve per il medico che naviga fuori rotta*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 giugno 2014.

¹⁰⁹ PIRAS, *Ennesimo no al salvagente della colpa lieve per il medico*, cit.. L'autore non esclude un futuro cambiamento di prospettiva. *“Per il momento è ormeggiato nel porto della Cassazione il principio della non punibilità della colpa lieve annodata al rispetto delle linee guida. Ma si sa: sotto le palafitte erette dalla Cassazione si muovono le maree della giurisprudenza di merito e della dottrina, che possono erodere l'ancoraggio”*.

¹¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 18301/2013 (Caimi).

con zecche. Dopo circa una settimana giungeva l'esito positivo dell'esame di laboratorio e solo a quel punto s'instaurava la specifica terapia antibiotica, ma era troppo tardi per strappare il paziente alla morte infettiva per il morso letale di zecca. È stata ritenuta colposa l'omissione dei medici che non hanno somministrato la specifica terapia antibiotica quando già vi era il sospetto di una rickettsiosi. La colpa è stata affermata per l'inosservanza delle linee guida ministeriali, che raccomandavano la somministrazione dello specifico antibiotico già dal presentarsi di un certo corteo sintomatologico, senza attendere quindi l'esito degli esami laboratoristici. Essendoci stata tale inottemperanza, non si è dato alcun rilievo al fatto che potesse, in ipotesi, trattarsi di colpa lieve, nella valutazione del quadro sintomatologico, essendo di non frequente manifestazione e di difficile valutazione, anche perché, il quadro si presentava a tratti camaleontico, per l'altalenarsi dell'ipertermia e, inoltre, in attesa degli esami laboratoristici, era stata posta la diagnosi di infezione polmonare, sulla scorta di un referto radiologico che rilevava un addensamento a margini sfumati in campo polmonare destro.

Mi sembra pregnante ribadire la differenziazione esplicitata in questo paragrafo, al fine di evitare la diffusione di un equivoco sia nelle sale convegnistiche che nelle aule giudiziarie, ossia che con la Balduzzi si sia del tutto abolita la responsabilità penale del medico per colpa lieve e che, quindi, occorre sempre accertare la colpa grave per condannare. Come visto, così non è¹¹¹.

9. Distinzione tra condotta attiva ed omissiva

Prima di esaminare il problema del nesso causale nell'ambito dell'attività medico chirurgica, occorre brevemente soffermarsi sul problema della qualificabilità della condotta del medico come condotta attiva o come condotta omissiva. Non è, infatti, sempre agevole distinguere in questo campo, sia perché i due tipi di condotte sono spesso entrambi presenti nello stesso contesto, sia perché può accadere che la condotta si presenti come attiva, ma connotata da profili omissivi di colpa (ad esempio, il medico si è attivato, ma in modo inadeguato a fronteggiare il rischio del quale il paziente è portatore). *“Infatti, talora si verte in tema di condotte commissive colpose, connotate da gravi errori di diagnosi e terapia, produttive di per sé dell'evento lesivo, che è per ciò sicuramente attribuibile al soggetto come fatto proprio; altre volte trattasi di condotte eterogenee e interagenti, in parte attive e in parte omissive per la mancata attivazione di condizioni negative o impeditive. Ipotesi queste per le quali, nella ricostruzione del fatto lesivo e nell'indagine controfattuale sull'evitabilità dell'evento, la giurisprudenza spesso confonde la componente omissiva dell'inosservanza delle regole*

¹¹¹ PIRAS, *Attenersi o non attenersi alle linee guida? Questo è il dilemma nel post Balduzzi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 novembre 2013.

*cautelari, attinente ai profili di colpa del garante, rispetto all'ambito invero prioritario della spiegazione e dell'imputazione causale*¹¹².

In termini generali è condotta attiva quella che attiva o concorre ad attivare il processo causale sfociato nell'evento, mentre è condotta omissiva quella che non attiva una condizione negativa dell'evento, cioè non attiva una serie causale impeditiva dell'evento a fronte di un processo patologico in atto, destinato a sfociare nell'evento stesso. La verifica circa la natura attiva od omissiva della condotta è necessaria ai fini dell'applicazione del giudizio controfattuale funzionale all'accertamento del nesso causale, che muta a seconda della qualificazione data. In tema di reati colposi, quando l'agente trasgredisce ad un divieto, agendo quindi in maniera difforme dal comportamento impostogli dalla regola cautelare, la condotta assume natura commissiva. Quando, invece, l'agente viola un comando, omettendo cioè di attivarsi quando il suo intervento era necessario, la condotta sarà omissiva. Nel primo caso, ai fini dell'accertamento della sussistenza del rapporto di causalità tra la stessa e l'evento realizzatosi, il giudizio controfattuale va compiuto valutando se l'evento si sarebbe ugualmente verificato anche in assenza della condotta commissiva, mentre nel secondo caso va compiuto dando per avvenuta la condotta impeditiva e chiedendosi se, posta in essere la stessa, l'evento si sarebbe ugualmente realizzato in termini di elevata credibilità razionale¹¹³.

Come suddetto, non è sempre agevole la distinzione in concreto tra le due forme di causalità, in modo particolare nella responsabilità professionale medica che costituisce il tema su cui l'elaborazione teorica si è maggiormente sviluppata. Sono ben pochi i casi nei quali la condotta cui riferire l'evento dannoso è chiaramente attiva (il chirurgo ha inavvertitamente tagliato un vaso durante l'intervento) o passiva (il medico ha colposamente ommesso di ricoverare il paziente). *“Nella stragrande maggioranza dei casi sono presenti condotte attive e passive che interagiscono tra di loro rendendo ancor più difficile l'accertamento della natura della causalità. È peraltro necessario evitare la confusione tra il reato omissivo e le componenti omissive della colpa: i casi dell'agente che pone in essere una condotta attiva colposa omettendo di adottare quella diligente (per esempio, il medico che adotta una terapia errata e quindi omette di somministrare quella corretta o che dimette anticipatamente il paziente e quindi omette di continuare a curarlo in ambito ospedaliero) non rientrano nella causalità omissiva ma in quella attiva (...) Si è detto che i medici che hanno sbagliato diagnosi e terapia non hanno violato un comando penale, bensì solo un divieto di cagionare (o contribuito a cagionare, si trattasse anche solo di accelerare) lesioni o morte con negligenza, imperizia o imprudenza ma identiche considerazioni possono svolgersi in relazione a tutte le diverse attività umane produttive di rischio. Causalità omissiva sarà dunque quella di chi omette la condotta dovuta: il*

¹¹² Cass. pen., Sez. Un., 10.07.2002, sent. n. 30328 (Franzese).

¹¹³ Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 26020/2009 (Cipicia).

bagnino che non sente le grida di aiuto perché tiene troppo alta la radio; l'addetto al passaggio a livello che si addormenta e omette di azionare il comando per evitare il passaggio di persone o mezzi sui binari; il medico che omette proprio di curare il paziente o che rifiuta di ricoverarlo. Può peraltro ritenersi condivisibile il più recente orientamento dottrinale secondo cui, nell'ambito della responsabilità medica, avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi; sarebbe invece omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente¹¹⁴. Qualora, secondo l'ipotesi accusatoria, il medico abbia determinato attraverso la propria condotta (ad esempio, la somministrazione di un farmaco inappropriato) il peggioramento della situazione clinica del paziente, e magari il suo decesso, saremo in presenza di un addebito commissivo. Laddove invece il peggioramento delle condizioni di salute del paziente, o il suo decesso, si siano verificati dal punto di vista naturalistico per effetto esclusivo della patologia di cui il paziente già soffriva, e ciò che si imputi al medico sia semplicemente di non avere adottato quei presidi terapeutici che secondo la scienza medica avrebbero consentito di contrastare efficacemente il decorso patologico già in atto, o – ancor prima – di non aver sottoposto il paziente a quelle procedure diagnostiche che avrebbero consentito la scoperta tempestiva della patologia e la conseguente adozione di cure appropriate, allora l'addebito sarà a titolo omissivo, imputandosi qui al medico di non avere impedito un evento materialmente riconducibile al decorso naturale della patologia di cui il paziente soffriva¹¹⁵.

10. Condotta colposa omissiva: giudizio esplicativo e giudizio predittivo

La responsabilità medica è una delle materie nelle quali maggiormente si pone il problema del nesso causale penalmente rilevante, con particolare riguardo alla causalità della condotta omissiva. La sentenza del Tribunale di Novara in commento ha, infatti, ricordato come proprio sulla responsabilità medica fosse sorto in giurisprudenza il contrasto tra la tesi tradizionale, che per considerare l'omissione quale "causa" dell'evento riteneva sufficiente che l'azione doverosa omessa avesse avuto *"serie ed apprezzabili probabilità di successo"* (cioè di impedimento dell'evento), talora indicate in misura inferiore al 50% (c.d. tesi delle percentuali), e la tesi più rigorosa che richiedeva invece la prova che il comportamento omesso dall'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità *"prossimo alla certezza"*, e cioè in una percentuale di casi *"quasi prossima*

¹¹⁴ Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 26020/2009 (Cipicia). Vedasi anche Cass. pen., Sez. IV, 11.03.2010, n. 16761; 29.04.2009, n. 26020; 01.02.2011, n. 9926 e 16.02.2012, n. 17069.

¹¹⁵ VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 7.

a cento" (c.d. tesi della certezza). Le Sezioni Unite con la sentenza *Franzese* hanno risolto il contrasto¹¹⁶, riaffermando in proposito la validità della teoria condizionalistica, applicata secondo il modello di sussunzione sotto leggi scientifiche (non solo le leggi universali e statistiche ma anche le massime di esperienza). Sotto questo profilo la Suprema Corte ha rifiutato gli orientamenti volti a vanificare il requisito del nesso causale sostituendo il suo rigoroso accertamento con il criterio dell'aumento del rischio dell'evento (nel caso di azione) o di mancata riduzione del rischio dell'evento (nel caso di omissione). Ha, inoltre, elaborato criteri unici di accertamento della causalità, validi sia per la causalità attiva sia per la causalità omissiva: decisiva è in proposito la categoria della "credibilità razionale" o "probabilità logica" nell'accertamento del nesso causale, che permette di raggiungere la certezza processuale facendo applicazione delle leggi scientifiche o delle massime di esperienza pertinenti al caso di specie, sempre che si possa escludere l'incidenza di fattori causali alternativi¹¹⁷. Pertanto, *"in tema di reato colposo omissivo improprio, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo comportano l'esito assolutorio del giudizio"*¹¹⁸.

¹¹⁶ Nel passato la Suprema Corte era solita affermare che anche percentuali relativamente basse di probabilità salvifica (30-40%) della terapia omessa erano sufficienti per affermare la sussistenza del nesso di causalità fra l'omissione e l'evento, ad esempio nel caso di morte di una puerpera per tetano tardivamente diagnosticato, nonostante un quadro clinico di sintomatologia tipica (Cass. pen., Sez. IV, 12.07.1992, n. 371). Successivamente nei primissimi anni duemila la giurisprudenza (pre-Franzese) di legittimità era giunta ad affermare che il nesso causale si sarebbe dovuto ritenere provato soltanto in presenza di una legge scientifica di copertura che esprimesse una probabilità pari o prossima al 100% che ad una condotta del tipo di quella commessa dall'imputato seguisse un evento del tipo di quello in concreto verificatosi (Cass. pen., Sez. IV, 28.09.2000, n. 1688; 29.11.2000, n. 9793; 29.11.2000, n. 2139). A critica di questa tesi la sentenza *Franzese* (Cass. pen., Sez. Un., 10.07.2002, n. 30328) ha affermato che la mancanza di una legge di copertura con coefficiente statistico pari o prossimo al 100% non può impedire l'ascrizione causale di un evento a una condotta, quando l'evento – a una considerazione *ex post* – non è ragionevolmente spiegabile se non come conseguenza di quella condotta. Per converso, nemmeno ove si disponga di leggi scientifiche universali, che assicurano cioè che in tutti i casi in cui si verifica un dato antecedente invariabilmente si produce un certo evento, è possibile *tout court* affermare che tra la condotta concreta compiuta dall'imputato e l'evento concreto occorso alla vittima sussista un nesso causale. Il coefficiente probabilistico che supporta la legge di copertura non è mai decisivo ai fini della prova del nesso causale tra la concreta condotta compiuta da un imputato e il concreto evento occorso a carico della vittima. Ciò che è decisivo ai fini dell'affermazione del nesso causale è la verifica della *"specificità applicabilità (della legge scientifica o della massima di esperienza) nella fattispecie concreta"*, che dipende dall'impossibilità di spiegare *ex post* l'evento concreto occorso alla vittima come conseguenza di decorsi causali alternativi, ai quali l'imputato sia rimasto estraneo.

¹¹⁷ Il concetto di probabilità logica (non quantificabile) non va confuso con il concetto di probabilità statistica (quantificabile). Nelle massime si afferma che, nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

¹¹⁸ Cass. pen., Sez. Un., 10.07.2002, sent. n. 30328 (Franzese).

Ma è proprio sul campo della responsabilità per omissione che l'accertamento della causalità nei c.d. reati omissivi di evento (o omissivi impropri) incontra i maggiori ostacoli. In tali ipotesi, si pensi al caso del medico che dimette un paziente (poi deceduto) omettendo di riconoscere le complicanze poi effettivamente occorse ed omettendo di tenerlo sotto osservazione, lo schema di accertamento del nesso causale disegnato nella sentenza *Franzese* non è in grado di operare. Qui non ha alcun senso chiedersi se l'evento sia spiegabile come conseguenza di fattori causali alternativi rispetto alla condotta dell'imputato, dal momento che già sappiamo che la morte è naturalisticamente riconducibile ad una causa (la patologia della quale il paziente soffriva) del tutto indipendente e distinta rispetto alla condotta dell'imputato, che sappiamo non avere avuto alcuna influenza nel concreto decorso degli avvenimenti. Pertanto, non può qui operare la verifica probatoria dell'esclusione dei possibili decorsi causali alternativi rispetto alla condotta dell'imputato, che è invece il fulcro sul quale si impernia il modello di accertamento della causalità disegnato in *Franzese*¹¹⁹. Qui, assume particolare rilevanza la ricostruzione del processo causale sfociato nell'evento e, quindi, la genesi e la successiva evoluzione della patologia sulla quale il medico non è intervenuto, così realizzando una condotta omissiva causalmente rilevante¹²⁰. Una volta accertata

¹¹⁹ Per una semplice ricostruzione dei passaggi logici del giudicante in sede di accertamento della causalità e dell'assenza di plausibili decorsi causali alternativi vedasi Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 4058/2014. Il giudice, in un primo tempo, ha argomentato sul decorso causale che ha condotto al decesso della paziente in termini di adeguata coerenza logica e linearità argomentativa, procedendo ad un'analitica ricostruzione esplicativa dei processi patologici esaminati sulla base di rilievi scientificamente fondati e adeguatamente corroborati attraverso un'esauriente caratterizzazione probatoria della fattispecie concreta. In particolare, il giudice di merito muovendo dall'accertata causa naturale del decesso della paziente (individuata nell'arresto cardiocircolatorio da shock settico), è pervenuto alla conclusione che tale shock fosse stato provocato dalla perforazione della parete intestinale nel corso dell'operazione chirurgica eseguita dagli imputati; perforazione ch'ebbe a determinare la contaminazione tra liquido peritoneale e secrezione intestinale, con successiva peritonite, acidosi metabolica e conseguente arresto cardiocircolatorio della vittima. Dal complesso di significativi indici probatori, il giudice ha dunque tratto, oltre ogni ragionevole dubbio, la conclusione dell'elevata probabilità logica (equiparabile al più alto livello di credibilità razionale) dell'avvenuta perforazione della parete intestinale nel corso dell'operazione chirurgica oggetto d'esame, con il conseguente innesco del decorso patologico conclusosi con l'arresto cardiocircolatorio e il decesso della vittima: decorso probatoriamente corroborato attraverso plurimi indici, in assenza di alcun elemento di prova contraria idoneo a fondare il ragionevole dubbio circa la possibile incidenza di un plausibile decorso causale alternativo.

¹²⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 25233/2005 (Lucarelli). Nella pronuncia si è affermato che, nella ricostruzione del nesso eziologico tra la condotta omissiva del sanitario e l'evento lesivo non si può prescindere, come la sentenza *Franzese* insegna, dall'individuazione di tutti gli elementi concernenti la "causa" dell'evento (morte o lesioni del paziente), giacché solo conoscendo in tutti i suoi aspetti fattuali e scientifici il momento iniziale e la successiva evoluzione della malattia è poi possibile analizzare la condotta omissiva colposa addebitata al sanitario per effettuare il giudizio controfattuale e verificare, avvalendosi delle leggi statistiche o scientifiche e delle massime di esperienza che si attagliano al caso concreto, se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta (ma omessa), l'evento lesivo "al di là di ogni ragionevole dubbio" sarebbe stato evitato o si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Nella specie, è stata annullata con rinvio la sentenza di condanna per omicidio colposo pronunciata nei confronti del primario di un reparto nel quale si erano verificati plurimi decessi di pazienti per epatite fulminante, sul rilievo che il giudice di merito aveva mancato di individuare con certezza la modalità di trasmissione del virus e di insorgenza della malattia risultata letale, cosicché non aveva saputo motivare in modo convincente l'addebito colposo omissivo, articolato, nella decisione di condanna, sulla pretesa omissione, riconducibile all'imputato,

causa naturale dell'evento (la patologia che ha condotto il paziente alla morte), la verifica probatoria¹²¹ decisiva ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'imputato è, piuttosto, tutta incentrata sul giudizio – di natura schiettamente predittiva, e non già esplicativa – relativo a ciò che sarebbe accaduto nell'ipotesi in cui l'imputato avesse compiuto la condotta che la buona pratica medica indicava come doverosa nella situazione concreta¹²². La domanda che il giudice deve porsi è la seguente: avrebbe quella condotta doverosa del medico avuto la capacità di contrastare il decorso causale già in atto (la patologia della quale il paziente soffriva)? In un primo momento il giudice deve ricostruire il decorso causale reale che ha condotto all'evento, ossia capire la patologia che è degenerata nell'evento letale, ricostruzione che ben potrà e dovrà essere condotta con le cadenze illustrate in *Franzese* e dunque anche mediante lo strumento euristico dell'esclusione delle spiegazioni alternative a quella ipotizzata; mentre, in un secondo momento deve fare una previsione di ciò che sarebbe accaduto se il medico avesse compiuto una determinata condotta. Quindi, il giudice dovrà chiedersi se il decorso causale reale, già compiutamente ricostruito, sarebbe stato modificato se l'imputato avesse compiuto la condotta che la scienza medica gli indicava come doverosa nella situazione concreta e se così fosse, il medico risponde (non per la causazione, ma) per il mancato impedimento dell'evento ai sensi dell'art. 40, c. 2, c.p..

Per rispondere a questa cruciale domanda il giudice dovrà verificare se sussista una legge scientifica, che asserisca la generale efficacia di una determinata classe di presidi terapeutici rispetto a patologie in atto (del tipo di quella di cui soffriva il paziente) o che indichi con quale probabilità quei presidi avrebbero sortito l'effetto sperato, impedendo la verificazione dell'evento letale. Il grado di probabilità asserito dalla legge generale di copertura – costruita sull'osservazione di un gran numero di casi analoghi, ma ovviamente non identici a quello di specie – *“potrà essere raffinato, nel caso concreto, tenendo in conto per l'appunto delle specificità di quel paziente concreto: della sua età, delle condizioni generali di salute, del grado di sviluppo della specifica patologia, ecc. Ma, alla fine, ben difficilmente potrà raggiungersi la certezza dell'efficacia salvifica della condotta omessa, stante la strutturale incapacità della scienza medica di predire in termini matematici l'evoluzione di una patologia e le reazioni dell'organismo umano”*¹²³. Sono, infatti, rari i casi in cui possa con certezza dirsi che l'intervento omesso avrebbe avuto una capacità impeditiva dell'evento (*hic et nunc*

della condotta di vigilanza e di controllo sull'osservanza, da parte del personale del reparto, delle precauzioni universali atte a prevenire il contagio durante lo svolgimento delle pratiche assistenziali e terapeutiche. Vedasi anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 43459/2012 (Abiero).

¹²¹ Anche il Tribunale di Novara nella sentenza in commento ha ribadito che *“il giudizio di elevata probabilità logica non definisce il nesso causale in sé e per sé – che resta comunque legato alla rigorosa nozione dettata dalla teoria condizionalistica recepita nel nostro ordinamento dall'art. 40 c.p. sia pure temperata dai correttivi della c.d. causalità umana – sebbene il criterio con il quale procedere all'accertamento probatorio di tale nesso causale”*.

¹²² Cass. pen., Sez. Un., sent. 24.04.2014 (Espenhahn e altri), caso Thyssen.

¹²³ VIGANÒ, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 10.

considerato),¹²⁴ quando, invece, nella stragrande maggioranza delle ipotesi ciò che la scienza medica è in grado di dire nel processo è, semplicemente, che l'adozione di un dato presidio terapeutico, in concreto omesso dal medico, avrebbe diminuito più o meno significativamente le *chances* di verifica della morte (o comunque dell'evento lesivo). *“Tutto ciò che resterà al giudice sarà una mera ipotesi, a struttura irrimediabilmente probabilistica: il paziente avrebbe avuto – poniamo – il 30, il 40, il 50, il 70% di probabilità di salvarsi se il medico avesse compiuto la condotta doverosa secondo la scienza medica. Onde la domanda cruciale suonerà: potrà quella probabilità, determinata in esito al contraddittorio tra i consulenti tecnici, considerarsi sufficiente per giustificare una condanna del medico per omicidio (o per lesioni personali) ai sensi dell'art. 40, c. 2, c.p., per non avere egli impedito l'evento lesivo occorso al paziente?”*¹²⁵

In queste situazioni la sentenza *Franzese* è contraria ad una sentenza di condanna ex art. 40, c.2, c.p., in quanto, seppur senza distinguere tra causalità commissiva e omissiva, rigetta espressamente il paradigma di accertamento della causalità fondato sul mero aumento del rischio di verifica dell'evento¹²⁶. La giurisprudenza, in realtà, perviene in simili ipotesi all'affermazione di responsabilità, omettendo di quantificare nella motivazione della sentenza di condanna il presumibile grado di efficacia salvifica delle misure terapeutiche o diagnostiche omesse, bensì esplicitando l'avvenuto raggiungimento della *“certezza processuale”*¹²⁷ o dell'“elevato grado di credibilità razionale” relativa a tale efficacia salvifica che l'evento non si sarebbe verificato se l'imputato avesse posto in essere la condotta doverosa¹²⁸. *“La regola di giudizio “dell'oltre ogni ragionevole dubbio”, introdotta formalmente dalla L. 6 febbraio 2006, n. 46, art. 5 mediante la*

¹²⁴ Ad esempio il caso di una tempestiva emotrasfusione ad un paziente interessato da imponenti perdite ematiche da lesione da taglio è certamente una condotta salvifica al 100%.

¹²⁵ VIGANÒ, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 10.

¹²⁶ VIGANÒ, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 11. Secondo l'autore, rispetto alle ipotesi di responsabilità omissiva nel campo dell'attività medica, la formula dell'aumento del rischio si rivela a ben guardare linguisticamente fuorviante: il medico che ha omesso di praticare al paziente un dato trattamento con una efficacia salvifica soltanto probabile, ma non certa, non ha aumentato il rischio di verifica della sua morte, non avendo influito in alcun modo nel decorso reale degli avvenimenti; ma – semmai – ha omesso antidoverosamente di ridurre il rischio cui il paziente era già esposto, sottraendogli così le *chances* di salvezza che un buon medico gli avrebbe garantito.

¹²⁷ Formula utilizzata nella stessa sentenza *Franzese*.

¹²⁸ Cass. pen., Sez. IV, 24.01.2013, n. 11493 (Pagano) ha confermato la sentenza di condanna di un ginecologo in relazione alla morte di una bimba, deceduta cinque mesi dopo la nascita a causa dei danni cerebrali conseguenti ad una asfissia *intra partum*, addebitata al medico il quale non aveva operato un costante monitoraggio della partoriente né aveva predisposto ed eseguito un intervento di parto cesareo (soprattutto dopo il tracciato patologico delle 7.00 del mattino) invece del parto naturale. Ma come risponde la Suprema Corte alla censura proposta dall'imputato, relativa all'assenza di prova circa il nesso causale tra questa omissione e l'evento (l'anossia) dal quale scaturì la catena causale che condusse la vittima alla morte? La sentenza si è limitata ad affermare che la statuizione dei giudici di merito è immune da censure, alla luce della *“positiva dimostrazione della colpa in cui [l'imputato] era incorso, omettendo di sottoporre la paziente ad un costante monitoraggio e di predisporre ed eseguire l'intervento di parto cesareo che, se eseguito, con elevato grado di credibilità razionale avrebbe evitato l'asfissia e il conseguente decesso della bambina”*.

sostituzione all'art. 533 c.p.p., del comma 1, impone al giudice di procedere ad un completo esame degli elementi di prova rilevanti e di argomentare adeguatamente circa le opzioni valutative della prova, giustificando, con percorsi razionali idonei, che non residuino dubbi in ordine alla responsabilità dell'imputato. Si è, infatti, affermato che la previsione normativa della regola di giudizio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio", che trova fondamento nel principio costituzionale della presunzione di innocenza, non ha introdotto un diverso e più restrittivo criterio di valutazione della prova, ma ha codificato il principio giurisprudenziale secondo cui la pronuncia di condanna deve fondarsi sulla certezza processuale della responsabilità dell'imputato"¹²⁹. Ma in realtà tale certezza non c'è e della maggioranza delle condotte mediche omesse non è affatto dimostrabile, oltre ogni ragionevole dubbio, l'efficacia impeditiva dell'evento, essendo la medicina una scienza non esatta¹³⁰. Verosimilmente, ciò che i consulenti tecnici possono giungere ad affermare è che le buone pratiche consigliano di intervenire immediatamente o imminente al fine di contenere il rischio dell'evento con ogni probabilità già in atto, sicché il medico erra ed è responsabile se non agisce, in quanto sottrae al paziente preziose chances di salvezza. Ciò che si chiede al giudice è, dunque, di pronunciarsi per una condanna, tramite un percorso argomentativo trasparente¹³¹, laddove il medico abbia recato davvero un importante pregiudizio al paziente, omettendo di intervenire in maniera tale da ridurre – significativamente – le probabilità di evitargli gravi danni alla salute, o addirittura la morte, secondo le indicazioni della scienza medica.

Come noto, l'art. 40, c. 2, c.p. non richiede al giudice di accertare una causalità tra omissione ed evento che è in realtà inesistente, piuttosto, la norma stabilisce una mera equivalenza normativa¹³²

¹²⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22288/2014. Anche nella sentenza del Tribunale di Novara in commento si è ribadita l'importanza di un accertamento rigoroso del nesso di causalità. *"Non è condivisibile quell'indirizzo interpretativo secondo cui, alla luce delle accentuate difficoltà probatorie nel settore della responsabilità medica e delle aspettative di protezione rafforzata dei beni primari della vita e della salute, il giudice non sarebbe tenuto a pervenire ad un accertamento rigoroso della causalità e dovrebbe riconoscere sufficiente, ai fini di un'appagante valenza persuasiva, le "serie ed apprezzabili probabilità di successo dell'ipotetico comportamento doveroso del medico". Invero, secondo tale criterio "si finisce per esprimere coefficienti di probabilità indeterminati, mutevoli, manipolabili dall'interprete, talora attestati su standard davvero esigui". D'altronde, anche le supposte difficoltà di prova di tale tipo di responsabilità non possono legittimare l'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario, e, quindi, una nozione debole di causalità che comporterebbe un'abnorme dilatazione della responsabilità omissiva in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio. Pertanto, va rimarcata l'importanza della fase di accertamento processuale della causa penalmente rilevante per cui, attesa la natura essenzialmente induttiva dell'accertamento in giudizio, non si può pretendere una spiegazione causale "di tipo deterministico e nomologico-deduttivo, secondo criteri di utopistica certezza assoluta". Il giudice non può, dunque, riconoscere l'esistenza del nesso di causalità in base al coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, ma è tenuto a verificarne la validità nel caso concreto, alla luce di tutte le risultanze probatorie, onde dimostrare che la condotta del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" e "probabilità logica"*.

¹³⁰ VIGANÒ, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 12. *"Né si vede come a tale (congenita) incertezza della scienza medica possa supplire il giudice attraverso lo strumento della "certezza processuale", o della "elevata credibilità razionale" evocata dalla Suprema Corte"*.

¹³¹ In questi termini VIGANÒ, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 13.

¹³² Da qui il termine causalità normativa.

tra la causalità reale (cui si riferisce il primo comma) e l'omesso impedimento di un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire, fissando così una regola di imputazione giuridica di un evento a un soggetto che, per definizione, non lo ha causato. L'accertamento della causalità materiale, ossia della risposta alla domanda "che cosa è successo?", si esaurisce nell'accertamento della verifica (e dunque, del suo mancato impedimento) dell'evento tipico e della sussistenza di un obbligo impeditivo o di una posizione di garanzia a carico del soggetto¹³³. In altre parole, l'accertamento della c.d. causalità materiale che si svolge nell'ambito del giudizio esplicativo (o diagnostico) è un giudizio di realtà, perché inerisce ad un processo causale realmente verificatosi; mentre, il secondo accertamento da svolgere, quello predittivo (controfattuale o prognostico), dato che predice un processo causale non verificatosi, ma solo ipotizzato, non è altro che un giudizio di irrealtà, un giudizio contro i fatti come sono realmente avvenuti. Perciò, la questione relativa all'efficacia salvifica della condotta omessa dovrà porsi proprio nel quadro del giudizio sulla colpa del soggetto e più in particolare nel quadro del giudizio sul secondo nesso della c.d. causalità della colpa¹³⁴.

Se la maggioranza delle norme cautelari che regolano l'arte medica ha la funzione non di neutralizzare i rischi di verifica di eventi lesivi, ma semplicemente quella di ridurre tali rischi, allora pare del tutto coerente consentire l'imputazione per colpa di un evento allorché il soggetto abbia omesso di ridurre il rischio nella misura imposta dalle norme cautelari pertinenti¹³⁵, sì da evitare l'incongruenza di lasciare ad esempio impunito il medico che – in violazione di tali norme cautelari – abbia certamente sottratto importanti *chances* di salvezza ad un paziente, soltanto perché non è possibile affermare che il compimento dell'azione doverosa avrebbe certamente impedito il verificarsi dell'evento letale¹³⁶.

Riguardo al giudizio esplicativo e predittivo occorre sottolineare l'importanza della priorità temporale del primo rispetto al secondo. Anzi, il giudizio esplicativo non può che precedere anche la stessa qualificazione della condotta come commissiva od omissiva. Se, ad esempio, la morte del

¹³³ Si approfondirà in prosieguo il tema della posizione di garanzia del medico.

¹³⁴ Giudizio che consiste nella verifica di ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse conformato la propria condotta alla diligenza doverosa nella situazione concreta. Di recente la Cassazione (sent. n. 49707/2014) ha annullato senza rinvio (perché il fatto non sussiste) una sentenza di condanna della Corte di Appello per mancanza di prova del nesso causale. Il caso riguardava la morte di una paziente per aneurisma cerebrale, secondo la contestazione non tempestivamente diagnosticato e curato da parte dell'imputata, nel caso specifico una specializzanda in neurologia. La Suprema Corte, contrariamente alle sentenze di merito, ha assolto l'imputata in quanto mancava la possibilità di ritenere con razionale certezza che l'evento sarebbe stato evitato da un atteggiamento terapeutico diverso. Si tratta, infatti, di una affezione gravissima, difficilmente governabile, nella quale le probabilità di salvezza sono limitate. Nemmeno un intervento tempestivo ed appropriato assicura il superamento della crisi.

¹³⁵ Vedasi Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 18573/2013.

¹³⁶ In questi termini VIGANÒ, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 14, il quale critica il rigetto del paradigma dell'aumento del rischio nell'accertamento causale affermato nella sentenza *Franzese*, la quale, però, si è essenzialmente soffermata sull'ipotesi di responsabilità commissiva, da qui la sua inapplicabilità al tema della responsabilità omissiva per omesso impedimento dell'evento.

paziente è avvenuta per una reazione avversa a farmaci o per una lesione emorragica intraoperatoria, viene in rilievo una condotta commissiva (in termini medici è un evento iatrogeno, generato dal medico). Se, invece, la morte è avvenuta per infarto del miocardio o per tumore, si può ipotizzare una condotta omissiva. Solo successivamente ci si dovrà chiedere che cosa sarebbe successo se la condotta commissiva non fosse stata tenuta o se quella omissiva fosse stata tenuta¹³⁷.

Se, in termini astratti, la distinzione dei giudizi – esplicativo e predittivo - appare netta, nella pratica vi è un profondo rischio di sovrapposizione e di c.d. *“travaso dall’abbondante botte del giudizio predittivo a quella mezza vuota del giudizio esplicativo”*¹³⁸, ossia poca causalità ma tanta colpa. Per evitare ciò, la Cassazione richiede un motivato quadro probatorio a sostegno del giudizio esplicativo, per evitare che venga dato peso esclusivamente all’efficacia salvifica dell’omessa condotta doverosa, in quanto valutazione attinente esclusivamente al secondo giudizio¹³⁹. *“Si tratta di piani correlati ma distinti; e non sembra ammissibile che i deficit di conoscenza che incidono sul giudizio esplicativo possano essere colmati da una particolare evidenza dell’attitudine salvifica del comportamento doveroso mancato”*¹⁴⁰.

11. Sarebbe successa la stessa cosa o una cosa *hic, nunc et quomodo* diversa?

In merito al giudizio predittivo (o controfattuale), occorre precisare alcuni aspetti che la Cassazione - in modo sempre più preciso e puntuale - prende in considerazione. Di fronte ad una provata causalità materiale e ad una responsabilità per colpa del medico, che non si è comportato come avrebbe dovuto, l’argomentazione che maggiormente viene sostenuta dalla difesa è la carta della fatalità. Si cerca di affermare e di provare che se il medico si fosse comportato doverosamente non sarebbe cambiato nulla, sarebbe in altri termini successa la stessa identica cosa (il paziente

¹³⁷ PIRAS, *Giudizio esplicativo e giudizio predittivo nella causalità medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2014.

¹³⁸ PIRAS, *Giudizio esplicativo e giudizio predittivo*, cit.. *“Il fenomeno del travaso fa a pugni con il giudizio penale inteso come forma, ma va a nozze con il giudizio penale inteso come sostanza. E s’inquadra nella perenne dialettica fra legalità e disvalore del fatto: il giudizio conforme a legge non sempre copre il disvalore, mentre il giudizio che copre il disvalore non sempre è conforme a legge. I vini tagliati possono risultare ottimi. L’ortodossia del giudizio va comunque privilegiata”*.

¹³⁹ Sulla rilevanza di una necessaria ed esaustiva motivazione in ordine al nesso eziologico, il cui accertamento deve farsi in termini di certezza processuale vedasi anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 35943/2014. Il caso riguardava un ortopedico ed un radiologo imputati per aver cagionato lesioni gravissime colpose: il radiologo per essere stato negligente e superficiale nella lettura della TAC e per non aver ripetuto l’esame, l’ortopedico per non aver ordinato il ricovero del paziente e la sua immobilizzazione a letto, limitandosi a prescrivere 5 giorni di riposo.

¹⁴⁰ Cass. pen., Sez. IV, 31.01.2013, n. 23339, commentata da PIRAS, *Giudizio esplicativo e giudizio predittivo*, cit., il quale con severità critica il travaso che avviene dalla colpa alla causalità in molte sentenze, che si basano sulla seguente struttura: poca causalità ma molta colpa, allora condanna. La sentenza citata è, appunto, un caso di travaso svelato, in quanto la Suprema Corte ha annullato con rinvio la sentenza di condanna perché carente nella descrizione dell’accaduto ossia nel giudizio esplicativo.

sarebbe ugualmente morto e avrebbe riportato la medesima lesione)¹⁴¹. Pacifico il fatto che non ci si riferisce all'evento in astratto (evento morte in astratto) ma all'evento in concreto così come verificatosi¹⁴², la difesa "non tiene" se non sarebbe successa la stessa cosa, ma una cosa in un tempo diverso, con intensità e modalità diverse. Proprio in base a quanto affermato nel paragrafo precedente, la Cassazione afferma sussistente il nesso di causalità tra l'omessa adozione da parte del medico specialistico di idonee misure atte a rallentare il decorso della patologia, colposamente non diagnosticata, ed il decesso del paziente, allorquando risulti accertato nel giudizio controfattuale, sulla base di una regola di esperienza o di una legge scientifica (universale o statistica), che la condotta doverosa avrebbe inciso positivamente sulla sopravvivenza del paziente, nel senso che l'evento non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in epoca posteriore o con minore intensità lesiva¹⁴³.

L'elemento più frequente di diversità dell'evento è dato dal tempo, cioè dal momento di verifica e si ritiene che l'evento sia diverso se in presenza della condotta doverosa si sarebbe comunque verificato, anche se in un momento successivo. Affinché la diversità sia ritenuta rilevante, occorre che l'epoca di verifica dell'evento sarebbe stata "significativamente"¹⁴⁴ posteriore, se la condotta doverosa fosse stata compiuta¹⁴⁵. Sul punto, nel silenzio della legge, la discrezionalità giurisprudenziale è molta. Ad esempio in alcune sentenze nell'interpretazione dell'avverbio "significativamente" non sono stati inclusi ore o minuti, inidonei quindi a rendere diverso l'evento¹⁴⁶. In una recentissima sentenza anche la distanza temporale "assai prossima" di pochi giorni tra le visite dei medici e l'accertamento è stata ritenuta congrua per il proscioglimento degli imputati¹⁴⁷. Il profilo del tempo viene menzionato nei casi di neoplasie maligne non diagnosticate e quindi non trattate, che comunque avrebbero portato a morte il paziente. Una loro precoce

¹⁴¹ La carta della fatalità viene giocata sia per quanto riguarda le condotte commissive che omissive. Al riguardo, PIRAS, *Le modalità dell'evento medico: la Cassazione aggiunge il quomodo all'hic et nunc*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011. La difesa suona, ad esempio, così: "è vero che la neoplasia maligna non è stata diagnosticata, ma una diagnosi precoce non avrebbe cambiato le cose: il paziente sarebbe comunque morto per quella malattia". Oppure: "Sì, il paziente era depresso e non è stato vigilato in fase acuta, ma la depressione era tale che si sarebbe comunque suicidato alla prima occasione". O ancora: "Ho errato nell'esecuzione dell'intervento, perché ho leso un'arteria, ma le condizioni del paziente erano tali, che comunque il quadro sarebbe mortalmente crollato da lì a poco".

¹⁴² Non avrebbe senso chiedersi in astratto se il paziente sarebbe morto anche se correttamente curato, dato che prima o poi, in quanto essere umano, sarebbe comunque morto.

¹⁴³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 18573/2013.

¹⁴⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 49529/2014. *"L'incidenza causale dell'omessa diagnosi può sussistere solo ove l'intervallo tra l'omissione e l'accertamento della patologia sia significativo, sì da ritenere che se la diagnosi fosse stata accertata per tempo la terapia susseguente avrebbe inciso significativamente sul decorso della malattia"*.

¹⁴⁵ Cass. pen., Sez. Un., 10.07.2002, n. 30328 (Franzese).

¹⁴⁶ Cass. pen., Sez. IV, 02.10.2008 n. 40924; 22.09.2010 n. 38571 e 23.09.2010 n. 38586.

¹⁴⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 49529/2014.

diagnosi, accompagnata da idoneo trattamento, avrebbe soltanto posticipato l'evento, ma non si sarebbe verificato lo stesso evento, bensì un evento diverso per epoca di verifica¹⁴⁸.

L'evento è ritenuto diverso, dalla giurisprudenza, anche se si sarebbe ugualmente verificato, ma con minore intensità lesiva, nel senso che le conseguenze sarebbero state meno dannose se il paziente fosse stato curato. Questo principio deriva anch'esso dalla sentenza *Franzese* ed ha ricevuto diverse applicazioni dalla successiva giurisprudenza¹⁴⁹. Le maggiori conseguenze lesive dell'omesso trattamento che portano ad una condanna ricomprendono anche le sofferenze patite dal paziente non curato e possono, perciò, manifestarsi anche prima che l'evento si verifichi¹⁵⁰. In giurisprudenza si fa riferimento alla c.d. "qualità della vita", nel senso che la terapia, anche se non salvifica, avrebbe comunque garantito al paziente una sicuramente più accettabile qualità della vita, anche sotto il profilo psicologico¹⁵¹.

Recentemente la Cassazione ha esteso la definizione dell'evento ai fini del giudizio causale anche alle coordinate modali: l'evento può essere diverso se si è verificato con modalità di produzione diverse causative di un tipo diverso di evento¹⁵². Un esempio che la dottrina riporta è di

¹⁴⁸ Cass. pen., Sez. IV, 26.09.1990 n. 14435 ha affermato il principio, in seguito costantemente applicato, in base al quale, in tema di colpa professionale del medico, quest'ultimo risponde di omicidio non soltanto quando cagiona la morte di un soggetto istantaneamente, ma anche quando determini l'anticipazione dell'evento letale. Cass. pen., Sez. IV, 03.10.2002, n. 38334, in merito ad un caso di mancata refertazione radiologica di un carcinoma polmonare. Cass. pen., Sez. IV, 3.01.2003, n. 17379, per una mancata diagnosi e terapia di un carcinoma all'utero. Cass. pen., Sez. IV, 26.10.2010, n. 41563, per un caso di tardiva escissione di un melanoma. Cass. pen., Sez. IV, 11.03.2011, n. 15563, per omessa refertazione radiologica di una neoplasia al pancreas.

¹⁴⁹ Cass. pen., Sez. IV, 11.10.2011, n. 38873, in merito ad un caso di omesso trattamento per un distacco osseo in un braccio di un bambino, che ha causato conseguenze più lesive (dimorfismo dell'arto superiore e deficit funzionale del gomito omolaterale) di quelle che quello specifico distacco (epifisario epicondilo) normalmente residua, in quanto si tratta di postumi si invalidanti ma che possono essere contenuti con un trattamento tempestivo.

¹⁵⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22288/2014. *"Non vi è, peraltro, ragione di escludere che il medico debba rispondere per aver cagionato per colpa il decesso di un paziente, sol perché destinato a morire in tempi diversi e con modalità diverse. In altre parole, la motivazione del giudice di appello risulta persuasiva laddove ha sostenuto che, ove il medico avesse tenuto un comportamento corretto e rispettoso delle leggi dell'arte, la cui grave violazione è stata riconosciuta a chiare lettere in entrambi i gradi di giudizio, l'evento morte del paziente si sarebbe verificato in tempi significativamente più lontani (con tale espressione intendendosi anche il decesso che si verifichi a distanza di giorni), ovvero con modalità diverse da quelle in concreto accertate. La diversità dell'evento morte si desume, infatti, anche in senso naturalistico e non solo giuridico, in base al giorno in cui tale evento si verifichi ed in base allo stato di sofferenza che lo precede, dunque pur in presenza di processi causali sovrapponibili sotto un profilo squisitamente medico."*

¹⁵¹ Cass. pen., Sez. IV, 07.06.2007, n. 36164 per un caso di ritardo di diagnosi e terapia di un carcinoma spinocellulare della portio uterina.

¹⁵² Qui di seguito tre casi in cui è stato affermato il *quomodo* dell'evento. Cass. pen., Sez. IV, 12.07.2011, n. 38774 (Causo), ha confermato la sentenza di condanna di un ginecologo che non ha proceduto al parto cesareo, data la macrosomia del feto, il quale aveva subito, durante il parto spontaneo, una distocia di spalla dalla quale gli derivava un indebolimento permanente dell'arto superiore. Alla difesa del ginecologo, secondo la quale la distocia di spalla si sarebbe potuta avere comunque anche se si fosse proceduto al cesareo, la Cassazione risponde che, anche a volere ipotizzare che la distocia di spalla si sarebbe avuta ugualmente in un cesareo, non sarebbe stata comunque una distocia del tipo di quella che si crea nel parto spontaneo, nel quale vi è l'opposizione della sinfisi pubica all'espulsione del feto. Cass. pen., Sez. IV, 09.06.2011, n. 28782 (Cezza), in

chi uccide un condannato a morte poco prima che venga giustiziato. In termini riassuntivi: al tradizionale *hic et nunc* si aggiunge il *quomodo*¹⁵³. Ma non tutte le diverse modalità causali possono essere prese in considerazione; è necessario un discrimine tra modalità rilevanti e non, nel senso che sarà rilevante, ai fini di una condanna, quella diversa modalità di verifica dell'evento, che ad esempio venga difensivamente prospettata in modo congetturale ma non provata, tale per cui pone un dubbio che l'evento si sarebbe verificato ugualmente, un dubbio non ragionevole, senza prove, senza ragioni¹⁵⁴. Non esistendo, però, alcuna regola spetterà al giudice, col suo buon senso, l'ultima parola.

12. Omessa precoce diagnosi tumorale e omessi approfondimenti diagnostici in presenza di diagnosi differenziale o durante il controllo pre e post-operatorio

Riprendendo il ruolo delle linee guida nell'accertamento della responsabilità medica emerge come sia rilevante, soprattutto in casi di condotte omissive, l'esistenza di parametri il più possibile delineati al fine di evitare uno stato di incertezza circa le conseguenze dei comportamenti tenuti. Abbiamo già rilevato come il rispetto delle linee guida non esoneri il sanitario da un addebito per colpa (grave) quando il caso concreto e quindi la particolare situazione del paziente imponga di discostarsi da esse. Nei casi, tra i più frequenti, di contestazione al medico di una omessa precoce diagnosi tumorale, i giudici a volte motivano l'esistenza del nesso di causalità sulla base del generico parametro della "scienza medica" la quale suggerirebbe che prima un tumore viene diagnosticato maggiori possibilità di guarire si avrebbero. In altri termini una precoce diagnosi avrebbe efficacia

merito ad un comportamento imperito di un oculista, che dopo l'estrazione di una cataratta, non aveva suturato la ferita chirurgica, perché la paziente era particolarmente agitata e la trasferiva in un altro ospedale. Durante il trasferimento, dalla ferita non suturata avveniva la fuoriuscita di tessuto oculare, con conseguente perdita del visus in quell'occhio. Si afferma la responsabilità penale dell'oculista per non avere suturato la ferita, previa sottoposizione della paziente ad anestesia generale, atteso che lo stato di agitazione della paziente non consentiva di suturare altrimenti la ferita. L'oculista ricorreva per Cassazione sostenendo che non può affermarsi che l'anestesia generale avrebbe evitato l'evento, dato che anche l'intubazione può produrre la perdita di tessuto oculare. La Cassazione rigetta il ricorso ritenendo che non si sarebbe verificato quell'evento che si è verificato, ma un altro. Si sarebbe cioè verificato un evento diverso per modalità di verifica: non cecità quale conseguenza dell'omessa sutura della lesione oculare, ma quale conseguenza dell'intubazione. Cass. pen., Sez. IV, 12.11.2008, n. 4107 (Calabrò), che afferma la responsabilità di un medico che aveva rilasciato ad un paziente, affetto da disturbi psichici, un certificato anamnestico per l'idoneità all'uso di armi. Con la pistola, in tal modo legalmente detenuta, il paziente compie atti etero e autolesivi. La Suprema Corte afferma l'irrelevanza dell'ipotesi che il paziente avrebbe comunque potuto rivolgersi al mercato clandestino per acquistare l'arma e compiere gli stessi atti: l'irrelevanza quindi di altre modalità di procacciamento dell'arma e quindi di produzione dell'evento.

¹⁵³ PIRAS, *Le modalità dell'evento medico: la Cassazione aggiunge il quomodo all'hic et nunc*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, p. 5. L'autore spiega l'importanza della diversità di evento dovuta alle modalità di estrinsecazione facendo riferimento alla psichiatria, in cui appare davvero chiara la diversità di modalità: un suicidio per ingestione abnorme di farmaci è evento diverso da un suicidio per defenestramento.

¹⁵⁴ PIRAS, *Le modalità dell'evento medico*, cit..

salvifica o perlomeno impeditiva delle nefaste conseguenze della patologia. La scienza medica a cui i giudici si appellano è, senza dubbio, quella riportata nel processo da parte dei consulenti e periti. Il ritardo nella diagnosi, che nel caso di patologie oncologiche sembra sempre più andare nel senso di una necessaria precocità, è pertanto criterio fondamentale di riferimento cui si collega una sanzione penale scaturente da una condotta omissiva. La colpa viene individuata nella negligenza, consistita nel non aver effettuato correttamente la diagnosi, nell'imprudenza, per aver ritardato determinati esami e per non aver fissato una visita di controllo nel breve periodo, ovvero nell'imperizia, consistita nell'aver male effettuato gli esami o nell'averne male interpretato i risultati. Per evitare la responsabilità penale il medico sembra quindi essere tenuto a mettere in pratica qualsiasi tipo di accertamento atto a diagnosticare prima possibile la malattia evitandone il progredire¹⁵⁵.

Non elimina la colpevolezza del medico nemmeno la rarità della malattia, un parametro quest'ultimo che potrebbe far dubitare (con un giudizio *ex ante*) della prevedibilità dell'esistenza di una patologia in atto, in quanto il medico deve, in tutti i casi effettuare tutti gli esami possibili per arrivare ad una corretta qualificazione della diagnosi¹⁵⁶. In merito alla rarità della patologia, un dirigente medico, accusato di aver cagionato la morte del paziente (deceduto per insufficienza renale ed edema polmonare acuto con emorragia endovalvolare massiva), per aver omesso di effettuare la corretta diagnosi di insufficienza renale acuta, di aver aggravato il quadro clinico del paziente mediante l'incongrua somministrazione di liquidi e di aver omesso di effettuare il tempestivo trattamento farmacologico di elezione, è stato assolto perché il fatto non sussiste, in quanto - sulla base delle conclusioni rassegnate dai nominati periti - la morte del malato non era ricollegabile alla insufficienza renale acuta che pure affliggeva il paziente bensì ad un arresto cardiocircolatorio irreversibile, a seguito di edema polmonare non cardiogeno, conseguenza della granulomatosi di Wegener di cui il medesimo paziente era pure affetto. Il tema centrale del processo è dato dalla causalità multifattoriale, in relazione all'evento in concreto verificatosi, con riferimento alla insufficienza renale acuta rispetto alla patologia della granulomatosi di Wegener che pure affliggeva il malato. Si è ritenuto che *"la granulomatosi di Wegener, malattia rara e di difficile e laborioso*

¹⁵⁵ POLI, *Due recenti pronunce della Cassazione in tema di responsabilità penale da omessa diagnosi di malattie oncologiche*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 dicembre 2011.

¹⁵⁶ Cass. pen., Sez. IV, 11.10.2011, n. 36602. La sentenza riguardava il caso di una bambina di otto mesi, affetta da un raro tumore, deceduta in seguito a complicanze da esso derivate dopo essere stata ricoverata in ospedale a causa della forte sintomatologia, in un primo momento manifestatasi solo in forma lieve. La Cassazione ha confermato la sentenza di condanna del pediatra curante per il reato di omicidio colposo, per aver cagionato la morte della bambina per colpa generica, consistita in negligenza, imprudenza, imperizia, in quanto aveva omesso di diagnosticare tempestivamente la patologia, rendendo impossibile intervenire chirurgicamente con un'operazione che, stante la natura benigna del tumore, sarebbe certamente risultata salvifica. Gli specifici addebiti contestati al medico sono: l'aver sottovalutato i sintomi, il non aver prescritto alcuna consulenza né adeguati approfondimenti diagnostici (ecografia ed esami ormonali) e, infine, il non aver proceduto ad una attenta palpazione dell'addome che avrebbe evidenziato la massa tumorale di una certa consistenza (12 per 10 cm e 380 g).

accertamento, non poteva essere immediatamente riscontrata, in quanto una diagnosi differenziale avrebbe richiesto un periodo di osservazione superiore, rispetto a quello realmente intercorso prima dell'improvviso decesso del malato"¹⁵⁷. Di conseguenza, in base al ragionamento controfattuale si è rilevato che la somministrazione della cura per l'insufficienza renale non avrebbe comunque evitato l'insorgenza del rapidissimo aggravamento della patologia di Wegener, a livello polmonare.

La Suprema Corte, sull'elemento del nesso causale, ha ritenuto indubbio, in un caso di omessa diagnosi di un tumore in una bambina di otto mesi, che il decesso di quest'ultima fosse da ricondursi alla condotta omissiva caratterizzata da superficialità, sottovalutazione della sintomatologia, mancato approfondimento diagnostico e mancata tempestiva diagnosi¹⁵⁸. In un altro caso, è stata condannata una senologa con l'accusa di aver causato lesioni gravissime (art. 590 c.p.) per colpa *sub specie* di imperizia, per non aver tempestivamente diagnosticato il tumore al seno della paziente e di negligenza, consistita nel non aver prescritto alla stessa un nuovo controllo a breve distanza¹⁵⁹, in quanto non esime da responsabilità nemmeno la particolare aggressività del tumore, il quale secondo la difesa sarebbe degenerato in modo assolutamente imprevedibile. La Cassazione ha affermato che, secondo la scienza medica, è sempre necessaria una sollecita diagnosi delle patologie tumorali e la prognosi della malattia varia a seconda della tempestività dell'accertamento, di talché l'affermazione secondo la quale una diagnosi svolta cinque mesi prima non sarebbe servita ad evitare l'evolversi della patologia nei medesimi termini in cui ciò era avvenuto, in quanto la forma aggressiva della malattia non avrebbe consentito un decorso differente, è priva di fondatezza.

Pare, quindi, che le linee guida siano da considerarsi in maniera non rigida per i casi in cui esse suggeriscano di tenere condotte, magari attendiste, che non permettono di determinare con sufficiente chiarezza o tempismo la patologia¹⁶⁰. Ma, si badi, l'elasticità delle raccomandazioni di comportamento clinico è garantita proprio in relazione alle specificità del singolo caso concreto, l'unico in grado, alla fine, di porre luce sulla colpevolezza del sanitario. Chiarificatrice di

¹⁵⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 52667/2014.

¹⁵⁸ Cass. pen., Sez. IV, 11.10.2011, n. 36602.

¹⁵⁹ Cass. pen., Sez. IV, 11.10.2011, n. 36603. Nel caso di specie la non tempestiva diagnosi ha comportato la diffusione di metastasi linfonodali nel cavo ascellare con conseguente intervento esteso anche a tale parte del corpo con danno estetico e morale per la paziente, nonché metastasi epatiche ed ossee con prognosi di vita infausta. Per i giudici di merito, i quali hanno assolto l'imputata, difettava il nesso causale tra la condotta colpevole dell'imputata e l'esito infausto. Sia per i periti che per i consulenti vi era, infatti, la forte probabilità che l'anticipo della diagnosi della malattia – nello specifico anche una corretta diagnosi effettuata il giorno del primo controllo 5 mesi prima dell'intervento – non avrebbe cambiato nulla con riguardo alla prognosi di vita, in quanto il decorso della malattia era addebitabile esclusivamente al carattere particolarmente aggressivo del tumore. La Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza della Corte di Appello.

¹⁶⁰ POLI, *Due recenti pronunce della Cassazione in tema di responsabilità penale da omessa diagnosi di malattie oncologiche*, cit..

quest'ultimo aspetto è una recente pronuncia della Cassazione¹⁶¹, nella quale si è ribadito che l'apprezzamento sulla responsabilità omissiva – basato sulla regola di giudizio della umana e ragionevole certezza – va compiuto tenendo conto, da una parte, delle informazioni di carattere generalizzante afferenti al coefficiente probabilistico che assiste il carattere salvifico delle misure doverose appropriate e, dall'altra parte, delle contingenze del caso concreto. Nella fattispecie in esame tale apprezzamento è stato correttamente compiuto non in modo astratto, bensì scendendo correttamente ad analizzare le scansioni temporali. Nonostante le probabilità di successo della terapia appropriata (omessa) siano senza dubbio correlate alla tempestività dell'intervento terapeutico, si è aggiunto che nel caso in esame l'ora notturna e le conclamate deficienze organizzative della struttura sanitaria hanno reso sostanzialmente impossibile un intervento tempestivo.

Tra i principi giurisprudenziali in merito alla responsabilità colposa del medico per omesso trattamento terapeutico in presenza di una patologia differenziale riconoscibile o per la sua omessa ricerca, spicca il principio in base al quale, le condotte colpose sono giustificabili solo per la raggiunta certezza che la patologia medesima poteva essere esclusa¹⁶². Secondo la giurisprudenza di legittimità, a fronte della possibilità di una diagnosi differenziale non ancora risolta costituisce obbligo del medico, al quale sia stato sottoposto il caso, compiere gli approfondimenti diagnostici necessari per accertare quale sia l'effettiva patologia che affligge il paziente ed adeguare le terapie in corso a queste plurime possibilità. *“L'esclusione di ulteriori accertamenti può infatti essere giustificata esclusivamente dalla raggiunta certezza che una di queste patologie possa essere esclusa ovvero, nel caso in cui i trattamenti terapeutici siano incompatibili, che possa essere sospeso quello riferito alla patologia che, in base all'apprezzamento di tutti gli elementi conosciuti o conoscibili, se condotto secondo le regole dell'arte medica, possa essere ritenuto meno probabile, sempre che la patologia meno probabile non abbia caratteristiche di maggiore gravità e possa quindi essere ragionevolmente adottata la scelta di correre il rischio di non curarne una che, se esistente, potrebbe però provocare danni minori rispetto alla mancata cura di quella più grave. Ma, fino a quando il dubbio diagnostico non sia stato*

¹⁶¹ Cass. pen., Sez. IV., sent. n. 46336/2014. Gli imputati, mandati assolti, erano un medico di turno del pronto soccorso ortopedico ed un medico di turno del pronto soccorso generale del medesimo nosocomio, entrambi accusati di aver colposamente cagionato la morte di un paziente, trasportato presso la struttura sanitaria a seguito di incidente stradale occorsogli alla guida della propria motocicletta, avendo tardivamente diagnosticato un'imponente frattura alla milza così inibendo le tempestive, necessarie e risolutive attività terapeutiche.

¹⁶² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22288/2014. Nel caso in esame la compresenza di lombalgia, ipertensione persistente e poliglobulia non consentiva di escludere, ragionevolmente, patologie diverse di elevata gravità. Anzi, la presenza di un quadro sintomatico equivoco avrebbe richiesto la disposizione di ulteriori approfondimenti strumentali. Dunque, alla luce dei pareri degli esperti acquisiti nel processo, nel momento in cui è stato chiesto il consulto, il medico avrebbe dovuto allarmarsi di fronte all'esistenza di quei concomitanti sintomi, i quali avrebbe dovuto indurlo ad ulteriori approfondimenti diagnostici.

risolto e non vi sia alcuna incompatibilità tra accertamenti diagnostici e trattamenti medico-chirurgici, il medico che si trovi di fronte alla possibilità di diagnosi differenziale non deve accontentarsi del raggiunto convincimento di aver individuato la patologia esistente quando non sia in grado, in base alle conoscenze dell'arte medica da lui esigibili (anche nel senso di chiedere pareri specialistici), di escludere la patologia alternativa, proseguendo gli accertamenti diagnostici ed i trattamenti medico chirurgici necessari”¹⁶³.

Un altro importante principio, più volte affermato dal Supremo Collegio, è quello in base al quale non sfugge al giudizio di imperizia la condotta del medico che, limitandosi a restituire al paziente la sintomatologia così come da quest'ultimo riferita, la trasformi in diagnosi, venendo meno all'obbligo di garanzia che gli deriva dalla professione svolta e dalla esigibile conoscenza di nozioni scientifiche funzionali alla tutela della salute¹⁶⁴. Alla luce di quanto detto, la giurisprudenza ribadisce come, *“in tema di colpa professionale medica, l'errore diagnostico si configuri non solo quando, in presenza di uno o più sintomi di una malattia, non si riesca ad inquadrare il caso clinico in una patologia nota alla scienza o si addivenga ad un inquadramento erroneo, ma anche quando si ometta di eseguire o disporre controlli e accertamenti doverosi ai fini di una corretta formulazione della diagnosi”¹⁶⁵*. Non ultimo, è bene ricordare anche *“il principio secondo il quale versa in colpa il medico che, di fronte ad una sintomatologia idonea a porre una diagnosi differenziale, mantenga ferma l'erronea posizione diagnostica iniziale, non soltanto per le situazioni in cui la necessità della diagnosi differenziale sia già in atto, ma anche quando è prospettabile che vi si debba ricorrere nell'immediato*

¹⁶³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22288/2014. Nel caso in esame, posto che, secondo l'accertamento dei giudici di merito, alcun elemento era idoneo ad escludere la sindrome paraneoplastica di neoplasia renale, di questa possibilità il medico curante avrebbe dovuto tenere adeguato conto nella trattazione del caso, anche per la sua evidente maggiore gravità rispetto alla patologia infettiva curata.

¹⁶⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22288/2014; n. 34729/2011; n. 4452/2005.

¹⁶⁵ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22288/2014; n. 13542/2013; n. 10614/2012; n. 46412/2008. Nella sentenza n. 18473/2014 la Cassazione ha confermato la sentenza di condanna di un ginecologo, il quale non aveva valutato in maniera attenta i dati clinici evidenziati dalla paziente ed aveva sempre sottovalutato il rialzo pressorio perdurante nonché i gonfiori e gli edemi riferiti ripetutamente dalla donna. La pressione alta, perdurante ed anzi ingravescente era un serio campanello d'allarme che avrebbe dovuto attirare l'attenzione dell'imputato ed imporre accertamenti più pregnanti e accorgimenti che nel caso di specie sono del tutto mancati. Inoltre il medico ha colposamente trascurato i dati, evincibili dalle ecografie, che dimostravano l'anomalia della crescita del feto con conseguente sofferenza fetale del medesimo (ipossia), che necessitava un'attenta valutazione e una assidua monitoraggio. In un altro recente caso, Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 39009/2014, due medici neurologi erano stati accusati di aver cagionato, per imprudenza ed imperizia, la morte della paziente, ricoveratasi in ospedale a seguito di una rovinosa caduta, per non aver garantito alla paziente le cure più appropriate, per aver sottovalutato la concreta possibilità dell'insorgenza di complicazioni tardive e degli effetti secondari del trauma e per non aver provveduto a disporre uno stretto monitoraggio delle condizioni generali della donna, specie di quelle cardiorespiratorie. Sulla base di quanto emerso dalle relazioni medico-legali, dalle valutazioni e dai giudizi espressi dai consulenti, nonché dalle altre acquisizioni probatorie, il Gup, pur riconoscendo che la condotta degli imputati era stata caratterizzata da negligenza ed imperizia, ha tuttavia ritenuto che non era stato possibile accertare, nel caso di specie, l'effettiva sussistenza del rapporto causale tra la condotta omissiva dei due medici in relazione, non solo al verificarsi dell'evento prodottosi, ma anche alla natura ed ai tempi dell'offesa. L'insufficiente consistenza degli elementi acquisiti dall'accusa e la insostenibilità della stessa in giudizio, hanno infine indotto il giudice ad emettere sentenza di proscioglimento.

futuro a seguito di una prevedibile modificazione del quadro o della significatività del perdurare del quadro già esistente”¹⁶⁶.

Una condotta omissiva colposa per mancata predisposizione di approfondimenti diagnostici può verificarsi, oltre che in sede di diagnosi differenziale, anche nel caso in cui un medico in modo imperito e negligente ometta gli accertamenti necessari in una fase di controllo post-operatorio del paziente. Di recente la Cassazione ha confermato l’addebito di responsabilità nei confronti di un chirurgo che, dopo aver eseguito un intervento di chirurgia plastica, consistente in una mastoplastica additiva bilaterale, addominoplastica e liposuzione ai fianchi e agli arti inferiori, cagionava alla paziente lesioni personali consistenti nel prolungamento della malattia per un periodo superiore a 40 giorni, per colpa consistita in imperizia¹⁶⁷ e negligenza; in particolare, perché nella gestione dell’infezione post-chirurgica delle protesi mammarie ometteva di disporre accertamenti specialistici e ritardava la rimozione delle protesi, così provocando la comparsa di necrosi tessutale ed infezione diffusa. Essendo il pericolo di infezione una conseguenza possibile dell’intervento di mastoplastica additiva, il medico avrebbe dovuto essere più scrupoloso e più attento soprattutto di fronte alla comparsa, nel caso di specie, di elementi indicatori quali fuoriuscita di pus, gonfiore e febbre. *“Il chirurgo aveva omesso la necessaria diligenza nella gestione della complicanza, omettendo di adottare le cautele del caso: in particolare, non aveva prescritto alla paziente terapia antibiotica, ne’ provveduto alla rimozione delle protesi, per cui il protrarsi dell’infezione aveva ritardato i tempi di guarigione e causato la distruzione del tessuto mammario”¹⁶⁸.*

Plurimi possono essere gli addebiti mossi nei confronti di uno o più medici per omessi approfondimenti diagnostici sia in sede pre-operatoria che post-operatoria; cui possono aggiungersi anche addebiti di imperita esecuzione dell’intervento. Ad esempio, due medici sono stati ritenuti responsabili del decesso di una paziente, sulla base di molteplici profili di colpa grave in relazione all’intero ciclo operatorio: per aver proceduto all’esecuzione di un’operazione chirurgica di miomectomia isteroscopica senza provvedere ad un adeguato studio pre-chirurgico della paziente, e cagionando alla stessa, nel corso dell’operazione, una perforazione dell’utero e del sigma, omettendo successivamente di condurre un opportuno esame delle strutture anatomiche dell’utero e delle anse intestinali, al fine di provvedere alla riparazione di quanto provocato e per avere inoltre omesso di

¹⁶⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22288/2014; n. 37043/2011; n. 4452/2005; n. 11651/1988.

¹⁶⁷ Sempre nell’ambito della chirurgia estetica, per un caso di colpa grave per imperizia, dovuta a carente tecnica chirurgica e alle inadeguate protesi prescelte, vedasi Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 2347/2014 che ha confermato la condanna di un chirurgo per il delitto di lesioni colpose gravi in danno della paziente, sottoposta a due interventi di mastoplastica additiva, per averle cagionato una malattia nel corpo di durata superiore a 40 giorni (tra cui dolenzia con impossibilità di dormire prona e movimenti limitati per scongiurare il dolore).

¹⁶⁸ Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 5028/2014.

gestire adeguatamente la fase post-operatoria, trascurando l'analisi dei dati sintomatici obiettivamente rilevabili (marcata oliguria e dolenzie)¹⁶⁹.

13. Le condotte colpose del medico di base

La condotta colposa maggiormente addebitata al medico di base è senza dubbio la non corretta valutazione della sintomatologia riferita dal paziente e la conseguente omissione di idonea e tempestiva prescrizione di approfondimenti diagnostici.

È stato ritenuto responsabile il medico di base che non aveva richiesto la disposizione di ulteriori approfondimenti strumentali, nonostante il quadro sintomatico equivoco (per la compresenza di lombalgia, ipertensione persistente e poliglobulia) non consentisse di escludere, ragionevolmente, patologie diverse di elevata gravità. Nel momento in cui è stato chiesto il consulto, il medico avrebbe dovuto allarmarsi di fronte all'esistenza di quei concomitanti sintomi, i quali avrebbe dovuto indurlo ad ulteriori approfondimenti diagnostici¹⁷⁰. Nel caso in esame, posto che, secondo l'accertamento dei giudici di merito, alcun elemento era idoneo ad escludere la sindrome paraneoplastica di neoplasia renale, di questa possibilità il medico curante avrebbe dovuto tenere adeguato conto nella trattazione del caso, anche per la sua evidente maggiore gravità rispetto alla patologia infettiva curata¹⁷¹.

È stato parimenti condannato il medico di base di una paziente affetta da *"lupus eritematoso sistemico"*, che aveva omesso di eseguire sulla paziente un esame emocromocitometrico, che avrebbe consentito di evidenziare una piastrinopenia e, quindi, di intervenire tempestivamente con adeguato trattamento terapeutico, evitando così il decesso della stessa avvenuto per *"emorragia cerebrale conseguente a piastrinopenia nel quadro di una sindrome di anticorpi antifosfolipidi intervenuta quale*

¹⁶⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 4058/2014. *"In primo luogo, gli imputati avevano superficialmente provveduto alla preparazione dell'intervento ritenendosi sicuri di dover provvedere unicamente alla resezione di alcuni polipi, rendendosi conto della presenza del voluminoso mioma solo ad operazione chirurgica in corso (...) La mancata accurata preparazione dell'intervento secondo tale sequenza costrinse dunque gli operatori a rimuovere il grosso mioma riscontrato senza averlo mai in precedenza individuato, così precludendosi un'eventuale tempestiva diagnosi che avrebbe diversamente orientato il giudizio di operabilità resettoscopica del mioma sottomucoso (...), con la conseguenza che l'incompletezza dell'approccio diagnostico preparatorio ebbe ad accentuare enormemente il rischio di una perforazione uterina, come in effetti concretamente verificatosi".* Gli imputati nel caso di specie hanno colpevolmente omesso di procedere, una volta rilevata la perforazione uterina, alla conduzione di un intervento chirurgico laparotomico o laparoscopico al fine di individuare e localizzare l'eventuale prevedibile lesione alle pareti intestinali e di procedere alla relativa sutura, preferendo viceversa assumere il gravissimo rischio di complicanze. *"Gli imputati ebbero a intervenire solo tardivamente sul piano chirurgico (in laparotomia), il giorno dopo l'operazione, allorché le condizioni cliniche della paziente dovevano ritenersi ormai irreversibili".*

¹⁷⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22288/2014.

¹⁷¹ Occorre ricordare come, nel caso concreto, al medico di base non fosse imputato di non aver diagnosticato la neoplasia renale, ma di non aver disposto approfondimenti strumentali in presenza di un quadro sintomatico equivoco.

complicanza di un lupus eritematoso sistemico (LES)”. Nello specifico, l'imputato, perfettamente informato, in quanto medico curante della giovane, della grave malattia di cui la stessa era affetta, avendone seguito l'evoluzione sintomatologica e diagnostica, non aveva operato secondo i dettami della scienza medica che imponeva, davanti a tali sintomi, tempestivi ed adeguati approfondimenti diagnostici che, se eseguiti, avrebbero evidenziato l'aggravarsi della malattia e l'insorgenza della piastrinopenia ed avrebbero permesso il ricorso alle terapie più adeguate che avrebbero salvato la vita alla paziente¹⁷².

È stata confermata la responsabilità, per il reato di cui all'art. 589 c.p., del medico curante di una giovane paziente, che si era rivolta al medesimo accusando forti dolori alla testa e all'orecchio e vertigini. Il medico all'esito di una prima visita le aveva diagnosticato un'otite e le aveva prescritto una terapia antibiotica ed antinfiammatoria. Nonostante la ragazza continuasse ad accusare forti fastidi, tanto che si rendeva necessario tornare dal medico, quest'ultimo continuava a non prescrivere né nuove cure né accertamenti più approfonditi, ma si limitava a constatare il decorso della malattia. Solo il giorno in cui veniva chiamato con urgenza a visitare la ragazza a casa della medesima, in quella circostanza le prescriveva una visita specialistica da un otorino; dopo poche ore la paziente veniva d'urgenza portata dai familiari al pronto soccorso dove giungeva senza vita. Si addebitava pertanto all'imputato di non avere disposto gli accertamenti e i controlli necessari per rilevare l'esatto stato di salute della ragazza ed avere così concorso a cagionarne la morte, sopravvenuta per arresto cardiaco conseguente alla presenza, accertata in sede autoptica, di una neoplasia cerebrale, precisamente un astrocitomapiolocitico che aveva cagionato un processo espansivo endocranico e in ultima analisi l'arresto cardiaco¹⁷³.

Il medico di base che ritardi colpevolmente nell'indirizzare la propria paziente dallo specialista e/o nel prescrivere accertamenti diagnostici risponde del reato di lesioni colpose nel caso in cui, a causa del ritardo nell'effettuazione del necessario intervento chirurgico, la persona offesa abbia inutilmente prolungato per un periodo di tempo significativo il suo stato di complessiva sofferenza fisica e morale¹⁷⁴.

La Cassazione ha confermato la sentenza di condanna della Corte di Appello nei confronti di un medico curante, che non aveva prescritto gli idonei approfondimenti diagnostici da effettuare ad un paziente poi deceduto per infarto. L'imputato sosteneva in giudizio l'inattendibilità della sintomatologia riferita dai parenti del defunto, ma la Corte di merito, valutando quest'ultime

¹⁷² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 41982/2012.

¹⁷³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 39794/2012.

¹⁷⁴ Corte di Appello di Bologna, 16.10.2012. Nel caso di specie la Corte ha escluso la sussistenza - in via incidentale, ex art. 576 c.p.p. - del reato di lesioni gravissime, ritenendo non sufficientemente dimostrato il fatto che, se tempestivamente diagnosticato il tumore al seno, si sarebbe effettuato un approccio chirurgico più conservativo in luogo della mastectomia.

coerenti con la documentazione sanitaria prodotta, ha ritenuto le obiezioni dell'imputato speciose ed irrilevanti¹⁷⁵. Durante una ulteriore visita, l'imputato – chiamato d'urgenza nell'abitazione del paziente – riscontrando una pressione molto bassa ed un evidente peggioramento complessivo, prescriveva terapia ansiolitica in aggiunta a quella per l'affezione gastrica diagnosticata in precedenza. La situazione peggiorava ulteriormente nelle ore seguenti, fino al decesso per infarto in ospedale¹⁷⁶. Quanto alle possibilità di sopravvivenza in caso di terapia appropriata, la Corte di Appello ha collocato in una diversa cornice quanto riferito dai periti circa la mortalità nella misura del 30 al 60% dei pazienti che giungono alle cure in stato di shock cardiaco. Al riguardo si sono esposti due argomenti. Il primo è che il paziente la mattina dell'ultima visita non si trovava per nulla in condizione di shock cardiaco acuto, aveva colloquiato con il medico e non mostrava la grave, generale compromissione riscontrata al momento del ricovero, tanto che aveva conversato e fatto omaggio di una bottiglia di vino. Pertanto, la patologia poteva essere felicemente affrontata soprattutto con l'invio in ospedale, dotato di un reparto adeguato al caso. In tale eventualità le possibilità di sopravvivenza sono state concordemente ritenute vicine al 90%. Il secondo e decisivo argomento è che il medico aveva tenuto un comportamento negligente ed imperito, non indirizzando la diagnosi verso accertamenti connessi a patologia cardiocircolatoria. Dunque a maggior ragione un adeguato inquadramento clinico già in occasione di tale primo esame avrebbe condotto ad esito fausto il trattamento del caso¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Dalla cartella dell'ospedale in cui veniva ricoverato risultava che il paziente era pienamente cosciente, accusava malessere generale e tachicardia che riferiva da alcuni giorni. Il medico rianimatore, a sua volta, ha riferito di un paziente con dolore precordiale perdurante da una settimana e riacutizzato in giornata con comparsa di lipotimia e vomito. È dunque il paziente, ancora lucido, a descrivere risalenti dolori al petto ed è quindi del tutto illogico ipotizzare che egli abbia potuto descrivere qualcosa di diverso al medico curante. Tali indicazioni collimano con quanto narrato dai congiunti e segnatamente dalla vedova: soprattutto un persistente dolore al cuore riferito già nella prima visita, diagnosticato e trattato come affezione gastrica, con la prescrizione di un elettrocardiogramma da eseguire con calma dopo una settimana di terapia.

¹⁷⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 14930/2012. La conclusione è stata che la sintomatologia riferita avrebbe imposto sin dall'inizio accertamenti più approfonditi di carattere cardiologico. Se ne è dedotta una grave imprudenza del sanitario, concretatasi nel non valutare i sintomi chiaramente indicativi di una grave patologia cardiaca e non nel non prescrivere con immediatezza gli occorrenti approfondimenti diagnostici. *“Non può esser posto in dubbio, dunque, che sin dall'inizio la vittima presentasse i sintomi dell'affezione cardiaca che, invece non solo non venne diagnosticata ma neppure stimolò il sollecito compimento di analisi strumentali che avrebbero potuto agevolmente e tempestivamente dirimere il dubbio”*.

¹⁷⁷ Tale apprezzamento è logicamente appropriato e vale a collocare correttamente l'indagine eziologica nella cornice condizionalistica della causalità omissiva: una tempestiva diagnosi avrebbe consentito di affrontare la patologia con molti giorni di anticipo, quando era sul nascere; sicché il giudizio di probabilità logica sull'effetto salvifico delle condotte omesse è rapportato alle specifiche contingenze dell'occorso e conduce a ritenere ragionevolmente dimostrata la risolutività di una condotta conforme alle *leges artis*.

14. Imprudenti dimissioni

Altro tipico caso di responsabilità per omissione si configura laddove il medico dimetta il paziente in modo ingiustificato, non valutando correttamente la specificità del caso clinico e gli eventuali fattori di criticità esistenti. Spetta al giudice di merito, coadiuvato dal perito, valutare e, poi, adeguatamente motivare la consistenza o meno del rimprovero mosso al sanitario a seconda che le dimissioni fossero giustificate o, al contrario, imprudenti.

In una recente pronuncia la Suprema Corte ha esaminato il caso di un paziente, il quale, dopo solo nove giorni dall'intervento di angioplastica all'arteria interventricolare anteriore, decedeva per insufficienza cardiaca acuta postinfartuale di natura aritmica. Veniva ritenuto responsabile dell'esito infausto il medico a cui il paziente era stato affidato per le cure e le terapie post-operatorie, in quanto aveva assunto la decisione di dimetterlo nonostante si trattasse di paziente con esiti recenti di un infarto esteso del miocardio, per il quale sarebbe stato necessario, o comunque più opportuno, un ricovero in una divisione di riabilitazione cardiaca ove meglio si sarebbe potuta monitorare l'evoluzione della patologia e dove, nella eventualità di una urgenza cardiaca, si sarebbero potuti attuare con sollecitudine gli interventi e le terapie del caso; urgenza puntualmente verificatasi a poche ore dalle dimissioni. È dovere del giudice di merito valutare il comportamento del medico, dopo aver preliminarmente accertato sei fattori di criticità, evidenziati dall'anamnesi del paziente (nel caso di specie si trattava di soggetto a rischio coronarico perché fumatore, obeso, iperteso da tre anni con rifiuto di terapia, affetto da ipercolesterolemia grave, da ipertrigliceridemia) nonché dai recenti accadimenti e dalle possibili evoluzioni negative (infarto e pericolo di recidiva anche attestato dall'elevata mortalità postinfartuale di pazienti con esteso infarto al miocardio), rendevano necessario od opportuno un consolidamento del quadro clinico stabilizzato. Occorre cioè capire se le particolarità del caso di specie fossero tali da equiparare la posizione del singolo paziente a quella di un qualsiasi altro paziente (colpito dal medesimo infarto ma) non portatore di quelle stesse criticità, o se queste ultime imponessero di mantenere ancora sotto controllo, almeno per qualche tempo, il degente. Le dimissioni del paziente sono, dunque, giustificabili dalla stabilità del quadro clinico, da valutarsi sia in relazione alle criticità del paziente sia alle preesistenti patologie.

Un tale accertamento risulta prodromico al successivo accertamento del nesso causale, volto a stabilire l'effettivo rilievo condizionante della condotta umana, nella specie, l'effetto salvifico o meno delle cure (omesse) nel caso di permanenza del ricovero, effetto anche in ipotesi transitorio, nel senso che l'evento non si sarebbe verificato ovvero si sarebbe verificato in epoca posteriore o, al momento, con minore intensità lesiva. Il meccanismo controfattuale deve fondarsi, *“sia per ritenere che per escludere il nesso causale, su affidabili informazioni scientifiche nonché sulle contingenze*

*significative del caso concreto (...) e tanto sul presupposto che, in campo penale, l'accertamento della causalità va compiuto in termini di elevata credibilità razionale nel senso che l'ipotesi scientifica o la massima di esperienza generalizzata debbano avere un elevato grado di conferma e le ipotesi alternative debbano essere ragionevolmente escluse*¹⁷⁸.

La legittimità di una decisione di dimissioni va valutata, rapportandola non alle linee guida¹⁷⁹, ma alla complessiva condizione del paziente, alla luce delle “criticità”, al fine di accertare se le dimissioni dello stesso fossero giustificate, in quanto con quella compatibili, ovvero affrettate, in vista della necessità, o almeno della opportunità, di rinviarle di qualche tempo, in attesa che il quadro clinico “stabilizzato” si consolidasse¹⁸⁰. In altri termini, deve costituire patrimonio processuale del giudice sia il fatto che il quadro clinico del paziente fosse stabilizzato al momento delle dimissioni, sia il fatto che non vi fossero elementi che potessero far presupporre l'esito infausto, in concreto verificatosi.

15. Evitabilità delle infezioni ospedaliere

Un fenomeno molto serio e di frequente accadimento è quello delle infezioni ospedaliere o nosocomiali¹⁸¹, contratte durante il soggiorno ospedaliero, ma che si manifestano dopo le dimissioni. Si è stimato che tali infezioni, a causa dell'organismo del paziente defedato con crollo delle difese immunitarie ovvero per l'inutilità del trattamento antibiotico ovvero ancora per la difficoltà d'individuazione dello stesso germe, non sono evitabili nel 70% dei casi¹⁸². Avvenendo la trasmissione del germe da una sorgente all'ospite tramite contatto diretto (ad esempio dalle mani del sanitario) o indiretto (tramite sonde, cateteri, cannule), si potrebbe, in taluni casi, evitare con semplici cautele: lavaggio delle mani, uso del camice, disinfezione delle ferite, separazione della biancheria pulita dalla sporca e maggiore sterilizzazione degli strumenti sanitari. Tutte queste regole sono ovviamente cristallizzate in linee guida e protocolli.

Come ampiamente descritto in precedenza, compito del giudice è accertare la riconducibilità dell'evento alla condotta colposa e, specificamente, motivare il percorso logico seguito. Di primaria importanza è l'utilizzo della legge di copertura alla stregua della quale valutare il caso in concreto.

¹⁷⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 5460/2014.

¹⁷⁹ Linee guida che, come noto, sono ininfluenti in caso di addebito di colpa per negligenza ed imprudenza. Si vedano i paragrafi precedenti.

¹⁸⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 5460/2014.

¹⁸¹ Per un approfondimento BONELLI, *Responsabilità professionale ed organizzativa in materia di infezioni ospedaliere*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo Sanitario*, 2012. Le stime riportano che in Italia dal 5 all'8% dei pazienti contrae un'infezione durante il ricovero ospedaliero, cioè ogni anno da 450.000 a 700.000 pazienti.

¹⁸² PIRAS, *L'impunità dei germi e i germi dell'impunità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 31 gennaio 2013.

Nella specie la legge scientifica afferma che il rispetto dei protocolli scongiura il contagio infettivo e la conseguente morte del paziente nel 30% dei casi¹⁸³. In un secondo momento, il giudice deve, analizzando le peculiarità del caso specifico, stabilire se, oltre ogni ragionevole dubbio, la condotta omessa avrebbe scongiurato l'evento infausto. Occorre cioè svolgere la seconda parte del giudizio causale in modo approfondito.

In tali ipotesi il giudizio sul nesso causale è estremamente delicato e difficile da svolgersi. Un caso concreto riguardava il decesso di tre neonati per la contrazione di un'infezione ospedaliera, addebitato al dirigente medico della direzione sanitaria, al dirigente dell'unità operativa e all'infermiere capo sala, per l'omessa adozione delle misure idonee a prevenire le infezioni. Nel giudizio di merito si è accertato che i germi sono stati contratti in ospedale e che le misure adottate sono state parziali e inadeguate, cionondimeno gli imputati sono stati assolti per l'assenza di nesso causale fra le omissioni e le morti. La Cassazione¹⁸⁴, confermando le sentenze di merito, ha espresso con rassegnazione che l'attuale stato della scienza medica non rende possibile la perfetta sterilizzazione ospedaliera e nemmeno l'individuazione certa delle modalità di trasmissione dei germi, essendo questi ultimi presenti dovunque, anche nell'acqua. Secondo la Corte di Cassazione si è trattato, quindi, di un caso ineluttabile. A critica della sentenza appena citata si è detto che le peculiarità del caso concreto facevano emergere, invece, come una condotta corretta sarebbe stata oltre ogni ragionevole dubbio salvifica, essendo il contagio quasi epidemico (tre neonati) ed essendo avvenuto nello stesso reparto e nello stesso periodo. Di talché tali morti avrebbero la loro causa in una scarsa disinfezione. *“Fra l'altro questa iperpretesa di conoscenza eziologica, viene avanzata dalla Cassazione solo con riguardo alle infezioni ospedaliere (...) un'iperpretesa che si traduce nell'impunità”*¹⁸⁵.

16. Prescrizioni in e off label. Le regole cautelari

Un argomento sul quale pare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, concerne la somministrazione dei farmaci c.d. *off label* e gli incerti confini della medicina sperimentale. Si tratta di una delle questioni su cui la giurisprudenza più recente è stata chiamata a pronunciarsi.

¹⁸³ Il dato è reperibile nel sito del Ministero della Salute nell'articolo *“Un terzo delle infezioni ospedaliere è prevenibile”*. Vedasi anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22347/2012. Trattasi sicuramente di una percentuale medio bassa, ma utilizzabile processualmente se corroborata da un'approfondita analisi delle peculiarità del caso concreto, così da poterlo includere in tale percentuale.

¹⁸⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22347/2012.

¹⁸⁵ PIRAS, *L'impunità dei germi e i germi dell'impunità*, cit. Infatti il principio della mancanza di prova del nesso causale in virtù dei vizi della scienza medica che non illumina sulle modalità di trasmissione dei germi è stato affermato anche da Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 25233/2005, con riguardo ad un caso di nove decessi per epatite fulminante su undici pazienti contagiati durante il ricovero in un reparto di ematologia, con ipotizzata carenza di rispetto dei protocolli di sterilizzazione.

La prescrizione *off label* (o fuori scheda) non è altro che la prescrizione di un farmaco per un'indicazione terapeutica diversa da quella sperimentata e poi riportata nell'autorizzazione d'immissione in commercio¹⁸⁶, la quale viene trasfusa nel foglietto illustrativo accluso alla confezione del farmaco, cioè la scheda tecnica, il c.d. bugiardino. La prescrizione è *off label* anche quando l'indicazione terapeutica è autorizzata, ma non è autorizzata la via o la modalità di somministrazione praticata (ad esempio, non è autorizzata la somministrazione per via sottocutanea o il numero di dosi supera la posologia autorizzata). Prescrivere solo *in label*, cioè in pieno rispetto della scheda tecnica, rappresenta il c.d. "integralismo prescrittivo", ben lontano dalla pratica quotidiana¹⁸⁷. L'esperienza ha, infatti, ampiamente dimostrato che molti farmaci sono efficaci per la cura di malattie, sia rare sia diffuse, per le quali non sono stati sperimentati¹⁸⁸. Non a caso, come precedentemente accennato, si ritiene rientrante nelle buone pratiche la condotta di somministrazione di un farmaco, pur non specificamente indicato e non previsto dalle linee guida per il contrasto di una determinata patologia, che ha dato, in un numero significativo di casi, effetti positivi e mai negativi¹⁸⁹.

L'art. 3 della L. n. 94/98 (Legge Di Bella)¹⁹⁰, che al comma 1 prevede il principio in base al quale il medico nel prescrivere un medicinale deve attenersi alle prescrizioni terapeutiche, sancisce al

¹⁸⁶ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale*, cit., p. 217 e ss..

¹⁸⁷ PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari nella responsabilità medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 aprile 2013.

¹⁸⁸ PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari*, cit.. Se ad esempio la malattia trattata *off label* è una malattia rara, l'avvio di una procedura di sperimentazione di quel farmaco, inizialmente testato per altre finalità, avrebbe costi elevati, sostenuti dalle imprese farmaceutiche, che poi devono recuperarli con la vendita. Ed è evidente che la sperimentazione non avrà avvio se i costi della stessa superano in previsione quelli della vendita. Inoltre, la sperimentazione di un farmaco impiegato *off label* potrebbe essere inutile e negativa, tutte le volte in cui l'impiego è già diffuso e approvato dalla comunità scientifica, in quanto i costi della sperimentazione comporterebbero un aumento di prezzo del farmaco.

¹⁸⁹ BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit..

¹⁹⁰ Art. 3 "Osservanza delle indicazioni terapeutiche autorizzate". 1. Fatto salvo il disposto dei commi 2 e 3, il medico, nel prescrivere una specialità medicinale o altro medicinale prodotto industrialmente, si attiene alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata dal Ministero della sanità.

2. In singoli casi il medico può, sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, impiegare un medicinale prodotto industrialmente per un'indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata, ovvero riconosciuta agli effetti dell'applicazione dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla legge 23 dicembre 1996, n. 648, qualora il medico stesso ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale.

3. Fino al termine della sperimentazione di cui all'articolo 1, sono fatti salvi gli atti del medico che, limitatamente al campo oncologico, abbia impiegato o impieghi medicinali a base di octreotide o di somatostatina, purché il paziente renda per iscritto il proprio consenso dal quale risulti che i medicinali impiegati sono sottoposti a sperimentazione.

secondo comma una deroga al medesimo principio, prevedendo, a certe condizioni, la possibilità di prescrivere *off label*. Questa apertura deriva dal principio più generale di libertà terapeutica per il medico, che viene fatto discendere dalle stesse norme della nostra Costituzione¹⁹¹ e che pervade tutta la materia penalistica in riferimento alla responsabilità del medico¹⁹². “La regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione”¹⁹³.

Vediamo i limiti che l'art. 3 summenzionato pone per la prescrivibilità di farmaci *off label*. In primo luogo, il medico può prescrivere *off label* se l'uso non autorizzato è noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale e, in secondo luogo, se ritiene, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato *in label*, cioè con un farmaco autorizzato per la malattia da curare. Da un punto di vista giuridico, si ritiene che il primo limite ponga, espressamente, una regola cautelare, “un raro caso di colpa specifica nel diritto penale della medicina”¹⁹⁴, il cui fine è evitare gli eventi avversi che possono derivare da una terapia non autorizzata, essendo in certi casi l'impiego *off label* davvero rischioso¹⁹⁵. Al secondo limite, invece, in base al quale il medico, se ritiene l'utilità sia della terapia *in label* che di quella *off label*, è obbligato a praticare quella *in label*, viene negata natura cautelare¹⁹⁶. La violazione dell'obbligo di trattare il paziente con farmaci autorizzati non comporta, quindi, una automatica responsabilità del

3-bis. Nelle ipotesi disciplinate dai commi 2 e 3 il medico trascrive sulla ricetta, senza riportare le generalità del paziente, un riferimento numerico o alfanumerico di collegamento a dati d'archivio in proprio possesso che consenta, in caso di richiesta da parte dell'autorità sanitaria, di risalire all'identità del paziente trattato.

4. In nessun caso il ricorso, anche improprio, del medico alla facoltà prevista dai commi 2 e 3 può costituire riconoscimento del diritto del paziente alla erogazione dei medicinali a carico del Servizio sanitario nazionale, al di fuori dell'ipotesi disciplinata dall'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla legge 23 dicembre 1996, n. 648.

5. La violazione, da parte del medico, delle disposizioni del presente articolo è oggetto di procedimento disciplinare ai sensi del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233.

¹⁹¹ Le norme costituzionali di riferimento sono l'art. 33 Cost. per il quale la scienza è libera e l'art. 9 Cost. per il quale la Repubblica promuove la ricerca scientifica.

¹⁹² La previsione normativa viene ripresa anche dal codice di deontologia medica, che riconosce al medico autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico (art. 13, c. 2, c.d.m.).

¹⁹³ Corte Costituzionale n. 282/2002.

¹⁹⁴ PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari*, cit..

¹⁹⁵ La figura spesso utilizzata dagli addetti ai lavori è quella di due cerchi intersecantesi, in uno c'è scritto: *appropriatezza terapeutica*, nell'altro: *errore terapeutico*. Nello spazio d'intersezione c'è scritto: *prescrizione off label*.

¹⁹⁶ È vero che praticare una terapia *off label*, quando se ne potrebbe praticare una *in label*, significa comunque assumersi il rischio della non avvenuta sperimentazione della terapia. Ma è anche vero che il fine preventivo di eventi avversi può dirsi ampiamente soddisfatto, se comunque l'impiego *off label* è noto e avviene sotto l'ala protettrice di letteratura internazionalmente accreditata. L'obbligo di trattare *in label* è inoltre regola che mal si concilia, o non si concilia proprio, con il principio costituzionale di libertà terapeutica. E questa è un'ulteriore ragione per ritenerla inapplicabile nel processo penale.

medico, dovendosi valutare quest'ultima secondo i generali parametri della colpevolezza¹⁹⁷. È stato, infatti, ritenuto responsabile del reato di lesioni personali colpose il medico che aveva prescritto un farmaco per un impiego diverso da quello previsto nel foglietto illustrativo di accompagnamento, avendo la somministrazione cagionato al paziente una malattia e non avendo il medico svolto un'attenta e assidua attività di monitoraggio sulle condizioni del paziente medesimo durante l'assunzione del medicinale, al fine di riscontrare l'eventuale, prevedibile, comparsa di manifestazioni negative collaterali¹⁹⁸.

Natura cautelare deve essere negata all'art. 3 citato anche laddove esige la presenza del consenso informato del paziente, in quanto la regola che pone l'obbligo di acquisizione del consenso informato non ha un fine di prevenzione di eventi avversi, ma quello di tutelare il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente. *“L'obbligo di acquisizione del consenso informato del paziente, non solo non è previsto che avvenga tassativamente in forma scritta, ma non costituisce nemmeno una regola cautelare e dunque la sua inosservanza da parte del medico non può costituire, nel caso che l'intervento abbia causato delle lesioni, un elemento per affermare automaticamente la responsabilità a titolo di colpa”*¹⁹⁹. La violazione di questa regola non potrà giustificare quindi l'affermazione della colpa per la prescrizione *off label*, se appunto non preceduta dal consenso informato; potrà però giustificare conseguenze disciplinari, previste dallo stesso art. 3²⁰⁰.

¹⁹⁷ PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari*, cit.. L'esclusione di conseguenze penali dovrebbe inoltre ridurre quel “trucco” tipico della medicina difensiva che è la modificazione della diagnosi, così che l'impiego del farmaco si possa ritenere *in label* anziché *off label*. Avviene cioè che il medico diagnostica la malattia x sapendo che la diagnosi esatta è y. Lo fa perché vuole trattare il paziente con il farmaco k, che ha come indicazione terapeutica x e che è impiegato *off label* per y. Questo avviene soprattutto in psichiatria, che è il settore che maggiormente si presta ad una diversa lettura del quadro sintomatologico e quindi ad un più agevole mascheramento di questo atto medico difensivista.

¹⁹⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37077/2008.

¹⁹⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37875/2009. Vedasi anche sent. n. 4541/2012, nella quale si ribadisce che *“l'obbligo di acquisire il consenso informato non integra una regola cautelare la cui inosservanza influisce sulla colpevolezza, essendo l'acquisizione del consenso preordinata a evitare non già fatti dannosi prevedibili (ed evitabili), bensì a tutelare il diritto alla salute e, soprattutto, il diritto alla scelta consapevole in relazione agli eventuali danni che possano derivare dalla scelta terapeutica”*.

²⁰⁰ PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari*, cit.. L'autore nega, inoltre natura cautelare anche a due disposizioni di due leggi finanziarie: l'art. 1, c. 796, lett. z, della legge finanziaria del 2007 (L. 296 del 27 dicembre 2006) e l'art. 2, c. 348, di quella del 2008 (L. 244 del 24 dicembre 2007). La prima disposizione vieta le prescrizioni *off label*, a carico del servizio sanitario, in forma diffusa e sistematica. La seconda pone espressamente il divieto di prescrivere *off label* se non sono disponibili almeno dati favorevoli di sperimentazione clinica di fase seconda. Sono disposizioni che hanno un fine prettamente di contenimento della spesa sanitaria pubblica, dato il contesto nel quale sono inserite. Vietano quindi che il medico prescriva *off label* su ricetta a carico del servizio sanitario (c.d. rossa), con conseguenze anche qui non penali, ma solo economiche e disciplinari. Ma quelle disposizioni non vietano che il medico prescriva su ricetta a carico del paziente (c.d. bianca), se il paziente, animato dalla speranza di guarigione, è disposto a farsi carico dei costi di una terapia *off label* non coperta dal servizio sanitario.

In un recente caso la Cassazione²⁰¹, nonostante la dichiarazione di avvenuta prescrizione del reato, ha confermato le sentenze di merito per quanto riguarda il giudizio di colpa di due medici che avevano somministrato ad un giovane paziente, ricoverato in una casa di cura per sottoporsi a terapia disintossicante da abuso di cocaina, Propofol, Clonidina e Diazepam, a fini disintossicanti. Sopravviene la morte del giovane per arresto cardiorespiratorio secondario a edema polmonare acuto. La Cassazione ha giudicato imprudente l'impiego di tali farmaci, *“a rischio di complicanze anche mortali, specie se contestualmente e continuativamente somministrati (...) per un'indicazione (trattamento della tossicodipendenza da cocaina) e con modalità non previste nelle relative schede”*, unitamente alla sussistenza di altri profili di colpa, che attengono invero a qualunque terapia farmacologica, quali l'omessa valutazione preliminare del paziente, l'omesso monitoraggio dell'evoluzione clinica, una volta instaurata la terapia, e la pratica di quest'ultima in una struttura priva di idonei mezzi di rianimazione, così da non riuscire a gestire la drammatica emergenza, una volta manifestatasi.

17. La delicata responsabilità dello psichiatra

Nel campo della responsabilità colposa, per eventi non voluti, non è sempre facile tracciare il confine tra negligenza, imprudenza, imperizia e fatalità, tra ciò che può essere oggetto di rimprovero e ciò che appartiene all'ineluttabile. Soprattutto in speciali e delicati settori risulta davvero difficile individuare, *“nell'incerto mondo della colpa generica”*, la regola cautelare violata. Si pensi al settore psichiatrico, in cui dal medico psichiatra si pretende *“non soltanto una diagnosi, una prognosi e una terapia, ma anche una previsione della condotta che il malato realizzerà”*²⁰².

In una sentenza²⁰³, più volte citata, si è discusso della responsabilità dello psichiatra di una casa di cura in cui era da tempo ricoverato un degente affetto da una grave patologia psichiatrica e che era precipitato al suolo, perdendo la vita. Nella pronuncia si è affermato che vi sono contesti, come quello psichiatrico, nei quali esiste una ineliminabile misura di rischio consentito; e che la linea di confine tra il lecito e l'illecito è spesso incerta, sicché la valutazione della colpa non può prescindere dalla considerazione di tale contingenza. Il rischio è insuperabile ma è accettato dalla scienza medica e dalla società: esso è dunque “consentito”. Di tale situazione occorre consapevolmente prendere atto nel valutare la colpa: l'esistenza di una posizione di garanzia non basta di certo, da sola, a fondare l'imputazione, dovendosi esperire il giudizio di rimprovero personale che concretizza la

²⁰¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37962/2012.

²⁰² SALE, *Il versante innocentista dell'agente modello*, cit..

²⁰³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 4391/2012.

colpevolezza, tenendo adeguatamente conto dei margini d'incertezza connessi all'individuazione dell'area di rischio socialmente accettato.

Purtroppo, non sono esigue le sentenze in tema di responsabilità dello psichiatra per gli atti auto ed etero lesivi posti in essere dal proprio paziente. Ad esempio è stata affermata la penale responsabilità di uno psichiatra per l'omicidio commesso da un paziente schizofrenico ai danni di un educatore della struttura, presso la quale era ricoverato, con l'addebito di aver omesso di valutare adeguatamente i sintomi di aggressività manifestati dal malato, di aver ridotto - e poi sospeso - la somministrazione di una terapia farmacologica di tipo neurolettico idonea a contenere la pericolosità del paziente e di aver omesso di richiedere il trattamento sanitario obbligatorio in presenza di sintomi che rendevano necessaria tale iniziativa. I giudici di merito avevano ritenuto inoltre che queste condotte colpose si ponessero in rapporto di causalità con l'evento verificatosi; in particolare la modifica del trattamento farmacologico aveva comportato un aggravamento della patologia e una recrudescenza dell'aggressività del paziente²⁰⁴. La sentenza pronunciata su questo caso è di notevole rilevanza per l'approfondimento svolto sul principio di affidamento e l'obbligo informativo del medico. Nello specifico il medico psichiatra aveva omesso completamente di acquisire le conoscenze sul percorso patologico del paziente e di sollecitare l'acquisizione delle informazioni necessarie. Secondo la Suprema Corte il medico non poteva invocare il principio di affidamento sull'operato di chi lavorava nella struttura, in quanto costituiva suo precipuo obbligo informarsi in modo continuativo di sua spontanea iniziativa. Certo, anche gli operatori della comunità (peraltro separatamente giudicati) avevano l'obbligo di segnalare al medico le manifestazioni anomale del paziente, ma ciò non fa venire meno l'obbligo informativo che grava primariamente sul medico²⁰⁵.

Lo svolgimento di una certa attività, in particolare se pericolosa, quale la cura di malati psichiatrici, impone l'obbligo di informarsi, la cui violazione comporta che possa essere mosso un rimprovero di negligenza per omessa informazione sui potenziali fatali effetti della patologia psichiatrica²⁰⁶. Nel testo delle sentenze sono sempre espressi, quali regole di diligenza in capo ai responsabili di tali pazienti, obblighi di informazione alle e dalle persone che li prendono in

²⁰⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 10795/2007 (Pozzi).

²⁰⁵ Se gli operatori della struttura hanno omesso di trasmettere al medico psichiatra informazioni utili e necessarie per il trattamento della patologia potranno rispondere per aver posto in essere concause dell'evento.

²⁰⁶ Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 8611/2008. È un caso di omicidio, commesso da un paziente affetto da disturbi psicotici, a danno di un vicino di camera. I giudici della Suprema Corte hanno asserito che gli imputati – infermieri tenuti a vigilare il paziente – non si contesta di aver agito con imperizia, per non aver compreso il grado di malattia o per non aver disposto il TSO, essendo tali compiti estranei alla loro competenza. Può tuttavia essere loro contestato di aver agito con negligenza perché se è vero che l'insorgenza della psicosi acuta dissociativa è improvvisa, l'imprevedibilità di tale stato riguarda le persone sane, non i soggetti affetti da disturbo psichico, che palesano irrequietezza. L'evoluzione in tal senso è sempre ipotizzabile e tali persone vanno vigilate. Vedasi anche sent. n. 18950/2009.

cura, obblighi di vigilanza e di predisposizione di idonee cure preventive, la cui violazione è rimproverabile se si verifica un evento prevedibile. In un caso di suicidio di una paziente con defenestramento, si era contestato al medico di aver affidato la stessa alla custodia di accompagnatrice volontaria, priva di specializzazione, aver omesso di fornire all'accompagnatrice medesima qualsivoglia informazione sullo stato mentale della paziente e financo sui pregressi tentativi di suicidio della stessa attuati mediante defenestrazione, aver consentito che la paziente fosse condotta fuori dalla clinica dalla accompagnatrice e, pertanto, in situazione di diminuita custodia prima del superamento della fase di latenza del trattamento psicofarmacologico antidepressivo, con conseguente aumento del rischio di suicidio, evento prevedibile nel caso di specie²⁰⁷.

Come visto, il discorso si calibra in modo differente allorquando si discuta della responsabilità colposa di soggetti che, privi di competenze specifiche, si confrontano quotidianamente con malati affetti da patologie mentali. Gli obblighi saranno diversi, ma non mancano sentenze di condanna nei confronti sia di infermieri per omessa vigilanza e omessa informazione²⁰⁸, sia di soggetti con la qualifica di referente-coordinatore di una comunità per non aver impedito ai pazienti di accedere alle cucine, così da evitare che gli stessi potessero utilizzare strumenti atti a offendere per arrecare danni ad altri.

È stato ritenuto responsabile anche il medico generico privo di specializzazione in neuropsichiatria, poiché ciò che conta è l'instaurarsi di una relazione terapeutica tra l'operatore sanitario e il paziente; così come è stato ritenuto responsabile della morte di un detenuto, il medico responsabile del reparto stesso, per non aver disposto il trasferimento del paziente presso un reparto specialistico più idoneo alla cura della patologia psichiatrica.

18. Omicidio colposo del neonato e interruzione di gravidanza

Plurimi sono stati, nel corso della precedente esposizione, i riferimenti a sentenze emesse in relazione a casi di responsabilità del ginecologo per aver colposamente causato la morte di un neonato per l'insorgenza di complicanze *intra partum*. Qui di seguito un breve riepilogo al fine di tratteggiarne i punti maggiormente salienti.

Allorquando al ginecologo venga contestato un omesso monitoraggio del feto e delle condizioni della puerpera, nonostante la situazione di preallarme, e una omessa esecuzione di parto cesareo, che, se operato, avrebbe evitato l'asfissia e la morte del neonato, la Cassazione, nelle varie pronunce

²⁰⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 10430/2004.

²⁰⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. N. 8611/2008.

post-Balduzzi²⁰⁹, ha sempre sottolineato che il *novum* normativo non può essere invocato se i profili di colpa contestati riguardano la prudenza e la negligenza, giacché le linee guida contengono solo regole di perizia. Ad esempio è stata confermata la sentenza di condanna di un ginecologo in relazione alla morte di una bimba, deceduta cinque mesi dopo la nascita a causa dei danni cerebrali conseguenti ad una asfissia *intra partum*, addebitata al medico il quale non aveva operato un costante monitoraggio della partoriente né aveva predisposto ed eseguito un intervento di parto cesareo (soprattutto dopo l'esecuzione di un tracciato patologico) invece del parto naturale. Nel giudizio sul nesso causale, tra l'omissione contestata e l'evento (l'anossia), si è affermata la *“positiva dimostrazione della colpa in cui (l'imputato) era incorso, omettendo di sottoporre la paziente ad un costante monitoraggio e di predisporre ed eseguire l'intervento di parto cesareo che, se eseguito, con elevato grado di credibilità razionale avrebbe evitato l'asfissia e il conseguente decesso della bambina”*²¹⁰.

L'imputazione nei confronti del ginecologo può riguardare anche il ritardo nell'esecuzione del parto cesareo, che, trattandosi di intervento urgente, in base alle principali linee guida nazionali e internazionali, deve eseguirsi entro 20-30 minuti dalla decisione di estrazione del feto²¹¹. Nelle pronunce si legge che un intervento eseguito tempestivamente, entro i termini massimi previsti dalle linee guida, avrebbe avuto con un elevatissimo grado di probabilità logica effetto salvifico.

Sulla necessità di approfondimenti diagnostici, abbiamo in precedenza citato una sentenza²¹² di condanna di un ginecologo, il quale non aveva valutato in maniera attenta i dati clinici evidenziati dalla paziente nei contatti, telefonici e di persona, avuti con lo stesso medico, il quale aveva sempre sottovalutato il rialzo pressorio perdurante nonché i gonfiori e gli edemi riferiti ripetutamente dalla donna; tali sintomi non venivano apprezzati dal medico che si limitava ad attribuire il gonfiore allo stato di gravidanza o al caldo senza mai collegarlo alla pressione alta e quindi alla possibile insorgenza di una gestosi. La pressione ingravescente era un serio campanello d'allarme che avrebbe dovuto attirare l'attenzione dell'imputato ed imporre accertamenti più pregnanti e accorgimenti che nel caso di specie sono del tutto mancati. Inoltre il medico ha colposamente trascurato i dati, evincibili dalle ecografie, che dimostravano l'anomalia della crescita del feto con conseguente sofferenza fetale del medesimo (ipossia), che necessitava un'attenta valutazione e una assidua monitoraggio. I controlli effettuati alla donna sono stati insufficienti, persino inferiori rispetto

²⁰⁹ Cass. pen., sent. n. 11493/2013 (Pagano).

²¹⁰ Cass. pen., sent. n. 11493/2013 (Pagano).

²¹¹ Cass. pen., sent. n. 43848/2014. La Suprema Corte ha confermato la sentenza di condanna di una dottoressa per non aver effettuato il parto cesareo e aver cagionato per colpa la morte di un neonato deceduto tre giorni dopo la nascita per sindrome da stress respiratorio neonatale, desumendosi la causa del decesso della neonata dall'aspirazione massiva e prolungata di meconio/liquido amniotico nelle vie aeree durante le fasi del parto. Anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 15495/2014.

²¹² Cass. pen., sent. n. 18473/2014.

allo standard ordinario relativo a gravidanze in normale evoluzione, come risultante dalle linee guida in materia. All'esito dell'accertamento di una condotta colposa del medico, la Suprema Corte ha ritenuto, in merito al nesso di causalità, che ove gli approfondimenti fossero stati posti in essere si sarebbe potuta valutare la necessità di una terapia profilattica prenatale data la sindrome da stress respiratorio del neonato prematuro, il che significa che si sarebbe potuto intervenire con una terapia volta ad anticipare la maturazione del polmone in modo da evitare quelle che sono le complicanze più frequenti e più pericolose dei parti pre-termine, verificatesi nella specie. Inoltre, tenendo in osservazione la gestante, si sarebbe potuto programmare il parto in funzione delle migliori condizioni del feto e della madre, e non in situazione di emergenza, come invece di fatto avvenuto.

Quando si è discusso dell'evento ai fini del giudizio causale, si è detto che oltre alle coordinate di tempo e alle modalità lesive, sono da valutarsi anche le coordinate modali, nel senso che l'evento può essere diverso (e perciò idoneo a configurare un rimprovero colposo) se si è verificato con modalità di produzione diverse causative di un tipo diverso di evento. Si riporta, a conferma di ciò, una sentenza di condanna di un ginecologo che non aveva proceduto al parto cesareo, data la macrosomia del feto, il quale aveva subito, durante il parto spontaneo, una distocia di spalla dalla quale gli era derivato un indebolimento permanente dell'arto superiore. Alla difesa del ginecologo, secondo la quale la distocia di spalla si sarebbe avuta comunque anche se si fosse proceduto al parto cesareo, la Cassazione ha risposto che, anche a volere ipotizzare che la distocia di spalla si sarebbe avuta ugualmente in un cesareo, non sarebbe stata comunque una distocia del tipo di quella che si crea nel parto spontaneo, nel quale vi è l'opposizione della sinfisi pubica all'espulsione del feto²¹³.

Oltre ad una perseguibilità penale per omicidio colposo del neonato, una condotta omissiva colposa del ginecologo può portare all'imputazione per il reato di cui all'art. 17 della L. 22 maggio 1978, n. 194, per aver cagionato un'interruzione di gravidanza. I profili di colpa possono essere, ad esempio, l'aver omesso di disporre la prosecuzione del tracciato cardiografico (nonostante lo stesso avesse evidenziato la comparsa di tachicardia fetale) e di praticare un immediato intervento di taglio cesareo. In un caso concreto, la condotta omissiva contestata era stata per l'appunto individuata nell'omessa esecuzione dell'intervento nella data per la quale lo stesso era stato programmato, un rinvio che, quindi, non impediva la cessazione della vita del feto²¹⁴. Anche in tale ambito la Cassazione ha escluso l'applicabilità della limitazione alla colpa grave, in quanto *"la condotta ascritta all'imputato non può assolutamente essere ritenuta come connotata da colpa lieve, nelle concrete circostanze della vicenda"*. Inoltre, ha escluso che il rinvio dell'operazione, oltretutto non accompagnato da un monitoraggio cardiografico della paziente, fosse conforme a buone pratiche.

²¹³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 38774/2011 (Causo).

²¹⁴ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 660/2014.

In un'altra recente pronuncia²¹⁵ si è ritenuta colpevole del reato di interruzione di gravidanza la ginecologa di fiducia della gestante, che, per colpa, consistita in imprudenza, negligenza e imperizia, aveva cagionato l'aborto del feto della medesima. Secondo i giudici di merito, l'imputata non aveva per tempo individuato lo stato ipossico cronico del feto, pur documentato dagli accertamenti strumentali, che, infatti, evidenziavano una sofferenza fetale. Nonostante ciò, la dottoressa ometteva di intervenire tempestivamente e, quindi, non operava né disponeva, nei tempi necessari, parto cesareo elettivo e cagionava, in tal modo, la morte intrauterina del feto, morte sopravvenuta per insufficienza placentare acuta e conseguente anossia intrauterina. Quanto alla sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento morte del feto, i giudici di merito hanno affermato, sulla base delle consulenze tecniche, che, *“se la ginecologa avesse per tempo intuito la gravità delle condizioni e avesse, conseguentemente, anticipato l'intervento di parto cesareo, il feto sarebbe nato vivo”*. Quanto infine alla “portata restrittiva” dell'art. 3 della L. n. 189 del 2012, la Corte di Cassazione ne ha escluso nuovamente l'applicabilità nel caso in scrutinio, in quanto il predetto articolo esclude la rilevanza della colpa lieve con riferimento a quelle condotte che abbiano osservato linee guida o pratiche terapeutiche mediche virtuose, *“ma certamente non può considerarsi corretta o virtuosa una condotta che non abbia tenuto in nessun conto gli allarmanti segnali di pericolo che, anche in seguito ad accertamenti strumentali, si andavano addensando (...), segnali che (l'imputata) ignorò o comunque non percepì nella loro effettiva gravità”*.

19. Il problema della giustificazione dell'attività medico chirurgica

Il problema della giustificazione della liceità dell'attività medico-chirurgica avente finalità terapeutica (da differenziarsi rispetto all'attività medica sperimentale e da quella estetica) vede attualmente la prevalenza della tesi della c.d. autolegittimazione dell'attività medico-chirurgica²¹⁶, essendo ormai superato l'orientamento che fondava la liceità della stessa sulla scriminante del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p.. L'attività medico-chirurgica per essere legittima, presuppone il consenso del paziente, che non si identifica con quello dell'art. 50 c.p. bensì costituisce un presupposto di liceità del trattamento²¹⁷. In altri termini, l'attività in esame è lecita perché riconducibile ad una “scriminante costituzionale”, in quanto attività necessaria all'attuazione del diritto alla salute, costituente un diritto fondamentale di rilievo costituzionale. Al riguardo, la

²¹⁵ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 11804/2014.

²¹⁶ A tale tesi ha aderito tra le altre la Cassazione penale a Sezioni Unite nella sentenza Giulini del 18.12.2008, n. 2437.

²¹⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 11335/2008.

giurisprudenza²¹⁸ ha da tempo messo in luce la circostanza che il bene della salute è tutelato dall'art. 32, c.1, Cost., *“non solo come interesse della collettività²¹⁹, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo²²⁰, che impone piena ed esaustiva tutela²²¹, in quanto “diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati”²²². Il diritto ai trattamenti sanitari è dunque tutelato come diritto fondamentale nel “nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”²²³.*

D'altra parte, il diritto ai trattamenti sanitari *“è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato alla attuazione che il legislatore ordinario ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”*. Ciò comporta che, al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto ai trattamenti sanitari diviene per il cittadino *“pieno e incondizionato”* nei limiti in cui lo stesso legislatore predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati in base alle risorse esistenti²²⁴.

In tale quadro di riferimento, dunque, non si può rinvenire nella sola scriminante del consenso dell'avente diritto, di cui all'art. 50 c.p., la base di semplice “non antigiuridicità” della condotta del medico; e ciò anche senza evocare le problematiche frizioni che una siffatta prospettiva potrebbe comportare rispetto ai limiti tracciati dall'art. 5 del codice civile, la cui *ratio* di norma precostituzionale, si saldava all'esigenza di circoscrivere il diritto dell'individuo di poter fare illimitato “mercimonio” del proprio corpo²²⁵. L'attività sanitaria, pertanto, proprio perché destinata a

²¹⁸ La giurisprudenza della Corte Costituzionale.

²¹⁹ Proprio in attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'art. 32 Cost., *“l'infermo assurge, nella nuova concezione della assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno ed incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere”*. Corte Cost. sent. n. 103 del 1977.

²²⁰ Corte Cost. sent. n. 356 del 1991.

²²¹ Corte Cost. sent. n. 307 e 455 del 1990.

²²² Corte Cost. sent. n. 202 del 1991; n. 559 del 1987; n. 184 del 1986; n. 88 del 1979.

²²³ *Ex plurimis*, Corte Cost. sent. n. 432 del 2005; n. 233 del 2003; n.252 del 2001; n. 509 del 2000; n. 309 del 1999; n. 267 del 1998.

²²⁴ *Ex plurimis*, Corte Cost. sent. n. 432 del 2005; n. 304 e 218 del 1994; n. 247 del 1992; n. 455 del 1990.

²²⁵ L'art. 5 c.c. viene nominato nelle sentenze ai fini di delimitare il consenso del paziente. Nella sentenza n. 34521/2010, più volte citata, si è affermato che in caso di intervento medico-chirurgico con esito infausto, il consenso del paziente che, se espresso validamente e nei limiti di cui all'art. 5 cod. civ., preclude la possibilità

realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, attuando la prescrizione dettata dall'art. 2 Cost., trova la sua legittimazione direttamente nelle norme costituzionali che tratteggiano il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo, tanto che se ne può invocare il carattere di attività, la cui previsione legislativa, deve intendersi come “*costituzionalmente imposta*”²²⁶. Se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza di una sorta di “scriminante costituzionale”, tale essendo la fonte che “giustifica” l'attività sanitaria, in genere, e medico-chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (è il caso, come è noto, degli interventi a carattere sperimentale, puro o scientifico, e degli interventi che si risolvono in un trattamento di pura estetica).

20. Il consenso informato e il diritto all'autodeterminazione. Varie ipotesi

Il diritto alla salute è strettamente correlato al consenso informato, quale presupposto essenziale del trattamento medico-chirurgico. *“Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall'art. 32, c.2, Cost. e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefettibile che giustifica il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole – salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere – della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinviene base precettiva, e, per così dire, costitutiva, negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale”*²²⁷. Il Giudice delle Leggi ha avuto modo di puntualizzare che il “consenso informato, inteso quale

di configurare il delitto di lesioni volontarie, assumendo efficacia scriminante, non è necessario, perché l'intervento medico-chirurgico sia penalmente lecito, in presenza di ragioni di urgenza terapeutica o nelle ipotesi previste dalla legge. La Corte ha anche osservato che, in presenza di una manifestazione di volontà esplicitamente contraria all'intervento terapeutico, l'atto, asseritamente terapeutico, costituisce un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente, ma anche della sua integrità; peraltro, in caso di esito fausto dell'intervento, la sussistenza di un pericolo grave ed attuale per la vita o la salute del paziente, pur non scriminando la condotta, esclude il dolo intenzionale di lesioni, in quanto il medico che interviene nonostante il dissenso del paziente, si rappresenta la necessità di salvaguardarne, cionondimeno, la vita o la salute poste in pericolo.

²²⁶ D'altra parte, non è senza significato la circostanza che l'art. 359 c.p. inquadri fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità proprio i privati che esercitano la professione sanitaria, rendendo dunque davvero incoerente l'ipotesi che una professione ritenuta, in sé, “di pubblica necessità”, abbisogni, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorché attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il paziente.

²²⁷ Cass. pen., Sez. Un., sent. 18.12.2008, n. 2437 (Giulini), la quale a sua volta riporta ampiamente la sentenza Corte Cost. n. 438/2008. L'attività medico chirurgica, pur se produttiva di un male transitorio e strumentale al conseguimento di un beneficio complessivo per la salute del paziente, non può essere assimilata ad alcuna delle attività illecite tipizzate dalle norme del codice penale, in ragione della sua intrinseca meritorietà sociale che la rendono suscettibile ex sé di una peculiare protezione e promozione da parte dell'ordinamento. Sempre che la stessa si fondi comunque sul consenso del paziente, che funge da indefettibile presupposto di liceità della condotta medica, salve le ipotesi di stato di necessità o trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge ai sensi dell'art. 32 Cost..

espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge²²⁸. La circostanza, dunque, che il consenso informato trovi il suo fondamento direttamente nella Costituzione, e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32 della Carta²²⁹, pone in risalto – secondo il Giudice delle Leggi – la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: “quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale”. Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato “un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale”.

Esaminando le varie ipotesi in cui rileva il consenso del paziente all'attività terapeutica, la giurisprudenza di legittimità muove dalla distinzione tra “esito fausto” ed “esito infausto” dell'intervento, al fine di trovare, come vedremo, un convincente punto di equilibrio tra dolo e colpa.

In primo luogo, viene subito alla mente il problema del consenso all'interruzione delle cure salvavita²³⁰, ma sul punto non ci si soffermerà a lungo. Si è affermato²³¹ a riguardo che esiste un diritto costituzionalmente garantito di rifiutare le cure e di interromperle, che fonda - a certe

²²⁸ Corte Cost. n. 438/2008.

²²⁹ Anche numerose fonti internazionali prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti sanitari. Così, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in base al quale, dato che gli Stati aderenti “riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione”, “tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori” devono ricevere “informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore”. L'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, prevede che “un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato”. L'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che “ogni individuo ha il diritto alla propria integrità fisica e psichica” e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, “il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”. La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge.

²³⁰ Si pensi ai noti casi Welby ed Englaro.

²³¹ Sent. Gup Roma del 23.07.2007 (Riccio) relativa al caso Welby.

condizioni – un dovere in capo al sanitario di interrompere con una condotta positiva le cure, anche se essenziali per vivere: l'adempimento di tale dovere scrimina il reato di cui all'art. 579 c.p.²³² ai sensi dell'art. 51 c.p.. Il diritto all'autodeterminazione in materia di trattamento sanitario può essere esercitato solo nell'ambito del rapporto terapeutico tra medico e paziente ed il consenso all'interruzione delle cure deve essere personale, consapevole, informato, autentico e non apparente, non condizionato da motivi irrazionali, non frutto di costrizione o suggestione, strettamente collegato a concrete situazioni personali del malato. Principi analoghi sono stati affermati dalla Cassazione civile²³³ per il caso Englaro. Secondo la Suprema Corte, il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio – nel quadro dell'"alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, giacché tale rifiuto esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale.

Una seconda ipotesi in cui rileva la mancanza di consenso del paziente, al di fuori dei casi di c.d. necessità ed urgenza terapeutica (in cui ricorrono gli estremi della scriminante dello stato di necessità ex art. 54 c.p.) e di trattamento sanitario obbligatorio (in cui ricorre la scriminante dell'adempimento del dovere ex art. 51 c.p.), nei quali si prescinde dal consenso del paziente, si realizza in caso di intervento chirurgico avente finalità terapeutiche in assenza di consenso e con esito infausto. Si pone, cioè, il problema di stabilire i profili di penale responsabilità del medico chirurgo che – per finalità terapeutiche – esegua un intervento senza che il paziente abbia prestato il consenso all'intervento stesso o abbia prestato il consenso ad un intervento diverso e l'esito sia infausto. Sul punto si registra una evoluzione giurisprudenziale, che ha visto in un primo momento affermarsi la tesi dell'omicidio preterintenzionale. Secondo questa impostazione la mancanza di consenso comporta l'illiceità dell'intervento chirurgico in sé e la sua qualificabilità come delitto di lesioni, elemento costitutivo²³⁴ dell'omicidio preterintenzionale²³⁵. La seconda tesi²³⁶ ha, invece,

²³² Art. 579 c.p. Omicidio del consenziente.

²³³ Cass. Civ., Sez. I, sent. 16.10.2007, n. 21748.

²³⁴ L'art. 584 c.p., sull'omicidio preterintenzionale, parla di "*atti diretti a ledere*".

escluso la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale, in quanto *“in tema di attività medico-chirurgica deve ritenersi che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte. In tale ultima ipotesi, qualora il medico effettui ugualmente il trattamento rifiutato (...) nel caso in cui il trattamento comporti lesioni chirurgiche ed il paziente muoia”* non potrà profilarsi il *“più grave reato di omicidio preterintenzionale, non potendosi ritenere che le lesioni chirurgiche, strumentali all'intervento terapeutico, possano rientrare nella previsione di cui all'art. 582 c.p.”*, potrà, invece, profilarsi a suo carico il reato di violenza privata²³⁷ o il reato di omicidio colposo²³⁸. Infine, la giurisprudenza ormai prevalente configura una responsabilità per lesioni colpose o omicidio colposo nel caso di trattamento chirurgico con finalità terapeutiche ed esito infausto, realizzato senza il consenso del paziente²³⁹, qualora sia configurabile la colpa del sanitario: si ribadisce in questa prospettiva che la finalità terapeutica preclude la qualificabilità dell'intervento chirurgico in sé come reato di lesioni²⁴⁰. La giurisprudenza precisa che la violazione della regola che impone l'acquisizione

²³⁵ È una tesi ormai superata, quanto meno nei termini in cui venne originariamente accolta da Cass. pen., Sez. V, sent. 21.04.1992 (Massimo). *“Il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta, sicché egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte”*.

²³⁶ Tesi dell'irrelevanza del consenso (ma non dell'espresso rifiuto al trattamento) e dell'esclusione dell'omicidio preterintenzionale, la quale si caratterizza tra l'altro per l'inizio del superamento della qualificazione come *“lesioni”* ex art. 582 c.p. dell'attività medico chirurgica in sé, realizzata con finalità terapeutica.

²³⁷ Cass. pen., Sez. I, sent. 29.05.2002 (Volterrani).

²³⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. 09.03.2001 (Barese). In tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in assenza di urgente necessità, venga eseguita una operazione chirurgica demolitiva, senza il consenso del paziente, prestato per un intervento di dimensioni più ridotte rispetto a quello poi eseguito, che ne abbia determinato la morte, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale poiché, per integrare quest'ultimo, si richiede che l'agente realizzi consapevolmente ed intenzionalmente una condotta diretta a provocare un'alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa. Nella specie la Cassazione ha ritenuto che fosse correttamente configurabile il reato di omicidio colposo a carico del medico chirurgo che aveva eseguito, in assenza di ragioni di urgenza, l'asportazione di una massa tumorale e degli organi genitali pur in presenza del consenso espresso soltanto per l'asportazione di una cisti ovarica.

²³⁹ In caso di dissenso, invece, vedasi Cass. pen., Sez. IV, sent. 20.04.2010, n. 21799 (Petretto), secondo la quale integra il reato di lesione personale dolosa la condotta del medico che sottoponga, con esito infausto, il paziente ad un trattamento chirurgico, al quale costui abbia espresso il proprio dissenso. Il caso riguardava un intervento di chirurgia correttiva della vista con esito infausto, per il quale il consenso del paziente era stato carpito, prospettandogli una metodologia esecutiva non invasiva.

²⁴⁰ Si veda in questa prospettiva tra le altre Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 34521/2010 (Huscher). In tema di trattamento medico-chirurgico, qualora, in mancanza di un valido consenso informato ovvero in presenza di un consenso prestato per un trattamento diverso, il chirurgo esegua un intervento da cui derivi la morte del paziente, non è configurabile il reato di omicidio preterintenzionale, poiché la finalità curativa comunque perseguita dal medico deve ritenersi concettualmente incompatibile con la consapevole intenzione di

del consenso informato del paziente, non costituendo regola cautelare volta ad evitare l'esito infausto (bensì volta a garantire il diritto all'autodeterminazione), non può fondare di per sé un addebito di colpa, a meno che la mancata sollecitazione del consenso abbia impedito al sanitario di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo²⁴¹. Si pensi alla mancata conoscenza di un'allergia a un determinato trattamento farmacologico o alla mancata conoscenza di altre specifiche situazioni del paziente che la sollecitazione al consenso avrebbe portato all'attenzione del medico. In questo caso, il mancato consenso rileva non direttamente, ma come riflesso del superficiale approccio del medico all'acquisizione delle informazioni necessarie per il corretto approccio terapeutico²⁴².

A rilevare non è solo il consenso ma, ovviamente, anche il dissenso. Infatti, la Cassazione penale ha avuto modo di esprimersi sul tema e, nello specifico, su un caso di rifiuto espresso del paziente di sottoporsi al trattamento sanitario. È stata confermata la sentenza assolutoria dal reato di omicidio colposo emessa nei confronti del medico che aveva avvertito il paziente, colpito da infarto, della necessità di sottoporsi immediatamente ad un intervento, ottenendo un rifiuto, al quale era conseguita la morte fulminante. È stato escluso, nello specifico, qualsiasi addebito di colpa a carico del professionista, sia perché non poteva obbligare il paziente a subire l'intervento (agire in caso di necessità contro la volontà del paziente è infatti una condotta possibile ma non obbligatoria), sia perché *“il c.d. cuore del problema è se il malato sia stato adeguatamente informato della gravità della malattia in atto ed abbia opposto un rifiuto al ricovero”*²⁴³.

In caso, invece, di intervento chirurgico avente finalità terapeutiche in assenza di consenso e con esito fausto, non si configura il reato di lesioni nell'intervento chirurgico in sé, sebbene realizzato in assenza di un valido consenso del paziente²⁴⁴. Se si assume, però, che il paziente, in base alla

provocare un'alterazione lesiva dell'integrità fisica della persona offesa invece necessaria per l'integrazione degli atti diretti a commettere il reato di lesioni richiesti dall'art. 584 c.p..

²⁴¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. 24.06.2008 (Ruocco). L'obbligo d'acquisizione del consenso informato del paziente alla somministrazione del trattamento sanitario non costituisce una regola cautelare e dunque la sua inosservanza da parte del medico non può costituire, nel caso in cui lo stesso trattamento abbia causato delle lesioni, un elemento per affermare la responsabilità a titolo di colpa di quest'ultimo, a meno che la mancata sollecitazione del consenso gli abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo.

²⁴² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37077/2008.

²⁴³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 38852/2005. Nel caso di specie il medico aveva avvertito chiaramente il paziente della necessità dell'intervento e dei rischi connessi, in tal modo facendo tutto quello che era possibile, a nulla rilevando, infine, la circostanza che il rifiuto non fosse stato manifestato per iscritto.

²⁴⁴ Come ribadito dalle Sez. Un. 18.12.2008, n. 2437 (Giulini) relativamente ad un caso di intervento con esito fausto realizzato dal sanitario senza violazione di norme cautelari. *“Non integra il reato di lesione personale, né quello di violenza privata la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis, si sia concluso con esito fausto, essendo da esso derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte dello stesso”*.

Costituzione e ad altre norme dell'ordinamento, ha un diritto pieno a essere adeguatamente informato dal sanitario, a prescindere se l'intervento medico a posteriori si rileva fausto o infausto, ne consegue che la lesione di questo diritto farà sorgere in capo all'agente l'obbligo di risarcire il danno non patrimoniale patito dal paziente (ai sensi dell'art. 2059 c.c.), ossia la violazione della sua possibilità di scegliere in che modo curarsi, purché vi sia la prova che il paziente, se adeguatamente informato, non avrebbe prestato il consenso all'estensione dell'intervento e l'offesa abbia superato una soglia minima di tollerabilità.

L'ultimo caso da analizzare ricorre in presenza di intervento chirurgico senza finalità terapeutiche e con esito infausto. L'omicidio preterintenzionale o il reato di lesioni dolose²⁴⁵ tornano ad essere configurabili nel caso in cui il medico sottoponga il paziente ad intervento chirurgico in assenza di finalità terapeutiche o per fini estranei alla tutela della salute del paziente e da questi non accettati, quando dall'intervento derivi la morte del paziente²⁴⁶. Se poi il medico agisce con dolo di omicidio - anche solo eventuale - si ha responsabilità per omicidio volontario.

In modo riassuntivo e chiarificatore una recente sentenza, di cui si riporta un estratto, ha toccato tutti i punti trattati. *“Quanto alla censura inerente il consenso informato, è incontestabile che l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento: infatti, il medico, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado per le sue condizioni di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. In questa prospettiva, il consenso, per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere informato, cioè espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente*

²⁴⁵ Vedasi Cass. pen., Sez. V, sent. n. 35104/2013 riguardante le condotte di alcuni medici dell'Istituto Santa Rita di Milano.

²⁴⁶ In questo senso Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 34521/2010 (Huscher), che ha anche ribadito l'orientamento ormai consolidato che esclude l'omicidio preterintenzionale se la condotta del medico è realizzata con finalità terapeutiche. *“In tema di trattamento medico-chirurgico, risponde di omicidio preterintenzionale il medico che sottoponga il paziente ad un intervento (dal quale consegua la morte di quest'ultimo) in assenza di finalità terapeutiche, ovvero per fini estranei alla tutela della salute del paziente, ad esempio provocando coscientemente un'inutile mutilazione, od agendo per scopi estranei (scientifici, dimostrativi, didattici, esibizionistici o di natura estetica), non accettati dal paziente; al contrario, non ne risponde, nonostante l'esito infausto, il medico che sottoponga il paziente ad un trattamento non consentito ed in violazione delle regole dell'arte medica, quando nella sua condotta sia rinvenibile una finalità terapeutica, o comunque la terapia sia inquadrabile nella categoria degli atti medici, poiché in tali casi la condotta non è diretta a ledere, e l'agente, se cagiona la morte del paziente, risponderà di omicidio colposo ove l'evento sia riconducibile alla violazione di una regola cautelare”.*

di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost. (per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico-malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario. Di certo, la mancanza del consenso (opportunamente informato) del malato o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo, ma la valutazione del comportamento del medico, sotto il profilo penale, quando si sia in ipotesi sostanzialmente in una condotta (vuoi omissiva, vuoi commissiva) dannosa per il paziente, non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza di consenso. Cosicché il giudizio sulla sussistenza della colpa non presenta differenze di sorta a seconda che vi sia stato o no il consenso informato del paziente. Con la precisazione che non è di regola possibile fondare la colpa sulla mancanza di consenso, perché l'obbligo di acquisire il consenso informato non integra una regola cautelare la cui inosservanza influisce sulla colpevolezza, essendo l'acquisizione del consenso preordinata a evitare non già fatti dannosi prevedibili (ed evitabili), bensì a tutelare il diritto alla salute e, soprattutto, il diritto alla scelta consapevole in relazione agli eventuali danni che possano derivare dalla scelta terapeutica in attuazione del richiamato art. 32 Cost., comma 2. Quindi, il consenso informato non integra una scriminante dell'attività medica poiché, espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, rappresenta solo un vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato. E ciò vale a fortiori nell'ambito della chirurgia estetica, per sua natura non connotata dall'urgenza ma finalizzata a migliorare l'aspetto fisico del paziente in funzione della sua vita di relazione²⁴⁷.

21. Il problema dell'accanimento diagnostico-terapeutico

Un profilo da analizzare brevemente è quello della responsabilità colposa da accanimento terapeutico consentito, in caso di esito infausto. *“Tema che – nonostante i patenti fraintendimenti nelle grossolane ricostruzioni giornalistiche – pone sul tappeto del diritto penale della medicina un problema ulteriore e per certi aspetti nuovo, connesso ai doveri ascrivibili al medico ed ai confini della*

²⁴⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 2347/2014.

sua posizione di garanzia, anche con riferimento al ruolo del consenso del paziente: quello degli eventuali profili di responsabilità penale di colui che su espressa richiesta del malato intervenga chirurgicamente nel tentativo di poter procrastinare il momento della morte, nonostante per la scienza medica da quel trattamento “non si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente”²⁴⁸. Strettamente collegata è, pertanto, la questione degli interventi ragionevolmente inutili nei confronti dei malati terminali.

La giurisprudenza ha ravvisato un profilo di colpa nella violazione delle regole di prudenza nonché delle disposizioni dettate dalla scienza e dalla coscienza del medico, il quale – attese le condizioni indiscusse e indiscutibili della paziente – effettui lo stesso l'intervento, nonostante non ci si potesse fondatamente attendere dall'intervento, pur consentito dalla paziente, un beneficio per la salute o un miglioramento della qualità della vita. Il medico-chirurgo finisce con l'agire in dispregio del codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico-terapeutico²⁴⁹.

Codesta pronuncia è stata criticata sotto plurimi profili, uno dei quali è la sottovalutazione, anacronistica, del ruolo della volontà del malato, in controtendenza con il superamento della visione paternalistica del rapporto tra medico e paziente e delle acquisizioni circa la decisività del consenso quale fonte di legittimazione dell'intervento medico²⁵⁰. Dalla pronuncia, infatti, sembra emergere un

²⁴⁸ CUPELLI, *Responsabilità colposa e accanimento terapeutico consentito*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 maggio 2011.

²⁴⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 13746/2011. Il caso è quello di una paziente, malata terminale per plurime affezioni neoplasiche (neoplasia pancreaticata con diffusione generalizzata), alla quale venivano cagionate, nel corso di un intervento chirurgico di laparoscopia - prima - e di laparotomia - dopo - lesioni non tempestivamente identificate, alla milza ed al legamento falciforme, dalle quali derivava un sanguinamento che determinava nella donna, già gravemente debilitata nell'organismo, una conseguente emorragia letale. Il Supremo Collegio ha ritenuto che, siccome alla paziente restavano pochi mesi di vita, doveva ritenersi inoperabile. Per la verità, secondo CUPELLI, *Responsabilità colposa e accanimento terapeutico*, cit., la soluzione della vicenda avrebbe dovuto essere semplice, con il riferimento ad una classica ipotesi di colpa generica per violazione delle *leges artis*, avendo rinvenuto quale causa della morte, un errore nell'intervento e una mancata e tempestiva “attivazione” per bloccare l'emorragia. Era pertanto ai tradizionali canoni di accertamento della responsabilità colposa in ambito medico che si sarebbero dovuti rapportare, nel processo motivazionale, i giudici di appello, ragionando in termini di prevedibilità ed evitabilità dell'evento concreto (morte a seguito di emorragia). “Ben più complicato (ma forse, vien da sospettare, anche più intrigante) (...) si presenta invece il richiamo ad una condotta colposa del medico che trovi la sua fonte nella violazione non già delle classiche *leges artis* dell'attività medico-chirurgica, quanto del divieto di accanimento terapeutico (AT); accanimento ravvisato nell'aver eseguito un intervento chirurgico nei confronti di una paziente giudicata ‘inoperabile’ in quanto affetta da un tumore in fase terminale”.

²⁵⁰ CUPELLI, *Responsabilità colposa e accanimento terapeutico*, cit.. “Ciò che preme evidenziare è il duplice rischio che reca con sé una lettura esclusivamente ‘oggettiva’ dell'AT. Da un lato, quello di eliminare la possibilità per il paziente di far valere residue (seppure scarse) chances di salvezza o di prolungamento della vita (se desiderate, come nel caso di specie); dall'altro, quello di far riemergere istanze paternalistiche nella relazione terapeutica, rimettendo al solo medico la scelta non solo del come ma anche del se e del quando effettuare un determinato trattamento. E non è un caso forse che nei primi commenti si riscontri un plauso unanime alla soluzione di una responsabilità colposa da ‘accanimento terapeutico consentito’ proprio da parte dei più accesi fautori della indisponibilità della vita, i quali ne traggono spunto per superare il problema relativo all'importanza

rigido obbligo per il medico di astenersi dall'effettuare un trattamento medico oggettivamente riconducibile ad un accanimento terapeutico per le sue remotissime *chances* anche solo di prolungamento della vita, pur a fronte di un'espressa volontà in tal senso manifestata dal paziente, con totale estromissione del momento soggettivo nella ricostruzione dei confini dell'AT. Se il paziente presta il suo consenso, a quel punto *"ovviamente non ha senso parlare di AT, a meno che il consenso non gli sia stato estorto sulla base di un'informazione errata (se cioè non si sia trattato di un vero consenso informato)"*, con la conseguenza che il concetto di accanimento non avrebbe più alcuna utilità ogni qualvolta il paziente sia in grado di prendere decisioni, conservando viceversa rilievo *"nelle situazioni in cui il paziente non è più capace e non ha espresso in precedenza un'indicazione sulle sue preferenze riguardo ad eventuali futuri trattamenti"*²⁵¹. Dall'altra parte, nemmeno può ritenersi che la volontà del paziente (anche se esplicitata in una specifica richiesta) esoneri il medico *"dalla posizione di garanzia che egli ricopre: delle scelte terapeutiche il medico ha in ogni caso la responsabilità, e ha il dovere di non cedere a richieste di praticare interventi tecnicamente insostenibili o giuridicamente vietati"*²⁵². E allora la questione si sposta sulla necessità di rinvenire un criterio decisivo nelle ipotesi in cui la volontà del paziente diverga dalla valutazione del medico circa l'utilità del trattamento, considerando altresì che la finalità della terapia non è necessariamente la guarigione, ma anche il mero mantenimento in vita, persino in condizioni fortemente compromesse e/o di grave sofferenza, sicché non è sempre così agevole individuare il discrimine tra il doveroso attivarsi terapeutico e l'accanimento vietato.

Altro motivo di critica della sentenza è il riferimento al codice deontologico, che conduce verso un tentativo di assegnare la responsabilità alla sfera della colpa specifica²⁵³. La norma del codice deontologico non può, infatti, per una serie di motivi²⁵⁴, realmente assurgere a rango di "regola cautelare codificata" (*sub specie* "disciplina"), idonea a fondare una responsabilità a titolo di colpa

(decisiva) del consenso e della volontà del paziente. Il sillogismo che sembra cogliersi è il seguente: come è superabile il consenso rispetto all'esecuzione di un intervento (caso di specie), allo stesso modo può essere vinto anche un eventuale dissenso prestato dal paziente stesso ad un trattamento salvavita proporzionato, potendo quindi il medico legittimamente intervenire (qualora ritenga l'intervento utile alla salute, oggettivamente intesa, del paziente) anche contro la volontà del malato stesso".

²⁵¹ DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011.

²⁵² PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I. Tutela penale della persona, Giappichelli, 2011.

²⁵³ La sentenza citata ha individuato la responsabilità per accanimento terapeutico consentito in un ibrido tra responsabilità per colpa generica (per violazione delle regole di prudenza, applicabili nella fattispecie, nonché delle disposizioni dettate dalla scienza e dalla coscienza dell'operatore) e colpa specifica (per violazione del codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico – terapeutico. La norma di riferimento è l'art. 16c.d.m., a tenore della quale *"il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita"*.

²⁵⁴ Per un approfondimento vedasi CUPELLI, *Responsabilità colposa e accanimento terapeutico*, cit..

specifica. Inoltre, è stato affermato che, il contributo soggettivo alla nozione di accanimento terapeutico (contraddetto dalla sentenza in commento), come anche al concetto di salute, è significativo, oltre che per escludere la violazione di una regola cautelare, della necessità di intendere oggi in diverso modo i contenuti della posizione di garanzia da attribuire al medico, che va arricchita di momenti di doverosità legati all'esigenza di tenere nel debito conto la volontà del paziente²⁵⁵. Per acquisizione ormai condivisa, il consenso rappresenta non solo il necessario presupposto ma anche l'insuperabile limite della posizione di garanzia del medico, di talché un'inequivocabile richiesta del paziente stesso di non essere sottoposto a cure o che vengano interrotte cure già iniziate fa venir meno in capo al medico lo stesso obbligo giuridico di curarlo o di continuare a curarlo (anche a costo della sua morte), venendo a mancare il necessario titolo di legittimazione dell'esecuzione del trattamento. Ed è evidente che il discorso abbraccia tanto ipotesi di rifiuto di cure quanto situazione riconducibili al caso della sentenza in commento: il medico diviene garante non più soltanto della salute del paziente ma anche della sua libertà morale (libertà di cura), che si estende dal diritto di non curarsi *ab origine* o di non essere più curato in itinere (anche del paziente che non è in grado di attuare questa libertà da solo) sino a quello di sottoporsi ad un trattamento "estremo", con ridotte *chances* di riuscita ed altamente rischioso per la vita, al solo scopo di prolungarla, anche di poco. Beninteso, sempre che "oggettivamente" sussista una pur minima probabilità di conseguire gli scopi terapeutici indicati dal paziente.

In via generale, la giurisprudenza definisce imprudente la scelta del sanitario, il quale, dinanzi a una scelta di terapia ovvero tra differenti modalità di esecuzione di un intervento, decida di coltivare l'opzione più rischiosa, in riferimento ai postumi derivanti per il paziente²⁵⁶. Ciò non significa che è precluso al sanitario di intervenire anche con operazioni rischiose, pena un arresto dell'attività interventista stessa atteso che il chirurgo non interverrebbe sui casi più gravi, ove il rischio mortale o dell'insuccesso è molto forte. L'esito fausto o infausto non ha, infatti, nulla a che vedere con la responsabilità del medico, la cui prestazione non è commisurata al risultato, proprio per l'intrinseca rischiosità dell'attività sanitaria²⁵⁷. Ciò, invece, significa che anche la rischiosità dell'intervento deve essere adeguatamente soppesata attraverso un'attenta valutazione dei rischi e dei benefici potenziali, dovendosi escludere quelle operazioni in cui il rischio sia preponderante rispetto agli auspicati vantaggi: come nel caso del malato terminale con un'aspettativa di vita estremamente modesta;

²⁵⁵ CUPELLI, Responsabilità colposa e accanimento terapeutico, cit..

²⁵⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. 06.11.2008, n. 45126 (Ghisellini).

²⁵⁷ Sulla prestazione sanitaria come obbligazione di mezzi o di risultato vedasi il paragrafo *ad hoc*.

mentre l'astensione dall'intervento può conservare una pur discreta aspettativa di vita, magari migliorabile con il supporto di terapie mediche o farmacologiche (antidolorifici)²⁵⁸.

Come noto la prevedibilità, che è presupposto essenziale per l'addebito di colpa, consiste nella possibilità di prevedere l'evento che conseguirebbe al rischio non consentito. Il medico, dunque, deve sempre porsi il problema della rischiosità dell'intervento che intende praticare, apprezzando i vantaggi che (dall'intervento o, per converso, dall'astensione dall'intervento o dalla scelta di interventi diversi) possano derivarne per il paziente. Cosicché l'omessa adeguata ponderazione può fondare, in caso di esito negativo, uno specifico profilo di colpa, con cui si censura non il risultato in sé (imponderabile per attività rischiose come quella medica), quanto piuttosto la scarsa considerazione degli effetti che l'intervento poteva ragionevolmente e prevedibilmente determinare. In quest'ottica, il consenso informato del paziente (il quale può essere anche disposto a tutto) non ha efficacia esimente, non valendo a neutralizzare la condotta imprudente del sanitario.

22. Il consenso informato nella chirurgia estetica

La Cassazione ha affermato che l'informazione in chirurgia estetica deve essere più ampia, sul presupposto che si tratta di trattamenti non terapeutici, ma solo finalizzati al miglioramento dell'aspetto fisico del paziente. Un caso specifico, che ha portato la Suprema Corte a pronunciarsi, riguardava un intervento di chirurgia estetica tramite infiltrazioni di frammenti di hydrogel nel viso della paziente, senza successo estetico, ma anzi con successive consolidate formazioni di granulomi²⁵⁹. Nella pronuncia si è qualificato il trattamento come "*non necessario se non superfluo*"; inoltre, davvero significativo appare come la parola paziente fosse stata usata fra virgolette in motivazione. La maggiore informazione in chirurgia estetica è stata diverse volte affermata anche dalla giurisprudenza civile²⁶⁰, sempre per l'affermata assenza di fine terapeutico.

In dottrina è stato sostenuto che anche la chirurgia estetica ha finalità terapeutica, perché funzionale al benessere psichico del paziente. La conseguenza che se ne trae è che rimarrebbe priva di giustificazione la distinzione giurisprudenziale fra la chirurgia estetica e gli altri settori della medicina²⁶¹. L'opinione è condivisibile, ma sembra più opportuno differenziare, nel senso che la distinzione tra fine terapeutico e fine puramente estetico²⁶² non può svolgersi in astratto, ma solo in

²⁵⁸ AMATO, *Valutazioni sulla rischiosità dell'intervento a prescindere dalla volontà del paziente*, in *Guida al Diritto*, n. 24, 11 giugno 2011.

²⁵⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 32423/2008.

²⁶⁰ Cass. Civ., Sez. II, sent. n. 4394/1985; Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 9705/1997; tra la giurisprudenza di merito Corte di Appello Roma, 10.01.2012.

²⁶¹ BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2010, p. 582 e ss..

²⁶² Spesso alla base della chirurgia estetica vi è un disagio relazionale del paziente, ma non sempre. La richiesta al chirurgo estetico è spesso solo dettata dal volersi sentire sessualmente più attraenti, come nella più

concreto, con riguardo al singolo caso. Ad esempio, una mastoplastica addittiva può essere terapeutica se svolta su una anoressica, perché ciò contribuisce a dare alla paziente un'immagine più sana del suo corpo, che può poi modificare *in melius* il suo rapporto con il cibo e quindi contribuire a curare il disturbo dell'alimentazione. O ancora può essere terapeutica l'asportazione di una vistosa formazione benigna sul viso di un paziente affetto da un disturbo antisociale, con conseguente riduzione dei tratti psichiatrici²⁶³.

Sul più ampio obbligo informativo in caso di chirurgia estetica, la Cassazione ha di recente statuito il seguente principio di diritto: *“attese le finalità tipiche della chirurgia estetica, ossia quelle di migliorare l'aspetto fisico del paziente e d'incrementare la positività della sua vita di relazione, incombe sul sanitario un dovere particolare d'informazione che va oltre la semplice enumerazione e prospettazione dei rischi, delle modalità e delle possibili scelte: la valutazione dei miglioramenti estetici deve estendersi ad un giudizio globale sulla persona come questa risulterà dopo l'intervento”*²⁶⁴. Mai si era spinta la Cassazione a richiedere così tanta informazione²⁶⁵. Nella citata pronuncia, sul caso di infiltrazioni nel viso della paziente, si era preteso decisamente meno, stabilendo che l'informazione non può essere generica e limitata al nome del prodotto che si vuole somministrare, ma deve involgere *“gli eventuali effetti negativi della somministrazione in modo che sia consentito al “paziente” di valutare congruamente il rapporto costi-benefici del trattamento e di mettere comunque in conto l'esistenza e la gravità delle conseguenze negative ipotizzabili”*. Non ci si era spinti fino ad imporre al chirurgo estetico un giudizio globale sulla persona una volta avutisi i miglioramenti estetici.

Forse occorre smussare le parole della Cassazione, interpretando il *quantum* di informazione richiesto, nel senso che, una volta che la paziente ha svelato i motivi della sua richiesta, il chirurgo estetico altro non potrà fare che valutare con lei fino a che punto l'intervento possa essere risolutivo, informandola delle diverse possibili variabili. Pretendere di più significa ingessare la professione dei

frequente ipotesi di intervento di mastoplastica addittiva. Vanno peraltro segnalati casi dove di certo non vi è nulla da curare, ma vi sono altre esigenze da soddisfare, ad esempio, professionali, come nei casi di attori, che si sottopongono ad una rinoplastica o esigenze sportive, come nel caso della maratoneta che si sottopone ad una mastoplastica riduttiva.

²⁶³ Sul punto coglie nel segno un precedente della Cassazione civile che ha ritenuto terapeutico un intervento di eliminazione di tatuaggi osceni e ripugnanti, che avevano causato col tempo nel paziente uno stato di vera e propria malattia. Cass. Civ., Sez. III, 08.04.1997.

²⁶⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 4541/2012. Il caso riguardava una donna che per correggere l'eccessiva sporgenza degli incisivi superiori si rivolgeva a chirurghi estetici, i quali le suggerivano un prodromico intervento di osteotomia mandibolare, svolto da un chirurgo maxillo-facciale, imputato per lesioni personali, perché successivamente all'intervento la paziente manifestava tumefazioni e gonfiori al viso, perdita di sensibilità al labbro inferiore, difficoltà respiratorie e persistente rinoliquorea. La Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza di assoluzione, sostenendo che le manovre chirurgiche si erano spinte al di là di quanto necessario e l'intervento non era stato adeguatamente preparato. Infine, l'estrema aleatorietà dell'intervento avrebbe dovuto sconsigliarne l'esecuzione.

²⁶⁵ PIRAS, *Consenso più informato se la chirurgia è estetica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 novembre 2013.

chirurgi estetici, produrne la paralisi. Non può, quindi, trattarsi di un giudizio globale sulla persona come risulterà, ma come potrebbe risultare dopo l'intervento. Ed in questo giudizio, il chirurgo estetico ben potrà farsi coadiuvare da specialisti quali psichiatri, psicoterapeuti, psicologi clinici²⁶⁶.

23. La posizione di garanzia del medico

Come noto, l'art. 40, c.2, c.p. prevede che *“non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”*. Il fondamento di questa disposizione è da ricercare nei principi solidaristici²⁶⁷ che impongono una tutela rafforzata e privilegiata di determinati beni - non essendo i titolari di essi in grado di proteggerli adeguatamente - con l'attribuzione, a determinati soggetti definiti “garanti”, della salvaguardia dell'integrità di questi beni ritenuti di primaria importanza per la persona. A questa qualità, naturalmente, devono contestualmente accompagnarsi poteri impeditivi dell'evento; diversamente, sotto il profilo soggettivo, difetterebbe l'esigibilità della condotta.

La posizione di garanzia è riferibile, sotto il profilo funzionale, a due categorie in cui tradizionalmente si inquadrano gli obblighi in capo ai garanti. La prima categoria concerne la posizione di garanzia c.d. di protezione che impone di preservare il bene protetto da tutti i rischi che possano lederne l'integrità: tipici gli obblighi che gravano, ad esempio, sui genitori e sui medici in relazione ai beni della vita e dell'incolumità personale ma anche di altri beni (per esempio, per i genitori, l'integrità sessuale dei minori). L'ambito di questi obblighi è in primo luogo quello familiare, ma l'obbligo di protezione può derivare anche dall'assunzione volontaria di un obbligo di protezione sia su base contrattuale (la guida alpina che si impegna ad accompagnare uno scalatore inesperto) sia unilateralmente (il medico che prende in carico il paziente in stato di incoscienza). La seconda categoria riguarda la posizione di garanzia c.d. di controllo che impone di neutralizzare le eventuali fonti di pericolo che possano minacciare il bene protetto. Questa categoria riguarda tutti i casi di esercizio di attività pericolose (art. 2050 c.c.) che fanno sorgere il dovere di prevenzione sul datore di lavoro di evitare il verificarsi di infortuni sul lavoro o di malattie professionali, le regole che disciplinano la circolazione stradale, ecc.²⁶⁸.

²⁶⁶ PIRAS, *Consenso più informato se la chirurgia è estetica*, cit..

²⁶⁷ Artt. 2, 32 e 41, c.2, Cost..

²⁶⁸ Il più delle volte questi obblighi di controllo sono ricollegati all'esistenza di un potere di organizzazione o di disposizione relativo a cose o situazioni potenzialmente pericolose, come nel caso indicato del datore di lavoro o come nel caso degli appartenenti ad amministrazioni pubbliche cui sono attribuiti compiti di prevenzione e soccorso in relazione ad eventi riguardanti la pubblica incolumità.

Sull'origine degli obblighi in capo al garante v'è contrasto. Una prima teoria c.d. formale, che sembra accolta dall'art. 40 c.p. (che parla infatti di obbligo "giuridico"), individua, quali fonti dell'obbligo, la legge (penale o extrapenale), il contratto (non escludendo la *negotiorum gestio*) ovvero una precedente azione pericolosa che impone di attivarsi per eliminare la situazione di pericolo creata. Secondo la teoria c.d. funzionale, invece, superando il dogma della giuridicità della fonte degli obblighi di garanzia, vi sarebbero dei criteri di identificazione di natura materiale desumibili dalle specifiche funzioni in concreto svolte dall'agente, titolare di un potere di signoria sulle condizioni essenziali per il verificarsi dell'evento. In tali ipotesi, la "copertura" normativa viene garantita da norme di contenuto generale, quali l'art. 2 Cost. (doveri di solidarietà sociale) o l'art. 32 Cost. (tutela della salute)²⁶⁹. Un'ulteriore teoria che può essere definita mista, oggi prevalente, integrando le due precedenti, pretende che: la fonte dell'obbligo sia legislativamente determinata, salva la possibilità meramente integrativa della normazione secondaria; che la fonte possa anche essere rinvenuta nel contratto in ragione del richiamo all'art. 1372 c.c.²⁷⁰; che l'obbligo sia destinato finalisticamente a proteggere ed impedire l'evento lesivo²⁷¹. Si ritiene che *"la fonte convenzionale dell'obbligo di garanzia include non soltanto i contratti tipici ma anche tutti gli atti negoziali atipici. In conseguenza, in tale ambito possono essere collocate situazioni nelle quali l'assunzione del ruolo di garante si fonda su base consensuale. Tale importante precisazione consente di individuare la fonte legale dell'obbligo di garanzia in molte situazioni della vita ordinaria"*²⁷².

Anche nell'ipotesi in cui venga accolta una teoria sostanzialistica²⁷³, il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza richiede che la cerchia dei titolari dell'obbligo di garanzia sia determinata soggettivamente e che gli obblighi siano oggettivamente determinati con esclusione

²⁶⁹ Va osservato che l'accoglimento di tale teoria, affida la selezione della garanzia a criteri funzionali, di discrezionale interpretazione, con rischio di violazione del principio di legalità ed, in particolare, di determinatezza della fattispecie.

²⁷⁰ Gli obblighi *ex contractu* trovano, infatti, il proprio fondamento nella legge e, nello specifico, nell'art. 1372 c.c., che riconosce al contratto forza di legge tra le parti. Soltanto in questo modo si può garantire il rispetto del principio di legalità, preservandolo dai potenziali attacchi delle concezioni sostanziali della posizione di garanzia, che rischiano di contaminare la giuridicità dell'obbligo attraverso il ricorso a mere fonti fattuali.

²⁷¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 38991/2010.

²⁷² Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 25527/2007 (Conzatti). Fattispecie nella quale è stata ritenuta la responsabilità per omicidio colposo in capo ad un soggetto che, assunto l'incarico di controllare il rientro notturno di alcuni slittini in un rifugio di montagna, seguendoli con una motoslitta, aveva trascurato di seguire uno di essi che aveva imboccato, a causa della neve ghiacciata e della ripidità della pista, un percorso errato, andandosi così a schiantare contro un albero. L'imputato aveva di fatto assunto l'incarico, ponendosi alla guida di una motoslitta munita di un faro e dirigendo e controllando la discesa degli altri discesisti che, conseguentemente, avevano affrontato la pericolosa contingenza sulla base dell'affidamento nella competenza dell'accompagnatore. *"L'avvio convenuto della discesa guidata dette luogo ad un'intesa consensuale tra l'imputato ed i discesisti che, anche per via del già segnalato affidamento, sarebbe stata sufficiente da sola a fondare l'obbligo di garanzia, configurando un negozio atipico"*.

²⁷³ Coloro che criticano la tesi sostanzialistica affermano che una concezione sostanziale dell'obbligo di impedire l'evento tende a scolorire la giuridicità dello stesso. SALE, *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 giugno 2013.

quindi di doveri esclusivamente morali. Naturalmente i titolari della posizione di garanzia devono essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi, che non significa che dei poteri impeditivi debba essere direttamente fornito il garante purché gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare (anche giudizialmente) che l'evento dannoso venga cagionato²⁷⁴.

Con precipuo riguardo alla figura del medico, la giurisprudenza penale, richiamando una consolidata giurisprudenza civile²⁷⁵, individua la posizione di garanzia sulla base del "contatto sociale", in virtù della relazione terapeutica tra medico e paziente. Fonte della posizione di garanzia sarebbe, dunque, un rapporto contrattuale di fatto, una mera situazione fattuale²⁷⁶. Una volta che un paziente si presenti presso una struttura medica chiedendo l'erogazione di una prestazione professionale, il medico, in virtù del "contatto sociale", assume una posizione di garanzia di tutela della sua salute ed anche se non può erogare la prestazione richiesta deve fare tutto ciò che è nelle sue capacità per la salvaguardia dell'integrità del paziente²⁷⁷.

²⁷⁴ Si pensi ai poteri dei sindaci delle società su cui peraltro esiste dissenso in dottrina.

²⁷⁵ La Cassazione civile afferma che le obbligazioni possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, in quei casi in cui taluni soggetti entrano tra loro in contatto. Benché questo "contatto" non riproduca le note ipotesi negoziali, pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi solo responsabilità aquiliana, ma si rinviene una responsabilità di tipo contrattuale, per non avere il soggetto fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vincolo. In passato, considerare il rapporto tra medico e paziente come situazione di fatto e non come contratto, era giustificato dalla considerazione che l'accettazione di un paziente in ospedale comportasse la conclusione di un contratto d'opera professionale tra quest'ultimo e l'ente ospedaliero, rispetto al quale il medico rimaneva del tutto estraneo. Egli, infatti, in qualità di dipendente dell'ospedale, aveva solo un rapporto giuridicamente indiretto col paziente, dal quale poteva derivare unicamente una responsabilità extracontrattuale. Attualmente però, attraverso la teoria del contatto sociale, si afferma la natura contrattuale della responsabilità civile del medico, anche nell'ipotesi in cui il sanitario sia dipendente della struttura ospedaliera.

²⁷⁶ Parte della dottrina critica tale tesi sostanzialistica, in quanto ritiene corretto parlare di posizione di garanzia solo quando essa tragga origine da un fonte dotata del crisma della giuridicità, ex art. 40, c. 2, c.p., non invece quando tragga la propria linfa da una fonte fattuale, che in sede civilistica assume le sembianze del contatto sociale, in virtù del richiamo all'art. 1173 c.c., in base al quale le obbligazioni possono derivare anche da "...ogni atto o fatto idoneo a produrle". Una disposizione di questo tipo manca, però, nel diritto penale. Richiamare come fonte della posizione di garanzia una mera situazione di fatto viola il principio di legalità, che richiede la giuridicità dell'obbligo di impedire l'evento e che, perciò, non ritiene sufficiente un mero fatto. SALE, *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*, cit.. "Non c'è in effetti ragione per continuare, in sede penale, ad invocare una relazione diagnostico-terapeutica, una mera situazione di fatto, svincolata da un presupposto giuridico. In questo modo si crea una distonia all'interno dell'ordinamento: una situazione di fatto che genera una creatura che non le assomiglia per niente: una responsabilità contrattuale. Se, invece, tale rapporto venisse qualificato come contratto, non si verificherebbe alcuna disarmonia all'interno di esso". Dall'art. 1321 c.c. si ricava che l'essenza del contratto è l'accordo, ossia l'incontro della volontà di due soggetti, volto a produrre un effetto giuridico. "Non, quindi, il contatto sociale. Di esso, nell'art. 1321 c.c., non vi è alcuna traccia".

²⁷⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 13547/2012. La Suprema Corte ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha condannato agli effetti civili, il medico in servizio presso una clinica odontostomatologica, il quale si era limitato ad invitare il paziente a recarsi in ospedale senza assicurarsi che i medici di destinazione fossero informati in modo preciso della gravità della situazione con il supporto di adeguata documentazione medica relativa alla diagnosi della patologia.

La giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che la posizione di garanzia può avere una fonte normativa non necessariamente di diritto pubblico, ma anche di natura privatistica, anche non scritta e che addirittura possa trarre origine da una situazione di fatto, da un atto di volontaria determinazione, da una precedente condotta illegittima che costituisca il dovere di intervento e il corrispondente potere giuridico, o di fatto, che consente al soggetto garante, attivandosi, di impedire l'evento²⁷⁸. Ad esempio la Cassazione ha statuito che l'individuazione della titolarità di una posizione di garanzia da parte di un medico nei confronti di un paziente non è subordinata alla presenza di rapporti giuridici con la struttura sanitaria, ma all'effettivo esercizio dell'attività svolta, anche per atto di volontaria determinazione, che comporti conseguentemente l'assunzione degli obblighi connessi a quella posizione, direttamente scaturenti dalle funzioni di fatto esercitate²⁷⁹.

In applicazione di questi principi si è statuito che il medico, il quale all'interno di una struttura sanitaria ospedaliera, venga chiamato per un consulto specialistico, ha gli stessi doveri professionali del medico che ha in carico il paziente presso un determinato reparto, non potendo esimersi da responsabilità adducendo di essere stato chiamato solo per valutare una specifica situazione²⁸⁰.

In generale, il medico chirurgo riveste una posizione di garanzia rispetto alla salute e alla vita del paziente, rilevante agli effetti dell'art. 40, c.2, c.p.²⁸¹. *“Una posizione di garanzia del medico può sorgere esclusivamente con l'instaurazione della relazione terapeutica tra il paziente e il professionista. Questa relazione si può instaurare su base contrattuale - come avviene nel caso di paziente che si affidi al medico di fiducia - ma anche in base alla normativa pubblicistica di tutela della salute come avviene nel caso di ricovero ospedaliero o in strutture protette; casi nei quali per il medico, indipendentemente dal consenso del paziente, sorge un obbligo giuridico di impedire l'evento. È invece stato escluso in dottrina che sorga una posizione di garanzia in capo al medico che sia stato soltanto occasionalmente richiesto di un parere, nel quadro di una relazione di amicizia, convivialità, familiarità o convivenza, ma al di fuori di uno specifico conferimento di incarico professionale”*²⁸².

²⁷⁸ Cass. pen., Sez. IV, 12.10.2000, n. 12781 (Avallone); 01.10.1993, n. 11356 (Cocco); 21.05.1998, n. 8217 (Fornari); 05.11.1983, n. 9176 (Bruno).

²⁷⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 12781/2000 (Avallone). In applicazione di tale principio è stato ritenuta irrilevante l'assenza di un rapporto di lavoro tra un medico “esterno” e la clinica dove era stata operata una donna.

²⁸⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 3365/2010 (Leone). Fattispecie in tema di omicidio colposo, in cui due anestesisti chiamati ad intervenire per la presenza di una epiglottide, dopo aver visitato la paziente, richiedevano l'intervento dell'otorino e si allontanavano dal reparto, omettendo di intubare la paziente per prevenire il rischio di completa ostruzione delle vie respiratorie.

²⁸¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 10819/2009 (Ferlito). In tema di colpa professionale medica, l'instaurazione della relazione terapeutica tra medico e paziente è fonte della posizione di garanzia che il primo assume nei confronti del secondo, e da cui deriva l'obbligo di attivarsi a tutela della salute e della vita.

²⁸² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 25527/2007 (Conzatti), sopra citata. Nei reati colposi omissivi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità tra la condotta e l'evento, non è sufficiente l'assunzione, da parte del soggetto agente, di un obbligo di tutela, ma è necessaria la presa in carico del bene protetto. Vedasi anche sent. n. 10795/2007.

A conferma della tesi, secondo la quale per l'insorgere dell'obbligo di impedire l'evento basta l'instaurarsi di una relazione diagnostico-terapeutica tra medico e paziente, indipendente da rapporti giuridici formali tra le parti²⁸³, la Cassazione ha ritenuto la sussistenza della posizione di garanzia in capo al ginecologo curante di una donna in stato di gravidanza, che veniva ricoverata, su indicazione dello stesso, presso una clinica. Il medico contattato telefonicamente da un collega della struttura, per una rilevata anomalia fetale, giungeva in clinica, ed omettendo di soffermarsi sui dati emergenti dal tracciato, consigliava alla gestante di attendere, per procedere con parto naturale. L'attesa si rivelava purtroppo fatale: sopraggiungeva la morte del feto, successiva a grave insufficienza respiratoria e multiorgano da sindrome ipossica, dovuta al ritardo nell'esecuzione del taglio cesareo. L'accesso del ginecologo presso la casa di cura, la presa di contatto con la paziente e la sottoposizione a visita clinica sono stati ritenuti dati sufficienti per attribuirgli la posizione di garanzia. Si è asserito, inoltre, che il rapporto tra il medico e la paziente si colloca in via di fatto, prescindendo dal rapporto privatistico corrente tra il ginecologo e la gestante. Fonte della posizione di garanzia è, dunque, la relazione terapeutica tra il medico e la paziente²⁸⁴.

Il medico psichiatra, è stato ritenuto, titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente²⁸⁵, anche se questi non sia sottoposto a ricovero coatto, ed ha, pertanto, l'obbligo - quando sussista il concreto rischio di condotte autolesive, anche suicidarie - di apprestare specifiche cautele²⁸⁶.

Il dirigente medico ospedaliero²⁸⁷ è titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute dei pazienti affidati alla struttura, perché i decreti legislativi n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999 di modifica dell'ordinamento interno dei servizi ospedalieri hanno attenuato la forza del vincolo gerarchico con i medici che con lui collaborano, ma non hanno eliminato il potere-dovere in capo al dirigente medico in posizione apicale di dettare direttive generiche e specifiche, di vigilare e di verificare l'attività

²⁸³ Con riguardo alla relazione diagnostico-terapeutica quale fonte della posizione di garanzia, *ex plurimis*: Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 46586/2004 (Ardizzone); n. 10795/2007 (Pozzi); n. 35307/2008 (Izzo); n. 47490/2008 (Calzini); n. 1866/2008 (Toccafondi); n. 10819/2009 (Ferlito); n. 38225/2009 (Di Fabio); n. 20370/2010 (Zagni); n. 34521/2010 (Huscher); n. 46830/2011 (Zheng Li).

²⁸⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16991/2006 (Mastropasqua). Si afferma che la posizione di garanzia si ingenera non appena il medico, nella sua qualità di chirurgo di turno, venga informato della necessità della sua consulenza.

²⁸⁵ Vedasi anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 18950/2009 sulla responsabilità del medico di turno, in aggiunta a quella dello psichiatra, in virtù dell'instaurazione della relazione terapeutica.

²⁸⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 48292/2008 (Desana). In applicazione del principio, la Cassazione ha confermato l'affermazione di responsabilità del primario e dei medici del reparto di psichiatria di un ospedale pubblico per omicidio colposo in danno di un paziente che, ricoveratosi volontariamente con divieto di uscita senza autorizzazione, si era allontanato dal reparto dichiarando all'infermiera di volersi recare a prendere un caffè al distributore automatico situato al piano superiore, ed ivi giunto si era suicidato gettandosi da una finestra.

²⁸⁷ Si rinvia al paragrafo specifico per un approfondimento sul tema della responsabilità del dirigente.

autonoma e delegata dei medici addetti alla struttura, ed infine il potere residuale di avocare a sé la gestione dei singoli pazienti²⁸⁸.

Il capo dell'*équipe* medica²⁸⁹ è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, che non è limitata all'ambito strettamente chirurgico, ma si estende al successivo decorso post-operatorio, poiché le esigenze di cura e di assistenza dell'infermo sono note a colui che ha eseguito l'intervento più che ad ogni altro sanitario²⁹⁰.

Anche il medico specializzando è titolare di una posizione di garanzia in relazione alle attività personalmente compiute nell'osservanza delle direttive e sotto il controllo del medico tutore, che deve verificarne i risultati, fermo restando che la sua responsabilità dovrà in concreto essere valutata in rapporto anche allo stadio nel quale al momento del fatto si trovava l'*iter* formativo²⁹¹. Il medico specializzando deve rifiutare i compiti che non ritiene in grado di compiere, poiché in caso contrario se ne assume la responsabilità a titolo di cosiddetta colpa per assunzione²⁹². Il ruolo di specializzando è rilevante in sede di individuazione del modello di agente di riferimento al quale rapportare la condotta scorretta tenuta, in merito, quindi, all'accertamento della misura soggettiva della colpa.

Naturalmente l'esistenza di una posizione di garanzia non si pone in contraddizione con una causazione attiva dell'evento da parte del garante, a cui consegue il mancato esercizio dei poteri impeditivi che è obbligato ad esercitare (ad esempio, il medico che somministra erroneamente un medicinale al quale il paziente a lui affidato è allergico - causalità attiva - è tenuto ai necessari interventi per escludere o ridurre le conseguenze della somministrazione).

L'art. 40, c.2, c.p. è applicabile sia ai reati dolosi sia ai reati colposi, fatte salve le differenze dovute al diverso elemento soggettivo. In particolare, con riferimento ai reati colposi, è necessario non confondere il profilo della posizione di garanzia (che attiene all'elemento oggettivo del reato), con il profilo della colpa (vale a dire della violazione della norma cautelare ed il nesso di causalità): solo se ricorre la posizione di garanzia è possibile passare a verificare poi la sussistenza della colpa. Spesso i due profili sono invece confusi. Una volta accertata la sussistenza della posizione di garanzia, l'accertamento della responsabilità del garante richiederà la prova rigorosa dell'elemento soggettivo, a seconda dei casi il dolo (implicante la volontà di non tenere il comportamento impeditivo dell'evento, con la consapevolezza di tale carattere impeditivo), anche sotto la forma del dolo eventuale, ovvero la colpa (vale a dire la violazione della norma cautelare il cui rispetto avrebbe

²⁸⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 47145/2005 (Sciortino). La Corte di Cassazione ha statuito che l'omesso esercizio di siffatte competenze comporta il coinvolgimento del dirigente medico nella responsabilità per il fatto omicidario conseguente all'omissione colposa del trattamento terapeutico commesso dai medici collaboratori.

²⁸⁹ Si rinvia al paragrafo specifico sul tema per un approfondimento.

²⁹⁰ Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 17222/2012 (Arena).

²⁹¹ In tali termini Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 49707/2014, precedentemente citata.

²⁹² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 6215/2009 (Pappadà).

impedito il verificarsi dell'evento). In altri termini, la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione - da parte del garante - di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso²⁹³.

24. Pluralità di garanti e successione nell'obbligo. Concause e interruzione del nesso causale

Secondo la costante giurisprudenza nel caso di pluralità di garanti ciascuno è destinatario dell'obbligo di tutela imposto dalla legge e nel caso di successione nella posizione di garanzia il comportamento colposo del garante sopravvenuto non è sufficiente ad interrompere il rapporto di causalità tra la violazione di una norma precauzionale operata dal primo garante e l'evento. Anche l'attività medico chirurgica, quando connotata da colpa, pone il problema dell'interruzione del nesso causale ex art. 41, c.2, c.p. e, al riguardo, la giurisprudenza nega che la condotta colposa del sanitario possa costituire fattore eccezionale interruttivo del nesso causale rispetto alle pregresse condotte lesive dell'integrità personale.

“In tema di omicidio preterintenzionale, le eventuali negligenze dei sanitari nelle successive terapie mediche non elidono il nesso di causalità tra la condotta di percosse o di lesioni personali posta in essere dall'agente e l'evento morte, non costituendo un fatto imprevedibile od uno sviluppo assolutamente atipico della serie causale”²⁹⁴.

“In tema di lesioni personali volontarie seguite dal decesso della vittima, l'eventuale negligenza o imperizia dei medici, ancorché di elevata gravità, non elide, di per sé, il nesso causale tra la condotta lesiva e l'evento morte, in quanto l'intervento dei sanitari costituisce, rispetto al soggetto leso, un fatto tipico e prevedibile, anche nei potenziali errori di cura, mentre ai fini dell'esclusione del nesso di

²⁹³ Cass. pen., Sez. IV, sent. 06.11.2009, n. 43966 (Morelli). Vedasi anche Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 6613/1998 (Barraco), secondo la quale, ai fini della responsabilità per colpa professionale del medico, deve essere considerato obbligatorio un intervento terapeutico che, pur avendo scarse probabilità di successo, non è comunque dannoso per il paziente. Tuttavia dalla doverosità dell'intervento non si può far derivare la necessaria imputazione dell'evento dannoso, dovendosi accertare la sussistenza del nesso di causalità tra l'omissione addebitata all'imputato e l'evento. La Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza di merito per omessa motivazione sul punto relativo al nesso di causalità tra l'applicazione di una sonda nasale per effettuare lo svuotamento gastrico ed il decesso della paziente avvenuto a seguito di sommersione interna per reflusso di materiale alimentare.

²⁹⁴ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 39389/2012 (Martena).

*causalità occorre un errore del tutto eccezionale, abnorme, da solo determinante l'evento letale. Ne consegue, in tal caso, l'applicabilità dell'art. 41, c.1 e non dell'art. 41, c.2, c.p.*²⁹⁵.

*“L'eventuale errore dei sanitari nella prestazione delle cure alla vittima di un incidente stradale non può ritenersi causa autonoma ed indipendente, tale da interrompere il nesso causale tra il comportamento di colui che ha causato l'incidente e la successiva morte del ferito”*²⁹⁶.

In tema di concorso di cause, come è noto, ai fini dell'apprezzamento dell'eventuale interruzione del nesso causale tra la condotta e l'evento (art. 41, c.2, c.p.), il concetto di causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento non si riferisce solo al caso di un processo causale del tutto autonomo, giacché, in tal caso la disposizione sarebbe pressoché inutile, in quanto all'esclusione del rapporto causale si perverrebbe comunque sulla base del principio condizionalistico o dell'equivalenza delle cause di cui all'art. 41, c.1, c.p.²⁹⁷. La norma, invece, si applica anche nel caso di un processo non completamente avulso dall'antecedente, ma “sufficiente” a determinare l'evento, nel senso che, in tal caso, la condotta dell'agente degrada da causa a mera occasione dell'evento: ciò che si verifica allorquando ci si trova in presenza di una causa sopravvenuta che, pur ricollegandosi causalmente all'azione o all'omissione dell'agente, si presenta con carattere assolutamente anomalo ed eccezionale, ossia come un fattore che non si verifica se non in casi del tutto imprevedibili a seguito della causa presupposta. L'apprezzamento sulla natura eccezionale ed imprevedibile del fatto sopravvenuto è accertamento devoluto al giudice di merito che deve logicamente motivare il suo convincimento sul punto²⁹⁸.

“Resta, invece, ferma la rilevanza causale della condotta preesistente con la quale la causa sopravvenuta risulti in relazione di interdipendenza, sì che, disgiunta da essa ed isolatamente considerata, non si rivela capace di realizzare l'evento, stante il collegamento derivativo con la serie causale antecedente, di cui quella sopravvenuta appare uno sviluppo evolutivo”. In un recentissimo caso la Cassazione ha confermato le sentenze di merito che, chiamate a pronunciarsi sulla valenza interruttiva rappresentata dal mancato apprestamento da parte di un anestesista di interventi atti a fronteggiare la situazione di emergenza di mancanza di energia elettrica, hanno ritenuto la colpa di quest'ultimo, pur se grave, non autonoma ed indipendente rispetto alle preesistenti condotte che hanno provocato la situazione di pericolo per la vita della paziente, rendendo necessario l'intervento dell'anestesista stesso. *“La negligenza o l'imperizia di costui non costituisce un fatto imprevedibile ed*

²⁹⁵ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 29075/2012 (Barbagallo).

²⁹⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 41293/2007 (Taborelli). Fattispecie in cui la Cassazione ha escluso l'interruzione del nesso di causalità rilevando che l'errore medico non costituisce un accadimento al di fuori di ogni immaginazione, a maggior ragione nel caso in cui l'aggravamento della situazione clinica del ferito e la necessità di interventi chirurgici complessi risultino preventivabili in ragione della gravità delle lesioni determinate dall'incidente stradale.

²⁹⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 1214/2005 e n. 6215/2009.

²⁹⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. 11.07.2007 (Tamborini) e 20.09.2012 (Montanaro).

*atipico rispetto alla serie causale precedente, della quale rappresenta uno sviluppo evolutivo, pur se non indefettibile*²⁹⁹.

La problematica dell'interruzione del nesso causale si è posta anche con riferimento alla responsabilità del medico per il suicidio della persona sottoposta alle sue cure. In una sentenza già citata si è affermato che *“il rapporto di causalità tra l'azione e l'evento può escludersi solo se si verifichi una causa autonoma e successiva, che si inserisca nel processo causale in modo eccezionale, atipico e imprevedibile, mentre non può essere escluso il nesso causale quando la causa successiva abbia solo accelerato la produzione dell'evento, destinato comunque a compiersi sulla base di una valutazione dotata di un alto grado di credibilità razionale o di probabilità logica”*³⁰⁰.

25. Pluralità di garanti e principio di affidamento

Un problema analogo a quello precedente affrontato sulla successione di più cause dell'evento, si pone con riferimento alla condotta colposa del medico nel caso di intervento di più medici sullo stesso paziente: di norma la condotta colposa del garante intervenuto successivamente non esclude l'eventuale responsabilità per colpa del primo garante; in proposito viene fatto frequentemente riferimento al principio di affidamento, ritenendolo non applicabile in questa ipotesi.

“In tema di colpa medica, in presenza di una condotta colposa posta in essere da un determinato soggetto, non può ritenersi interruttiva del nesso di causalità (art. 41, c.2, c.p.) una successiva condotta parimenti colposa posta in essere da altro soggetto, quando essa non abbia le caratteristiche dell'assoluta imprevedibilità e inopinabilità; condizione, questa, che non può, in particolare configurarsi quando, nel caso di colpa medica, tale condotta sia consistita nell'inosservanza, da parte

²⁹⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 7597/2014. Nel caso di specie una giovane ragazza veniva sottoposta ad un'operazione di appendicectomia, durante la quale si verificava un'interruzione di energia elettrica durata circa 10 minuti. Si spegnevano così alcuni apparecchi tra cui il respiratore automatico che assisteva la paziente, successivamente deceduta per danno anossico cerebrale. Il respiratore era stato erroneamente collegato ad una presa a spina alimentata dalla rete ordinaria anziché ad una presa alimentata dalla rete elettrica di sicurezza. I numerosi imputati (oltre l'anestesista) sono stati individuati, in base alle rispettive posizioni di garanzia, nei responsabili per i lavori di impiantistica elettrica che avevano realizzato l'impianto in difformità e in violazione delle regole CEI, nei responsabili dei controlli e verifiche sulla corretta esecuzione dei lavori, nonché nei direttori e dirigenti dell'unità operativa responsabili della corretta funzionalità e conformità alle norme di sicurezza delle risorse tecnico-strumentali del nosocomio.

³⁰⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 10430/2004 (Guida). Fattispecie in materia di responsabilità professionale del medico per il suicidio di un paziente, in cui Corte di Cassazione ha ritenuto che correttamente i giudici di merito, sulla base di un ragionamento probatorio esente da vizi logici e che aveva escluso ogni interferenza di fattori alternativi, avevano affermato l'efficacia causale della condotta del medico psichiatra che aveva autorizzato l'uscita dalla struttura sanitaria di una paziente malata di mente e con forti istinti suicidari, affidandola ad una accompagnatrice volontaria priva di specializzazione adeguata, alla quale non aveva fornito qualsivoglia informazione sullo stato mentale della malata e sui precedenti tentativi di suicidio dalla stessa attuati.

di soggetto successivamente intervenuto, di regole dell'arte medica già disattese da quello che lo aveva preceduto”³⁰¹.

*“Non può parlarsi di affidamento quando colui che si affida sia in colpa per avere violato determinate norme precauzionali o per avere omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio alla omissione; sì che ove, anche per l'omissione del successore, si produca l'evento che una certa azione avrebbe dovuto e potuto impedire, l'evento stesso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l'evento”*³⁰².

26. Principio di affidamento e attività medica d'équipe

Nel paragrafo precedente si è fatto riferimento alle ipotesi di successione ossia di cooperazione non contestuale dei medici; ora, invece, si cercherà di illustrare la giurisprudenza in materia di attività di *équipe*, in cui si configura un coinvolgimento nell'attività di cura di medici, portatori di diverse competenze specialistiche. In tali ipotesi il coinvolgimento di diverse figure nell'atto medico costituisce un fattore di razionalità e sicurezza, ma è anche possibile fonte di un rischio aggiuntivo rispetto a quello connesso all'attività medica monosoggettiva. Se, da una parte, la divisione del lavoro costituisce una sicurezza, perché ogni medico è chiamato a svolgere il lavoro in relazione alla sua specifica competenza senza essere tenuto a controllare continuamente l'operato dei colleghi, dall'altra parte, rappresenta un fattore di rischio dovuto a eventuali difetti di coordinamento o di informazione, errori di comprensione o dovuti alla mancanza di una visione di insieme.

Secondo il principio di affidamento *“ciascuno risponde per le conseguenze della propria condotta, commissiva od omissiva, e nell'ambito delle proprie conoscenze e specializzazioni; non risponde invece dell'eventuale violazione delle regole cautelari da parte di altri partecipi della medesima attività o che agiscano nello stesso ambito di attività (a meno che non gli sia attribuita una funzione di controllo dell'opera altrui); sul rispetto delle regole da parte di queste persone l'agente deve poter confidare”*. Devono ritenersi *“prevedibili le violazioni solo nei casi in cui esistano elementi sintomatici dell'esistenza o della probabile violazione della regola cautelare da parte del terzo. Solo se l'agente viene a conoscenza della violazione delle regole da parte di altri partecipi nella medesima attività (per esempio, un'operazione chirurgica svolta in équipe) - o comunque si trova in una situazione in cui diviene prevedibile l'altrui inosservanza della regola cautelare (che deve avere caratteristiche di*

³⁰¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 6215/2009 (Pappadà).

³⁰² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 8006/1999 (Cattaneo). Fattispecie di omicidio colposo per colpa professionale, in cui la Suprema Corte ha giudicato corretto il giudizio di responsabilità di entrambi i medici, che, avendone ciascuno autonomamente la possibilità, in successione temporale, non hanno eliminato la fonte di pericolo - emorragia - evolutasi a causa delle loro omissioni nella morte di un soggetto sottoposto a splenectomia.

riconoscibilità) - ha l'obbligo di attivarsi per evitare eventi dannosi"³⁰³. Come è stato affermato, soprattutto in tema di circolazione stradale, le altrui violazioni della diligenza non sono oggetto del dovere di rappresentazione gravante sul soggetto, purché la situazione concreta non desse occasione per sospettare del contrario.

“Qui il principio di affidamento consente a ciascun professionista di concentrarsi sui compiti affidatigli, confidando legittimamente che gli altri specialisti si comportino in modo appropriato. Lo stesso principio consente di conferire all'obbligo di diligenza e perizia gravante su ciascun agente una dimensione “umana”, concretamente esigibile, conforme al carattere personale della responsabilità penale; ed al contempo impronta a criteri di razionalità ed efficienza l'organizzazione di attività complesse, che recano una relazione intersoggettiva multispecialistica. La giurisprudenza di legittimità non ha mai enfatizzato l'idea di separazione, di limitazione delle responsabilità sottesa al principio di affidamento. Essa ha piuttosto rimarcato che ciascun professionista, oltre ad agire con competenza e prudenza nell'ambito specificamente demandatogli, non può esimersi dal curare gli aspetti dell'atto medico che riguardano il comune coinvolgimento verso l'unico fine di cura del paziente. In conseguenza, ciascun medico non può isolarsi del tutto nel suo compito, ma deve altresì considerare e valutare l'attività dei colleghi. Tale ripetuta enunciazione, che sembra svilire il contenuto del principio di affidamento, viene subito però stemperata con l'affermazione, pure ricorrente, che tale obbligo di controllo di attività poste in essere da specialisti di altre discipline si configura solo in presenza di errori evidenti e non settoriali, come tali rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista ordinario”³⁰⁴.

Il principio di affidamento è coerente applicazione del principio di personalità della responsabilità penale, in forza del quale ciascuno risponde delle conseguenze della propria condotta e nell'ambito delle proprie conoscenze, mentre non risponde della violazione delle regole cautelari da parte di terzi. Ma, tale principio, come visto, non è di automatica applicazione quando esistano altri partecipi della medesima attività o che agiscano nel medesimo contesto. In questi casi si pone il problema dell'influenza della condotta colposa del terzo su quella dell'agente, che va risolto secondo la regola per cui l'agente ha l'obbligo di attivarsi se ha la percezione o dovrebbe averla dell'altrui condotta scorretta.³⁰⁵ Tale indirizzo giurisprudenziale riconosce il principio di affidamento ma lo limita, escludendone l'applicazione nei casi in cui siano presenti “errori evidenti e non specialistici, tali cioè da poter essere governati dalla competenza del professionista dotato delle comuni

³⁰³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 10795/2007 (Pozzi).

³⁰⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 46741/2009 (Minunno); sent. 24.01.2005, n. 18548 (Miranda); sent. 12.07.2006, n. 33617 (Iaquinta); sent. 11.10.2007, n. 41317/2007 (Raso).

³⁰⁵ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 24360/2008.

competenze”³⁰⁶. È evidente, quindi, il concreto ruolo del principio di affidamento nella conformazione del dovere di riconoscere l'altrui errore nell'ambito della definizione dell'agente modello.

Il tema della responsabilità in *équipe* ha complesse articolazioni, in quanto coinvolge le relazioni gerarchiche tra i professionisti ed i livelli di complessità e specializzazione delle diverse categorie di atti terapeutici. Il principio di affidamento si ritiene, infatti, che operi già sul piano dell'imputazione oggettiva, quando contribuisce a definire tra i professionisti stessi sfere di competenza e di responsabilità. Ciascuno dei soggetti che si dividono il lavoro risponde dell'evento illecito, non solo per non aver osservato le regole di diligenza, prudenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma altresì per non essersi fatto carico dei rischi connessi agli errori riconoscibili commessi nelle fasi antecedenti o contestuali al suo specifico intervento. *“E, quando nel caso concreto si appalesino circostanze tali da rendere evidente la negligenza altrui, quali ad esempio (...) un'attività colposa già in atto, oppure un errore commesso nella fase preparatoria, ciascuno dei soggetti che si dividono il lavoro deve farsi carico di questi rischi peculiari”*³⁰⁷.

Riccollegandoci a quanto affermato nel paragrafo precedente, in presenza di cooperazione multidisciplinare sia contestuale che successiva, *“ogni sanitario è tenuto, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, all'osservanza degli obblighi 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 rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio. Né può invocare il principio di affidamento l'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, poiché allorquando il garante precedente abbia posto in essere una condotta colposa che abbia avuto efficacia causale nella determinazione dell'evento, unitamente alla condotta colposa del garante successivo, persiste la responsabilità anche del primo in base al principio di equivalenza delle cause, a meno che possa affermarsi l'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che deve avere carattere di eccezionalità ed imprevedibilità, ciò che si verifica solo allorquando la condotta sopravvenuta abbia fatto venire meno la situazione di pericolo originariamente provocata o l'abbia in tal modo modificata da escludere la riconducibilità al precedente garante della scelta operata”*³⁰⁸.

In applicazione di tale orientamento giurisprudenziale la Corte di Cassazione ha di recente ribadito che la posizione di medico c.d. “di aiuto” non esenta il professionista *“dall'obbligo di osservare scrupolosamente le leges artis ne' d'impedire che attraverso la condotta omissiva del capo*

³⁰⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 46741/2009 (Minunno).

³⁰⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 41317/2007 (Raso).

³⁰⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 46824/2011 (Castellano).

*équipe potesse prodursi l'evento lesivo poi verificatosi, sottolineando come la figura dell'aiuto, nel corso dell'intervento chirurgico, non sia affatto quella di un mero esecutore di ordini, condividendo lo stesso le scelte terapeutiche del capo équipe ed assumendone integralmente le responsabilità laddove non se ne discosti attraverso la manifesta espressione del proprio dissenso o il compimento di tutto quanto in suo potere per impedire l'evento*³⁰⁹.

Gli obblighi ulteriori che vengono ad esistere in caso di attività di *équipe* sono, come visto, l'obbligo di controllo degli altri medici (in caso di errori riconoscibili), cui si aggiungono l'obbligo di controllo dei collaboratori³¹⁰ e il dovere aggiuntivo di informazione a tutti coloro che sono coinvolti nell'attività³¹¹.

La giurisprudenza si è spesso pronunciata in merito a due specifici ed ulteriori obblighi sussistenti in capo ai sanitari, coinvolti in attività d'*équipe*. Il primo è l'apparentemente banale obbligo di controllo volto ad evitare il rischio di lasciare nel corpo del paziente, durante un'operazione chirurgica, corpi estranei. I soggetti intervenuti all'atto operatorio devono partecipare ai controlli volti a fronteggiare il ricorrente e grave rischio di lasciare nel corpo del paziente oggetti estranei; ne consegue che non è consentita la delega delle proprie incombenze agli altri componenti, poiché ciò vulnererebbe il carattere plurale, integrato, del controllo, che ne accresce l'affidabilità³¹². In tali ipotesi il principio di affidamento non opera ed il medico in colpa per aver omesso condotte precauzionali non può confidare che altri, succedendo nella posizione di garanzia, pongano rimedio³¹³. Il controllo della rimozione dei ferri spetta all'intera *équipe* operatoria, cioè ai medici, che hanno la responsabilità del buon esito dell'operazione anche con riferimento a tutti gli adempimenti connessi, e non può essere delegato al personale paramedico, avendo gli infermieri funzioni di assistenza ma non di verifica³¹⁴.

³⁰⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 4058/2014.

³¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 7601/1990 (Rappazzo). Quando il lavoro si svolge in *équipe*, ciascun componente è tenuto ad eseguire col massimo scrupolo le funzioni proprie della specializzazione di appartenenza. Il medico anestesista è tenuto ad adempiere una serie di mansioni che rientrano nel suo preciso ambito di competenza, tra le quali la trasfusione di sangue al paziente. Pertanto, quando l'anestesista si avvalga di un collaboratore in funzione di ausiliario, sicché sia costui che materialmente effettua la sostituzione di un precedente flacone esauritosi con altro pieno di sangue nuovo da trasfondere, sussiste per l'anestesista l'obbligo di assicurarsi, prima che l'operazione trasfusoria riprenda con l'immissione di ulteriore liquido ematico, che il tipo di sangue sia esattamente quello che è destinato al paziente.

³¹¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 3456/1992 (Gallo). Il chirurgo capo-*équipe*, fatta salva l'autonomia professionale dei singoli operatori, ha il dovere di portare a conoscenza di questi ultimi tutto ciò che è venuto a sapere sulle patologie del paziente e che, se comunicato, potrebbe incidere sull'orientamento degli altri. Fattispecie in tema di omicidio colposo di cui è stato ritenuto responsabile, insieme con l'anestesista, il chirurgo per non essersi egli premurato di informare l'anestesista stesso delle condizioni cardiologiche del paziente.

³¹² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 15282/2008 (Vavassori).

³¹³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 18568/2005 (Cloro). Nella fattispecie la Cassazione ha ritenuto colpevole l'intera *équipe* operatoria delle lesioni provocate al paziente nel cui addome era stata lasciata una pinza.

³¹⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 39062/1992 (Picciurro).

Il secondo dovere in capo all'*équipe* risiede nell'obbligo di sorveglianza durante il decorso post-operatorio. La posizione di garanzia dell'*équipe* chirurgica nei confronti del paziente non si esaurisce con l'intervento, ma riguarda anche la fase post-operatoria, gravando sui sanitari un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato; ne consegue che dalla violazione di tale obbligo, fondato anche sul contratto d'opera professionale, può discendere la responsabilità penale dei medici qualora l'evento dannoso sia causalmente connesso ad un comportamento omissivo ex art. 40, c.2, c.p.³¹⁵. L'obbligo di protezione che discende dalla posizione di garanzia del medico perdura, infatti, per l'intero tempo del turno di lavoro. In applicazioni di detti principi, la Suprema Corte ha ritenuto colpevole la condotta del medico capo-*équipe* il quale, contravvenendo agli obblighi conseguenti alla posizione di garanzia assunta verso il paziente, dopo l'effettuazione di un delicato intervento chirurgico, aveva trasferito la sua posizione di garanzia all'unico medico di guardia del reparto ove il paziente veniva ricoverato, non aveva fornito le necessarie indicazioni terapeutiche e di controllo dei parametri vitali e non si era preoccupato di seguire direttamente – anche per interposta persona – il decorso post-operatorio³¹⁶. Nella fattispecie è stata ravvisata la colpa *in eligendo* del medico, il quale sapeva che il reparto, cui il paziente era stato affidato, era affidato solo a personale paramedico e a un solo medico di guardia, per contratto disponibile solo dietro chiamata o a richiesta³¹⁷.

Una pronuncia ha riguardato il caso di abbandono anticipato dell'operazione da parte di un medico dell'*équipe*. Il Supremo Collegio, ha ribadito il principio in base al quale sul sanitario grava un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato anche nella fase post-operatoria, durante la quale il medico non può disinteressarsi del paziente, anche nell'ipotesi di scioglimento dell'*équipe*, che non fa venire meno l'obbligo di garanzia. Nello specifico, ha escluso l'elemento della colpa per negligenza in capo al medico che ha abbandonato anticipatamente l'*équipe*, non potendosi

³¹⁵ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 12275/2005 (Zuccarello). Fattispecie in cui è stata riconosciuta la responsabilità per il reato di cui all'art. 589 c.p. dei componenti l'*équipe* chirurgica, colpevoli di aver fatto rientrare il paziente nel reparto dopo l'intervento, anziché sottoporlo a terapia intensiva, sottovalutando elementi significativi, quali l'incremento progressivo della pressione arteriosa e della frequenza cardiaca, che rendevano prevedibile un'insufficienza respiratoria. Vedasi anche sent. n. 17222/2012 (Arena).

³¹⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 9739/2005 (Dilonardo) rilevante anche in tema di obbligo informativo. Nella fattispecie, la vittima decedeva nella fase successiva all'intervento chirurgico ed il medico è stato ritenuto, insieme agli altri operatori sanitari imputati, responsabile del decesso in quanto, nella sua qualità, avrebbe dovuto assicurarsi che la vittima fosse adeguatamente assistita dopo l'operazione da personale idoneo e presente in numero adeguato, cui egli avrebbe dovuto anche fornire tutte le indicazioni terapeutiche necessarie: a maggior ragione per il fatto che il chirurgo stesso aveva imprudentemente deciso di praticare un intervento altamente specialistico nell'ultimo turno pomeridiano così preconstituendo le condizioni di quella prevedibile carenza di assistenza notturna successiva che avrebbe determinato la morte del paziente.

³¹⁷ In relazione alla figura del medico di guardia, la Cassazione ha specificato che, il medico cui viene affidato un reparto deve previamente informarsi quantomeno delle situazioni di emergenza esistenti al momento della sua assunzione di responsabilità e garanzia, senza che possa in alcun modo rilevare la clausola contrattuale (di natura privatistica o amministrativa) in forza della quale il sanitario era obbligato a intervenire solo su chiamata, non potendo rilevare come scusante il fatto di non essere stato chiamato dal personale infermieristico.

addebitare un rimprovero nei confronti di chi, non più legittimamente presente in loco, non poteva apprezzare e dunque intervenire per l'errore commesso da altri successivamente alla sua uscita dalla sala operatoria. La Corte, peraltro, si è soffermata sui presupposti di legittimità dello scioglimento anticipato dell'*équipe* ed ha statuito che, l'abbandono non è colposo se si verifica quando l'intervento deve essere ancora completato da adempimenti di particolare semplicità, sempre che non si tratti di intervento operatorio ad alto rischio e l'allontanamento sia giustificato da pressanti ed urgenti necessità professionali³¹⁸.

Rimane alla giurisprudenza di interpretare l'incidenza della riforma Balduzzi sulla colpa nell'ambito dell'attività medica svolta in *équipe*. Proprio nell'alveo del principio d'affidamento, infatti, a giudizio di certa dottrina, potrebbe essere possibile enucleare ipotesi di colpa lieve quale, ad esempio, quella dell'operatore sanitario che, facendo affidamento sulla correttezza dell'operato del collega, non si accorga della colpa dello stesso e non faccia nulla per rimediare al suo errore³¹⁹. All'inizio del lavoro si è anticipato come le linee guida, che spesso ripartiscono i compiti tra i componenti di un'*équipe* medica, possano - con particolare riferimento all'accertamento della colpa nelle attività mediche plurisoggettive - agevolare nella ricostruzione giudiziaria per quando riguarda le differenti aree di rischio e di responsabilità.

27. Cooperazione colposa nel reato e concorso di cause colpose indipendenti

A conclusione di quando riportato nei precedenti paragrafi pare opportuno soffermarsi brevemente sulla differenza tra la cooperazione nel delitto colposo ed il concorso di cause colpose indipendenti. L'elemento caratterizzante la cooperazione colposa è la necessaria reciproca consapevolezza dei cooperanti della convergenza dei rispettivi contributi all'incedere di una comune procedura in corso, senza che, peraltro, sia necessaria la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta, in tutti quei casi in cui il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge ovvero da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio o, quantomeno, sia contingenza oggettivamente definita della quale gli stessi soggetti risultino pienamente consapevoli³²⁰. In tali situazioni l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del

³¹⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22579/2005 (Malinconico).

³¹⁹ FOGLIA MANZILLO, *La colpa del medico alla luce delle "linee guida Balduzzi"*, Milano, 2013, p. 129. Occorre ricordare, però, che la giurisprudenza esclude che possano coesistere situazioni di imprudenza o negligenza - quali forme di colpa generica - con ipotesi di lievità della colpa nel settore della responsabilità medica. Di differente opinione è, invece, parte della dottrina.

³²⁰ Così si è espressa recentemente la Cassazione in tema di disastro aviatorio colposo, in cui ha ritenuto corretta la motivazione della sentenza di appello, che aveva riconosciuto la responsabilità anche del secondo pilota, unitamente a quella del primo pilota, in relazione al rovinoso ammaraggio di un velivolo per improvviso spegnimento in volo dei motori propulsori, reputando non rilevante che detto co-pilota non rivestisse una

rischio, giustifica la penale rilevanza di condotte che, sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche. In tutte tali situazioni ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui: si genera così un legame ed un'integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell'azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto³²¹.

La responsabilità colposa del sanitario si presenta spesso nella forma della cooperazione nel delitto colposo, anche perché la giurisprudenza ritiene sufficiente a configurare il legame soggettivo tra le diverse condotte colpose la mera consapevolezza di svolgere la propria attività in una struttura sanitaria nella quale altri prestano la loro opera³²².

In tema di reati colposi l'elemento differenziante tra l'ipotesi di cooperazione e quella di mero concorso di cause indipendenti tra loro, che peraltro non comportano un diverso trattamento sanzionatorio³²³, è dato dal collegamento delle volontà dei diversi soggetti agenti. Nell'ipotesi di

posizione apicale nella gerarchia dell'equipaggio di bordo ed affermando che egli dovesse parimenti rispondere di non essersi prudentemente attivato, una volta constatato l'atteggiamento colpevolmente omissivo da parte del superiore gerarchico, nel seguire le fasi del rifornimento di carburante, nell'operare una diminuzione di quota, nel posizionare correttamente le eliche durante l'amaraggio e nell'avvertire per tempo i passeggeri. Cass. pen., Sez. IV, sent. 14.06.2013, n. 26239.

³²¹ Cass. pen., Sez. Un., sent. 24.04.2014 (Esenhahn e altri), caso Thyssen.

³²² In questo senso sent. 10.12.2009 (Pappadà). *“Ai fini del riconoscimento della cooperazione nel reato colposo non è necessaria la consapevolezza della natura colposa dell'altrui condotta, né la conoscenza dell'identità delle persone che cooperano, ma è sufficiente la coscienza dell'altrui partecipazione nello stesso reato, intesa come consapevolezza da parte dell'agente che dello svolgimento di una determinata attività (nella specie in una struttura sanitaria) anche altri sono investiti”*.

³²³ Le attenuanti e aggravanti previste per il concorso di persone si applicheranno solo in caso di cooperazione colposa ex art. 113 c.p.. Inoltre, altra differenza, meramente processuale, è data dall'ambito di applicazione della querela: in caso di cooperazione la querela – così come la remissione di querela – si estende ai concorrenti. In merito all'applicabilità dell'attenuante ex art. 62, n.6, c.p., per giurisprudenza costante, in tema di concorso di persone nel reato, ove un solo concorrente abbia provveduto all'integrale risarcimento del danno, la relativa circostanza attenuante non si estende ai compartecipi, a meno che essi non manifestino una concreta e tempestiva volontà di riparazione del danno (Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 5941/2009). L'attenuante trova il suo fondamento non tanto nella reintegrazione del patrimonio della vittima quanto nella considerazione che l'avvenuto risarcimento anteriormente al giudizio costituisce una concreta manifestazione del sopravvenuto ravvedimento del reo (*ex plurimis* sent. n. 1161/1980). Deve sussistere, dunque, non solo la riparazione, bensì una volontà di riparazione. Se, nei reati colposi, il criterio di ragionevolezza impone di valutare positivamente anche l'aver stipulato un'assicurazione e l'aver rispettato gli obblighi assicurativi per salvaguardare la copertura dei danni derivanti dall'attività pericolosa, nei reati dolosi, se uno solo dei correi ha provveduto, in modo integrale, al risarcimento stesso, l'altro concorrente, per fruire della menzionata attenuante, deve almeno dimostrare la sua concreta, tempestiva, volontà di riparazione del danno cagionato, non più direttamente verso la parte lesa – che non ha più titolo a ricevere altro – ma indirettamente, provando di avere, prima del giudizio, rimborsato al complice più diligente la propria quota (Cass. pen., Sez. I, sent. n. 4177/2003 e Sez. Un. 2009 cit.). In ogni caso l'estensione dell'attenuante al colpevole non può discendere dal semplice soddisfacimento dell'obbligazione risarcitoria ad opera del coobbligato solidale e dalle norme che presidiano l'estinzione delle obbligazioni da illecito (Cass. pen., sent. n. 3286/2009). Sull'applicabilità dell'attenuante dell'art. 62, n. 6, c.p. anche in caso di risarcimento effettuato da compagnia assicuratrice vedasi Corte Cost. 138/1998, Cass. pen. e Cass. pen., sent. n. 46557/2004. L'attenuante della riparazione del danno non può trovare applicazione nel caso

cooperazione colposa ex art.113 c.p. si verifica un'unità di reato con pluralità di soggetti, a differenza dell'ipotesi di concorso di cause ex art. 41 c.p., nel quale si realizza una pluralità di reati, nonostante l'unità dell'evento. Difatti, nella cooperazione le volontà dei soggetti devono tutte confluire consapevolmente all'interno della condotta da cui derivi l'evento non voluto³²⁴; nei casi, invece, di concorso di cause indipendenti l'evento consegue ad una mera coincidenza di azioni od omissioni, non collegate da alcun vincolo soggettivo.

Tipico caso di cooperazione colposa è quello ipotizzabile nel corso di attività medico-chirurgica d'équipe. Abbiamo già visto quali siano gli obblighi sussistenti in capo all'intera équipe, quelli ulteriori sul capo-équipe³²⁵ (titolare di una posizione di preminenza), nonché l'ambito di applicazione del principio di affidamento in caso di attività multidisciplinare contestuale. Secondo i principi generali, dunque, la responsabilità colposa di un componente dell'équipe non può estendersi agli altri componenti, che abbiano posto in essere una condotta diligente e che, nel caso concreto, non abbiano potuto rimediare all'errore verificatosi in quanto imprevedibile secondo i parametri di diligenza, prudenza e perizia richiesti al resto dell'équipe. Diversamente, in caso di condotta parimenti colposa, tenuta in cooperazione con gli altri sanitari, anche gli altri componenti dell'équipe dovranno risponderne penalmente. Tipico esempio di cooperazione multidisciplinare contestuale che può comportare un addebito di responsabilità in concorso colposo è quella del medico-chirurgo e dell'anestesista³²⁶. La sussistenza della cooperazione colposa si ha, non solo in caso di cooperazione contestuale in équipe, ma anche in caso di cooperazione non contestuale. Si pensi al caso di medici del pronto soccorso³²⁷ che svolgono la loro attività, succedendosi nelle posizioni di garanzia. *“Per aversi concorso di persone nel reato colposo, è sufficiente la consapevolezza della partecipazione di altri soggetti, indipendentemente dalla specifica conoscenza sia delle persone che operano sia delle specifiche condotte da ciascuna poste in essere, essendo la cooperazione ipotizzabile anche in tutte quelle ipotesi nelle quali il soggetto interviene essendo a conoscenza che la trattazione del caso non è a lui soltanto riservata, perché anche altri operanti nella medesima struttura ne sono investiti. Ed è, esattamente, quanto avvenuto nel caso di specie, trattandosi di quattro medici che hanno, in*

in cui il risarcimento, in tutto o in parte, venga operato da terzi (ad esempio i familiari dell'imputato) e non dall'imputato (Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 12621/2010).

³²⁴ Si pensi al rapporto tra contribuente e consulente fiscale in merito ai reati fiscali. Chi affida ad un consulente fiscale l'incarico di effettuare adempimenti di natura tributaria non è esonerato da responsabilità in caso di inadempimento, sia perché il contribuente si avvale dell'opera del consulente, sia perché la legge considera come personale il relativo dovere. Peraltro è configurabile il concorso colposo quando l'inosservanza degli adempimenti fiscali possa ricondursi a provata negligenza del professionista; infatti la responsabilità di quest'ultimo a titolo colposo non fa venire meno quella del contribuente. Vedasi Cass. pen., Sez. III, sent. 09.01.1991.

³²⁵ Ad esempio i maggiori doveri informativi, l'obbligo di non allontanamento dal luogo di cura e gli obblighi di vigilanza sugli altri operatori.

³²⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 9195/2014.

³²⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 7951/2014.

successione, visitato (il paziente poi deceduto) in quanto detenuto in una struttura penitenziaria”³²⁸ con configurabilità dell'art. 113 c.p., essendo l'agente consapevole del fatto che della salute di quel paziente altri medici si occuperanno o si sono occupati³²⁹. Come ribadito precedentemente, qualora ricorra l'ipotesi di cooperazione multidisciplinare, ancorché non svolta contestualmente, “ciascun sanitario è tenuto a conoscere e valutare l'attività svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina”³³⁰. E, in particolare, non può invocare il principio di affidamento l'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, “poiché allorquando il garante precedente abbia posto in essere una condotta colposa che abbia avuto efficacia causale nella determinazione dell'evento, unitamente alla condotta colposa del garante successivo, persiste la responsabilità anche del primo in base al principio di equivalenza delle cause”. In un caso simile, attinente ad una omissione di approfondimenti diagnostici, è stato ritenuto responsabile della morte della paziente, il medico responsabile del servizio sanitario del carcere, non rilevando in suo favore eventuali errori commessi anche da altri sanitari (nelle specie erano imputati anche i due medici di guardia). “Egli, nella veste di responsabile del centro, era tenuto a garantire con la sua struttura la corretta terapia in una situazione nella quale non si evidenziavano speciali difficoltà (...) L'imputato era il responsabile della funzione sanitaria all'interno della Casa circondariale e dunque su di lui gravava senza dubbio un pregnante obbligo di garanzia”³³¹.

28. Alcune pronunce in merito alle posizioni del chirurgo, dell'anestesista e di altri medici o collaboratori

Non sembra azzardato sostenere che l'attività chirurgica rappresenti quella che più di frequente espone il medico-chirurgo e/o l'anestesista al rischio di vedersi convenire in giudizio, per quanto riguarda la responsabilità sia civile che penale. Le posizioni di garanzia dei medici in esame sono particolarmente ampie, in quanto gli obblighi gravanti sui medesimi soggetti sono molteplici. Qui di seguito si riportano recenti casi che illuminano sia sul ruolo e sulle responsabilità del medico-chirurgo nonché dell'anestesista, sia sull'ambito di applicazione del principio di affidamento dagli stessi, sempre, invocato.

³²⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 46341/2014.

³²⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 1428/2011 (Gallina); n. 6215/2009 (Pappadà).

³³⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 35962/2014 (Berselli). Fattispecie di omicidio colposo in cooperazione colposa. All'imputato si contestavano profili di colpa generica ed il fatto di non aver prestato adeguata e tempestiva assistenza clinica e terapeutica al paziente, sottoposto ad intervento chirurgico laparoscopico, per recidiva di ernia inguinale sinistra. Condotte imprudenti riferibili all'imputato, in cooperazione con analoghe condotte poste in essere dal successore (separatamente giudicato), che avevano condotto alla morte, ampiamente evitabile del paziente.

³³¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 1866/2008 (Toccafondi).

Il chirurgo, a fronte di una condotta colposa dell'anestesista, di cui abbia l'immediata percezione, deve tempestivamente attivarsi, non potendo legittimamente invocare, a giustificazione dell'inerzia colpevole, il principio di affidamento. La Suprema Corte ha avuto modo di affermare il suesposto principio in merito ad un intervento chirurgico di *routine* (colecistectomia per via laparoscopica), durante il quale – nello specifico nella fase dell'anestesia – erano sorte complicanze. La paziente, non previamente sottoposta alle verifiche in ordine a eventuali rischi di allergia, aveva ricevuto la somministrazione di farmaci che le avevano provocato uno shock anafilattico, che l'anestesista non era stato in grado di contrastare efficacemente, non essendo stato in grado di intubarla con successo. Il chirurgo presente in sala operatoria, a sua volta, si era determinato a intervenire, effettuando la tracheotomia con notevole ritardo, onde tale intervento era stato praticato solo a seguito di un intervento di un otorino all'uopo chiamato³³². La Cassazione ha ribadito il principio secondo cui ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, se del caso ponendo rimedio a errori altrui evidenti e non settoriali. Il mancato rispetto di tale obbligo cautelare può, quindi, fondare la responsabilità concorsuale³³³.

Per condotte simili sono stati ritenuti corresponsabili della morte di una partoriente, avvenuta nel corso di un intervento di parto cesareo, i due anestesisti che avevano effettuato erroneamente le manovre di intubazione determinanti l'evento letale. La Suprema Corte ha sottolineato come anche il secondo anestesista doveva ritenersi responsabile per non essersi avveduto della prima manovra di intubazione eseguita dall'altro, onde aveva provveduto a effettuare altra manovra di intubazione parimenti erronea³³⁴.

I medesimi concetti sono presenti in un'altra pronuncia relativa a giudizio di responsabilità per omicidio colposo a carico di un chirurgo cui era stato addebitato un ritardo nell'effettuazione di un intervento chirurgico. La Suprema Corte ha escluso l'errore incolpevole dedotto dall'imputato come determinato dagli esiti di un accertamento radiologico, sul rilievo che le risultanze di tale esame erano tali da imporre al chirurgo, in grado di leggerne gli esiti, di dissentire dal diverso parere del radiologo in ordine all'esigenza di eseguire l'intervento³³⁵.

In base al principio di affidamento come declinato dalla giurisprudenza o, meglio, come limitato quando esistano altri partecipi della medesima attività o nel medesimo contesto, la Cassazione ha escluso che potesse invocare il suddetto principio un medico chirurgo che, in occasione dell'effettuazione di un intervento chirurgico, aveva ommesso di controllare la preparazione del

³³² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 10454/2010.

³³³ Per un approfondimento sul principio di affidamento e la cooperazione colposa si rimanda ai paragrafi specifici.

³³⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 33619/2006.

³³⁵ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 5615/2014.

composto medicinale da somministrare al paziente, che l'infermiere ferrista aveva predisposto somministrando per errore una sostanza diversa da quella prevista, determinando lesioni gravissime al paziente³³⁶.

Parimenti è stato ritenuto responsabile il chirurgo cui era stata addebitata, insieme all'anestesista, la morte di una paziente deceduta dopo il tentativo di sottoporla a intervento chirurgico, evidenziandosi che la diagnosi di occlusione intestinale avrebbe dovuto imporre l'apposizione alla paziente, prima dell'operazione, del sondino naso-gastrico quale ineludibile presidio terapeutico idoneo a evitare l'ingestione nelle vie aeree di materiale gastrico al momento dell'anestesia. La Cassazione ha, pertanto, statuito il principio secondo cui al chirurgo incombe la verifica delle condizioni dell'adeguata preparazione anestesiológica del paziente ai fini dell'esecuzione dell'intervento, fermo l'obbligo, in caso contrario, di procrastinarlo³³⁷.

Sull'obbligo di controllo del chirurgo anche durante la fase finale dell'intervento, al fine di non dimenticare corpi estranei nel corpo del paziente, senza possibilità di invocare il principio di affidamento per aver delegato l'operazione, vedasi il paragrafo sul *principio di affidamento e attività medica d'équipe*.

Sull'obbligo di assistenza post-operatoria in capo al chirurgo e all'intera *équipe*, si veda il paragrafo successivo.

Infine, si rinvia al paragrafo sulla *linea di confine tra colpa grave e colpa lieve* in cui viene esaminata nel dettaglio la sentenza *Cantore*, in quanto il caso riguardava la responsabilità di un chirurgo che aveva effettuato un intervento di ernia discale recidivante, nel corso del quale aveva leso la vena e l'arteria iliaca. Nel caso di specie la Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza di condanna al fine di un'eventuale applicazione dell'esimente prevista dall'art. 3 della Legge Balduzzi, previa una nuova rivalutazione di fatto del comportamento, lievemente o gravemente, colposo dell'imputato.

29. Alcune pronunce sulla figura del direttore generale e direttore sanitario, del dirigente medico (ex primario) e rapporti con altri medici

Nel vigore della vecchia disciplina è stato affermato che il primario ospedaliero è titolare di una specifica posizione di garanzia nei confronti dei suoi pazienti alla quale non può sottrarsi adducendo che ai reparti sono assegnati altri medici o che il suo intervento è dovuto solo in casi di particolare difficoltà o di complicazioni, e ciò perché il medico in posizione apicale ha il potere di impartire

³³⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 24360/2008.

³³⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 33615/2012.

istruzioni e direttive in ordine alle cure e di verificarne l'attuazione³³⁸. Ciò risultava chiaramente dall'art. 7, c. 3, del D.P.R. n. 128/1969 (ordinamento interno dei servizi ospedalieri) che gli attribuiva la "responsabilità" dei malati e dall'art. 63, c. 5, del D.P.R. n. 761/1979 (stato giuridico del personale delle U.S.L.) secondo il quale il medico appartenente alla posizione apicale ha il potere di impartire istruzioni e direttive in ordine alla diagnosi ed alla cura e di verificarne l'attuazione. Essendo nel frattempo la legislazione cambiata, la Cassazione ha dovuto verificare se tale posizione di responsabilità, attinente alla "posizione direttiva e di controllo" permanga tutt'ora o sia stata quanto meno attenuata. La nuova normativa discende dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e dal D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229, che hanno riordinato la disciplina in materia sanitaria, in base alle relative leggi-delega sugli enti pubblici. L'art. 15 del D.Lgs. n. 50/1992 non cita più la figura del primario ed articola la dirigenza del ruolo sanitario in due livelli³³⁹. L'art. 13 del D.Lgs. n. 229/1999 ha poi modificato il citato art. 15, individuando un unico ruolo ed un unico livello per la dirigenza sanitaria, prevedendo poi due tipi di struttura, quella semplice e quella complessa, ridefinendo i poteri del dirigente con incarico di direzione di struttura, al quale pur sempre residua la funzione di indirizzo programmatico e gestionale, ben definita, soprattutto nei casi di struttura complessa. Se ne deduce che, a partire dal 1999, si sia voluto maggiormente contemperare la "gerarchia ospedaliera" con l'"autonomia professionale". In merito ai poteri attribuiti al dirigente con incarico di direzione il decreto n. 29/1999 ne esalta le funzioni programmatiche e di indirizzo sanitario (preventivo, diagnostico, terapeutico e riabilitativo), apparendo, però, che il singolo medico operante nella struttura abbia anche un'autonomia nella gestione del caso singolo.

Occorre, alla luce dei nuovi decreti, comprendere fin dove giunga questa autonomia; ossia occorre individuare la permanenza o meno dei poteri conferiti al "primario" dalle leggi previgenti ovvero la previsione di una maggiore autonomia professionale ai medici di primo livello. Infatti, l'eliminazione della figura del primario è solo questione terminologica, mentre è decisivo, al fine dell'individuazione dei poteri programmatici ed operativi, e delle connesse responsabilità anche di ordine penale, la ripartizione dei compiti ovvero la concentrazione di maggiori poteri nell'ambito della disciplina del ruolo sanitario.

³³⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 1126/1999 e sent. n. 20584/2010.

³³⁹ L'art. 15, c.2, precisa in modo inequivocabile le funzioni dei medici ospedalieri nel modo che segue: "Al personale medico e delle altre professionalità sanitarie del primo livello sono attribuite le funzioni di supporto, di collaborazione e corresponsabilità, con riconoscimento di precisi ambiti di autonomia professionale, nella struttura di appartenenza, da attuarsi nel rispetto delle direttive del responsabile. Al personale medico e delle altre professionalità sanitarie del secondo livello sono attribuite funzioni di direzione e di organizzazione della struttura da attuarsi anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa e l'adozione dei provvedimenti relativi, necessari per il corretto espletamento del servizio; spettano in particolare al dirigente medico appartenente al secondo livello gli indirizzi e, in caso di necessità, le decisioni sulle scelte da adottare nei riguardi degli interventi preventivi, clinici, diagnostici e terapeutici; al dirigente delle altre professioni sanitarie spettano gli indirizzi e le decisioni da adottare nei riguardi dei suddetti interventi limitatamente a quelli di specifica competenza".

La giurisprudenza e la dottrina hanno più volte valutato la gerarchia in ambito ospedaliero con particolare riferimento all'omissione colposa del trattamento terapeutico idoneo ad evitare l'evento lesivo o addirittura mortale. Di particolare valore sul tema è una pronuncia della Cassazione del 2005³⁴⁰, nella quale si sono affermati i principi che qui di seguito si riportano. In base all'art. 15 del D.Lgs. 502/1992 al professionista, o dirigente sanitario, in posizione apicale (così sostituendosi la qualifica di "primario", e ovviamente non confondendosi il dirigente sanitario con il "direttore sanitario", che ha poteri diversi e di maggior rilievo) spetta in via generale la cura di tutti i malati affidati alla compagine da lui diretta, oltre che l'organizzazione generale di tale struttura. Ben si può, però, obiettare che anche una divisione ospedaliera, nel caso ospiti molti pazienti e/o abbia un continuo ricambio delle degenze, soprattutto in una visione aziendalistica, necessita anche di un potere di intervento diretto da parte dei medici che collaborano con il sanitario in funzione apicale. Tale esigenza può ritenersi soddisfatta in primo luogo con il potere-dovere di fornire direttive generiche e specifiche, nonché di vigilanza e di verifica dell'attività autonoma o delegata dei medici, per così dire, subordinati, con residuale facoltà di avocazione della propria gestione, in tal modo nuovamente diretta, dei singoli pazienti. Vengono, quindi, esaltati gli indirizzi programmatici ed organizzativi, che consentono ai sanitari collaboratori di risolvere direttamente una pluralità, e certamente la maggior parte, dei casi clinici sottoposti alla loro attenzione. Ma, accanto a questi vi sono situazioni che assumono particolare importanza, o perché trattasi di patologie non frequenti, e che richiedono una particolare conoscenza della professione medica, o perché vi è grave pericolo per la salute del ricoverato. Ne consegue che tre condotte vanno attribuite al dirigente con funzione apicale in una divisione ospedaliera, per evitare un suo possibile coinvolgimento in un'attività omissiva del sanitario collaboratore: a) il potere-dovere di fornire preventivamente le informazioni di carattere programmatico per un efficiente svolgimento dell'attività sanitaria, e quindi l'esercizio di direttive tecnico-organizzative; b) in conseguenza di ciò, il potere di delega per quei casi sicuramente risolvibili in base all'espletamento dei poteri organizzativi di carattere generale; c) un potere-dovere di verifica, vigilanza ed eventuale avocazione³⁴¹. Tale forma, che può apparire un po' rigorosamente gerarchica, è dettata da varie esigenze. La riduzione dal 1992 a due livelli dei medici ospedalieri e, poi, dal 1999 ad un solo livello non ha comunque abolito l'esistenza di un dirigente sanitario con funzione apicale che deve indicare le regole cautelari, in modo che il collaboratore possa

³⁴⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 47145/2005 (Sciortino).

³⁴¹ In tali termini Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 47145/2005 (Sciortino). *"L'interpretazione letterale e logica dell'art. 15 del più volte citato D.Lgs. n. 502 del 1992 è quella di contemperare la peculiarità della tutela della salute, costituzionalmente sancita dall'art. 32, con una gestione, se non di tipo spiccatamente aziendale, sicuramente efficientistica, e i tre poteri-doveri appena citati sono espressi nella norma citata. Concretamente, poi, è evidente che un buon dirigente deve sapere indirizzare i programmi terapeutici di una divisione ospedaliera ed intervenire direttamente nelle situazioni di maggiore difficoltà. A ciò va aggiunto il potere di verifica, che si esplica con il controllo e l'informazione costante del dirigente presso i suoi collaboratori"*.

positivizzare le “istruzioni” ricevute. D'altronde, anche i criteri di ammissione alla semplice funzione di dirigente ordinario ovvero del dirigente con funzione apicale nel reparto, nella divisione o nella struttura, sono differenziati. Tale maggior cautela nell'attribuzione di funzioni dirigenziali deriva ovviamente dall'assunzione di maggiori responsabilità e dalla costituzione di una posizione, non tanto, o almeno non solo, di preminenza professionale, ma di preposto all'organizzazione ed alla programmazione dell'attività del reparto. La contemperanza tra il vincolo alle direttive superiori e l'autonomia professionale operativa³⁴², in presenza di una visione efficientistica e concretamente produttiva (sotto il profilo sanitario) del servizio, non può che trovare soluzione liberatoria per il dirigente in posizione apicale dalla responsabilità omissiva, se non in situazioni concrete, quali ad esempio: l'avere adeguatamente formato il medico collaboratore per casi semplici o quanto meno non complicati, e non avervi adempiuto il sanitario; non esservi stato tempo materiale per l'informazione, dato che il collaboratore ha repentinamente omissso il trattamento sanitario necessario, causando immediatamente l'irreparabilità delle lesioni o del decesso, senza possibilità materiale di intervento del dirigente apicale. Altri casi sono possibili ma, in tema di reati colposi, è impossibile una codificazione precisa. Infine, il dovere di verifica si attua con due diversi comportamenti. Il primo è di carattere generale, dovendo il dirigente di struttura informarsi della situazione generale del reparto; il secondo è di carattere specifico, in quanto, venuto a conoscenza (o, comunque, avendo la possibilità di venirne a conoscenza) di una situazione in cui le *leges artis* necessitano di una particolare competenza per la complicità del caso, sia essa dovuta alla difficoltà terapeutica ovvero al pericolo non trascurabile per la salute del paziente, deve fornire il proprio contributo determinante per la migliore assistenza medica che il caso richiede.

La Cassazione ha statuito che il dirigente medico ospedaliero è titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute dei pazienti affidati alla struttura, perché i decreti legislativi n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999 di modifica dell'ordinamento interno dei servizi ospedalieri hanno attenuato la forza del vincolo gerarchico con i medici che con lui collaborano, ma non hanno eliminato il potere-dovere in capo al dirigente medico in posizione apicale di dettare direttive generiche e specifiche, di vigilare e di verificare l'attività autonoma e delegata dei medici addetti alla struttura, ed infine il potere residuale di avocare a sé la gestione dei singoli pazienti. L'omesso esercizio di siffatte competenze comporta il coinvolgimento del dirigente medico nella responsabilità per il fatto omicidiario, conseguente all'omissione colposa del trattamento terapeutico commesso dai medici collaboratori³⁴³.

³⁴² Vedasi a riguardo Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 556/2000.

³⁴³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 47145/2005 (Sciortino). Nel caso di specie si trattava dell'omessa amputazione di un arto inferiore da parte dei medici, con conseguente decesso del malato.

È onere del primario ospedaliero avere una puntuale conoscenza delle situazioni cliniche che riguardano tutti i degenti, a prescindere dalle modalità della acquisizione di tale conoscenza (con visita diretta o interpellato degli altri medici ed operatori sanitari)³⁴⁴. La “vigilanza sull'attività del personale sanitario”, inoltre, implica quantomeno che il primario si procuri informazioni precise sulle iniziative intraprese dagli altri medici (o che questi intendono intraprendere) anche la contingente mancanza di un'apparecchiatura necessaria, per quanto non imputabile al primario, non lo esime dal dovere di adottare, o controllare che siano adottati, i possibili accorgimenti sostitutivi, e di informare la paziente del maggior rischio connesso ad un parto che si svolga senza l'ausilio di detto strumento, e ciò anche in assenza, nella legislazione nazionale, di uno standard di riferimento degli strumenti di cui una struttura sanitaria pubblica deve necessariamente disporre³⁴⁵. La Cassazione ha ribadito che il primario ospedaliero ha un obbligo di vigilanza, diretta ed indiretta, esteso a tutte le fasi in cui si articola la prestazione sanitaria; che sussiste la negligenza del primario del reparto che omette di impostare un programma di monitoraggio, al fine di poter intervenire tempestivamente, di impartire direttive precise di controllo al suo assistente in caso di sua assenza dal reparto e di vigilare sull'esatta esecuzione delle medesime.

Nella vigenza delle precedenti norme, la Cassazione aveva escluso l'esistenza di una subordinazione gerarchica che non consente scelte diverse, per quanto riguarda l'aiuto e l'assistente nei confronti del primario (posizione semmai del personale paramedico che è obbligato a somministrare i trattamenti terapeutici disposti dal personale medico). I medici sono dotati, pertanto, di un'autonomia limitata dalla possibilità, prevista per il medico in posizione apicale, di imporre le proprie scelte quando esse contrastino con quelle del medico cui è assegnato il caso. Qualora ciò avvenga con l'avocazione del caso *nulla quaestio* sulla responsabilità che questi assume; invece, qualora il primario non avochi a sé e l'assistente (o, *a fortiori*, l'aiuto) non condivida le scelte terapeutiche, questi dovrà segnalare il proprio dissenso, giacché diversamente può essere ritenuto responsabile dell'esito negativo dello stesso per non aver compiuto quanto in suo potere per impedire l'evento³⁴⁶.

Il medico che insieme al direttore del reparto compie attività sanitaria non va esente da responsabilità ove ometta di differenziare la propria posizione, rendendo palesi i motivi che lo

³⁴⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 13979/2005. “Se, infatti, a norma della disposizione sopra richiamata, il primario ha la “responsabilità del malato” e se lo stesso ha l'obbligo di definire “i criteri diagnostici o terapeutici che devono essere seguiti dagli aiuti e dagli assistenti” è palese la macroscopica violazione di tali, elementari, doveri da parte del primario allorché lo stesso invoca, per escludere qualsiasi sua responsabilità, di non avere avuto alcun rapporto con un paziente ricoverato da oltre tre settimane nel proprio reparto (il tutto a prescindere dai precedenti rapporti, extra ospedalieri)”.

³⁴⁵ Cass. civ., Sez. III, sent. n. 6318/2000. Si rinvia al paragrafo sulla responsabilità civile del medico per quanto attiene alla omessa informazione, da parte del primario, sullo stato delle dotazioni ospedaliere.

³⁴⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 30023/2001.

inducano a dissentire dalla decisione presa dal direttore da cui discenda poi un pregiudizio per il paziente. Infatti, non sussiste alcun dovere di subordinazione gerarchica che possa legittimamente consentire al medico di venire meno al proprio dovere primario di assicurare le migliori cure al paziente. Nella specie la Cassazione ha confermato la responsabilità del medico che, in esito a visita collegiale ospedaliera, aveva partecipato alla decisione comune di dimettere il paziente senza procedere ai necessari approfondimenti diagnostici pur in presenza di complicanze. Nessun rilievo giustificativo poteva avere il fatto che la decisione incriminata era stata presa dal direttore del reparto, giacché l'imputato avrebbe dovuto esprimere il proprio dissenso³⁴⁷.

Ai fini dell'apprezzamento della responsabilità dei componenti di una *équipe* medica, quando si tratti di un intervento chirurgico effettuato dal primario non può affermarsi la conseguente responsabilità anche dell'aiuto e dell'assistente assumendo che questi, per andare esenti da responsabilità, avrebbero dovuto dissociarsi dalla conduzione dell'operazione. La dissociazione può e deve intervenire, ai fini dell'esonero da responsabilità, solo allorquando si tratti delle ordinarie scelte terapeutiche adottate dal primario per la cura del paziente, ma non è prospettabile in occasione dell'intervento chirurgico direttamente eseguito dal primario (e a questi materialmente attribuibile). Ai fini dell'eventuale corresponsabilità di questi ultimi, occorre semmai positivamente apprezzare le concrete mansioni svolte durante l'intervento, verificando se queste siano state eseguite con la dovuta diligenza e perizia³⁴⁸.

In merito alla responsabilità del primario per omesso controllo e violazione degli obblighi di sorveglianza la Cassazione ha confermato l'affermazione di responsabilità del primario e dei medici del reparto di psichiatria di un ospedale pubblico per omicidio colposo in danno di un paziente che, ricoveratosi volontariamente con divieto di uscita senza autorizzazione, si era allontanato dal reparto dichiarando all'infermiera di volersi recare a prendere un caffè al distributore automatico situato al piano superiore, ed ivi giunto si era suicidato gettandosi da una finestra³⁴⁹.

Oltre alla responsabilità della figura apicale di un reparto (ex primario) per l'organizzazione dei turni lavorativi, disposizioni interne per il personale, carenze organizzative e di personale, sussiste anche la responsabilità per insufficienza, inefficienza e difetti delle strutture o attrezzature sanitarie (attrezzature obsolete, strumentazione e/o attrezzature sanitarie non idonee, indisponibilità di strumenti di uso complesso, deficit della manutenzione dei medesimi, ecc.) da individuare nelle

³⁴⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 26966/2013. Questa decisione rispetta il principio di affidamento come delineato dalla giurisprudenza, la quale afferma che l'agente ha l'obbligo di attivarsi, nel caso abbia la percezione (o dovrebbe averla) della violazione delle regole da parte di altri colleghi, partecipi della medesima attività (ad esempio, attività di *équipe* o visita collegiale) o se, comunque, si trova in una situazione in cui è prevedibile l'altrui inosservanza. In ossequio alla posizione di garanzia del singolo medico, laddove questi apprezzi un errore da parti di altri, sia pure gerarchicamente superiore, deve attivarsi.

³⁴⁸ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 5684/2014.

³⁴⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 48292/2008 (Desana).

figure professionali dei manager, con particolare riferimento a quelle del direttore sanitario e del direttore generale.

Una recente sentenza³⁵⁰ ha analizzato proprio quest'ultime due posizioni. Nel caso di specie una giovane ragazza veniva sottoposta ad un'operazione di appendicectomia, durante la quale si verificava un'interruzione di energia elettrica durata circa 10 minuti. Si spegnevano così alcuni apparecchi tra cui il respiratore automatico che assisteva la paziente, successivamente deceduta per danno anossico cerebrale. Il respiratore era stato erroneamente collegato ad una presa a spina alimentata dalla rete ordinaria anziché ad una presa alimentata dalla rete elettrica di sicurezza. I numerosi imputati (oltre l'anestesista) sono stati individuati, in base alle rispettive posizioni di garanzia, nei responsabili per i lavori di impiantistica elettrica che avevano realizzato l'impianto in difformità e in violazione delle regole CEI, nei responsabili dei controlli e verifiche sulla corretta esecuzione dei lavori, nonché nei direttori e dirigenti dell'unità operativa responsabili della corretta funzionalità e conformità alle norme di sicurezza delle risorse tecnico-strumentali del nosocomio. Ciascuno deve essere chiamato a rispondere solo per le prestazioni che appaiano esigibili, *“sia per la sua sfera di competenza specialistica, sia per il livello di maturazione del suo percorso professionale, sia ancora per il ruolo esercitato all'interno di un'organizzazione. La definizione di tali sfere di competenza e responsabilità all'interno di organizzazioni complesse può configurare, in alcuni casi, l'esclusione della responsabilità penale già sul piano della tipicità oggettiva, ancor prima che su quello della colpevolezza, particolarmente quando esista una figura dotata di autonoma, esclusiva competenza nella gestione di un rischio. Nella maggior parte dei casi, però, le questioni di cui si parla rilevano ai fini della configurazione della colpa. Dunque l'analisi delle competenze specialistiche specifiche e della concreta organizzazione gerarchica costituisce l'itinerario corretto per impostare il problema cruciale della responsabilità colpevole, particolarmente quando l'illecito si colloca all'interno di organizzazioni complesse (...) Con ciò però non si vuole certo minare il principio di corresponsabilità laddove, come nel caso di specie, quegli obblighi di verifica e di interdizione dell'uso della sala operatoria, gravavano su più soggetti, in relazione ai ruoli da essi ricoperti nell'ambito della A.S.L.”*³⁵¹.

La sentenza ha affrontato l'individuazione delle posizioni di garanzia del direttore generale e del direttore sanitario, essendo presente il problema di una sovrapposizione di competenze e poteri. Il D.Lgs. n. 502/1982, come modificato dal D.Lgs. n. 229/1999, individuano il direttore sanitario e il

³⁵⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 7597/2014.

³⁵¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 7597/2014. I poteri del direttore sanitario ospedaliero sono, rispetto a quelli del Dirigente sanitario (ex primario) diversi e di maggior rilievo, e tra questi vi è il potere-dovere di impedire, attraverso la corretta organizzazione e gestione della struttura sanitaria eventi lesivi nei confronti dei pazienti, ed, indubbiamente, nell'ambito della struttura non si può escludere la sala operatoria.

direttore amministrativo dell'A.S.L. come ausiliari del direttore generale³⁵². È, dunque, esatto affermare che il direttore sanitario dell'azienda ospedaliera, tra le cui competenze è compresa l'allocazione delle risorse umane e di quelle tecnico-strumentali, dirige i servizi sanitari ai fini organizzativi ed igienico-sanitari: a lui spettano quindi poteri e doveri di vigilanza ed organizzazione tecnico-sanitaria, ivi compresi quelli relativi alla tutela dei lavoratori che svolgono la propria attività nei luoghi della struttura aziendale, anche con riguardo alle condizioni di salute del lavoratore che venga destinato ad uno specifico incarico per rapporto alle mansioni in concreto esercitate. È, però, altrettanto esatto affermare che, proprio in quanto coadiutore del direttore generale nel momento in cui questi, in virtù dei suoi poteri sovraordinati, esercita direttamente compiti di gestione quale l'adeguamento di una struttura sanitaria, adottando i relativi atti amministrativi ed individuando gli esecutori degli stessi, il direttore sanitario ne rimane fuori, a meno che lo stesso o sia stato delegato specificamente dal primo, o, per quanto già argomentato in precedenza, si sia di fatto ingerito nella gestione della ristrutturazione della sala operatoria³⁵³.

In ordine ai poteri e alle responsabilità del direttore generale dell'A.S.L. la giurisprudenza ha affermato che, ai sensi della normativa contenuta nel D.Lgs. n. 502/1992 (come modificato dal D.Lgs. n. 517/1993) ed in particolare con riferimento alle attribuzioni conferitegli dall'art. 3 del medesimo decreto, il direttore generale è investito di tutti i poteri di gestione e di controllo ed è, pertanto, costituito garante della complessiva correttezza dell'azione amministrativa riferibile all'ente che dirige, sicché, ove abbia notizia che nello svolgimento di questa siano compiute attività illecite, incombe su di lui il dovere di inibirle ed impedire la commissione di reati, dei quali, nell'ipotesi di omesso esercizio dei poteri di accertamento e sanzione spettantigli, è chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 40 c.p., c. 2³⁵⁴. A maggior ragione deve intervenire se proprio egli ha concorso a determinare una situazione di illegalità. La norma (che non ha subito sostanziali modifiche dal D.Lgs. n. 229/1999) sottolinea che il direttore generale è indiscutibilmente il vertice dell'Azienda U.S.L., vertice rispetto al quale il direttore amministrativo, il direttore sanitario, il consiglio dei sanitari sono coadiutori; circostanza, questa, che non può non importare, sul piano logico/giuridico, che i poteri che spettano ai coadiutori spettino anche al vertice o che, quanto meno, il vertice abbia il potere di

³⁵² Art. 3, c. 1 *quinquies* del D.Lgs. n. 229/1999: *"Il direttore amministrativo e il direttore sanitario sono nominati dal direttore generale. Essi partecipano, unitamente al direttore generale, che ne ha la responsabilità alla direzione dell'azienda, assumono diretta responsabilità delle funzioni attribuite alla loro competenza e concorrono, con la formulazione di proposte e di pareri, alla formazione delle decisioni della direzione generale"*.

³⁵³ Nel caso di specie non è stato provato il coinvolgimento del direttore sanitario, in quanto il direttore generale aveva assunto direttamente la gestione dell'adeguamento delle strutture sanitarie della A.S.L., aveva infatti deliberato ed assegnato i lavori all'impresa anch'essa ritenuta responsabile. Inoltre, non sono stati acquisiti atti da cui emergesse una delega al direttore sanitario.

³⁵⁴ Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 16/1996.

pretendere che i coadiutori intervengano ogni qualvolta venga ad essi richiesto³⁵⁵. La norma, dopo l'iniziale affermazione che tutti i poteri di gestione, nonché la rappresentanza dell'unità sanitaria locale sono riservati al direttore generale, specifica anche che il direttore generale è tenuto a motivare i provvedimenti assunti in difformità dal parere reso dal direttore sanitario, dal direttore amministrativo e dal consiglio dei sanitari, il che altro non può voler dire se non appunto che il direttore generale può prendere provvedimenti anche nelle materie affidate, riservate alla diretta responsabilità di questi coadiutori. Senza dubbio può affermarsi che al direttore generale spettino tutti i poteri per il funzionamento della unità sanitaria locale³⁵⁶.

In un caso tragico, ma di facile comprensione e ricordo, sono stati ritenuti responsabili delle morte per ustioni di un neonato, che essendo nato prematuro, era stato collocato nell'incubatrice non correttamente funzionante, il direttore generale, il direttore sanitario dell'azienda ospedaliera, nonché il primario dirigente dell'unità operativa del reparto pediatria nido dell'ospedale. Nello specifico, il bimbo era deceduto per ipertermia causata dal cattivo funzionamento dell'incubatrice³⁵⁷. Al direttore generale si era imputata una mancanza di oculatezza nella decisione modifica del sistema di manutenzione da applicare alla incubatrice, in quanto allo stesso spettava il controllo volto a verificare che anche il nuovo sistema manutentivo fosse rispondente a criteri di sicurezza. È stata affermata altresì la corresponsabilità del direttore sanitario, che ha condiviso la scelta del direttore generale, di disporre il passaggio della incubatrice, oltre che di altri apparecchi elettromedicali, dalla manutenzione periodica a quella a chiamata. La delibera era stata assunta con il parere favorevole del medesimo. La responsabilità, infine, del dirigente sanitario è stata sostanzialmente ravvisata nell'aver tollerato, nella sua qualità di primario dirigente dell'unità

³⁵⁵ E che i poteri attribuiti ai coadiutori spettino anche al direttore generale, al vertice dell'Azienda U.S.L., si desume dal successivo comma 6 dello stesso art. 3. In tali termini Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 7597/2014.

³⁵⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 7597/2014 conferma la condanna del direttore generale, il quale non aveva nominato il direttore dei lavori, nomina obbligatoria per legge, creando in tal modo le premesse perché non si controllasse da parte di un tecnico a tanto deputato la realizzazione dell'impianto elettrico della sala operatoria a norma di legge e secondo le regole dell'arte, di poi aveva autorizzato l'utilizzo della stessa sala non chiedendo né un collaudo né una certificazione di collaudo.

³⁵⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 15553/2008. Il direttore generale e rappresentante dell'ente si difendeva, asserendo che a lui spettavano solo poteri di indirizzo politico amministrativo e non già compiti di gestione che erano assegnati direttamente ed in via esclusiva ai dirigenti, limitatamente ai settori loro affidati. Egli, quindi, non aveva alcun potere di esercitare un controllo sull'attività del dirigente. Nel caso concreto il "servizio attività tecnica manutentiva" era affidato ad un soggetto esterno; ogni reparto medico, poi, era affidato ad un primario il quale, nell'ambito delle sue specifiche competenze funzionali e professionali, aveva, tra l'altro, l'obbligo di verificare l'idoneità delle attrezzature e dei macchinari utilizzati ad assolvere adeguatamente alla funzioni di cura dei ricoverati e di riferire alla direzione sanitaria ogni situazione di carenza e di conseguente pericolo dipendente dalla loro scarsa funzionalità, dalla loro vetustà o dalla loro usura. A livello di governo, il compito di seguire l'attività dei dirigenti e di riferire al direttore generale eventuali situazioni dubbie, spettava per legge al direttore sanitario ed a quello amministrativo. La scelta fatta dall'ufficio tecnico manutentivo di adottare il sistema di manutenzione a chiamata, anziché periodico, non era stata oggetto di alcuna obiezione da parte del primario del reparto né, quanto alla vigilanza, dal direttore sanitario né dal direttore generale.

operativa del reparto pediatria nido dell'ospedale, l'utilizzo della incubatrice non oggetto di programmata manutenzione. L'imputato avendo tra i suoi compiti quello di assicurare l'efficiente e regolare gestione delle risorse di cui il reparto da lui diretto disponeva, doveva vigilare perché fosse costantemente controllato il perfetto funzionamento delle incubatrici, in modo che le stesse potessero sempre svolgere al meglio la loro funzione nel rispetto della loro piena efficienza ed in maniera sicura per coloro che sarebbero stati messi all'interno³⁵⁸.

30. La responsabilità penale degli organi di vertice delle strutture sanitarie

La responsabilità della struttura per danno ai pazienti conseguente a prestazioni sanitarie, pacificamente ammessa in ambito civilistico, pone problemi complessi se considerata in ambito penalistico. Il compito preliminare dell'interprete, ma anche il più complicato, consiste nell'individuazione dei singoli amministratori a cui imputare i comportamenti colposi o dolosi, nei confronti dei quali, quindi, poter muovere un rimprovero.

In passato, il compito era reso più complesso dalla suddivisione delle responsabilità degli amministratori della U.S.L. (che andavano dal presidente agli innumerevoli funzionari ai quali erano delegate funzioni amministrative o esecutive), nonché dal delicato rapporto intercorrente tra la Pubblica Amministrazione ed i pubblici funzionari che concretamente agiscono per essa, posto che la Pubblica Amministrazione non opera se non attraverso i suoi organi. Questi ultimi sono costituiti dalle c.d. figure di vertice delle strutture sanitarie: il direttore generale, il direttore sanitario, il direttore amministrativo, ecc.. Si tratta però di stabilire su chi incomba l'obbligo di osservare il precetto penale, obbligo che non può far capo all'ente, ma solo ad una persona fisica, in applicazione del principio secondo cui la responsabilità penale è personale e, quindi, individuabile in una persona fisica: in tal caso si dovrà accertare, secondo la normativa che disciplina l'organizzazione dell'ente, quale persona fisica abbia il potere giuridico di provvedere agli adempimenti prescritti dalla legge penale.

La responsabilità dell'organo di vertice o, meglio, della persona fisica che ricopre la carica *pro tempore*, non può mai essere esclusa laddove si tratti di adempimenti imposti ad esso in via esclusiva e quindi non delegabili. La delega di funzioni è ammessa solo sulla base di precise ed ineludibili norme interne o disposizioni statutarie, deve avere contenuto specifico e puntuale, deve rivestire forma scritta ed essere adeguatamente pubblicizzata. Tale delega può esonerare il delegante a

³⁵⁸ Il dirigente, in occasione del cambiamento manutentivo deciso per le incubatrici, avrebbe dovuto fare presente la particolare delicatezza della funzione svolta dall'apparecchio e chiedere fosse mantenuta la manutenzione programmata, nel rispetto delle regole fissate dalla casa costruttrice. Nulla, invece, era stato fatto dal medico il quale, accettando senza obiezione alcuna il cambio delle modalità di manutenzione, ha sostanzialmente tollerato l'impiego dell'incubatrice benché non fosse oggetto di programmata manutenzione.

condizione che: il delegante stesso non continui ad ingerirsi dell'esercizio delle funzioni trasferite; il delegato sia persona tecnicamente e professionalmente idonea; il delegato sia dotato dei necessari poteri di autonomia economica e decisionale; il delegante continui ad esercitare la necessaria funzione di vigilanza e controllo (obbligo variabile a secondo delle dimensioni e dell'organizzazione dell'ente). I principi generali in tema di responsabilità penale valgono sia che si tratti di strutture pubbliche che private. Di regola, pertanto, si deve ritenere destinatario del precetto penale il direttore generale, fatta salva l'ammissibilità della delega secondo ripartizioni istituzionali dei compiti ai responsabili dei singoli servizi. Nel caso di ospedali non costituiti in azienda ospedaliera, essi conservano la natura di presidi della A.S.L e pertanto si farà capo al dirigente medico del presidio.

I limiti della responsabilità sanitaria degli organi dirigenziali delle strutture sanitarie sono maggiormente apprezzati sul piano del difetto di colpevolezza. Un caso ricorrente può essere quello della mancanza assoluta di risorse in bilancio: si ritiene configurabile, in queste circostanze, l'esimente della forza maggiore, che esclude la responsabilità.

In caso di delega di funzioni, come detto, in capo al dirigente residua un compito di controllo: adempiuto diligentemente questo, l'eventuale violazione del precetto penale non gli sarà imputabile per difetto di colpa. L'imputazione della colpa all'organo apicale di una A.S.L, della disfunzione temporaneamente venutasi a creare nella struttura, è ravvisabile solo se egli abbia avuto conoscenza dell'irregolarità venutasi a creare nell'organizzazione e nell'andamento di un servizio rientrante nelle attribuzioni di altri uffici (sottostanti a quello apicale con proprie sfere di competenza attiva, propulsiva ed informativa) e si sia dimostrato acquiescente, omettendo di compiere quanto fosse in suo potere per far cessare l'irregolarità stessa.

La situazione, poi, è radicalmente mutata con le riforme del sistema sanitario nazionale, riorganizzato prima dal D.Lgs. n. 502/1992 e poi dalle successive modifiche, che hanno trasformato le U.S.L in aziende (Aziende sanitarie locali, pur sempre dipendenti dalla Regione) dotate di personalità giuridica pubblica e di autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile e tecnica e ha individuato quale responsabile dell'azienda, dotato di notevole autonomia, il direttore generale, coadiuvato dal direttore sanitario e dal direttore amministrativo: tre figure con cui si istaura un contratto di natura privatistica. In altri termini, l'individuazione di questi tre soggetti può permettere di attribuire le responsabilità penali anche nel caso in cui, in presenza di danni ai pazienti, vi siano state (indipendentemente dalla correttezza comportamentale dei medici e degli infermieri) carenze strutturali od organizzative chiaramente attribuibili a queste figure, al cui operato sembrerebbero applicabili i criteri della responsabilità d'équipe.

Certamente, per individuare la responsabilità penale degli amministratori occorre tenere conto delle loro specifiche competenze, ascrivibili, come è noto, a tre livelli di intervento: quello nazionale, quello regionale e quello aziendale. La complessità del rapporto tra Regioni ed aziende si sostanzia nella maggiore responsabilizzazione delle prime in ordine al perseguimento degli obiettivi assistenziali ed al rapporto tra livelli assistenziali e risorse assorbite, mentre le aziende sanitarie sono responsabilizzate in ordine al processo di acquisizione dei servizi sanitari ed al processo di produzione interno³⁵⁹. In sostanza, la previsione di responsabilità del gestore della struttura, non escludente quella del dirigente sanitario, configura una responsabilità penale che investe gli organi apicali della struttura sanitaria per le eventuali carenze organizzative dell'ente. Emerge chiaramente, dunque, che solo in casi estremi si potrà ravvisare la penale responsabilità degli amministratori centrali, mentre per quanto riguarda gli amministratori dell'azienda occorrerà valutare la loro autonomia decisionale, spesso limitata agli aspetti più correnti. Si dovrà cioè puntare l'attenzione sui singoli casi concreti quali l'assenza di presidi terapeutici (farmaci, garze, strumenti operatori, lastre radiografiche, ecc.) ovvero carenze organizzative (mancato apprestamento di turni di reperibilità, omissione della periodica sterilizzazione delle sale operatorie, ecc.), valutando anche la eventuale correttezza dei direttori sanitario ed amministrativo (nel caso di compiti delegabili la responsabilità dei collaboratori potrà escludere quella del direttore generale). Per la mancanza di mezzi terapeutici più complessi (risonanza magnetica) ovvero per la carenza di personale a causa della mancata autorizzazione all'assunzione dovranno essere valutate anche le responsabilità degli amministratori regionali e centrali.

Così come sostenuto da autorevole dottrina, si può concludere che ormai non si possa più parlare di responsabilità del medico, ma di responsabilità medica, in quanto non può più ritenersi in considerazione solo il rapporto medico-paziente in una visione del tutto privatistica della medicina, ma occorre considerare il rapporto fra la monade "paziente" e la monade "sanità", sia essa pubblica o privata. Il concetto di responsabilità professionale è quindi passato dalla classica, e ormai teorica, responsabilità del singolo medico nei confronti del paziente, alla più reale responsabilità civile e penale dell'*équipe* sanitaria e quindi della struttura sanitaria.

Spesso i medici possono risultare imputabili per errori riconducibili a carenze strumentali, strutturali, organizzative, non direttamente addebitabili al proprio operato; infatti, se un libero professionista è responsabile del corretto funzionamento dell'apparecchiatura presente nel proprio ambulatorio, non altrettanto può dirsi per il medico dipendente ospedaliero relativamente alla

³⁵⁹ Ad esempio, è responsabile il direttore amministrativo della struttura ospedaliera, a titolo di colpa, per la morte di un paziente in seguito ad intervento chirurgico, nel caso che questi non predisponga un'organizzazione almeno sufficiente e tale da rendere comunque possibile almeno quel minimo di assistenza notturna post-operatoria (ferme le più specifiche competenze del direttore sanitario) che tutti gli interventi chirurgici eseguiti in anestesia impongono.

presenza ed al corretto funzionamento delle apparecchiature d'uso, della sterilità dei ferri e della sala operatoria e così via. Va prendendo, pertanto, sempre più piede in tal ambito la possibilità di ammettere una responsabilità penale della struttura (già pacificamente ammessa in ambito civilistico), con conseguente ovvia ricerca dei singoli amministratori a cui addebitare i singoli comportamenti colposi e dolosi. Pertanto, nel caso in cui possa intravedersi la responsabilità penale dell'azienda (ad esempio, per assenza di adeguata strumentazione rianimatoria in sala operatoria) potrà essere direttamente chiamato in causa il direttore generale (responsabile dell'organizzazione amministrativa e gestionale), il direttore sanitario (deputato a dirigere i servizi sanitari ai fini organizzativi e igienico sanitari), i funzionari (se a capo di uffici dotati di autonomia gestionale), ovvero il direttore amministrativo.

Il medico e gli amministratori della struttura pubblica in cui questo opera devono adeguatamente confrontarsi con il *budget* disponibile, operando scelte spesso assai difficili in relazione alla limitatezza delle risorse e, forse, nel giudizio sulla responsabilità penale del medico occorrerà introdurre alcune aperture, comprendendo che il singolo sanitario non ha più una totale libertà di scelta. Le sue decisioni, i suoi orientamenti e, quindi, anche le sue responsabilità sono spesso il frutto di una mediazione fra il volere ed il potere, fra l'impatto della cura sulla salute in generale ed il rapporto costo-efficacia della cura stessa. Nonostante, per la concezione comune del cittadino, il responsabile di un fallimento terapeutico rimanga pur sempre il medico, tuttavia esso rappresenta solo l'anello terminale di una lunga catena costituita da un sistema complesso qual è quello di una struttura sanitaria. Sarebbe opportuno, quindi, considerare che la responsabilità professionale medica non sempre è legata unicamente alla condotta colposa personale (commissiva od omissiva) del sanitario, ma ad una serie di ulteriori fattori che dovranno essere debitamente considerati³⁶⁰.

³⁶⁰ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale*, cit.. La valorizzazione delle carenze strutturali e/o organizzative avrebbe un duplice rilievo. Anzitutto, sul piano della responsabilità individuale, inciderebbe su quella vera e propria "cifra nera" derivante dalla mancata individuazione di responsabilità presso il c.d. secondo livello operativo, costituito dai vertici legali e amministrativi della struttura sanitaria. L'operazione in questione, pur non conducendo ad un esonero di responsabilità del c.d. primo livello che, almeno in certi casi, è chiamato a rispondere secondo gli schemi della "colpa per assunzione", potrebbe almeno restituire coerenza ad una forma di manifestazione particolarmente significativa di quella dimensione "plurisoggettiva" assunta quasi regolarmente dall'attività medica. L'autore ritiene che il paradigma della (sola) responsabilità individuale mostri chiaramente tutte le proprie aporie e contraddizioni. La giurisprudenza penale, in una malintesa e sostanzialmente irrealizzabile logica di "massimizzazione del controllo e minimizzazione del rischio", sembra voler "(in)seguire" con pervicace ostinazione l'irrealizzabile modello del medico quale "*garante ultra vires della salute del paziente ed infallibile gestore di ogni fattore di rischio*". Infine Roiati, relativamente alla responsabilità amministrativa da reato ex D. Lgs. n. 231 del 2001, ritiene possibile (e per certi aspetti doverosa) l'introduzione di un criterio di imputazione della persona giuridica che, muovendo dal paradigma della colpa di (o per) l'organizzazione, consenta di individuare, per le fattispecie colpose di evento, "*un criterio ascrittivo differenziato ed autonomo in quanto sganciato dalla prospettiva - invero confacente solo alle ipotesi dolose - dell'agire nell'interesse o a vantaggio dell'ente*".

31. Recente casistica sulla responsabilità del cardiologo

La figura del medico cardiologo è, non di rado, sotto il vaglio del giudice, il quale ha il compito di valutarne la condotta colposa o meno. Tipico rimprovero che viene mosso al medico con questa specializzazione è la mancata esplorazione di diagnosi differenziale, di fronte ad un paziente che presenta una sintomatologia equivoca o poco chiara, quale ad esempio un dolore retrosternale non meglio individuato.

In un caso recente³⁶¹, il paziente, che accusava il suddetto dolore, era soggetto in età biologicamente critica (50 anni), con particolari indizi verso le malattie vascolari per sovrappeso, condizione di fumatore e stato ipertensivo. I sintomi riferiti dal paziente, unitamente alla anamnesi, erano tali, secondo il giudice, da orientare verso la necessità di esplorare una diagnosi differenziale proprio per la sovrapponibilità tra il dolore retrosternale di origine cardiaca ed il dolore retrosternale di origine gastrica. L'equivocità del sintomo avrebbe dovuto allertare i medici per una più approfondita indagine. Il tema è quello delle presentazioni atipiche del dolore nelle sindromi coronariche acute: un dato di esperienza che avrebbe imposto un approfondimento clinico strumentale con visita cardiologica ed un primo esame strumentale con elettrocardiogramma. Come già affermato, *“non sfugge al giudizio di imperizia la condotta del medico che, limitandosi a restituire al paziente la sintomatologia così come da quest'ultimo riferita, la trasformi in diagnosi, venendo meno all'obbligo di garanzia che gli deriva dalla professione svolta e dalla esigibile conoscenza di nozioni scientifiche funzionali alla tutela della salute ossia, nel caso in esame, ignorando la nozione di buona pratica medica che impone di tenere presente che le malattie cardiache danno una sintomatologia toracica che entra in diagnosi differenziale con molte malattie non cardiache”*³⁶².

Una simile accusa è stata posta nei confronti di un cardiologo in servizio presso un ospedale che, per colpa consistita in imprudenza ed imperizia, non aveva effettuato una corretta diagnosi delle condizioni di salute in cui versava il paziente all'atto del suo ingresso al pronto soccorso³⁶³(accusando dolori retro sternali) e aveva omesso di predisporre il ricovero del paziente in

³⁶¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 46341/2014.

³⁶² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 46341/2014. Vedasi anche sent. n.34729/2011 e n. 4452/2005. Si rinvia per un approfondimento sui principi interpretativi della giurisprudenza in tema di diagnosi differenziale al paragrafo a ciò dedicato.

³⁶³ Al pronto soccorso, dopo aver verificato la mancanza di posti letto nel reparto di medicina, reperivano un posto nel reparto di ortopedia, dove il paziente veniva quindi ricoverato. Dal diario clinico del reparto ortopedia risultava che al momento dell'ingresso il paziente manifestava “sudorazione algida, malessere generale, ipotensione grave”. I sanitari disponevano ulteriori e nuovi accertamenti urgenti, ma prima degli esiti

terapia intensiva anziché nel reparto di ortopedia, in tal modo contribuendo con la sua condotta concausale all'*exitus* del soggetto, avvenuto a causa di arresto cardiaco conseguente ad infarto acuto del miocardio³⁶⁴. La Corte territoriale ha posto l'accento sul risultato emerso all'esito della perizia dibattimentale, secondo la quale i risultati dell'elettrocardiogramma non lasciavano margini di dubbio in merito all'esistenza di un infarto in atto. La Cassazione, invece, ha ritenuto non corretto l'accertamento istruttorio delle possibilità di un corretto intervento alternativo, suscettibile di fermare la parabola che ha condotto al decesso, collocato cronologicamente nell'intervallo di tempo intercorso tra la consulenza cardiologica effettuata dall'imputato e l'ulteriore valutazione sanitaria da lui espressa dopo la comunicazione degli esiti delle analisi relative all'emocromo ed ai valori degli enzimi, essendosi la Corte limitata ad evidenziare le percentuali statistiche di guarigione e l'incidenza contraria determinata dalla condotta dell'imputato, tenuto ad effettuare la diagnosi corretta e ad adeguare la cura ai risultati di un costante monitoraggio, che è mancato, e che il medico avrebbe dovuto disporre³⁶⁵.

La Cassazione³⁶⁶ ha confermato la sentenza di non luogo a procedere nei confronti di un cardiologo imputato per non aver disposto il ricovero in unità di terapia intensiva di un paziente, a seguito di consulenza cardiologica, nonostante l'evidente diagnosi di infarto acuto in atto. Il sanitario aveva, invece, disposto il rientro del paziente nel reparto di provenienza ove non veniva trattato adeguatamente e decedeva a seguito di arresto cardiaco dovuto a tale patologia. I consulenti hanno censurato la scelta di non inviare in paziente in terapia intensiva ed hanno aggiunto che essa avrebbe dato maggiori probabilità di salvezza ma non avrebbe assicurato il certo evitamento dell'evento letale. Nel caso di specie, però, non essendo stata disposta l'autopsia vi era una situazione di incertezza sulle cause della morte, da infarto o da embolia polmonare (essendo il paziente affetto da tumore prostatico). *“La condotta asseritamente trascurata del cardiologo non può essere valutata,*

dei predetti accertamenti, il paziente perdeva conoscenza con midriasi fissa. Venivano chiamati d'urgenza il rianimatore ed il cardiologo, che intervenivano nell'immediatezza. Venivano praticate manovre rianimatorie per circa 30 minuti senza alcun esito.

³⁶⁴ Infarto nello specifico da collusione trombotica della coronaria dx per ulcerazione di placca fibroateromasica calcifica.

³⁶⁵ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 25210/2014. La sentenza impugnata ha svolto il giudizio controfattuale ponendo ad oggetto non solo il mancato ricovero nel reparto specialistico, ma anche l'errore diagnostico e la conseguente omissione della terapia di riperfusione, ritenendo automaticamente che in presenza di un comportamento alternativo corretto, il paziente avrebbe avuto probabilità di sopravvivenza pari al 94-95% sulla base di meri dati statistici, senza considerare e confutare l'interferenza di quei fattori alternativi che la difesa aveva evidenziato. In altri termini, il giudice di merito ha dedotto automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, quando invece avrebbe dovuto verificare la validità dell'ipotesi accusatoria nel caso concreto, sulla base delle circostanze di fatto e dell'evidenza disponibile, esaminando in concreto quali sarebbero stati i comportamenti dovuti dall'imputato e quale incidenza aveva avuto la condotta colposa del medico - cui era seguito il trasferimento del paziente in un reparto non attrezzato per il costante monitoraggio del paziente - rispetto alle possibilità di salvezza del paziente in rapporto alle sue proprie caratteristiche.

³⁶⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 18812/2014.

*oltre ogni ragionevole dubbio, come determinante della concatenazione di fattori che quattro giorni dopo portarono al decesso del paziente. Un ulteriore approfondimento sarebbe vano perché, basandosi solo sulla cartella clinica, non si potrebbe accertare con esattezza l'accaduto e stabilire se vi siano eventuali profili di responsabilità a carico dell'imputato*³⁶⁷.

Opposta soluzione è presente nella pronuncia della Cassazione³⁶⁸ che ha annullato la sentenza di assoluzione della Corte di Appello, nei confronti di un medico cardiologo, in relazione alla morte di una paziente, il quale era stato accusato di non avere tempestivamente diagnosticato, nonostante un referto radiologico individuasse l'esistenza di una "formazione nodulare", la presenza di una forma tumorale nei tessuti del polmone sinistro. La Cassazione ha rilevato come la sentenza impugnata abbia nella sostanza ignorato il tema del prolungamento del periodo di vita della persona offesa. Non sussiste, affermano i consulenti, alcuna certezza che il trattamento in parola avrebbe scongiurato l'evento letale, ma tutto depone per la conclusione che esso avrebbe modificato l'intero quadro clinico e assicurato al paziente quanto meno una diversa qualità della vita ed il prolungamento significativo del periodo di sopravvivenza.

È stata affermata la penale responsabilità di un medico, in servizio presso l'unità operativa di cardiologia, il quale accettava il paziente (soggetto con storia di cardiopatia ischemica e di pregresso infarto al miocardio, evidenziata da ECG, esibito dallo stesso), presentatosi presso il presidio ospedaliero in quanto affetto da dolore toracico e dispnea. Sottovalutando la situazione clinica³⁶⁹ l'imputato: non effettuava ricovero presso l'unità di terapia intensiva; prescriveva terapia, per un verso, blanda (diuretici e cerotto medicato con nitriti) e, per altro, pregiudizievole (fleboclisi di soluzione fisiologica, che implementando il liquido circolante procurava l'effetto di aumentare le difficoltà cardiache); non effettuava ECG; non disponeva la ricerca dei *markers* di necrosi cardiaca; non evidenziava al collega che gli subentrava la specifica gravità del caso. Il medico è stato giudicato colpevolmente responsabile dell'evoluzione dilatativa della patologia che, dopo poche ore, conduceva a morte il paziente, per edema polmonare acuto. Decesso che sarebbe stato evitato in presenza di una corretta e tempestiva diagnosi, di un attento e successivo monitoraggio e di un trattamento con fibrolisi o angioplastica. *"L'imputato, con grave negligenza, imperizia ed imprudenza, resa ancor più*

³⁶⁷ Tale apprezzamento *"si fonda non solo sull'impossibilità di dimostrare la certa evitabilità dell'evento per effetto di un trattamento sanitario tempestivo e corretto; ma più radicalmente sulla assenza di elementi di prova idonei a consentire qualunque significativo approfondimento probatorio sulle cause dell'evento neppure in dibattimento, non essendo stata disposta l'autopsia e disponendosi solo di informazioni cartacee. È tale decisiva circostanza che giustifica l'apprezzamento in ordine all'inutilità del vaglio dibattimentale"*.

³⁶⁸ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 39066/2013.

³⁶⁹ La situazione clinica era: "crepiti basi polmonari" e "murmure vescicolare ridotto diffusamente", causati da sub edema polmonare secondario a insufficienza cardiaca, evolvibile verso l'edema polmonare acuto, con forte sospetto di sindrome coronarica acuta con insufficienza cardiaca.

*eclatante dal possesso di specifica specializzazione, con colpevole attendismo, omise financo di formulare la diagnosi*³⁷⁰.

Un medico cardiologo in servizio presso un ospedale è stato dichiarato colpevole del delitto di omicidio colposo in danno di un paziente il quale, affidato alle cure dell'imputato, veniva a morte nel pomeriggio dello stesso giorno, a causa di tamponamento cardiaco acuto dovuto alla rottura intrapericardica dell'aorta disseccata, che il sanitario, per colpa, non aveva diagnosticato, omettendo di sottoporre, in particolare, il paziente a quegli esami strumentali che avrebbero evidenziato la grave patologia in corso. Il tempestivo trattamento farmacologico stabilizzante, praticato alla scoperta della grave patologia avviatasi, avrebbe significativamente rallentato il decorso della stessa, consentendo, così, di sottoporre il paziente, ancora in accettabili condizioni cliniche, all'intervento chirurgico, spesso idoneo a salvare la vita. La mancata tempestiva diagnosi era dipesa dalla evidente condotta colposa del sanitario, il quale, improvvidamente, somministrando l'analgesico in vena procurò il temporaneo mascheramento dei sintomi. La vittima, in assenza di cure di sorta, recatasi di prima mattina presso presidio ospedaliero, decedette solo molte ore dopo, così mostrando significativa resistenza alla gravissima patologia insorta, probabilmente a motivo delle sue integre condizioni fisiche. Di conseguenza, curato, assistito, sottratto allo stress di un rientro a casa in automobile, il paziente senz'altro avrebbe potuto essere trasportato in condizioni vitali presso altro ospedale attrezzato per il tipo d'intervento chirurgico richiesto. In definitiva, sussiste il nesso di causalità tra l'omessa adozione da parte del medico specialista di idonee misure idonee a rallentare il decorso della patologia acuta, colposamente non diagnosticata, e il mancato avvio presso struttura idonea a risolvere chirurgicamente la stessa e il decesso del paziente, quando, come nel caso di specie, l'evento era evitabile e la condotta doverosa avrebbe inciso positivamente sulla sopravvivenza del soggetto³⁷¹.

³⁷⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37764/2013. Di conseguenza, non essendo dubbio che il paziente decedeva a causa di infarto del miocardio, se si fosse rimossa l'ostruzione, mediante fibrolisi o angioplastica, nei tempi urgenti necessari, si sarebbe permessa la perfusione sanguigna del muscolo cardiaco, e, quindi, l'ossigenazione delle cellule ancora non necrotizzate. *"Affermare che in alcuni casi l'angioplastica può non essere consigliata implica la previa diagnosi, sulla base della quale, non per mero attendismo, ma per ponderata scelta consapevole si decide, in presenza d'infarti circoscritti, o, comunque, superati (questo il senso della verifica della cessazione della sintomatologia) di non praticare la strategia invasiva"*.

³⁷¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 18573/2013. Secondo la Cassazione l'asserto della Corte di Appello secondo il quale, pur messa in atto la condotta doverosa omessa l'evento morte non si sarebbe potuto scongiurare è frutto di una costruzione meramente congetturale, contraddetta dalle risultanze istruttorie e dalla constatazione della distanza che andava percorsa e dei tempi di percorrenza per assicurare al paziente trattamento chirurgico salvifico. Il giudice di seconde cure non ha considerato l'esistenza di un servizio di elisoccorso per tutta la Sardegna, gestito dai Vigili del Fuoco; che, in difetto, potevasi attingere all'Esercito; senza contare che l'apparato della Protezione civile, anche tramite le ordinarie forze dell'ordine, avrebbe potuto assicurare rapidissimo trasporto. Inoltre il paziente ben avrebbe potuto tollerare anche il trasporto all'interno di attrezzata ambulanza.

Nello stesso senso altra pronuncia³⁷², ha confermato il giudizio di responsabilità per omicidio colposo a carico di un cardiologo, che aveva attestato l'idoneità alla pratica sportiva agonistica di un atleta, in seguito deceduto nel corso di un incontro ufficiale di calcio a causa di una patologia cardiologia (nella specie, "cardiomiopatia ipertrofica"), non diagnosticata dal sanitario per l'omessa effettuazione di esami strumentali di secondo livello che, ancorché non richiesti dai protocolli medici, dovevano ritenersi necessari in presenza di anomalie del tracciato elettrocardiografico desumibili dagli esami di primo livello. In riferimento a tale punto i giudici di legittimità, premessa la conformità al principio della esigibilità, nell'opera professionale del medico, della media diligenza e perizia, hanno affermato la logicità della motivazione laddove i giudici di merito avevano valutato incongruente il richiamo al rispetto dei protocolli, posto che questi danno al medico un'indicazione di base sulla quale deve, tuttavia, innestarsi un comportamento che sia corretto secondo scienza e coscienza, così legittimando la conclusione che, in presenza di tracciati elettrocardiografici sospetti, era doveroso ed esigibile che il medico cardiologo approfondisse la verifica dell'integrità psico-fisica dell'atleta, per prevenire eventi nefasti che gli stessi protocolli, invocati dalla difesa, prevedono, classificando il giuoco del calcio, al cui esercizio la parte lesa chiedeva di essere autorizzato, quale sport "ad alto rischio".

32. Recente casistica sulla responsabilità del dentista-odontoiatra

Anche la figura del medico odontoiatra viene, non di rado, nominata nei tribunali, per la causazione di lesioni colpose ai propri pazienti, dovute a condotte imperite, negligenti o imprudenti. Si riportano qui di seguito le pronunce della Cassazione più recenti che vedono coinvolta questa figura professionale.

La Cassazione³⁷³ ha confermato la sentenza di assoluzione, dal reato di cui all'articolo 590, un odontoiatra, imputato per avere cagionato lesioni ad una paziente per colpa, nell'effettuazione di una cura canalare a un dente molare e, soprattutto, per l'erronea e tardiva prescrizione di una terapia antibiotica successivamente alla rottura della punta di uno strumento metallico all'interno del dente della paziente. Sosteneva la parte civile ricorrente che la Corte territoriale avrebbe dovuto concludere positivamente per la sussistenza del legame eziologico tra la condotta dell'imputata e la malattia insorta nella paziente (candidosi) e per l'addebitabilità alla prima di un comportamento superficiale, imprudente e quindi colposo. La sentenza impugnata, invece, ha evidenziato, con riguardo al ritardo della prescrizione dell'antibiotico, che mancava una prova controfattuale in ordine all'eziologia della candidosi, non risultando con certezza che un'anticipata assunzione

³⁷² Cass. pen., sent. 29.09.2009, n. 38154.

³⁷³ Cass. pen., Sez. VII, ordin. n. 37981/2014.

dell'antibiotico (di circa 10 giorni) avrebbe provocato tutti quei benefici effetti a catena soltanto ipotizzati, evitando il formarsi dell'ascesso.

Un odontoiatra è stato ritenuto responsabile del reato di cui all'art. 590 c.p., per avere praticato ad una paziente terapia canalare con l'impiego di ipoclorito di sodio, omettendo di impiegare una diga di gomma a protezione dei tessuti molli della bocca, cagionando così alla parte offesa lesioni personali consistenti in ustioni di primo e secondo grado alla guancia e mucosa commessura labiale sinistra³⁷⁴. La pronuncia è di rilievo in merito a due temi: la nozione di malattia e la riconducibilità all'imputato di condotte colpose alternative. In merito a quest'ultimo punto, la Corte distrettuale ha chiarito che la condotta colposa del medico non poteva essere ravvisata nell'uso dell'ipoclorito, ma nel mancato impiego della cosiddetta "diga di gomma", presidio consistente in una striscia di lattice, finalizzata ad isolare il campo operatorio³⁷⁵. L'imputato assumeva che l'uso della diga non avrebbe comunque impedito il contatto tra l'ipoclorito e le guance della paziente, atteso che la diga è volta ad evitare il contatto della saliva con i canali in via di devitalizzazione; e riteneva che può ipotizzarsi un contatto occasionale tra i guanti di gomma utilizzati dall'operatore impregnati di cronofenolo ed il viso della paziente, evento che peraltro non costituisce concretizzazione del rischio che si voleva evitare con l'uso della diga³⁷⁶. La Corte ha ritenuto che, anche ipotizzando che l'imputato avesse sfiorato la guancia della paziente con i guanti imbrattati di clorofenolo, del pari risulterebbe sussistente un profilo di ascrivibilità colposa della condotta alla prevenuta, essendo comunque l'evento riconducibile ad un difetto di attenzione del sanitario. Il ragionamento sviluppato dalla Corte di Appello è coerente con l'orientamento vigente per il caso in cui risultino prospettabili, a carico dell'imputato, più condotte colpose tra loro alternative³⁷⁷. In merito alla nozione di "malattia", la Corte di Appello ha rilevato che, nel caso di specie, non poteva revocarsi in dubbio l'esistenza di

³⁷⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 13541/2013. La paziente ebbe a recarsi presso lo studio dell'imputata per effettuare un intervento di devitalizzazione di un molare, durante il quale la predetta dottoressa aveva utilizzato ipoclorito di sodio, sostanza che ha una modesta causticità e che aveva provocato le lesioni riportate dalle paziente.

³⁷⁵ L'impiego della "diga" costituisce una precauzione tecnica obbligatoria e l'impiego della stessa avrebbe certamente impedito il verificarsi dell'evento lesivo, atteso che la regola che impone, secondo le migliori *leges artis*, di usare la diga di gomma, è finalizzata a prevenire eventi come quello in concreto verificatosi.

³⁷⁶ La Corte di Appello ha, invece, ritenuto che la "diga" in questione, composta da un foglio di lattice, realizza un effetto protettivo non solo della cavità orale, ma anche di una buona parte del volto; ed ha conseguentemente ritenuto che oltre alla commessura (il punto dove si incontrano il labbro superiore e quello inferiore) l'uso della diga avrebbe evitato il contatto tra il liquido utilizzato per la devitalizzazione e la guancia sinistra della paziente. L'operatore che ometta di utilizzare detto presidio si assume i rischi connessi all'intervento di devitalizzazione, essendo costretto a convogliare il liquido abrasivo, con estrema precisione, nei punti in cui si trova la polpa dentaria da distruggere.

³⁷⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 14358/2002 e sent. n. 988/2002. Secondo detto orientamento la responsabilità dell'imputato per la determinazione di un dato evento naturalistico deve essere affermata anche nei casi in cui l'innescò della serie causale - sulla base delle prove raccolte - possa essere attribuito a più condotte colpose alternative, purché ciascuna tra esse sia riferibile allo stesso imputato e debba essere esclusa l'incidenza di meccanismi eziologici indipendenti.

una malattia giuridicamente rilevante rispetto al delitto di lesioni in addebito, quale effetto della condotta colposa; ciò in quanto alla paziente erano state diagnosticate lesioni con prognosi di giorni 34³⁷⁸, di talché il processo patologico innescato dall'imputata non poteva qualificarsi come scarsamente significativo. La Cassazione ha ritenuto conforme l'apprezzamento espresso dalla Corte in ordine alla nozione oggettiva di malattia, in rilievo nell'ambito del delitto di lesioni personali colpose. La nozione di "malattia", nella fattispecie di lesioni personali, non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica, che possono anche mancare, bensì quelle alterazioni da cui deriva una limitazione funzionale o un "*significativo processo patologico*" ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa³⁷⁹.

Si riporta una sentenza³⁸⁰ rilevante in tema di prescrizione e *dies a quo*, relativamente al reato di lesioni personali. Nel caso di specie, all'imputato, in qualità di odontoiatra, era stato addebitato di avere provocato per un errato e negligente trattamento sanitario, finalizzato alla eliminazione di una mala occlusione dentaria, lesioni personali con indebolimento permanente della capacità di masticazione ad una minorenne. Il trattamento era iniziato nel 1997 e terminato nel 2001; mentre la consapevolezza del danno vi è stata alla fine del 2005, con conseguente querela sempre nel 2005. I giudici di merito hanno ritenuto che l'inizio del termine di prescrizione, da individuarsi nel momento dell'insorgenza della malattia, doveva fissarsi nel 2002, data di ulteriori accertamenti sanitari durante i quali si era rilevata la certezza della patologia³⁸¹; pertanto la prescrizione quinquennale del reato era maturata prima dell'atto interruttivo della citazione a giudizio nel 2007, in ogni caso prima della sentenza di primo e di secondo grado (calcolando il termine di sette anni e mezzo con l'interruzione). La parte civile rilevava che tale *dies* andasse individuato nel 2008, allorché dopo un intervento operatorio l'ingravescenza della malattia era cessata, tenendo conto dell'orientamento giurisprudenziale delle Sez. Unite Civili (sent. 576/2008), secondo il quale, in tema di patologie lungolatenti, il *dies a quo* della prescrizione va individuato non nella conoscenza della malattia, ma nella sua percezione come danno ingiusto causalmente ricollegabile alla condotta di un soggetto: pertanto il termine iniziale di prescrizione, andava quantomeno collocato a ridosso della data di presentazione della querela nel 2005. La Cassazione, ritenendo corretta la determinazione del

³⁷⁸ La paziente, lamentando bruciore al volto, si era recata al pronto soccorso, dove i medici la inviavano al centro ustioni dell'ospedale civico, ove erano state diagnosticate ustioni alla guancia e mucosa commisura labiale sinistra con prognosi di complessivi giorni 34.

³⁷⁹ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 40428/2009. Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 10643/1996. Il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica permanente.

³⁸⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 8904/2012.

³⁸¹ Nella querela era stato indicato che la patologia si era manifestata dopo alcuni mesi dall'inizio del trattamento e si era acutizzata sempre più, tanto che dall'ottobre del 2000 al giugno del 2003 la minore era stata costretta a disertare la scuola. In ogni caso la certezza della patologia in atto si ricavava dagli accertamenti sanitari disposti in data marzo 2002.

dies a quo nel momento dell'insorgenza della malattia nel marzo 2002, ha ribadito il consolidato orientamento secondo il quale “il reato di lesioni personali colpose, di cui all'art. 590 c.p., è un reato istantaneo che si consuma ai momento dell'insorgenza della malattia prodotta dalle lesioni, sicché la durata e l'inguaribilità della malattia sono irrilevanti ai fini della individuazione del momento consumativo. Qualora, però, la condotta colposa causatrice della malattia stessa non cessi con l'insorgenza di questa, ma, persistendo dopo tale momento, ne cagioni un successivo aggravamento, il reato di lesioni colpose si consuma nel momento in cui si verifica l'ulteriore debilitazione”³⁸². Più di recente, nel confermare tale orientamento, è stato ribadito che “nel delitto di lesioni personali colpose derivanti da malattia professionale caratterizzata da evoluzione nel tempo, il momento di consumazione del reato non è quello in cui sarebbe venuta meno la condotta del responsabile causativa dell'evento, bensì quello dell'insorgenza della malattia prodotta dalle lesioni, sicché ai fini della prescrizione il *dies commissi delicti* va retrodatato al momento in cui risulti la malattia in fieri, anche se non stabilizzata in termini di irreversibilità o di impedimento permanente”³⁸³. “Né tale orientamento interpretativo relativo al *dies a quo* della prescrizione si pone in contrasto con la giurisprudenza penale relativa al termine per poter proporre querela ed a quella civile in ordine alla prescrizione del diritto al risarcimento del danno, con specifico riferimento al danno lungo latente”³⁸⁴. Quanto alla prima tematica, “il termine per proporre la querela per il reato di lesioni colpose determinate da colpa medica inizia a decorrere non già dal momento in cui la persona offesa ha avuto consapevolezza della patologia contratta, bensì da quello, eventualmente successivo, in cui la stessa è venuta a conoscenza della possibilità che sulla menzionata patologia abbiano influito errori diagnostici o terapeutici dei sanitari che l'hanno curata”³⁸⁵.

Un medico odontoiatra era stato accusato di aver cagionato ad un suo paziente una malattia, per colpa, consistita nella incongrua esecuzione di una prestazione chirurgica di estrazione, così determinando una disseminazione di frammenti ossei e quindi complicanze infettive locali e la necessità di un duplice intervento di incisione nella regione trattata con *courettage* e drenaggio della raccolta ascessuale³⁸⁶. Il primo giudice ha ritenuto la colpa dell'imputato nella causazione dell'evento

³⁸² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 7475/1985.

³⁸³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37432/2003, sent. n. 2442/1999, sent. n. 2522/1998.

³⁸⁴ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 8904/2012.

³⁸⁵ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 17592/2010. In ordine alla seconda problematica si rinvia al paragrafo successivo sulla prescrizione nel processo civile in tema di responsabilità medica.

³⁸⁶ Il paziente si era sottoposto ad un intervento estrattivo del 48 elemento (ottavo inferiore destro) presso lo studio dell'imputato, ad opera dello stesso; subito dopo ed a seguito di tale estrazione, residuava una reazione algica ed infettiva locale con gonfiori ed anche perdita di sensibilità della lingua, curata dallo stesso medico con terapia farmacologica (antibiotico ed antinfiammatorio) e medicazione locale, proseguita per mesi, senza, tuttavia, risoluzione della sintomatologia accusata. Successivamente il paziente si era rivolto ad altro medico dentista, che aveva proceduto alla rimozione di piccoli sequestri ossei presenti nella cavità alveolare ed aveva rilevato, nel contempo, la presenza di una tumefazione di circa 1,5 cm di diametro, non dolente, nella guancia destra, probabilmente dovuta a linfonodo reattivo, come da eseguiti accertamenti ecografici. Il paziente si era

patologico lamentato dalla persona offesa, sia per imprudenza connessa alla mancata esecuzione di un'indagine radiografica ortopantomica, sia per imperizia nell'esecuzione dell'estrazione con uso di strumento rotante e leve (che avevano determinato la lesione del ramo linguale del nervo mandibolare) e con l'uso non corretto dell'aspirazione, nonché per il negligente trattamento dell'infezione verificatasi, curata solo con terapia medica antibiotica e lavaggi con disinfettanti locali, che aveva determinato l'aggravarsi del processo infettivo. Pur non potendosi stabilire se il danno si era verificato nel corso dell'anestesia o durante l'intervento chirurgico, esso andava addebitato all'operatore, dovendosi anche ritenere l'esclusione di altre cause in assenza di diversi trattamenti nella medesima sede. I giudici hanno ritenuto, perciò, comprovato che sia la lesione nervosa sia la disseminazione dei frammenti ossei erano derivati direttamente dall'estrazione del dente effettuata dall'imputato³⁸⁷.

Un medico dentista era stato rinviato a giudizio per rispondere del reato di cui all'articolo 590 c.p., per aver cagionato lesioni gravi ad un suo paziente consistenti nella demolizione dei quattro denti incisivi superiori, con conseguente indebolimento permanente della funzione masticatoria. Più precisamente per aver eseguito un intervento terapeutico ed estetico demolitorio, anziché conservativo e ciò in assenza di un espresso consenso e, quindi, eccedendo colposamente nell'esercizio del suo diritto di attività di medico dentista, a lui richiesta³⁸⁸. La Corte di Appello, in riforma della sentenza di primo grado, ha assolto il medico, rilevando in fatto che il paziente, dopo l'eliminazione delle vecchie otturazioni, aveva avuto modo di costatare lo stato pessimo dei suoi denti e che l'odontoiatra gli aveva rappresentato che tale situazione rendeva non praticabile il ripristino delle otturazioni e che lo stesso aveva risposto affermativamente alla richiesta del medico di poter procedere alla preparazione dei denti ai fini della protesizzazione. Dunque, la Corte territoriale ha ritenuto che sostanzialmente l'imputato, oltre ad esporre i motivi di un diverso intervento da quello richiesto, avesse acquisito il consenso del paziente³⁸⁹. La Cassazione³⁹⁰ ha ritenuto la decisione della Corte immune da censure.

poi rivolto ad uno specialista in chirurgia maxifacciale, che aveva riscontrato la presenza di un flemmone alla guancia destra ed aveva proceduto all'incisione ed al drenaggio di tale flemmone, con rimozione del sequestro osseo.

³⁸⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 644/2010.

³⁸⁸ Il giudice di primo grado è pervenuto alla affermazione di responsabilità dell'imputato ritenendo, sulla base delle dichiarazioni della p.o., che il dentista non abbia acquisito il consenso valido del paziente in ordine alla demolizione dei quattro denti incisivi e che la perizia, disposta in dibattimento, non ha fornito elementi relativi alla circostanza se l'imputato fornì al paziente una completa ed effettiva informazione sulla terapia medica, che poi avrebbe attuata, al fine di acquisire un valido consenso.

³⁸⁹ Si rinvia al paragrafo sul consenso informato in cui si cita la sentenza Giulini, nella quale si è affermato che *“non integra il reato di lesione personale, né quello di violenza privata la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis, si sia concluso con esito fausto”*.

In un altro caso³⁹¹, un medico dentista è stato condannato per aver proceduto, presso il proprio studio professionale, ad estrarre un molare alla paziente senza prescrivere le preventive opportune analisi cliniche e, successivamente all'estrazione, senza praticare un adeguato trattamento medico in relazione al grave scompenso diabetico di cui la paziente era affetta e di cui egli era al corrente, così avendole cagionato un grave ascesso dentale, ascesso sottomandibolare e media istinite suppurata, tale da rendere necessario il ricovero ospedaliero e due interventi chirurgici³⁹². Mentre con riguardo alla prima condotta colposa (riconosciuta dallo stesso imputato) i giudici hanno ritenuto non sufficientemente certo il nesso causale rispetto all'evento, in quanto non poteva escludersi che, ove anche fossero stati prescritti gli accertamenti e le terapie previsti nei protocolli medici, l'ascesso e le altre complicanze si sarebbero, comunque, manifestati; viceversa, alla seconda condotta colposa è stata attribuita una sicura rilevanza causale rispetto alle lesioni lamentate dalla paziente, in ragione del notevole ritardo con cui l'antibiotico è stato prescritto e somministrato in ospedale.

Un addebito non infrequente, che di norma di aggiunge e concorre col delitto di lesioni colpose, è l'esercizio abusivo della professione di odontoiatra, come è accaduto in un caso³⁹³, nel quale due imputati – un medico chirurgo ed un odontotecnico - sono stati condannati per avere: in primo luogo, concorso nell'esercizio abusivo della professione di medico odontoiatra, preclusa all'odontotecnico, avendo il medico chirurgo messo a disposizione dell'odontotecnico il proprio studio medico, ed avendo quest'ultimo ivi sottoposto a visita i pazienti effettuando interventi sul cavo orale degli stessi (trapanazione di denti, estrazione ed installazione di protesi); in secondo luogo, cagionato lesioni personali gravi che avevano comportato l'indebolimento permanente dell'organo della masticazione (paradentosi diffusa, assorbimenti ossei di media entità, infiammazioni gengivali e perdita ingiustificata di alcuni elementi dentari), avendo prestato cure inidonee ed inadeguate ad una paziente, agendo con negligenza, imprudenza ed imperizia.

33. Recente casistica sulla responsabilità dell'ortopedico

Le contestazioni più frequenti in capo ai medici ortopedici riguardano l'omessa o la tardiva diagnosi della patologia in atto nel paziente.

³⁹⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 48322/2009.

³⁹¹ Cass. pen., Sez. VII, ordin. n. 28969/2008.

³⁹² I giudici del merito hanno, quindi, ritenuto di individuare due diverse condotte colpose: la prima, precedente all'intervento estrattivo, costituita dalla mancata sottoposizione della paziente - in ragione della patologia, nota all'imputato, di diabete scompensato di cui la paziente soffriva - a specifiche analisi e a terapia antibiotica preventiva; la seconda, successiva all'estrazione, costituita dalla mancata prescrizione di tale terapia al fine di prevenire complicazioni di tipo infettivo alle quali la donna, a causa della malattia di cui soffriva, era particolarmente esposta.

³⁹³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 22144/2008.

In una recente pronuncia³⁹⁴, già citata, sono stati assolti un medico di turno del pronto soccorso ortopedico ed un medico di turno del pronto soccorso generale del medesimo nosocomio, entrambi accusati di aver colposamente cagionato la morte di un paziente, trasportato presso la struttura sanitaria a seguito di incidente stradale occorsogli alla guida della propria motocicletta, avendo tardivamente diagnosticato un'imponente frattura alla milza così inibendo le tempestive, necessarie e risolutive attività terapeutiche. Il Supremo Collegio ha ribadito che l'apprezzamento sulla responsabilità omissiva – basato sulla regola di giudizio della umana e ragionevole certezza – va compiuto tenendo conto, da una parte, delle informazioni di carattere generalizzante afferenti al coefficiente probabilistico che assiste il carattere salvifico delle misure doverose appropriate e, dall'altra parte, delle contingenze del caso concreto. Nonostante le probabilità di successo della terapia appropriata (omessa) siano senza dubbio correlate alla tempestività dell'intervento terapeutico, si è aggiunto che, nel caso concreto, l'ora notturna e le conclamate deficienze organizzative della struttura sanitaria hanno reso sostanzialmente impossibile un intervento tempestivo.

In un altro caso, gli imputati sono stati ritenuti responsabili del decesso di un paziente, per aver omesso, in qualità di medici ortopedici in servizio presso un reparto di ortopedia e traumatologia, di sottoporre all'esame ecodoppler l'infortunato, che a seguito di incidente sul lavoro aveva riportato un severo politrauma che aveva imposto un intervento di chirurgia ortopedica maggiore sul bacino e sul piede sinistro ed una lunga immobilizzazione pre e post-operatoria. In conseguenza di ciò il paziente era divenuto soggetto ad elevato rischio pro-trombotico e, quindi, si è imputato ai medici di non aver diagnosticato l'insorta trombosi venosa profonda della vena femorale, dalla quale era derivata una trombo-embolia polmonare acuta massiva che aveva condotto alla morte. In ordine alla valenza causale del comportamento alternativo lecito, è stato ritenuto che la sorveglianza prevista per la profilassi di tale patologia ben poteva avere efficacia impeditiva³⁹⁵. In un simile caso esaminato dalla Cassazione³⁹⁶, era stato ascrivito all'imputato, medico chirurgo vascolare presso l'ospedale ove era stata trasportata una persona che aveva riportato lesioni gravi a seguito di un sinistro stradale, di aver cagionato il decesso di questa – avvenuto ventisei giorni dopo il fatto per trombo-embolia polmonare da trombosi della vena femorale e iliaca sinistra – per non aver disposto l'esame doppler agli arti inferiori in occasione dell'unica visita della paziente che egli aveva eseguito, diciannove giorni dopo il sinistro stradale. Nel caso di specie si era ritenuto non sussistente il fatto perché non si era potuto accertare che il trombo venoso profondo era già presente quando l'imputato aveva visitato la paziente. Siffatto precedente si è formato su una vicenda che presentava connotazioni

³⁹⁴ Cass. pen., Sez. IV., sent. n. 46336/2014.

³⁹⁵ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37774/2013.

³⁹⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 19777/2004.

opposte a quelle del caso precedentemente citato. Nell'un caso si era trattato di una sola visita, risultando assente un continuativo rapporto di affidamento di quella paziente al sanitario tratto a giudizio. Sicché effettivamente risultava impossibile affermare che l'eventuale ecodoppler avrebbe permesso di accertare il trombo e che, di conseguenza, l'omissione ascritta al medico aveva avuto valore causale rispetto alla morte della degente. Mentre, nel caso suesposto, il paziente era stato affidato alle cure degli imputati proprio per l'arco temporale identificato come quello entro il quale era insorto il trombo; sicché la sorveglianza prevista per la profilassi di tale patologia ben poteva avere efficacia impeditiva.

Ad un ortopedico in servizio presso l'unità operativa di ortopedia di un ospedale erano state contestate plurime condotte, tra cui: l'omessa diagnosi di una SIRS (Severe Inflammatory Response Syndrome) e cioè di una risposta infiammatoria sistemica che affiggeva la vittima già al momento del primo ingresso in ospedale aggravatasi al momento del secondo ingresso e dimostrata dalla presenza di una marcata leucocitosi, febbre, tachicardia ed elevata proteina C reattiva; la conseguente adozione di terapia a base di somministrazione di FANS finalizzata al trattamento di traumi contusivi riportati in un incidente sciistico e tachipirina per il contenimento dello stato febbrile, con l'omessa terapia in relazione alla SIRS da trattare quanto meno con antibiotici ed emocultura, previa consulenza specialistica di tipo internistico; l'aver ignorato il dato della piastrinopenia evidenziatosi nel secondo ricovero, oltre all'aggravarsi dell'alterazione degli altri esiti bio-umoral, con fraintendimento dell'astenia, quali sintomi di sofferenza psicologica, viceversa riconducibili alla SIRS³⁹⁷. I giudici di merito hanno ritenuto che la responsabilità del medico fosse ravvisabile, non tanto nella mancata diagnosi della SIRS in quanto difficilmente riconoscibile sulla base dei dati sintomatici e clinici raccolti ed estranea alla sfera di specializzazione dell'ortopedico curante, nel non aver adottato il principio di precauzione richiedendo un consulto od un trasferimento del paziente, a

³⁹⁷ Il paziente di anni sedici veniva visitato dai sanitari del pronto soccorso in seguito a trauma del fianco sinistro riportato due giorni prima, cadendo sugli sci. Sottoposto ad esami ematochimici (evidenzianti una discreta leucocitosi) ed rx grafici che non evidenziavano fratture, veniva ricoverato nel reparto di ortopedia e sottoposto a prelievo ematico per ricontrollare i parametri di laboratorio ed in terapia antifebbrile a causa del rialzo della temperatura corporea. In costanza di una faringite, verosimilmente di origine virale. Il paziente veniva dimesso ma qualche giorno dopo veniva nuovamente visitato per il riacutizzarsi del dolore all'anca ed in sede lombo sacrale. Veniva nuovamente disposto il suo ricovero in ortopedia. La sintomatologia dolorosa si accentuava nelle ore successive. Per curare la sintomatologia dolorosa era trattato con farmaci; veniva sottoposto ad esame RX grafico del bacino e dell'anca sinistra che confermavano l'inesistenza di lesioni scheletriche fratturative. Non veniva misurata la pressione del sangue; la temperatura corporea si manteneva costantemente al di sotto dei 37°. Veniva nuovamente dimesso con diagnosi clinica di "Coxalgia sinistra e lombalgia in esiti di recente trauma contusivo bacino ed anca sinistra" con prescrizione di un periodo di riposo presso il proprio domicilio e di assumere terapia medica con FANS (ketoprofene) con funzione di terapia analgesica e di essere sostenuto sul piano psicologico, a causa di un non meglio definito "disagio psichico" riferito dalla madre. Condotta in pronto soccorso pochi giorni dopo, decedeva per una imponente emorragia gastrointestinale come conseguenza di un'acuta piastrinopenia, con presenza di sangue in esofago, stomaco, duodeno, intestino tenue ed intestino crasso con interessamento delle vie aeree superiori.

fronte disegni, sintomi inspiegabili e del tutto scollegati al modestissimo trauma patito dal ragazzo. *“Il mancato approfondimento di quella sintomatologia (fluttuante ed aspecifica e tuttavia grave) abbia determinato non solo l'assenza di diagnosi della malattia, ma la prescrizione e la prosecuzione della terapia con farmaci (FANS) i cui effetti diverranno concausa del decesso del paziente”*³⁹⁸.

Responsabilità penali in capo agli ortopedici conseguono altresì in caso di esecuzione di non semplici interventi chirurgici posti in essere tramite attività d'*équipe*³⁹⁹. In una recente pronuncia⁴⁰⁰ è stata confermata la responsabilità per omicidio colposo di un chirurgo ortopedico, non per imperizia nell'esecuzione dell'operazione, bensì per errore diagnostico ed omesso successivo intervento. Nella specie, si è ritenuto che la causa che ha portato al decesso della paziente fosse stata la lacerazione in più punti della vena iliaca esterna sinistra, nel corso dell'intervento chirurgico ortopedico di seconda revisione della protesi dell'anca effettuato dall'imputato, con apertura di una via di uscita del sangue dal circolo, con spandimento nelle zone più prossime a quella del campo operatorio dell'intervento di riprotesizzazione dell'anca fino a penetrazione del sangue nel peritoneo e nella cavità addominale. La lacerazione della vena iliaca è stata ritenuta incolpevole in considerazione della speciale difficoltà dell'intervento per la vicinanza della vena iliaca alla sede di impianto della protesi e la non visibilità del campo operatorio. A determinare l'evento mortale aveva concorso altresì l'errore diagnostico in cui erano caduti sia il chirurgo ortopedico (poi condannato), sia il chirurgo generale chiamato per il consulto (poi assolto), errore consistito nel valutare erroneamente la fonte dell'importante emorragia insorta durante l'intervento chirurgico. Tale errore aveva precluso la tempestiva scoperta della lesione vasale iatrogena, vera causa dell'imponente emorragia che aveva determinato il progressivo peggioramento di tutti i valori della paziente e che avrebbe reso possibile un intervento salvifico della vita della paziente. Quanto al chirurgo generale i giudici di merito hanno ritenuto rilevante ed accertato l'errore diagnostico in cui era incorso e altresì l'omissione di intervento esplorativo per il quale era stato interpellato, ma ha tuttavia escluso il nesso causale fra la sua condotta e l'evento morte in quanto, al momento in cui era stato chiamato per il consulto, le condizioni della paziente, risultavano già fortemente compromesse così da non potersi affermare, oltre ogni ragionevole dubbio, anche in considerazione del tempo occorrente per preparare l'intervento chirurgico, che l'esecuzione dell'intervento avrebbe avuto serie possibilità di successo prossime alla certezza. Il chirurgo ortopedico, invece, di fronte alla cospicua presenza di sangue nell'addome resa evidente dall'ecografia effettuata, avrebbe dovuto rendersi conto che la stessa non era più spiegabile con la

³⁹⁸ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 49804/2012. La condotta colposa del ricorrente non è stata solo omissiva ma anche commissiva. Si è, infatti, evidenziato come non vi fosse dubbio che la causa del decesso fosse ascrivibile ad una emorragia gastrointestinale insorta in seguito ad una prolungata riduzione delle piastrine, situazione aggravatasi per la somministrazione dei farmaci antinfiammatori.

³⁹⁹ Per un approfondimento si richiama il paragrafo dedicato alla responsabilità d'*équipe*.

⁴⁰⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 16063/2014.

semplice esecuzione dell'intervento chirurgico effettuato, ma era evidentemente dovuta ad una complicazione e lesione iatrogena. Tali condotte non permettevano l'effettuazione di un intervento chirurgico che, se tempestivamente eseguito, avrebbe permesso la riparazione della vena iliaca ed evitato lo shock ipovolemico al quale era seguita la morte della paziente.

Mentre nel caso precedente era stato addebitato agli imputati di aver causato l'evento, ponendo in essere condotte indipendenti ex art. 41, nel seguente caso si contestava ai medici dell'*équipe*, che avevano effettuato un intervento chirurgico di applicazione di una protesi d'anca, di aver cagionato la morte della paziente, cooperando colposamente tra loro (art. 113 c.p.), avendo scelto di agire tramite quello specifico intervento, nonostante vi fossero elementi indicativi per orientarsi verso un intervento alternativo (trattandosi di paziente con patologia cardiaca). I giudici di merito hanno assolto gli imputati, avendo ritenuto: la scelta operatoria corretta rispetto al non intervento ed alla scelta alternativa; il tipo di intervento effettuato con l'utilizzo di protesi cementate conforme alle regole dell'arte medica (in ragione della non configurabilità di scelte altrettanto efficaci e prive di controindicazioni altrettanto gravi, quali la mera osteosintesi o l'utilizzo di altri materiali); e, altresì, conforme ai principi ed alle prassi il c.d. consenso informato prestato. È stato affermato, infatti, che l'arresto cardiocircolatorio è insufficiente di per sé solo a manifestare l'imperizia degli imputati, che la tecnica prescelta è conforme ai criteri di chirurgia ortopedica, che l'ipotesi del non intervento era da escludere per le conseguenze pregiudizievoli che avrebbe comportato e che l'esame necroscopico non aveva dimostrato alcuna obiettivizzazione atta a dimostrare il rapporto causa effetto tra l'applicazione della protesi cementata con l'uso di metilmetacrilato ed il decesso⁴⁰¹.

In una pronuncia già citata si è trattato il caso di un ortopedico ed un radiologo imputati per aver cagionato lesioni gravissime colpose: il radiologo per essere stato negligente e superficiale nella lettura della TAC e per non aver ripetuto l'esame, l'ortopedico per non aver ordinato il ricovero del paziente e la sua immobilizzazione a letto, limitandosi a prescrivere 5 giorni di riposo⁴⁰².

34. Accenni sulla responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria

La natura della responsabilità. La nota sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 577/2008, chiamata a dirimere, con funzione nomofilattica, i conflitti giurisprudenziali sussistenti in materia di inquadramento giuridico della responsabilità medica⁴⁰³, ha definito la natura contrattuale della responsabilità civile sia della struttura sanitaria (pubblica e/o privata che sia) alla quale il

⁴⁰¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 18180/2013.

⁴⁰² Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 35943/2014.

⁴⁰³ Anche nel mutamento della terminologia si rinviene il cambiamento di prospettiva. Si parla, infatti, di responsabilità medica per sottolineare che, alla responsabilità del professionista, si aggiunge quella della struttura sanitaria (pubblica o privata) presso la quale il medico presta l'attività.

paziente si è rivolto per ricevere le prestazioni sanitarie, sia del medico che tali prestazioni abbia concretamente eseguito. In particolare, secondo il Giudice di Legittimità, la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria trova fondamento nel contratto di prestazione d'opera atipico c.d. di ospedalità o contratto di assistenza sanitaria (che si perfeziona con la semplice accettazione del paziente nella struttura)⁴⁰⁴, in virtù del quale la struttura deve fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di “assistenza sanitaria”, che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori. La giurisprudenza, quindi, è giunta a qualificare il rapporto struttura sanitaria-paziente distinguendolo rispetto al rapporto medico-paziente, definendo il c.d. contratto di ospedalità come autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive, dal quale derivano obbligazioni direttamente riferibili all'ente⁴⁰⁵ con conseguenti peculiari profili di responsabilità, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori, ed al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c.. Ne consegue che può aversi una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato sia per il fatto della struttura stessa (ad esempio, per insufficiente o inadeguata organizzazione) sia per il fatto del personale dipendente o ausiliario. Responsabilità che va ricondotta sempre all'art. 1228 c.c., per il principio secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, ancorché non siano alle proprie dipendenze.

L'orientamento giurisprudenziale dominante qualifica come contrattuale anche l'obbligazione del medico nei confronti del paziente. Due sono le ipotesi configurabili: la prima sussiste qualora esista uno specifico contratto tra paziente e medico (che ad esempio svolge la sua attività in un ambulatorio privato), configurabile come un contratto di prestazione d'opera professionale; la seconda ipotesi, invece, viene ad esistenza quando il rapporto tra medico e paziente trovi la propria occasione nel “contratto di ospedalità” intercorso tra un paziente ed una struttura sanitaria, in virtù del quale il medico (dipendente o comunque incardinato nell'ente) esegua la prestazione sanitaria. In quest'ultimo caso il fondamento della responsabilità del medico nei confronti del paziente viene individuato nel c.d. contatto sociale⁴⁰⁶. La Suprema Corte⁴⁰⁷ ha precisato che il contatto sociale costituisce fonte di un rapporto (contrattuale) avente ad oggetto una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli

⁴⁰⁴ Cass. civ., sent. n. 8826/2007.

⁴⁰⁵ *Ex multis*, Cass. civ., sent. n. 571/2005 e n. 1698/2006.

⁴⁰⁶ Cass. civ. sent. n. 589/1999, Cass. civ. Sez. Un. sent. n. 577/2008.

⁴⁰⁷ Cass. civ., sent. n. 8826/2007.

interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto “contatto”, ed in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi. Gli obblighi ai quali soggiace il medico sono più intensi del generico *neminem laedere* che incombe sulla generalità dei consociati e che comporterebbe solo il sorgere di una responsabilità extracontrattuale, sicuramente meno vantaggiosa per il malato (in termini di onere della prova e prescrizione)⁴⁰⁸.

A seguito dell'intervento della Legge Balduzzi, il riferimento all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 ha indotto alcuni Tribunali di merito a dubitare della possibilità di continuare ad applicare in modo generalizzato i criteri di accertamento della responsabilità contrattuale, fino a ritenere che “*il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana*”⁴⁰⁹. In ogni caso, la disposizione citata lascia senza dubbio immutata la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, sia per il fatto proprio sia per il fatto del personale dipendente o ausiliario, riguardando esclusivamente la responsabilità del personale sanitario. Anche il Tribunale di Milano, con una sentenza definita storica⁴¹⁰, ha accolto questa nuova opinione. Secondo il Tribunale meneghino, per effetto della tradizionale lettura interpretativa (pro responsabilità contrattuale), negli anni si è assistito ad una sempre maggiore esposizione di tale categoria professionale al rischio di dover risarcire danni anche ingenti (con proporzionale aumento dei premi assicurativi). Ciò ha involontariamente contribuito all'esplosione del fenomeno della c.d. “medicina difensiva” (ovvero, l'eccesso di esami e accertamenti chiesti dai medici per evitare potenziali rivendicazioni da parte dei pazienti)⁴¹¹. Discostandosi, pertanto, da tutte le precedenti pronunce in materia, il Tribunale ha ritenuto che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile al medico (e agli altri esercenti una professione sanitaria) debba essere individuato in quello della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue sia in tema di riparto dell'onere della prova⁴¹², sia di termine di prescrizione quinquennale (e non più decennale) del diritto al risarcimento del danno. “*Tale conclusione dovrebbe “favorire la c.d. alleanza terapeutica fra medico e paziente, senza che (più o meno*

⁴⁰⁸ GIACARDI, *La responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, in www.diritto.it, 2011.

⁴⁰⁹ Trib. Varese, sent. 26.11.2012, n. 1406.

⁴¹⁰ Trib. Milano, Sez. I civile, sent. 17.07.2014. Vedasi anche Trib. Rovereto, sent. 29.12.2013.

⁴¹¹ In conclusione per l'ordine dei medici di Milano la sentenza è positiva anche perché fino ad ora a causa dei costi dei premi assicurativi “*molti medici non si sono più limitati a praticare solo le linee guida e le buone pratiche accreditate dalle comunità scientifica, ma si sono “difesi” richiedendo esami diagnostici non necessari per il paziente e particolarmente onerosi per il servizio sanitario, oppure si rifiutano di trattare i casi più complicati e a rischio denuncia*”.

⁴¹² La pronuncia dei giudici milanesi riguardava un processo intentato da un paziente del Policlinico di Milano ad un suo medico per un caso di paralisi delle corde vocali. La sentenza ha stabilito che non è più il medico a dover provare la propria correttezza professionale, ma è il paziente che deve provare la colpa del medico.

inconsiamente) venga inquinata da un sottinteso e strisciante “obbligo di risultato” al quale il medico non è normativamente tenuto (ma che, di fatto, la responsabilità ex art. 1218 c.c. da “contatto sociale” finisce a volte per attribuirgli) e che è spesso alla base di scelte terapeutiche “difensive”, pregiudizievoli per la collettività e talvolta anche per le stesse possibilità di guarigione del malato”, coerentemente con quella che è la *ratio legis*”. Peraltro, prosegue il Tribunale, il superamento della teoria del “contatto sociale” non comporta un'apprezzabile compressione delle possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento dei danni, e ciò in ragione sia del diverso regime giuridico (art. 1218 c.c.) applicabile alla responsabilità della struttura presso cui il medico opera, sia della prevedibile maggiore solvibilità della stessa⁴¹³.

Ciononostante, altri giudici continuano a negare che dall'art. 3 citato discenda la natura extracontrattuale della responsabilità del medico⁴¹⁴. Si è affermato che con la norma si è solamente precisato che, nelle ipotesi di colpa lieve per essersi attenuti alle linee guida, non viene meno l'obbligo di risarcire il danno (in ciò sostanziandosi l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.), nella cui quantificazione il giudice dovrà tenere conto dell'avvenuto rispetto delle linee guida e buone pratiche. Pertanto, poiché la norma deve essere unitariamente interpretata, non può estrapolarsi dalla seconda parte della stessa un principio generale ed autonomo riguardante la natura giuridica della responsabilità medica “che imponga un revirement giurisprudenziale nel senso del ritorno ad un'impostazione aquiliana, con le conseguenziali ricadute in punto di riparto degli oneri probatori e di durata del termine di prescrizione”⁴¹⁵. Il generico richiamo all'art. 2043 c.c. deve essere inteso unicamente come limitato all'individuazione di un obbligo (l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile che equivale a dire l'obbligo di risarcimento del danno), non potendosi affermare “che richiamare un obbligo equivalga a richiamare un'intera disciplina” e dovendosi quindi concludere che il riferimento all'art. 2043 c.c. (si badi: non alla disciplina dell'illecito extracontrattuale, ma

⁴¹³ Della stessa opinione anche il Tribunale di Torino del 26.02.2013, secondo il quale, però, la Legge Balduzzi ha cambiato il “diritto vivente”, nel senso che l'art. 2043 sarebbe ora la norma a cui ricondurre sia la responsabilità del medico pubblico dipendente sia quella della struttura pubblica nella quale opera, non essendo ipotizzabile un diverso regime di responsabilità del medico e della struttura.

⁴¹⁴ Cassazione, Relazione n. 157/2012, *La responsabilità civile e penale del chirurgo nella giurisprudenza di legittimità*. Le regole elaborate dalla giurisprudenza, uniformi e condivise, “non sono affatto statiche ed immutabili, anzi i principi giurisprudenziali in materia di responsabilità medica sono “quotidianamente sottoposti a stress-test, che consentono di valutarne al perdurante validità. Non può dunque a priori escludersi che principi oggi ritenuti consolidati possano essere domani rimeditati. Del resto, gli stessi principi giurisprudenziali oggi dominanti non lo erano affatto in passato: si pensi al problema dell'accertamento del nesso causale in tema di colpa omissiva, campo nel quale si è passati dalla regola della ‘assoluta certezza’ a quella della ‘ragionevole probabilità’; ovvero al problema dell'accertamento della colpa nel caso di interventi complessi, nel quale si è passati dalla regola dell'affermazione di responsabilità del medico nei soli casi di colpa grave, a quella dell'affermazione di responsabilità in ogni caso, eccezion fatta per la colpa lieve consistita in imperizia; od ancora si pensi al tema del riparto dell'onere di provare la colpa del medico, nel quale si è passati dalla regola che addossava al paziente l'onere di provare la colpa del medico, ad una regola diametralmente opposta”.

⁴¹⁵ Trib. Arezzo, sent. 14.02.2013.

esclusivamente all'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile) sia *“del tutto neutro rispetto alle regole applicabili”* e consenta di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale. Ad ulteriore sostegno delle precedenti argomentazioni, si è rilevato che *“se fosse vero che il richiamo all'art. 2043 impone l'adozione di un modello extracontrattuale, si dovrebbe pervenire, a rigore, alla conseguenza - inaccettabile - di doverlo applicare anche alle ipotesi pacificamente contrattuali (quali sono quelle ex art. 2330 e ss.), dal momento che il primo periodo dell'art. 3, c. 1, considera tutte le possibili ipotesi di condotte sanitarie idonee ad integrare reato (che possono verificarsi indifferentemente sia nell'ambito di un rapporto propriamente contrattuale, quale quello fra il paziente e il medico libero professionista, che in un rapporto da contatto sociale) e il secondo periodo richiama tutte le ipotesi di cui al primo periodo (“in tali casi”), senza operare alcuna distinzione fra ambito contrattuale proprio ed assimilato; non sarebbe dunque consentita la limitazione del ripristino del modello aquiliano per le sole ipotesi di responsabilità da contatto”*. Pertanto, la norma del secondo periodo non ha inteso operare alcuna scelta circa il regime di accertamento della responsabilità civile, ma ha voluto soltanto far salvo (*“resta comunque fermo”*) il risarcimento del danno anche in caso di applicazione dell'esimente penale, lasciando l'interprete libero di individuare il modello da seguire in ambito risarcitorio civile.

*“D'altra parte, la presunzione di consapevolezza che si vuole assista l'azione del Legislatore impone di ritenere che esso, ove avesse effettivamente inteso ricondurre una volta per tutte la responsabilità del medico ospedaliero (e figure affini) sotto il (solo) regime della responsabilità extracontrattuale, escludendo l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1218 c.c. e così cancellando lustri di elaborazione giurisprudenziale, avrebbe certamente impiegato proposizione univoca (come per esempio *“la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria per l'attività prestata quale dipendente o collaboratore di ospedali, cliniche e ambulatori è disciplinata dall'art. 2043 del codice civile”*) anziché il breve inciso in commento”⁴¹⁶.*

“Il decreto Balduzzi che inerisce alle condotte di colpa lieve - per così dire penalmente “scusabili”, perché conformate dalla comune prassi medica e per le quali si introduce la non sanzionabilità sul piano penale, ma provviste di permanente rilevanza dal punto di vista civilistico - deve essere oggetto di un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. (...) Con l'uso della locuzione con valenza eccezzuativa, “fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile”, il legislatore - il cui intento era quello di regolamentare i soli profili penali - non ha espressamente e univocamente limitato i rimedi risarcitori esperibili, prevedendo, cioè, che, a fronte delle suddette condotte, fosse esperibile solo il rimedio aquiliano, per contro, l'eventuale adesione ad un modello di responsabilità (quello ex art. 2043 c.c.)

⁴¹⁶ Trib. Milano, sent. 18.11.2014.

*diverso da quello consacrato, in via interpretativa, ovvero quello contrattuale, richiedendo una previsione espressa ed esplicita (del tipo: il medico risponde solo ex art. 2043 c.c.)*⁴¹⁷.

L'onere della prova. Inquadrata nell'ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria e del medico, il problema del riparto dell'onere probatorio deve seguire i criteri fissati in materia contrattuale⁴¹⁸. Il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

Applicando tale principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico si è affermato che il paziente (creditore) che agisce in giudizio deve, anche quando deduce l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgere di nuove patologie ed allegare (non provare, ma solo allegare) l'inadempimento del sanitario (inadempimento che deve essere "qualificato", ossia astrattamente efficiente alla produzione del danno). Resta a carico del debitore (medico-struttura sanitaria) l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente (ai sensi dell'art. 1176, c.2, c.c.), che l'intervento era di difficile esecuzione (se si vuole invocare il parametro di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.), che l'inadempimento non vi è stato (ovvero che, pur esistendo, non è stato eziologicamente rilevante), che il mancato o inesatto adempimento o gli esiti peggiorativi sono dovuti a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da impedimento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta⁴¹⁹. Inoltre, specificando ulteriormente i principi sopra detti, la Suprema Corte⁴²⁰ ha precisato che, in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c., il paziente-creditore non è tenuto a provare la colpa del medico e/o della struttura sanitaria e la relativa gravità. All'art. 2236 c.c. non va assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, in quanto la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e

⁴¹⁷ Trib. Brindisi, sent. 18.07.2014.

⁴¹⁸ Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 577/2008.

⁴¹⁹ Si pensi agli interventi di pronto soccorso durante i quali, per l'impossibilità di effettuare gli accertamenti sull'assistito, si determina la morte o gravi patologie a causa di incompatibilità anafilattiche o di condizioni soggettive particolarmente fragili.

⁴²⁰ *Ex multis*, Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 577/2008; Cass. civ., sent. n. 8826/2007; Cass. civ., sent. n. 17143/2012.

prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà rileva solamente ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario⁴²¹. Porre a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova dell'esatto adempimento della prestazione medica soddisfa, semplicemente, il principio della "vicinanza della prova", inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla⁴²².

L'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni sanitarie non è peraltro qualunque inadempimento, ma *"solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno"*⁴²³.

La ripartizione dell'onere probatorio, inoltre, non risente più della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, non adeguandosi alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. Il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale è infatti identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione (ex art. 1453, c.c.), sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale (ex art. 1218, c.c.), senza richiamarsi alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

⁴²¹ Cass. civ., Sez. III, sent. n. 10297/2004. Conforme Trib. Novara 07.10.2009. La giurisprudenza ha per lungo tempo distinto tra prestazioni di facile e di difficile esecuzione al fine di stabilire su chi grava l'onere probatorio. Secondo tale consolidato orientamento l'onere probatorio era così ripartito: negli interventi di c.d. facile esecuzione, caratterizzati da regole precise e di dominio comune in ambito medico, l'inosservanza di tali regole configurava tout-court la colpa del medico: operava, in altri termini, una presunzione di colpa. Provato dal creditore-paziente che l'intervento richiesto era di facile o routinaria esecuzione, si presumeva la colpa del professionista che, se voleva andare esente da responsabilità, doveva dimostrare che l'insuccesso dell'operazione chirurgica non era dipeso dalla propria negligenza o imperizia, ma da eventi imprevisi e imprevedibili secondo l'ordinaria diligenza professionale, ovvero dall'esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale; negli interventi di difficile esecuzione, il medico – se voleva limitare la propria responsabilità – aveva l'onere di provare soltanto la natura complessa dell'operazione, mentre ricadeva sul paziente l'onere di provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee. In sostanza, una volta provato dal professionista che la prestazione implicava problemi tecnici di particolare difficoltà, era il paziente a dover dimostrare, in modo preciso e specifico, quali fossero state le modalità di esecuzione ritenute inidonee. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza è ormai unanime nello stabilire che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione o implicante problemi tecnici di particolare complessità non rileva ai fini del riparto dell'onere probatorio, dovendo essere apprezzata unicamente per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà.

⁴²² Secondo tale principio, l'onere della prova va posto a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore. Dato che l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, la prova è senza dubbio vicina a chi ha eseguito la prestazione, tanto più che trattandosi di obbligazione professionale il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto. Cass. civ., Sez. I, sent. n. 11309/2009 e Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 577/2008.

⁴²³ Cass. civ., Sez. Un, sent. n. 577/2008.

La prescrizione dell'azione. Alla ormai accertata natura contrattuale del rapporto, che si instaura con il paziente, consegue che la prescrizione della relativa azione abbia durata decennale. Pertanto, quando la pretesa risarcitoria fatta valere è rapportata ad una responsabilità contrattuale (ciò che avviene nella maggior parte dei casi) altro regime prescrizionale non può trovare applicazione se non quello desumibile dal combinato disposto degli articoli 2935 e 2946 c.c., per il quale la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (al verificarsi del danno) e si compie nel termine di dieci anni⁴²⁴.

In tema di *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione in ambito di responsabilità medica si sono espresse le Sezioni Unite della Cassazione⁴²⁵, specificando che il “*verificarsi del danno*” coincide con la manifestazione esterna del danno, ovvero quando esso diviene “*oggettivamente percepibile e riconoscibile*”, anche in relazione alla sua rilevanza giuridica. Ai fini del decorso della prescrizione, non è pertanto sufficiente la mera consapevolezza della vittima di “*stare male*”, bensì occorre che quest'ultima si trovi nella possibilità di apprezzare la gravità delle conseguenze lesive della sua salute anche con riferimento alla loro “*rilevanza giuridica*”. L'individuazione del *dies a quo* ancorata solo al parametro dell’“*esteriorizzazione del danno*” può tuttavia rivelarsi limitante ed impedire una piena comprensione delle ragioni che giustificano l'inattività (incolpevole) della vittima rispetto all'esercizio dei suoi diritti, specie nel caso di danno lungolatente (come ad esempio, contagio di HIV da emotrasfusione). Per tale motivo, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre dal momento in cui viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche⁴²⁶. Il *dies a quo* di decorrenza viene spostato in avanti nel tempo, al momento della percepibilità di un danno ingiusto, conseguenza del comportamento di un terzo e non è, quindi, ancorato al mero momento di “*insorgenza*” della malattia.

⁴²⁴ Cass. civ., Sez. III, sent. n. 9085/2006.

⁴²⁵ Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 583/2008.

⁴²⁶ Le Sezioni Unite civili, sent. n. 5876/2008, hanno statuito che “*la responsabilità del Ministero della salute per i danni conseguenti ad infezioni da virus HBV, HIV e HCV contratte da soggetti emotrasfusi è di natura extracontrattuale, ne' sono ipotizzabili, al riguardo, figure di reato tali da innalzare i termini di prescrizione (epidemia colposa o lesioni colpose plurime); ne consegue che il diritto al risarcimento del danno da parte di chi assume di aver contratto tali patologie per fatto doloso o colposo di un terzo è soggetto al termine di prescrizione quinquennale che decorre, a norma dell'art. 2935 c.c. e art. 2947 c.c., comma 1, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche*”.

L'apparente antinomia tra la giurisprudenza civile e quella penale in tema di decorrenza della prescrizione, può essere risolta prendendo spunto dalla stessa motivazione della sentenza delle Sezioni Unite, laddove è stata delineata la distinzione dell'illecito civile rispetto a quello penale, valorizzando la rilevanza del "danno" nel primo ed del "fatto" nel secondo. Nella valutazione del *dies a quo* della prescrizione civile incide in modo rilevante l'elemento soggettivo, correlato alla volontà del soggetto ed alla sua effettiva conoscenza del danno illecito, e ciò è collegato alla *ratio* stessa dell'istituto che è sensibile alla volontà del soggetto di esercitare o meno il diritto e/o l'azione (a cui si collegano le cause interruttive). Dal che la analoga soluzione adottata dalla giurisprudenza in tema di *dies a quo* per esercitare il diritto di querela. Invece, la *ratio* della prescrizione penale si collega al venir meno delle esigenze di prevenzione generale, per cui è lo Stato a non avere interesse più alla punizione. Ciò spiega perché la disciplina della interruzione della prescrizione penale non è ancorata ai comportamenti della vittima ed alla sua volontà di agire (come invece in sede civile) e spiega anche perché le cause interruttive penali hanno un limite temporale massimo, mentre quelle civili possono reiterarsi. Ne consegue la coerenza della scelta di individuare il *dies a quo* in penale nella "insorgenza della malattia in fieri" (elemento perfezionativo della tipicità del fatto)⁴²⁷ e in civile nella consapevolezza di "un danno ingiusto conseguente al comportamento di un soggetto" (in quanto solo in questo momento il danneggiato è in grado di esercitare il suo diritto, avendone piena consapevolezza ai sensi dell'art. 2935 c.c.).

L'obbligo di diligenza. La colpa civile consiste nel tenere una condotta diversa da quella che, per legge o per comune prudenza, si sarebbe dovuta tenere. Il criterio di valutazione è la diligenza *ex art. 1176 c.c.*: è in colpa il medico che non ha tenuto una condotta diligente, cioè una condotta che un altro medico, investito del medesimo incarico, avrebbe tenuto nelle stesse circostanze. La diligenza richiesta al medico è quella professionale, specifica del buon medico⁴²⁸. L'art. 1176, c.2, c.c. dispone che "nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata". Tra questa regola di diligenza e l'area della responsabilità esiste un rapporto di proporzione diretta: più alta è la soglia di diligenza esigibile dal professionista, maggiore è l'area della responsabilità professionale, perché basteranno mancanze

⁴²⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 37432/2003, sent. n. 2442/1999, sent. n. 2522/1998. "Nel delitto di lesioni personali colpose derivanti da malattia professionale caratterizzata da evoluzione nel tempo, il momento di consumazione del reato non è quello in cui sarebbe venuta meno la condotta del responsabile causativa dell'evento, bensì quello dell'insorgenza della malattia prodotta dalle lesioni, sicché ai fini della prescrizione il *dies commissi delicti* va retrodatato al momento in cui risulti la malattia in fieri, anche se non stabilizzata in termini di irreversibilità o di impedimento permanente."

⁴²⁸ Si tratta della diligenza esigibile dall'*homo eiusdem generis et condicionis*. La diligenza esigibile dal medico deve essere, secondo la giurisprudenza, "superiore alla media", "del regolato e accorto professionista" "esercitante la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione". Per la Cassazione, insomma, il medico "medio" di cui all'art. 1176, c. 2, c.c. non è il medico mediocre ma il medico bravo, anzi molto bravo.

anche lievi per essere giudicate negligenti e, quindi, colpose. Attualmente l'asticella della diligenza professionale minima richiesta dal medico è collocata molto in alto⁴²⁹.

Tre sono, dunque, gli obblighi fondamentali cui il medico si deve attenere. Il primo è l'obbligo di cura, ossia l'attenzione che il soggetto deve impiegare nell'esecuzione della prestazione, prendendo le iniziative necessarie e verificando le proprie capacità ed i propri mezzi nell'eseguire la prestazione. La violazione di tale obbligo comporta il sorgere della colpa per negligenza. Il secondo è l'obbligo della prudenza, che consiste nell'osservanza delle misure di cautela idonee ad evitare che sia impedito il soddisfacimento dell'obbligazione o comunque che siano pregiudicati altri interessi del creditore. La violazione di tale obbligo comporta il sorgere della colpa per imprudenza. Il terzo è l'obbligo della perizia, che consiste – da un punto di vista oggettivo – nell'impiego di adeguate nozioni e strumenti tecnici e – in senso soggettivo – nell'abilità e nella preparazione tecnica del soggetto obbligato. In caso di sua violazione vi è responsabilità per imperizia.

Riguardo alla responsabilità medica, la giurisprudenza afferma da tempo che, in base al combinato disposto dell'art. 1176, c.2, c.c. e dell'art. 2236 c.c. la diligenza richiesta non è quella ordinaria del buon padre di famiglia, bensì quella ordinaria del buon professionista (c.d. diligenza qualificata), e cioè la diligenza normalmente adeguata in ragione del tipo di attività e delle relative modalità di esecuzione. Essa (si tratti di professionista o imprenditore) si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili eventi dannosi. Si è ulteriormente precisato che, se è vero che il criterio della normalità va valutato con riferimento alla diligenza media richiesta, lo specifico richiamo normativo alla natura dell'attività esercitata impone che tale "normalità" sia valutata, e conseguentemente parametrata, in relazione ad una pluralità di fattori, da esaminarsi alla luce delle concrete circostanze del caso. In particolare la Suprema Corte ha ritenuto che la condotta del medico specialista, anche alla luce dell'affidamento che la qualifica di "specialista" ingenera nel paziente, deve essere vagliata con maggior rigore ai fini della responsabilità professionale, dovendosi aver riguardo alla peculiare specializzazione ed alla necessità di adeguare la condotta alla natura ed al livello di pericolosità della prestazione, implicante scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. L'obbligazione di diligenza muta a seconda del grado di specializzazione posseduto dal medico e richiesto dalla prestazione: a diversi gradi di specializzazione, quindi, corrispondono diversi gradi di perizia⁴³⁰. Può allora distinguersi tra una diligenza professionale generica e una diligenza professionale variamente qualificata. La prima, essendo comunque il debitore tenuto ad una normale perizia, consiste in una diligenza che

⁴²⁹ Cassazione, Relazione n. 157/2012, *La responsabilità civile e penale del chirurgo*, cit..

⁴³⁰ Cass. civ., sent. n. 8826/2007 e sent. n. 17143/2012.

definiremo “standard”, commisurata al modello del buon professionista, secondo una misura obiettiva che prescinde dalle concrete capacità del soggetto. Mentre una diversa misura di perizia è dovuta in relazione alla qualifica professionale del debitore, in relazione ai diversi gradi di specializzazione propri dello specifico settore professionale⁴³¹.

La difficoltà dell'intervento e la diligenza del professionista vanno valutate in concreto, rapportandole al livello di specializzazione del professionista ed alle strutture tecniche a sua disposizione, nonché ad altri fattori (quali il tipo di patologia, le condizioni generali del paziente, l'attuale stato della tecnica e delle conoscenze scientifiche, l'organizzazione dei mezzi adeguati per il raggiungimento degli obiettivi in condizioni di normalità, ecc.). La misura della diligenza richiesta nelle obbligazioni professionali va quindi concretamente accertata sotto il profilo della responsabilità. Incombe in ogni caso sul medico, in caso di insuccesso, dare la prova della particolare difficoltà della prestazione⁴³². Le obbligazioni professionali sono dunque caratterizzate dalla prestazione di attività particolarmente qualificata da parte di soggetto dotato di specifica abilità tecnica, in cui il paziente fa affidamento nel decidere di sottoporsi all'intervento chirurgico (che lo espone in ogni caso ad un più o meno alto grado di rischio per la propria incolumità, se non addirittura sopravvivenza), al fine del raggiungimento del risultato sperato. Affidamento tanto più accentuato quanto maggiore è la specializzazione del professionista e la preparazione organizzativa e tecnica della struttura sanitaria presso la quale l'attività medica viene dal primo espletata. E con tale ultimo argomento, il Giudice di Legittimità ha escluso che possa farsi discendere una limitazione della diligenza richiesta (e quindi della responsabilità) dalla qualificazione dell'obbligazione in termini di obbligazione di mezzi⁴³³. Il richiamo alla diligenza ha, dunque, la funzione di ricondurre la responsabilità del medico alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise: come è stato recentemente confermato dalla giurisprudenza, la diligenza assume il duplice significato di parametro di imputazione dell'inadempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

Poiché deve ritenersi in colpa il medico che abbia una preparazione anche solo lievemente incompleta o inadeguata, la Suprema Corte ha ritenuto in colpa il medico che abbia ommesso di adottare un rimedio atto a scongiurare determinate condizioni post-operatorie⁴³⁴. Molto frequenti

⁴³¹ Chi assume un'obbligazione nella qualità di specialista, o una obbligazione che presuppone una tale qualità, è tenuto alla perizia che è normale della categoria, e lo sforzo tecnico richiesto (ai fini una valutazione circa la diligenza, e quindi l'adempimento, del debitore) implica anche l'uso degli strumenti materiali normalmente adeguati, ossia l'uso degli strumenti comunemente impiegati nel tipo di attività professionale in cui rientra la prestazione dovuta.

⁴³² Cass. civ., sent. n. 8826/2007.

⁴³³ Cass. civ., sent. n. 8826/2007 e Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 577/2008.

⁴³⁴ Cass. civ., sent. n. 1441/1979. Si è ritenuto in colpa il chirurgo che, dopo un intervento di artrodesi del ginocchio reso necessario da tubercolosi ossea, non aveva applicato un drenaggio in gomma a tutti e due gli

sono anche le decisioni che hanno ravvisato la negligenza da parte del chirurgo nel ritardo col quale si è eseguito un intervento da ritenersi urgente⁴³⁵. Analogo è il caso della ritardata esecuzione di esami diagnostici in grado di inquadrare correttamente sintomi aspecifici, sia pure a fronte di un caso clinico molto raro⁴³⁶. Nella valutazione della diligenza non sempre costituisce una scusante la circostanza che il medico sia stato chiamato ad affrontare un'urgenza esulante dalle sue competenze ovvero il cui trattamento esigeva strutture od apparati non disponibili presso quell'ospedale: il medico ha sempre l'obbligo di valutare con prudenza i limiti della propria adeguatezza ricorrendo anche all'ausilio di un consulto⁴³⁷; egli, inoltre, deve ovviare alle carenze strutturali ed organizzative, ovvero, se ciò non sia possibile deve informare il paziente, consigliandogli il ricovero in altra struttura.

Accanto all'onere di agire diligentemente, è previsto un ulteriore obbligo cui deve attenersi il medico: l'obbligo di vigilanza nella fase post-operatoria. Se l'intervento operatorio in senso stretto può ritenersi concluso con l'uscita della paziente dalla camera operatoria, tuttavia un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato certamente grava sul sanitario anche nella fase successiva. In realtà tale dovere di sorveglianza può considerarsi una specificazione del generale dovere di diligenza: il medico chirurgo deve comportarsi diligentemente durante tutto l'intervento e quindi sia in fase pre-operatoria che post-operatoria, così da garantire la completa risoluzione dell'intervento.

La responsabilità e i doveri del medico non riguardano solo l'attività propria e dell'*équipe* che a lui risponda, si estende allo stato di efficienza ed al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui presta la sua attività e si traduce in un ulteriore dovere di informazione del paziente, in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di trasferirsi in un'altra. L'omessa informazione sul punto può configurare

angoli della ferita, per evitare il formarsi di raccolte ematiche negli spazi lasciati vuoti dall'intervento chirurgico. Cass. civ., Sez. III, sent. n. 8875/1998. Si è ritenuto responsabile il medico che, a fronte di una presentazione anomala del feto, che lo esponeva al rischio di distocia di spalla, aveva optato per l'applicazione della ventosa in luogo del taglio cesareo.

⁴³⁵ Una fattispecie tipica è la responsabilità dell'ostetrico-ginecologo per ritardata esecuzione del parto cesareo pur a fronte di inequivoci sintomi di sofferenza perinatale del feto. Vedasi paragrafo specifico sulla responsabilità del ginecologo.

⁴³⁶ Cass. civ., Sez. III, sent. n. 9085/2006. Il caso riguardava un paziente operato di ernia al disco, il quale aveva manifestato dopo l'intervento una paraplegia acuta, dovuta (come si scoprì successivamente) ad un tumore tra l'XI e la XII vertebra dorsale. Il chirurgo, tuttavia, aveva omesso di adottare provvedimenti decisivi e non aveva subito disposto il trasferimento del paziente nel reparto di neurochirurgia.

⁴³⁷ Cass. civ., Sez. III, sent. n. 12273/2004. La Suprema Corte ha cassato la decisione della Corte di merito che aveva escluso la responsabilità dei medici del pronto soccorso i quali avevano proceduto, eseguendola scorrettamente, alla sutura del nervo ulnare di un ragazzo ricoverato per ferita da taglio al terzo inferiore del braccio destro con lesione muscolo-nervosa, senza interpellare il dirigente chirurgo, malgrado la loro inesperienza per tale tipo di intervento e la mancanza di strutture di ausilio.

una grave negligenza, della quale il medico risponderà in concorso con l'ospedale sul piano della responsabilità civile, quindi del risarcimento del danno⁴³⁸.

Da quanto sinora detto si può quindi dire che il medico risponde per colpa ogniqualvolta non si sia attenuto alle generali regole di prudenza, diligenza e perizia valutate in relazione all'attività esercitata e al grado di specializzazione dello stesso. La responsabilità del medico – come quella di qualsiasi altro professionista – è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave quando *“la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”* (art. 2236, c.c.). Detto principio si applica soltanto quando il caso concreto si presenti come straordinario ed eccezionale, non essendo stato adeguatamente studiato nella scienza e sperimentato nella pratica, ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica giuridica, tra i quali il medico deve operare la sua scelta. In sostanza, la limitazione della responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o di colpa grave si applica soltanto in ordine a interventi chirurgici di particolare complessità⁴³⁹; vuoi perché il caso non è ancora stato studiato a sufficienza, vuoi perché non sono stati sufficientemente applicati i metodi da adottare. Si ritiene che l'intervento implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà è quello che richiede notevole abilità, implica la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità e comporta un largo margine di rischi⁴⁴⁰. La giurisprudenza è piuttosto rigorosa in tema di prova della eccezionalità e complessità dell'intervento: il medico che invoca l'art. 2236 c.c. è tenuto a provare in modo puntuale gli elementi che rendono l'intervento in oggetto complesso, ovvero le circostanze che evidenziano che il caso è ancora poco studiato. *“L'alto tasso di esiti negativi di un certo intervento non costituisce circostanza di significato univoco circa la sussistenza della particolare difficoltà nello svolgimento della prestazione medica, poiché potrebbe riguardare la patologia sulla quale si interviene piuttosto che le modalità di intervento, rispetto alle quali si misura la diligenza richiesta. Certamente il margine di rischio dell'intervento può essere considerato nella valutazione globale della particolare difficoltà*

⁴³⁸ Cass. civ., Sez. III, sent. n. 6318/2000. Nel caso di specie, il primario della divisione di ostetricia è stato ritenuto responsabile delle irreversibili menomazioni a carico del sistema nervoso centrale cagionate ad un neonato a seguito di grave asfissia al momento della nascita, per non aver controllato e per non aver predisposto un continuo monitoraggio – dovuto anche all'indisponibilità di un cardiocitografo – durante il ricovero della partoriente e durante il parto, colposamente non accelerate in relazione alle particolarità del caso.

⁴³⁹ L'art. 2236 c.c. è pertanto inapplicabile nel caso di interventi routinari o di facile esecuzione e, come vedremo, nel caso di colpa per imprudenza o negligenza.

⁴⁴⁰ Sono stati ritenuti interventi di non speciale difficoltà: un intervento di polipectomia (sent. n. 24791/2008), la diagnosi precoce nel neonato della fenilchetonuria (sent. n. 2042/2005), l'esecuzione per via naturale di parto rivelatosi distocico per la microsomia del feto ed il prolungarsi del periodo gestazionale sino alle 43esima settimana (sent. n. 583/2005), la corretta immobilizzazione delle articolazioni di un arto ustionato (sent. n. 2466/1995), l'elettroshock (sent. n. 3616/1972).

dell'intervento, ma di per sé non può costituire elemento decisivo, dovendosi comunque fare anche e soprattutto riferimento alla prestazione che il sanitario rende⁴⁴¹.

Va inoltre rilevato che la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. attiene esclusivamente alla perizia, e non anche alla diligenza e alla prudenza⁴⁴². Da ciò consegue che quantunque il medico, in un caso di particolare difficoltà, abbia usato tutta la perizia dovuta, non rimane esente da responsabilità se dal suo operato sia derivato un danno per negligenza o imprudenza: in questi casi il professionista risponde anche per colpa lieve.

L'obbligo di informazione. Una colpa del medico può sorgere non solo dalla violazione delle *leges artis* (o *guidelines*), ma anche dalla violazione dell'obbligo di informare il paziente in merito ai rischi, ai vantaggi, alle alternative dell'intervento. Si tratterà, dunque, di una colpa per negligenza.

L'obbligo di informazione scaturisce da un set di fonti normative diverse, tra cui gli artt. 2, 13, 32 Cost.⁴⁴³; ma occorre ricordare che il consenso all'atto medico non costituisce rimozione di un ostacolo all'esercizio dell'attività medica altrimenti illecita, bensì è necessario per qualsiasi intervento, di diagnosi o di cura⁴⁴⁴.

Il Giudice di Legittimità ha posto limiti rigorosi all'obbligo di informazione: esso comprende tutti i rischi prevedibili, anche se la loro probabilità è minima; mentre non comprende i rischi anomali, cioè quelli che possono essere ascritti solo al caso fortuito. È quindi in colpa (da inadempimento contrattuale) sia il medico che non fornisca al paziente le necessarie informazioni, sia quello che le fornisca in modo insufficiente, sia quello che le fornisca in modo errato⁴⁴⁵. Si rinvia al paragrafo sulla chirurgia estetica, per un approfondimento sulla *quantum* di informazione, che deve essere maggiore di quello fornito in occasione di interventi terapeutici.

L'obbligazione del medico: di mezzi o di risultato. L'obbligazione assunta dal medico, sia che questi operi come libero professionista, sia che agisca come dipendente di una azienda sanitaria, è ricondotta generalmente allo schema della *locatio operis*. Il professionista non è tenuto all'esecuzione di un'opera o di un servizio ma esclusivamente ad un idoneo impiego di mezzi in

⁴⁴¹ Cass. civ., Sez. III, sent. n. 10297/2004. La distinzione tra prestazione di facile o difficile esecuzione deve essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, dato che l'intervento implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà limita la responsabilità del medico al dolo e alla colpa grave ex art. 2236 c.c..

⁴⁴² Che l'art. 2236 c.c. sia applicabile ai soli casi di colpa per imperizia, non a quelli di colpa per imprudenza o negligenza, è principio affermato da molti anni, in base al rilievo che se la colpa è consistita in una mancanza di perizia, l'accertamento di essa da parte del giudice non può essere rigoroso, in quanto il giudice deve tener conto che la patologia è sempre condizionata, nelle sue manifestazioni concrete, dalla individualità biologica del paziente.

⁴⁴³ Si vedano i paragrafi sul consenso informato per ulteriori approfondimenti.

⁴⁴⁴ Cass. civ., sent. n. 3906/1968 e in seguito sempre conforme, ex multis sent. n. 24742/2007 e n. 15698/2010.

⁴⁴⁵ Cass. civ., sent. n. 24742/2007.

funzione del perseguimento di un risultato che potrebbe anche non venire.⁴⁴⁶ La qualificazione dell'obbligazione del medico come obbligazione di mezzi si giustifica in ragione dell'intrinseca aleatorietà degli esiti dell'attività considerata. Il ricorso agli strumenti della scienza, d'altronde, non consente al medico di prevenire ogni forma di rischio o di danno connesso alla propria attività, e conseguentemente non gli si può chiedere a tutti i costi l'esito positivo del trattamento. Il medico, in altri termini, non si impegna a guarire il paziente, bensì ad assumere un comportamento tecnicamente qualificato, ovvero a curare il paziente in modo diligente e coscienzioso, mettendo a disposizione di questi tutte le conoscenze che si danno per acquisite dalla comunità medico-scientifica al momento in cui sorge il rapporto con il paziente. Rientrando l'obbligazione cui è tenuto il medico tra le obbligazioni di mezzi, quest'ultimo non è obbligato a raggiungere il risultato avuto di mira dal paziente, bensì è tenuto a porre in essere un comportamento diligente secondo le generali regole di prudenza, diligenza e perizia: ne consegue che l'inadempimento del professionista, fonte di responsabilità dello stesso, non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile, ma deve essere valutato alla stregua della violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza.

L'evoluzione interpretativa, tuttavia, ha posto in crisi la tradizionale qualificazione dell'obbligazione del medico come obbligazione di mezzi ed ha introdotto in tale categoria elementi propri delle obbligazioni di risultato, nel senso che: ciò che è dovuto è l'obiettivo concordato e non l'attività svolta per conseguirlo. In tali casi, quindi, il mancato conseguimento del bene è di per sé considerato fattispecie di inadempimento, salvo poi al debitore dimostrare la non imputabilità dello stesso (art. 1218 c.c.). Tale tendenza si manifesta, in particolare, con riferimento a quelle ipotesi in cui l'operazione effettuata dal medico venga considerata prestazione di *routine*, che prevede regole tecniche che, se applicate in modo diligente, assicurano, nella quasi totalità dei casi, il raggiungimento del risultato sperato. In tali casi, il mancato raggiungimento del risultato fa presumere la negligenza o l'imperizia del sanitario e, dunque, il suo inadempimento⁴⁴⁷. Può in tal modo sorgere il dubbio che, con tale presunzione, i giudici convertano l'obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato. Concretamente permane una sostanziale differenza, ovvero la liberazione dalla responsabilità da parte del sanitario non avviene solo se quest'ultimo dimostra che la

⁴⁴⁶ Cass. civ., Sez. III, sent. 26.06.2007, n. 14759; 30.07.2004, n. 14638 e 04.03.2004, n. 4400.

⁴⁴⁷ Sintomatica di tale orientamento è la sentenza della Corte di Cassazione, 26.06.2007, n. 14759, che ha precisato: *“Se è vero, infatti, che l'obbligazione assunta dal professionista e dalla struttura ospedaliera è di mezzi e non di risultato e che il mancato o incompleto raggiungimento del risultato non può, di per sé, implicare, dunque, inadempimento (o inesatto inadempimento), è anche vero che il totale insuccesso di un intervento di routine e dagli esiti normalmente favorevoli, come il parziale insuccesso che si registra nei casi in cui dall'intervento sia derivata una menomazione più gravosa di quella che era lecito attendersi da una corretta terapia della lesione o della malattia, si presenta come possibile ed altamente probabile conseguenza dell'inesatto adempimento della prestazione”*.

prestazione è diventata impossibile per causa a lui imputabile o per caso fortuito, ma anche con la prova del proprio comportamento diligente, perito, prudente.

La più recente giurisprudenza tende da ultimo a riconoscere quale obbligazione di risultato, e non di mezzi, la prestazione assunta dal chirurgo estetico, ciò in funzione del fatto che nell'ambito della chirurgia estetica, diversamente dagli altri ambiti dell'attività medico-chirurgica, il professionista non interviene su una situazione patologica, ma su una situazione di assenza di malattia, assumendo l'impegno a far ottenere al paziente un miglioramento estetico preciso e dettagliatamente prospettato al paziente medesimo⁴⁴⁸.

Il contratto di ospedalità: la responsabilità dell'ente. Accanto alla responsabilità medica tradizionalmente considerata, deve ricordarsi che con l'accettazione del paziente in una struttura sanitaria (pubblica o privata) viene concluso un contratto atipico di ospedalità, avente ad oggetto non solo le cure mediche e chirurgiche, generali e specialistiche, ma anche ogni altro obbligo accessorio e strumentale alle prestazioni di diagnosi e di cura, come apprestare personale medico ausiliario e personale paramedico, i medicinali e tutte le attrezzature necessarie, oltre alle prestazioni *latu sensu* alberghiere, oltre agli obblighi concernenti il consenso informato.

Da ciò deriva una responsabilità dell'ente "per fatto proprio", ovvero qualora la struttura sanitaria risulti inadempiente agli obblighi integrativi e suppletivi rispetto a quello di fornire il trattamento diagnostico e terapeutico corretto. La struttura sanitaria risponde, in altri termini, non solo nel caso in cui il danno subito dal paziente sia riconducibile al negligente operato del proprio personale dipendente, ma anche qualora il danno sia riconducibile ad un difetto della strumentazione in suo possesso e/o ad una disfunzione del suo apparato strutturale ed organizzativo⁴⁴⁹. In questa prospettiva è stata riconosciuta, per esempio, la responsabilità della struttura sanitaria per non aver garantito la sicurezza dell'ambiente di ricovero, il buon

⁴⁴⁸ Ne deriva che le aspettative del cliente non si limitano all'attesa di un risultato modestamente migliorativo, ma comprendono la pretesa di un esito indiscutibilmente migliorativo nel senso prospettato dal medico. Trib. Monza, Sez. IV, sent. 14.01.2008. *Contra*, Corte di Appello di Roma, Sez. III, 20.03.2007: "Anche nell'ipotesi di intervento di chirurgia estetica l'obbligazione è di mezzi e non di risultato, assumendo, anche in questo caso, rilievo specifico ed assorbente l'attività di diagnosi, di scelta della terapia e di successiva esecuzione della terapia stessa, ovvero la prestazione di un bene immateriale rispetto al quale non sono percepibili, come per i beni materiali, le difformità o i vizi eventualmente presenti".

⁴⁴⁹ Ciò, tuttavia, ha portato talora ad una esasperazione del concetto di responsabilità professionale sino a sfociare in una sorta di responsabilità oggettiva della struttura sanitaria, che verrebbe a concretizzarsi più in relazione alla presenza stessa di un evento infausto derivante dal trattamento sanitario, che non nella valutazione della condotta del singolo medico, anche nei casi in cui non sia possibile identificare esattamente la responsabilità del singolo medico.

funzionamento delle attrezzature e degli strumenti utilizzati per le cure⁴⁵⁰, la custodia e la protezione degli assistiti parzialmente o totalmente privi della capacità di autotutela.

Il nesso causale e la c.d. causa ignota. Anche nei giudizi sulla responsabilità civile viene in rilievo la questione del nesso causale tra la condotta del medico ed il pregiudizio lamentato dal paziente. La difficoltà del suo accertamento risiede nel fatto che, da un lato, l'opera del chirurgo si innesta di norma su un quadro clinico già compromesso e, dall'altro lato, la malattia è spesso un fenomeno multifattoriale concausato da predisposizioni soggettive o concause esterne rispetto all'operato del medico. Di qui la problematicità di stabilire se il peggioramento delle condizioni di salute possa effettivamente ascriversi eziologicamente alla condotta del sanitario, o se piuttosto non si sarebbe verificato in ogni caso.

Ai fini dell'accertamento della responsabilità del medico occorre accertare un duplice nesso causale, esattamente come nel giudizio penale, ma ciò che rileva, nell'accertamento in sede civile, è il danno, più del fatto in quanto tale. Gli elementi costitutivi della responsabilità civile, desumibili dall'ordinamento giuridico, sono la condotta illecita, il fatto lesivo della situazione giuridica protetta ed un danno. Dunque, ai fini dell'accertamento della sussistenza e della misura dell'obbligo risarcitorio occorre accertare un duplice nesso causale: quello tra la condotta illecita e la concreta lesione dell'interesse (c.d. causalità materiale), e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati (c.d. causalità giuridica). Affinché vi sia diritto al risarcimento occorre che risultino sussistenti i tre elementi costitutivi (condotta, lesione e danno), e che vengano accertati i nessi causali di collegamento (causalità materiale tra la condotta e l'evento, causalità giuridica tra l'evento ed il danno). Nel caso di responsabilità medica, in particolare, sarà dunque necessario verificare se dalla azione od omissione del medico sia derivata una lesione all'integrità psicofisica e, successivamente, procedere ad una qualificazione e quantificazione delle conseguenze dannose (danno biologico, danno morale, danno esistenziale, spese sostenute, ecc.). L'accertamento del nesso di causalità materiale deve essere compiuto alla luce dei principi di cui agli artt. 40 e 41 c.p. mentre il nesso di causalità giuridica va accertato in base al principio posto dall'art. 1223 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.), per il quale il risarcimento deve comprendere le perdite che siano conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo (invero la norma piuttosto che al nesso causale attiene alla determinazione del *quantum* del risarcimento, selezionando le conseguenze dannose risarcibili).

⁴⁵⁰ Altra cosa è la responsabilità del produttore dell'apparecchiatura che risponde sempre dei danni cagionati dall'apparecchio guasto o difettoso. I dispositivi medici sono dei prodotti industriali, quindi i danni derivanti dal loro utilizzo ricadono sotto il D.P.R. 244/1988, che disciplina la responsabilità delle imprese costruttrici per i danni conseguenti alla difettosità dei propri manufatti.

La Suprema Corte⁴⁵¹ affrontando la questione della ricostruzione del nesso eziologico nell'accertamento civile, ha chiarito che il *quid* distintivo, rispetto al giudizio penale, deve ravvisarsi nella regola probatoria. Infatti, mentre nel secondo vige la regola della prova “*oltre il ragionevole dubbio*”, nel giudizio civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o “*del più probabile che non*”, stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti⁴⁵². Detto standard di “certezza probabilistica” in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili nessi causali alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. *evidence and inference* nei sistemi anglosassoni). Pertanto, al fine di accertare il nesso eziologico tra la condotta e l'evento, deve farsi riferimento alla teoria dell'equivalenza causale temperata, secondo cui potrà essere considerato causa quell'antecedente storico idoneo, secondo il criterio di probabilità scientifica⁴⁵³, a cagionare un determinato evento, con la precisazione che il nesso causale deve accertato “*valutando tutti gli elementi della fattispecie, al fine di stabilire se il fatto era obiettivamente e concretamente (cioè con riferimento a quel singolo caso contingente) idoneo a produrre l'evento*”⁴⁵⁴. Non è necessaria una certezza scientifica, essendo sufficiente l'accertamento di un “*un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica*”, purché sorretto da ulteriori elementi, idonei ad avvalorare giuridicamente le conclusioni svolte in termini probabilistici⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 577/2008.

⁴⁵² Rileva il Giudice di Legittimità come anche la Corte di Giustizia CE sia indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13/07/2006, n. 295).

⁴⁵³ È ragionevole ritenere che la condotta del medico abbia causato il danno quando vi sia il tal senso anche solo una mera probabilità scientifica, corroborata però da ulteriori elementi oggettivi.

⁴⁵⁴ Cass. civ., sent. n. 23059/2009. Nel caso di specie la Suprema Corte ha escluso il nesso causale tra l'incendio scoppiato in un immobile e la morte di una persona ivi residente per edema polmonare acuto, nesso invocato invece dagli eredi della vittima i quali allegavano che lo spavento causato dall'incendio aveva accelerato l'esito letale della malattia.

⁴⁵⁵ Cass. civ., sent. n. 14759/2007. Nondimeno, se tali principi sono pacifici a livello teorico, la loro applicazione pratica non sempre ha condotto a risultati univoci. Ad esempio la nella sent. n. 16123/2010 la Cassazione è giunta ad affermare che essendo il medico “*tenuto a espletare l'attività professionale secondo canoni di diligenza e di perizia scientifica, il giudice, accertata l'omissione di tale attività, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'evento lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso*”. In tal caso specifico al paziente non è stato necessario provare la sussistenza della probabilità scientifica di un valido nesso tra condotta colposa e risultato indesiderato, ma è stato sufficiente dimostrare solo la colpa del medico ed il peggioramento del proprio stato, tanto bastando per la Cassazione a ritenere in via presuntiva sussistente il nesso di causalità.

Tali principi vengono pacificamente applicati anche alla causalità omissiva (accertabile solo attraverso un giudizio ipotetico, teso a stabilire se ponendo in essere la condotta richiesta si sarebbero impediti il fatto lesivo ed il conseguente danno), in relazione alla quale la Cassazione ha chiarito che, nel giudizio civile, il nesso causale tra omissione ed evento non esige la certezza assoluta che con la condotta il danno sarebbe accaduto, ma semplicemente la ragionevole probabilità di ciò⁴⁵⁶. Le Sezioni Unite hanno continuato ad affermare che il giudizio controfattuale deve ritenersi soddisfatto, in tema di colpa omissiva, quando si possa ritenere che, in presenza della condotta omessa, il danno avrebbe avuto “serie ed apprezzabili possibilità” di non accadere⁴⁵⁷. Questo scostamento tra i criteri di accertamento della causalità omissiva in sede penale rispetto alla sede civile è stato definitivamente sancito nel 2008, in una pronuncia in cui si è stabilito che, ai fini del risarcimento del danno, il nesso causale tra una condotta omissiva e l'evento dannoso deve ritenersi sussistente ogni qual volta possa affermarsi, in base alle circostanze del caso concreto, che la condotta alternativa corretta avrebbe impedito l'avverarsi dell'evento con una probabilità superiore al 50%, secondo la regola del “più sì che no”⁴⁵⁸.

Nel caso di concorso tra cause umane e naturali (ad esempio, le pregresse condizioni del paziente), la Suprema Corte⁴⁵⁹ ha affermato che qualora le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso. Non essendo ammissibile un frazionamento del nesso causale, che o c'è o non c'è, le pregresse condizioni del paziente potranno giustificare solo l'eventuale diminuzione del risarcimento del danno ex art. 1226 c.c..

Vengono, infine, in rilievo le ipotesi nelle quali non sia possibile accertare il nesso di causalità giuridica. In tali casi si parla, comunemente, della c.d. causa ignota. L'orientamento giurisprudenziale dominante pone il rischio della c.d. causa ignota in capo al creditore (medico-struttura sanitaria), argomentando che, data la natura contrattuale della stessa, l'onere probatorio gravante sul presunto medico responsabile non è dato semplicemente dalla prova della mancanza di colpa, ovvero dalla diligenza nell'espletamento dell'operazione, ma (ex art. 1218 c.c.) il medico o l'ente chiamato a rispondere dovrà provare l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile,

⁴⁵⁶ Cass. civ., sent. n. 10741/2009.

⁴⁵⁷ Cass. civ., sent. n. 10743/2009 e n. 14759/2007.

⁴⁵⁸ Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 581/2008. Mentre per la Cassazione penale il nesso causale esige l'accertamento che senza l'omissione il danno si sarebbe verificato “con alta o elevata credibilità razionale”, per la Cassazione civile il nesso causale non esige la certezza assoluta che senza la condotta il danno sarebbe accaduto, ma semplicemente la ragionevole probabilità di ciò (anche per una probabilità inferiore al 50%). Cass. civ., sent. n. 10741/2009.

⁴⁵⁹ Cass. civ., sent. n. 15991/2011.

ossia il c.d. caso fortuito in senso lato, in difetto rimanendo a suo carico la causa rimasta ignota⁴⁶⁰. Pertanto nelle ipotesi in cui non è possibile individuare con certezza la causa, equivalendo la causa dubbia alla causa ignota, la responsabilità deve farsi ricadere sul medico che non ha adempiuto ai propri oneri probatori in ordine alla sua adeguata diligenza⁴⁶¹. La Suprema Corte è intervenuta in materia, statuendo che laddove l'incertezza derivi da fatto colposo del medico o della struttura sanitaria convenuta (ad esempio, incompletezza della cartella clinica, omissione di esami clinici, ecc.) e qualora la condotta del sanitario sia astrattamente idonea a causare l'evento lesivo, deve configurarsi la responsabilità civile del sanitario⁴⁶², e ciò addirittura nel caso in cui appaia più probabile che il danno sia stato causato da fattori diversi rispetto alla condotta del medico, *giacché "il difetto di accertamento del fatto astrattamente idoneo ad escludere il nesso causale tra condotta ed evento non può essere invocato, benché sotto il profilo statistico quel fatto sia "più probabile che non", da chi quell'accertamento avrebbe potuto compiere e non l'abbia, invece, effettuato"*⁴⁶³. Con una recente sentenza⁴⁶⁴, infine, la Suprema Corte ha affermato che *"laddove la causa del danno rimanga ignota, le conseguenze non possono certamente ridondare a scapito del danneggiato (nel caso, del paziente), ma gravano sul presunto responsabile che la prova liberatoria non riesca a fornire (nel caso, il medesimo e/o la struttura sanitaria), il significato di tale presunzione cogliendosi nel principio di generale favor per il danneggiato, nonché della rilevanza che assume al riguardo il principio della colpa obiettiva, quale violazione della misura dello sforzo in relazione alle circostanze del caso concreto adeguato ad evitare che la prestazione dovuta arrechi danno (anche) a terzi, senza peraltro indulgere a soluzioni radicali, essendo attribuita" al medico "la possibilità di liberarsi dalla responsabilità"*.

Il consenso informato. Si esaminerà ora la questione, in parte già affrontata, del consenso informato e dei corollari in tema di eventuale inadempimento e risarcimento del danno. *"Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario. Senza il consenso informato l'intervento del medico è - al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità - sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente"*⁴⁶⁵. Il consenso informato comporta la facoltà, non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche, nell'eventualità, di rifiutare la terapia e di

⁴⁶⁰ Trib. Monza, sent. 15.03.2006 e Trib. Varese sent. n. 16/2010.

⁴⁶¹ Trib. Bologna 30.01.2006.

⁴⁶² Cass. civ., sent. n. 1213/2000 e sent. n. 20101/2009.

⁴⁶³ Cass. civ., sent. n. 3847/2011.

⁴⁶⁴ Cass. civ., sent. 09.10.2012, n. 17143.

⁴⁶⁵ Cass. civ., sent. 27.11.2012, n. 20984.

decidere consapevolmente di interromperla; e ciò in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale⁴⁶⁶.

La responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende: dalla condotta omissiva tenuta in relazione all'adempimento dell'obbligo di informazione sulle prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente sia sottoposto e dal verificarsi (in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa) di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente. Non assume, invece, alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, l'esecuzione corretta o meno del trattamento. Ciò che rileva è che il paziente, a causa del deficit di informazione non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica⁴⁶⁷.

In ordine alle modalità e caratteri del consenso, è stato affermato che il consenso deve essere, anzitutto, personale: deve, cioè provenire dal paziente, (ad esclusione evidentemente dei casi di incapacità di intendere e volere del paziente); deve poi essere specifico e esplicito⁴⁶⁸. inoltre reale ed effettivo; non è consentito il consenso presunto; ed, ancora, nei casi in cui ciò sia possibile, anche attuale⁴⁶⁹. Infine, il consenso deve essere pienamente consapevole, ossia deve essere "informato", dovendo basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico. Con riguardo a tale ultimo aspetto, la giurisprudenza di legittimità ha avuto occasione di chiarire che, poiché il paziente deve essere messo concretamente in condizione di valutare ogni possibile rischio ed ogni alternativa, *"nell'ambito degli interventi chirurgici, in particolare, il dovere di informazione concerne la portata dell'intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi, sì da porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità di procedervi o di ometterlo, attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili"*⁴⁷⁰, ma *"tendenzialmente anche gli esiti anomali o poco probabili - se noti alla scienza medica e non del tutto abnormi - debbono essere comunicati, sì che il malato possa consapevolmente decidere se correre i rischi della cura o sopportare la malattia, soprattutto nei casi in cui non si tratti di operazione indispensabile per la sopravvivenza"*, giacché l'informazione offerta al paziente *"deve essere completa ed includere non solo la descrizione*

⁴⁶⁶ Per tutte Cass. civ., sent. 16.10.2007, n. 21748.

⁴⁶⁷ Cass. civ., sent. 28.07.2011, n. 16543.

⁴⁶⁸ Cass. civ., sent. 23.05.2001, n. 7027.

⁴⁶⁹ Per le relative implicazioni Cass. civ., sent. 16.10.2007, n. 21748.

⁴⁷⁰ Cass. civ., sent. n. 364/1997.

della cura o dell'intervento a cui il malato verrà sottoposto, ma anche quella delle complicazioni che - pur senza colpa dei sanitari - potrebbero derivarne⁴⁷¹.

Un altro principio consolidato in giurisprudenza è il seguente: se, da un lato, l'informazione al paziente può essere data con ogni mezzo, non essendo richiesta la forma scritta (pur sempre auspicabile), dall'altro lato, tuttavia, *"la completa e corretta informazione non è un dato che possa desumersi dalla mera sottoscrizione di un modulo del tutto generico"*⁴⁷². Il medico (e la struttura sanitaria nell'ambito della quale egli agisce) debbono invece fornire, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente acquisite sulle terapie che si vogliono praticare, o sull'intervento chirurgico che si intende eseguire, illustrandone le modalità e gli effetti, i rischi di insuccesso, gli eventuali inconvenienti collaterali, ecc.⁴⁷³.

In caso di contestazione, grava sul medico l'onere della prova di avere fornito tutte le informazioni del caso⁴⁷⁴ costituendo l'obbligo di informare correttamente ed esaustivamente il paziente un aspetto dell'obbligazione sanitaria. Quindi, dall'omissione del dovere di informazione del paziente circa i trattamenti sanitari, discendono:

- a) la violazione dell'obbligo contrattuale che lega il medico al paziente;
- b) l'illegittimità del trattamento sanitario eseguito, per violazione dell'art. 32 Cost., c.2, (in base al quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), dell'art. 13 Cost., (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica) e della L. n. 833 del 1978, art. 33, (che esclude la possibilità, d'accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità ex art. 54 c.p.);
- c) la lesione dei diritti essenziali della persona alla libera autodeterminazione ed alla volontarietà del trattamento sanitario, diritti costituzionalmente tutelati.

Ne consegue che, in caso di omessa informazione, il medico (e la struttura sanitaria) rispondono:

- a) sia della lesione al diritto alla libera autodeterminazione del paziente in relazione ai trattamenti sanitari, costituente diritto autonomo, la cui violazione costituisce voce specifica di danno, con conseguente quantificazione risarcitoria anche in considerazione del turbamento e della sofferenza provocati dal verificarsi di conseguenze inaspettate (per il paziente che non è stato informato) conseguenti al trattamento sanitario eseguito⁴⁷⁵;

⁴⁷¹ Cass. civ., sent. n. 2483/2010, relativa ad intervento di artroprotesi d'anca cui conseguiva lesione del nervo femorale.

⁴⁷² Cass. civ., Sez. III, sent. 08.10.2008, n. 24791.

⁴⁷³ Cass. civ., Sez. III, sent. 02.07.2010, n. 15698.

⁴⁷⁴ Cass. civ., Sez. III, sent. 09.02.2010, n. 2847.

⁴⁷⁵ Cass. civ., sent. n. 24853/2010.

b) sia delle eventuali conseguenze nefaste dell'intervento, e ciò anche se non siano addebitabili profili di colpa⁴⁷⁶.

Come si è detto, in virtù della natura contrattuale della prestazione sanitaria (a cui appartiene anche l'obbligo di una corretta informazione del paziente), l'onere probatorio di aver adeguatamente informato il paziente spetta ad debitore (medico/struttura sanitaria), incombendo sul creditore (paziente) l'onere di provare il contratto (o contatto), il danno e l'allegazione dell'inadempimento qualificato, che nel caso di specie consiste nella deduzione (che dovrà poi essere accertata in sede di giudizio, al fine di stabilire se l'inadempimento sia giuridicamente rilevante) secondo cui la disinformazione lamentata abbia comportato una scelta terapeutica che, altrimenti, sarebbe stata, con alta probabilità rifiutata o modificata dal paziente stesso⁴⁷⁷.

Molto delicato è il problema di chi debba dare il consenso all'atto medico. Innanzitutto, per essere efficace, il consenso all'attività medica deve essere prestato da soggetto capace di intendere e di volere. Quando il paziente è legalmente e naturalmente capace, soltanto lui è titolare del potere di consentire o rifiutare l'intervento. Per il soggetto legalmente incapace il consenso deve essere prestato da chi ne ha la rappresentanza legale (il genitore o il tutore). Il consenso non può tuttavia essere prestato dal soggetto che, pur legalmente capace, si trovi in concreto in stato d'incapacità di intendere e di volere. In questo caso, qualora vi sia l'urgenza e l'indifferibilità di un trattamento terapeutico anche rischioso il medico non andrà incontro a responsabilità di sorta per avere omesso di informare il paziente, in quanto la sua condotta sarebbe comunque giustificata dalla necessità di evitare un danno grave alla salute od alla vita del paziente, ai sensi dell'art. 54 c.p.⁴⁷⁸.

Il problema delle trasfusioni e del consenso incompleto⁴⁷⁹. Il problema che subito ci si pone riguarda la legittimità della trasfusione di sangue operata in favore di un Testimone di Geova che ha espresso il proprio dissenso. Quale bene giuridico deve prevalere: quello della libertà di autodeterminazione oppure quello della salute? Prevale la libertà del singolo o il diritto-dovere del medico di curare?

⁴⁷⁶ Cass. civ., sent. n. 20984/2012, n. 5444/2006 e n. 9374/1997.

⁴⁷⁷ Cass. civ., sent. n. 20984/2012, n. 16394/2010 e n. 2847/2010. In presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito, dal quale siano derivati tuttavia conseguenze dannose, il medico che abbia violato l'obbligo di informazione può essere chiamato a risarcire solo se il paziente dimostri che, se fosse stato compiutamente informato avrebbe rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute.

⁴⁷⁸ La mancanza del consenso del paziente al trattamento sanitario è irrilevante non soltanto quando il medico abbia agito in stato di necessità, ma anche quando questo stato di necessità, oggettivamente inesistente, sia stato soltanto supposto dal medico. Cass. civ., sent. n. 4211/2007 e n. 12621/1999.

⁴⁷⁹ Diverso è il problema, che qui non si affronta, della responsabilità del medico e della struttura sanitaria per danni da contagio.

Secondo la tesi che fa prevalere la libertà di autodeterminazione, il paziente che abbia espresso il dissenso, anche se successivamente perde coscienza, non può subire la trasfusione. Tale opinione è coerente con il principio in forza del quale va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio di morte. Il medico che effettua la trasfusione, agisce *contra legem*. Secondo la tesi che fa prevalere il diritto alla salute (ex art. 32 Cost.) come gerarchicamente sovraordinato a tutti gli altri, in caso di perdita di coscienza del paziente, il medico può comunque procedere alla trasfusione. La perdita di coscienza costituirebbe una sopravvenienza che rende inoperante il preventivo dissenso. Il medico ed il paziente si accordano per non eseguire la trasfusione, ma sopravvenendo il pericolo di vita, nonché la perdita di coscienza (situazione non prevista), il dissenso inizialmente espresso perde efficacia a favore della riespansione del diritto-dovere del medico di tutelare la salute⁴⁸⁰.

La Cassazione è stata chiamata ad esprimersi sul problema della validità ed efficacia di un dissenso preventivo del paziente, che sia tale da delegittimare il medico alla trasfusione ed ha differenziato a seconda che il dissenso sia stato fornito in modo completo e specifico ovvero incompleto e vago. Il consenso, afferma la Suprema Corte, deve *“esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto ideologica, ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una precomprensione: in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto ex post e non ex ante, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di vita”*⁴⁸¹. Il consenso, dunque, o il dissenso deve seguire all'informazione completa, chiara ed esaustiva, con la conseguenza che, laddove tale informazione non sia possibile per urgenza (pericolo di vita e perdita di coscienza) il dissenso inizialmente manifestato alla trasfusione, non corrispondente alle sopravvenute condizioni (e, dunque, alla necessità di nuove

⁴⁸⁰ Si veda Cass. civ., sent. n. 4211/2007. Nella specie, un Testimone di Geova traumatizzato aveva rifiutato all'atto del ricovero in ospedale eventuali trasfusioni, ma i medici, stante l'aggravamento delle sue condizioni nel corso dell'intervento chirurgico, essendo il paziente anestetizzato e mancando la possibilità di interpellare altri soggetti legittimati in sua vece, hanno ugualmente praticato una trasfusione indispensabile per salvargli la vita. I giudici di merito hanno rigettato pertanto la domanda di risarcimento danni morali e la Cassazione ha confermato la sentenza.

⁴⁸¹ Cass. civ., sent. n. 23676/2008. Nel caso di specie il paziente Testimone di Geova aveva con sé un cartellino con su scritto “niente sangue”, ritenuto dalla Suprema Corte inidoneo come valido ed attuale dissenso alla trasfusione, in condizioni di pericolo di vita. Ciò perché altra è l'espressione di un generico dissenso ad un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermarlo in una situazione di pericolo di vita.

informazioni ed un nuovo consenso), non è valido, se non specifico e comprensivo anche della sopravvenienza pericolo di vita⁴⁸².

Il danno risarcibile. Come è noto, il danno risarcibile si divide nel danno patrimoniale e nel danno non patrimoniale.

Circa il danno patrimoniale, l'art. 1223 c.c. dispone che il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere la perdita subita dal creditore (danno emergente) ed il mancato guadagno (lucro cessante), in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (principio della causalità giuridica).

Con riguardo al danno emergente, vi rientrano senza dubbio gli esborsi monetari o diminuzioni patrimoniali già intervenuti, ma anche *“l'obbligazione di effettuare l'esborso, in quanto il vinculum iuris, nel quale l'obbligazione stessa si sostanzia, costituisce già una posta passiva del patrimonio del danneggiato, consistente nell'insieme dei rapporti giuridici, con diretta rilevanza economica, di cui una persona è titolare”*⁴⁸³.

Il lucro cessante, invece, riguarda una prospettiva economica futura (reale e concreta), venuta meno a causa dell'inadempimento. Il danno da perdita capacità lavorativa specifica rientra, per giurisprudenza costante, nel danno patrimoniale, e spetterà al danneggiato dar prova, anche tramite presunzioni, *“dello svolgimento di un'attività produttiva di reddito e di perdita, dopo l'infortunio, della capacità di guadagno rispetto a tale attività ovvero della capacità, anche generica, di attendere ad altri lavori confacenti alle attitudini del danneggiato”*⁴⁸⁴. La Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che: *“il danno per perdita del reddito deve essere integralmente risarcito come danno emergente (poiché, quando manca il reddito emerge la necessità di ricorrere al risparmio accumulato o all'indebitamento) e lucro cessante (per il mancato guadagno che si protrae per l'intera esistenza), non dovendosi operare una compensazione e, quindi, una diminuzione del danno patrimoniale del lavoratore, in considerazione della permanenza della capacità lavorativa generica, la cui riduzione o perdita è inerente al valore dell'uomo come persona e deve essere valutata all'interno della liquidazione del danno biologico”*⁴⁸⁵.

⁴⁸² Nella maggioranza di casi, il processo penale iniziato nei confronti dei medici per atti arbitrari ma con esito fausto, per aver intrapreso, senza previamente acquisire il consenso del paziente adulto e capace, un trattamento che, oltre ad essere stato eseguito nel rispetto delle *leges artis*, si riveli salvifico, termina con una richiesta di archiviazione.

⁴⁸³ Cass. civ., sent. n. 22826/2010.

⁴⁸⁴ Cass. civ., sent. n. 17167/2012 e n. 10074/2010.

⁴⁸⁵ Cass. civ., sent. n. 2589/2002. Inoltre *“ai fini della valutazione del danno patrimoniale da lucro cessante per perdita della capacità lavorativa specifica, sono applicabili i criteri indicati dall'art. 2057 c.c., in base ai quali, quando il danno alla persona ha carattere permanente, la liquidazione può essere fatta dal giudice sotto forma di rendita vitalizia, valutando d'ufficio le particolari condizioni della parte danneggiata e la natura del danno”*. Cass. civ., sent. n. 24451/2005.

Il danno non patrimoniale si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati di rilevanza economica. Al riguardo il Giudice di Legittimità ha chiarito e delineato il concetto di danno non patrimoniale, come categoria unitaria comprendente il danno biologico, il danno morale, il danno esistenziale, il danno da perdita di capacità lavorativa generica⁴⁸⁶ e ne ha stabilito la disciplina risarcitoria. In sintesi, il danno non patrimoniale, normativamente previsto dall'art. 2059 c.c., deve essere riconosciuto:

a) in tutti i casi in cui sia espressamente previsto dalla legge (ad esempio, l'art. 185 c.p.);
b) al di fuori dei casi determinati dalla legge, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione⁴⁸⁷ e ciò indipendentemente dalla natura contrattuale o extracontrattuale della fonte della responsabilità civile⁴⁸⁸. Tra i casi di lesione di un interesse costituzionalmente protetto si annoverano (a titolo esemplificativo): il danno biologico, il danno morale, il danno da perdita del rapporto parentale.

Il danno biologico (quale lesione del diritto alla salute ex art. 32 Cost.) ha avuto espresso riconoscimento normativo negli artt. 138 e 139 del D.Lgs. n. 209 del 2005 (Codice delle assicurazioni private), che individuano il danno biologico nella *“lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito”*, e ne danno una definizione suscettiva di generale applicazione, in quanto recepisce i risultati ormai definitivamente acquisiti da una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Al danno biologico, al quale deve essere riconosciuta una portata sostanzialmente omnicomprensiva, devono essere ricondotti: il danno morale, quando integri una degenerazione patologica; il danno esistenziale o danno alla vita di relazione, conseguente alla lesione all'integrità psicofisica; ed il c.d. danno da perdita della capacità lavorativa generica⁴⁸⁹.

Il danno morale è costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal fatto in sé considerato. Ma laddove tale sofferenza abbia prodotto delle degenerazioni patologiche, si rientrerà, come visto, nel c.d. danno biologico. Infine, il danno da perdita del rapporto parentale si configura quale lesione dei diritti della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.).

⁴⁸⁶ Infatti, il riferimento a determinati tipi di pregiudizio (biologico, esistenziale, ecc.) risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno.

⁴⁸⁷ In virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili. Vedasi Cass. civ. sent. n. 8827 e n. 8828 del 2003.

⁴⁸⁸ Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 26972/2008.

⁴⁸⁹ Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 2008/26973.

Quanto ai criteri di quantificazione del danno biologico, la Cassazione⁴⁹⁰ ha sancito i seguenti principi:

- a) nell'ipotesi di lesioni di lieve entità (postumi permanenti non superiori al 9%) derivanti da circolazione dei veicoli a motore e natanti (sinistri stradali), la liquidazione del danno biologico dovrà avvenire secondo i criteri di cui all'art. 139 Cod. Assic. (ossia utilizzando le tabelle di cui al decreto ministeriale);
- b) negli altri casi, si tratti di lesioni di lieve o grave entità, i criteri da adottarsi per la liquidazione del danno all'integrità psico-fisica dovranno essere quelli tabellari elaborati presso il Tribunale di Milano (Tabelle del Tribunale di Milano), i quali *“costituiranno d'ora innanzi, per la giurisprudenza di questa Corte, il valore da ritenersi equo, e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentarne o ridurne l'entità”*. In ogni caso, nella liquidazione del danno, il giudice, nell'avvalersi delle sopra dette tabelle, dovrà *“procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza”*⁴⁹¹.

Non è però semplice attuare il suddetto principio, della compresenza di uniformità e flessibilità, condiviso dalla Cassazione. Si è ripetutamente affermato che, nella liquidazione del danno biologico, il giudice del merito deve innanzitutto individuare un parametro uniforme per tutti, e poi adattare quantitativamente o qualitativamente tale parametro alle circostanze del caso concreto. Il conseguimento di una ragionevole equità nella liquidazione del danno deve perciò ubbidire a due principi che, essendo tendenzialmente contrapposti (la fissazione di criteri generali e la loro adattabilità al caso concreto), non possono essere applicati in modo puro. Il contemperamento delle due esigenze di cui si è detto richiede sistemi di liquidazione che associno all'uniformità pecuniaria di base del risarcimento ampi poteri equitativi del giudice, eventualmente entro limiti minimi e massimi, necessari al fine di adattare la misura del risarcimento alle circostanze del caso concreto.

⁴⁹⁰ Cass. civ., sent. n. 12408/2011.

⁴⁹¹ Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 26972/2008.

Allegato

Sentenza del Tribunale di Novara n. 800/2014.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Penale di NOVARA

in composizione monocratica, nella persona del Giudice Dott. Gianfranco Pezone,

nella udienza del 21/5/2014 con l'intervento del P.M. in persona del VPO dr. Vezio Vicuna, delegato dal Procuratore della Repubblica di Novara, dell'Avv. Fabrizio Ponzana, del Foro di Biella, per le PP.CC. MMM, NNN e LLL, dell'Avv. Umberto Caldarera, del Foro di Novara, di fiducia, per l'imputato XXX, e in sostituzione dell'Avv. Stefano Allegra, del Foro di Novara, di fiducia, per l'imputato YYY, e con l'assistenza del cancelliere Gennaro Ciotola,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa penale di primo grado

CONTRO

1)XXX, con dom.lio eletto c/o lo studio dell'Avv. Umberto Caldarera, in Novara, via Prina n. 27; - libero – PRESENTE

2)YYY , con dom.lio eletto c/o lo studio dell'Avv. Stefano Allegra, in Novara, B.do Lamarmora n. 15; - libero – PRESENTE

IMPUTATI

del reato di cui agli artt. 113, 589 comma 1 c.p., perché, cooperando colposamente tra loro, durante l'intervento chirurgico, effettuato il data 2.10 di laparotomia sott'ombelicale (già laparoscopia convertita in laparotomia) finalizzata ad accedere ai linfonodi addominali per un prelievo biotico, ledevano per colpa la vena del rene ectopico di C., cagionando un sanguinamento che, nonostante la tempestiva sutura, cagionava uno shock emorragico in data 21 ottobre che portava al decesso del paziente in data 14 novembre. Colpa consistita in imperizia non avendo saputo rispettare l'integrità della struttura anatomica in assenza di particolare complessità anatomica e pur avendo ben identificato la posizione del rene (rene ectopico pelvico sinistro).

In Novara il 14.11.2009.

Le parti hanno concluso come segue:

P.M.: per entrambi gli imputati, assoluzione perché il fatto non costituisce reato.

L'Avv. F. Ponzana per le parti civili: "Voglia l'Ill.mo Tribunale Penale di Novara, in composizione monocratica, dichiarare gli imputati responsabili dei reati agli stessi ascritti, condannarli alla pena di legge e, in via solidale tra loro, all'integrale risarcimento di tutti i danni materiali patrimoniali diretti e indiretti subiti dalle parti civili MMM, NNN e LLL, che si indicano nell'ammontare di €. 244.300,00 per la Sig.ra MMM, in €. 166.675,00 per la Sig.ra NNN ed in €. 174.400,00 per il Sig. LLL, nonché in €. 725.773.00 per il Sig. C. per il danno biologico da questi subito con la morte, nonché relativamente ai

giorni di invalidità permanente e, più in generale, per tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali in ogni loro componente nessuno escluso subito in conseguenza del fatto delittuoso, con conseguente devoluzione di queste ultime somme agli eredi parti civili, oltre che per tutte le somme così come indicate, interessi dal fatto al saldo, ovvero la somma maggiore o minore che verrà ritenuta di Giustizia. Si richiede, in ogni caso, la condanna di entrambi gli imputati, sempre in via solidale, al risarcimento ad una provvisoria provvisoriamente esecutiva pari alla metà delle somme sopra indicate ovvero €. 122.150,00 per la Sig.ra MMM, €. 83.337,50 per la Sig.ra NNN, €. 87.000,00 per il Sig. LLL, nonché €. 362.886,50 per il Sig. C. con conseguente devoluzione di quest'ultime somme agli eredi parti civili. Con condanna alle spese di costituzione di parte civile, come da nota separata”.

L'Avv. U. Caldarera per l'imputato XXX: assoluzione perché il fatto non sussiste; in subordine, assoluzione perché il fatto non costituisce reato.

L'Avv. S. Allegra per l'imputato YYY: assoluzione con la formula più ampia.

MOTIVAZIONE

FATTO E DIRITTO

All'esito dell'udienza preliminare, in data 18.1.2012, il GUP in sede emetteva il decreto con il quale veniva disposto il giudizio innanzi a questo Tribunale, in composizione monocratica, nei confronti di XXX e YYY in ordine al reato indicato in epigrafe.

All'udienza del 15.5.2013, alla presenza di entrambi gli imputati e delle già costituite parti civili MMM, NNN e LLL, a causa del mutamento della persona del Giudice è stata disposta la rinnovazione del dibattimento di talché, ribadita l'ammissione delle istanze probatorie formulate dalle parti, è stata avviata l'attività istruttoria.

Sicché, nel corso di plurime udienze sono stati escussi – quali testimoni e CT di parte - M., M.E., R., NNN, B., LLL, C.M. e P.B., nonché stato assunto l'esame di XXX, e, sull'accordo delle parti, sono stati acquisiti i verbali di interrogatorio degli imputati e di S.I. rese nel corso delle indagini preliminari da MMM.

Indi, previa indicazione degli atti utilizzabili ai fini della decisione ai sensi dell'art. 511, co. 5°, c.p.p., il P.M. e i difensori delle parti private hanno svolto la discussione finale, rassegnando le rispettive conclusioni trascritte in epigrafe.

Il Tribunale ha deciso come da dispositivo letto immediatamente in udienza, riservando la redazione dei motivi della decisione ed il deposito della sentenza nel termine di giorni sessanta.

Osserva il Giudice che, alla luce delle emergenze probatorie, entrambi gli imputati vanno mandati assolti dal reato ascrittogli perché il fatto non costituisce reato.

Invero, la d.ssa NNN, CT incaricata dal PM di eseguire gli opportuni accertamenti medico-legali, anche mediante esame autoptico sulla salma appartenuta in vita a C., onde individuare e stabilire le cause della sua morte ed, in particolare, le eventuali condotte colpose dei medici XXX e YYY che

avevano eseguito sul predetto l'intervento chirurgico in data 2.10.2009, riferiva quanto segue (cfr., *amplius*, relazione in atti).

Dal mese di maggio 2009, la vittima – nata il 3.4.1937 – cominciava a manifestare spesso stati febbrili (puntate di iperpiressia) non sempre controllabili da farmaci antipiretici per cui si sottoponeva a diversi esami strumentali e di laboratorio al fine di individuarne le cause.

Nell'agosto del 2009 veniva diagnosticata a C. una broncopolmonite acuta per cui lo stesso veniva ricoverato nell'Ospedale di Vercelli ove, sottoposto a visite, esami e terapie, non venivano evidenziati altri particolari problemi clinici, di talché il predetto veniva dimesso il giorno 8.8.2009 in buone condizioni generali.

Pochi giorni dopo le dimissioni, poiché comparivano nuovamente le puntate di febbre alta, C. si sottoponeva ad ulteriori accertamenti tra cui, in data 15.9.2009, una tomografia assiale ad emissione di positroni (PET) che evidenziava la presenza di adenopatie a livello addominale meritevoli di approfondimento diagnostico.

Sicché, il 23.9.2009, ricoverato a tal fine nel reparto di Clinica Medica Generale dell'Ospedale di Novara, allo scopo di accertare la natura della linfadenopatia rilevata, veniva programmato un intervento chirurgico per effettuare un prelievo biptico linfonodale con tecnica chirurgica laparoscopica - con eventuale conversione in intervento laparotomico – di un linfonodo paraortico. Preliminarmente all'intervento era nota agli operatori la disposizione anomala (ptosica) del rene sinistro e la presenza di una voluminosa cisti a destra, nonché l'espresso rifiuto del paziente – per credenza religiosa - di essere sottoposto a trasfusioni di sangue o suoi derivati.

Il 2.10.2009 C. veniva sottoposto dai due imputati ad intervento chirurgico laparoscopico esplorativo, convertito poi in laparotomia sott'ombelicale non essendo ottimamente visualizzabili i linfonodi retroperitoneali.

Durante le manovre chirurgiche, nel tentativo di accedere ai linfonodi collocati in prossimità della biforcazione aorto-iliaca, si verificava un sanguinamento a carico della vena renale sinistra, risoltosi mediante sutura emostatica.

I controlli post-operatori clinici ed analitici manifestavano, nonostante l'iniziale decremento dei valori dei globuli rossi e dell'emoglobina correlati alle perdite ematiche intraoperatorie, una sostanziale stabilità dei valori ematici per cui, in data 8.10.2009, la vittima veniva trasferita nuovamente al reparto di Clinica Medica Generale.

Nel periodo post-operatorio, a fronte del rischio di sanguinamento e del rifiuto di trasfusioni, veniva attentamente monitorato il rischio di una complicanza trombotica e trombo-embolica.

Tuttavia, tale complicanza si verificava il 13.10.2009 con evidenza clinica di difficoltà respiratoria e successiva conferma all'angio-TC di "uno stop" di alcuni vasi polmonari.

Pertanto, veniva attuata una terapia anticoagulante con eparina a basso peso molecolare, mantenendo sotto stretto controllo i valori dei globuli rossi, emoglobina e piastrine per possibili complicanze, quali il sanguinamento.

Frattanto, gli esami strumentali eseguiti (ecografia del 12.10.2009 e radiografia del 15.10.2009) non evidenziavano complicazioni post-chirurgiche, né patologia nella zona addominale.

Il 19.10.2009 giungeva il referto dell'esame istologico del linfonodo prelevato con esito di "linfoma non-Hodgkin" classico con unita consulenza ematologica indicativa del trasferimento presso quel reparto per l'inquadramento del caso e il programma terapeutico.

Il 21.10.2009, in seguito alla comparsa di febbre associata a brividi, sudorazione, algida, pallore cutaneo, tachipnea, tachicardia, nonché al riscontro di ecchimosi al fianco sinistro e tumefazione addominale, veniva eseguita una ecografia dell'addome che evidenziava un importante versamento liquido in cavità che la paracentesi dimostrava essere di natura ematica.

Sicché, si verificava un importante e repentino shock emorragico che avrebbe richiesto la terapia trasfusionale con emoderivati che, però, veniva rifiutata dal paziente.

A mezzo di angio-TC addominale si riscontrava spandimento del mezzo di contrasto durante la fase venosa a partenza del rene sinistro.

La severità del quadro clinico imponeva di procedere ad intervento laparotomico di nefrectomia sinistra, per cui, stante le assai critiche condizioni del paziente (respiro meccanico ed emoglobina di 4,8), i sanitari decidevano di trasfonderlo pur a fronte della contrarietà da lui espressa.

Nei giorni successivi le condizioni permanevano assai gravi, nonostante le terapie praticate.

Il 14.11.2009 si manifestava un ulteriore peggioramento delle condizioni cliniche, con insufficienza renale acuta e ipotensione non responsiva ai farmaci, di talché alle h. 15,55 interveniva il decesso.

Orbene, anche alla luce delle risultanze degli accertamenti necroscopici ed istologici effettuati sulla salma della vittima, la d.ssa NNN riferiva che la causa della morte di costei va individuata nella insufficienza multi organica, determinante, tra l'altro, un diffuso infarto miocardico acuto, precipitata da una diffusione sistematica di un processo infettivo-infiammatorio (sepsi) refrattario alle varie e corrette terapie antibiotiche instaurate.

L'insorgenza e lo sviluppo dell'infezione venivano agevolate ed aggravate dal quadro clinico già assai compromesso a causa dei vari gravi postumi (cardio-circolatori, respiratori e cerebrali) derivanti dallo shock emorragico verificatosi il giorno 21.10.2009.

Tale ultimo evento veniva, a sua volta, innescato da una lesione venosa a carico del rene sinistro.

In realtà, una analoga lesione colà localizzata si verificava anche nel corso dell'intervento chirurgico del 2.10.2009 (per come descritto nel relativo atto operatorio), ma in tale sede veniva prontamente

riconosciuta e suturata senza determinare ulteriori complicanze intra-operatorie o nei successivi 19 giorni per come desumibile dagli esami ematochimici, ecografici e radiografici.

Dacché, stante il lungo lasso temporale trascorso tra la lesione al rene in sede chirurgica (2 ottobre) e il sanguinamento (21 ottobre) devono escludersi difetti di tecnica operatoria siccome, diversamente, la complicanza emorragica si sarebbe manifestata prima.

Piuttosto, è possibile riconoscere come probabile causa efficiente nel sanguinamento la somministrazione di anticoagulante (eparina) iniziata il 13 ottobre, e poi proseguita, così da impedire una regolare e corretta cicatrizzazione della lesione.

Nel caso di specie, tale terapia veniva correttamente omessa perché avrebbe comportato un aumento del rischio emorragico che, di fronte al rifiuto del paziente di essere sottoposto a trasfusioni di sangue o emoderivati, avrebbe rappresentato un rischio addirittura maggiore dell'evento trombo-embolico.

Sennonché, l'insorgenza della trombo-embolia - complicanza potenzialmente letale, seppure prevedibile in pazienti operati ed allettati - in data 13 ottobre obbligava i sanitari dell'Ospedale ad intraprendere subito la terapia anticoagulante che se per un verso risultava salvifica rispetto al problema trombo-embolico, interferiva negativamente sulla cicatrizzazione della lesione.

In particolare, l'origine dell'emorragia verificatasi il 21 ottobre andava individuata in una lesione venosa che non poteva con certezza identificarsi nella medesima lesione verificatasi durante l'intervento del 2 ottobre.

Infatti, i chirurghi durante l'intervento di nefrectomia del 21 ottobre descrivevano il rene come "lacerato e circondato da un voluminoso ematoma".

Orbene, a giudizio del CT era plausibile la descrizione dell'ematoma (fuoriuscita di sangue dal letto vasale con infarcimento dei tessuti molli), ma non altrettanto la "lacerazione" del rene.

Invero, quest'ultima situazione non avrebbe potuto essere causata durante le manovre dei chirurghi in occasione dell'intervento del 2 ottobre, perché in tal caso avrebbe inevitabilmente dato segno di sé nell'immediato decorso post-operatorio (dolore, ematuria, fuoriuscita di sangue dai drenaggi, radiografia ed ecografia addominale).

Piuttosto, era molto più verosimile che si fosse trattato di una lesione vascolare (e non parenchimale) che determinava un vasta infiltrazione anche nel parenchima, determinandone l'alterazione della consistenza e dell'aspetto così da farlo apparire all'osservazione dei chirurghi come una lacerazione diretta.

Inoltre, l'analisi del rene sinistro asportato non permetteva di rilevarne alcuna lacerazione anche perché ampiamente sezionato dagli anatomo-patologi per la preparazione dei vetrini istologici, oltre che manipolato dai chirurghi al momento dell'asportazione.

Anche la visione dei relativi preparati istologici non permetteva di individuare una reale lacerazione parenchimale di origine traumatica.

Sicché, la d.ssa NNN supponeva che si fosse trattato di una lesione organica attribuibile alla fragilità indotta dai fenomeni emorragici intraparenchimali.

Conseguentemente, il CT valutava come correttamente eseguito l'intervento chirurgico del 2 ottobre 2009, per scelta chirurgica, nonché per tempi e modalità esecutive.

Infatti, i chirurghi decidevano opportunamente l'asportazione dei linfonodi retroperitoneali, siccome verosimile sede della malattia e zona corporea a più basso rischio di complicanze soprattutto emorragiche.

Peraltro, la nota presenza del rene sinistro in posizione anomala non costituiva una controindicazione, ma eventualmente un motivo di maggiore accortezza nell'intervento, tanto che fin da subito i chirurghi prospettavano la possibilità della conversione della tecnica operatoria in laparotomia.

Segnatamente, la produzione della lesione venosa del rene sinistro durante l'intervento non dipendeva da cattiva tecnica chirurgica, bensì di "una complicanza che è possibile che si verifichi in interventi di questo tipo, soprattutto con un rene disposto in posizione anomala".

"Infatti, tale variante anatomica si associa, frequentemente, ad altrettante e più subdole anomalie vascolari che restano celate nell'adipe perineale (e quindi nascoste alla diretta visione dell'operatore) fino a quando non vengono esposte".

Dunque, si trattava di una prevedibile complicanza intraoperatoria che nonostante la buona tecnica utilizzata non era prevenibile.

A conferma di ciò sovveniva l'immediata individuazione della lesione vascolare e pronta riparazione.

Infine, il CT del PM rilevava come anche nella fase successiva la vittima fosse stata correttamente assistita dal punto di vista sanitario, diagnostico e terapeutico, per cui l'*exitus* era conseguenza di una serie di complicanze (lesione venosa, trombo-embolia, sanguinamento) che, ancorché prontamente e adeguatamente trattate, conducevano al decesso.

La d.ssa M. - altro CT nominato del PM ad integrazione delle risultanze medico-legali rassegnate dalla d.ssa NNN - , premesso che il sanguinamento con conseguente shock emorragico patito dalla vittima il 21.10.2009 aveva "partenza renale" (cfr., angiotac addominale e descrizione durante l'intervento chirurgico di nefrectomia), ha riferito che durante l'intervento del 2.10.2009 si verificava la lesione di un vaso venoso renale che veniva subito suturata con perdita di circa 500 cc di sangue.

Tale sutura, evidentemente, teneva nei 19 giorni successivi tanto che gli esami ematochimici e l'andamento clinico del paziente non indicavano sanguinamento cronico o persistente (cfr., in dettaglio pagg. 9 e ss. della relazione depositata in atti).

Il giorno 21.10.2009 mutava completamente la situazione laddove si manifestava sanguinamento che interessava la stessa struttura, ancorché non vi sia alcuna prova certa che l'origine della emorragia fosse lo stesso vaso suturato a causa della scarsa precisione della descrizione dell'intervento chirurgico sul punto.

Tuttavia, l'angiografia immediatamente preparatoria - indagine sufficientemente obiettiva - documenta un sanguinamento da un vaso venoso renale per cui doveva essere quello che era stato suturato.

Tra l'altro, il rene - che nel caso di specie, per una già nota variante anatomica, era posizionato più in basso - non era interessato dall'intervento del 21.10.2009 che doveva, segnatamente, consentire il prelievo di alcune strutture linfonodali.

Peraltro, posto che l'intervento veniva convertito in laparotomia a causa della posizione c.d. ptosica del rene che ostacolava l'accesso alle strutture situate posteriormente, l'avvenuta lesione del vaso renale esulava dalla corretta tecnica chirurgica, tanto più che la sua visibilità era dimostrata dalla pronta riparazione.

Poiché occorre sempre rispettare il più possibile le strutture anatomiche, ove anche la lesione fosse stata provocata spostando gli organi con le mani era ravvisabile la non corretta esecuzione del gesto chirurgico perché anche l'azione di allontanamento delle strutture anatomiche, le une dalle altre, può lacerare tessuti.

La d.ssa M. ha poi confermato la valutazione espressa dalla d.ssa NNN circa la non attendibilità della "lacerazione", (*id est*, rottura) del rene per come descritto sommariamente in sede di intervento del 21.10.2009, laddove "il reperto autoptico non consente di individuare una lacerazione renale, anzi non se ne fa alcuna menzione", per cui è plausibile che l'operatore in quella sede si trovasse di fronte ad un infarcimento ematico proveniente dalla vena renale che facilmente lo conduceva a ritenere che si trattasse di una lacerazione.

La documentata stabilità e tendenza al recupero delle condizioni generali del paziente e dei suoi valori di emoglobina, ematocrito e globuli rossi (nell'ambito del costante monitoraggio espletato in Ospedale) contraddicono l'ipotesi della lesione del rene, in quanto escludono fenomeni di sanguinamento in corso.

Dunque, è possibile, pur non essendoci alcuna certezza, che la sutura avesse ceduto inondando di sangue il cavo addominale così infarcendo il rene al punto di farlo sembrare lacerato.

D'altronde, se per un verso non si comprenderebbe quale altra causa (rimanendo prive di riscontro storico e documentale sia quella dell'ematoma sotto-capsulare del rene, che l'evento traumatico, quale ad es. una caduta), oltre al cedimento della sutura, potesse avere cagionato l'emorragia dello

stesso vaso venoso, per converso la tenuta per 19 giorni della sutura pone delle riserve sull'erroneo confezionamento di quella riparazione.

In particolare, apparendo difficile ipotizzare che avesse ceduto altro pezzo dello stesso vaso venoso renale, la d.ssa M. ha aggiunto che fattori biologici propri del paziente potrebbero avere interferito sulla corretta cicatrizzazione dei tessuti che normalmente, in una persona sana, certamente avviene entro il termine di 19 giorni.

Secondo le linee guida sussisteva, nel caso di specie, l'indicazione a procedere chirurgicamente perché occorreva giungere ad una diagnosi di possibile tumore maligno mediante biopsia linfonodale.

Inoltre, era corretto l'approccio laparoscopico, quale tecnica meno invasiva, ferma restando che poi, viste le condizioni concrete in cui operava, il chirurgo procedeva in laparotomia secondo buona pratica clinica.

Il dr. Enrico M.E. - CT delle parti civili - premesso di non essere stato messo nelle condizioni di prendere parte agli incombenti istologici successivi all'autopsia cui aveva partecipato, ha riferito che durante la prima fase laparoscopica dell'intervento del 2.10.2009 si verificava la lesione dell'unico vaso venoso (avente diametro di circa 3 o 4 mm) in entrata nel rene, per cui velocemente si convertiva l'atto chirurgico in laparotomia con conseguente sutura della vena.

Avuto riguardo alla situazione anatomica del paziente, a giudizio del CT si doveva procedere fin da subito con un campo operatorio più chiaro, e cioè in atonia e laparotomia.

Per come appurato nel corso del secondo intervento di nefrectomia del 21.10.2009, durante l'operazione del 2.10.2009 veniva lesionato anche il rene, posto che dopo l'espanto dell'organo sicuramente esso veniva osservato e analizzato in separata sede, con conseguente relazione in cui si dava atto della lesione anche del parenchima.

Del resto, l'osservata infiltrazione del parenchima renale implica necessariamente il trauma dell'organo così che i globuli rossi stavano occupando altra zona rispetto alla loro sede di origine.

Inoltre, l'accertata marcatissima alterazione di epitelii tubulari evidenziata in sede istologica indica una struttura profondamente alterata con sovrapposizione anche di trasformazione post mortale.

In particolare, la malattia linfatica (del sangue) di cui era affetta la vittima e poi l'embolia polmonare - quale evento assolutamente grave implicante ulteriore stress organico - determinavano una più lenta cicatrizzazione, così interferendo sulla efficacia della sutura della vena lesionata.

E' ragionevole ritenere che, stante il ristretto campo operatorio, con gli strumenti il chirurgo avesse intaccato il rene, lacerandolo.

Sicché, la morte di C. era riconducibile alle lesioni al rene e al vaso renale prodotti dai chirurghi che lo operarono il 2.10.2009 che ne determinavano le successive complicanze letali.

Il Prof. R. – CT delle parti civili – ha dichiarato che in tutti gli interventi chirurgici di una certa rilevanza, come quelli con laparotomia, a carico di pazienti che poi restano allettati per diversi giorni con conseguenti rischi pro-trombotici, è buona prassi fare la profilassi trombo-embolica con eparina. Nel caso di specie, vieppiù siccome vi era stata una lesione vascolare, in modo condivisibile si era scelto di non ricorrere a tale profilassi per contenere il rischio emorragico.

Peraltro, va evidenziato che, diversamente da quelle arteriose, le suture venose sono a bassa pressione per cui solitamente non sanguinano per stress meccanico.

A fronte della trombo-embolia manifestatasi il 13.10.2009, correttamente si decideva di ricorrere a terapia anticoagulante ad alte dosi (superiore rispetto alla normale profilassi post-operatoria), così esponendo il paziente ad alto rischio di emorragia.

NNN, B., LLL e MMM – stretti congiunti della vittima – hanno ricostruito (cfr., amplius, verbali di trascrizione delle deposizioni rese all'udienza del 17.7.2013 e di S.I. rese ai CC di Novara il 16.11.2009) le sofferte vicende di salute di C. allorché per ulteriori accertamenti veniva ricoverato nell'Ospedale di Novara.

A seguito dell'intervento chirurgico del 2.10.2009 finalizzato al prelievo di linfonodi, quest'ultimo andava progressivamente peggiorando (dolori alla schiena, forte oppressione allo sterno, difficoltà respiratorie) per cui, sempre allettato, aveva bisogno continuamente di assistenza con ulteriore forte scadimento delle sue condizioni fisiche dopo la crisi polmonare del 13 ottobre.

Pur trasferito dopo alcuni giorni nel reparto di Medicina erano sempre i medici della Chirurgia che seguivano il decorso post-operatorio della vittima.

All'esito dell'intervento del 2 ottobre il dr. XXX stranamente interpellava i parenti facendo rilevare loro come il paziente avesse il rene sinistro più in basso, aggiungendo che vi era stata una complicanza durante l'operazione.

Dopo l'intervento di nefrectomia del 21.10.2009, il dr. YYY confidava ai parenti di non aver mai visto durante la sua attività professionale un rene conciato così male, tale da apparire spaccato o aperto in due.

All'esito di tale operazione le condizioni della P.O. peggioravano sempre di più, fino alla morte.

XXX – sentito in sede di interrogatorio e di esame – anzi tutto confermava che l'intervento da lui eseguito unitamente al collega YYY aveva lo scopo di prelevare tessuto da un linfonodo retro peritoneale nello spazio detto “retroaortocavale” a fini di biopsia, onde tipizzare una malattia linfoproliferativa per il conseguente specifico trattamento terapeutico.

Inizialmente, l'operazione veniva programmata in forma laparoscopica, e cioè poco invasiva (tanto più al fine di prevenire rischi di sanguinamento poiché il paziente, per credo religioso, era contrario alle trasfusioni), pur avendo già segnalato in cartella in data 28.9.2009 che vi era la concreta

possibilità di conversione in laparotomia a causa della presenza di un rene ectopico – cioè situato in pelvi – che ostacolava l'accesso allo spazio retroperitoneale.

Poiché l'intervento era finalizzato all'accesso al retro peritoneo, incidendo il peritoneo parietale in corrispondenza della biforcazione aortobisiliaca, la presenza del rene ectopico non impediva l'intervento residuando comunque uno spazio minimo per il prelievo di tessuto.

Quindi, pur perfettamente consapevoli della situazione anatomica, i chirurghi decidevano di procedere inizialmente in laparoscopia, riservando in sede operativa la conversione dell'intervento.

L'anomalia della posizione del rene spesso è associata alla presenza di anomalie vascolari celate nel grasso perineale che, nel caso di C., era molto abbondante a causa della sua struttura fisica.

Sicché, in sede della successiva fase laparotomia, aperto l'addome dall'ombelico al pube, gli operatori procedevano a preparare il campo operatorio mediante divaricazione delle strutture (spostamento delle anse intestinali e leggero abbassamento del polo superiore del rene) posizionate davanti al peritoneo parietale posteriore ove sono collocati i linfonodi che dovevano essere asportati.

Tali manovre venivano eseguite manualmente, con la massima cautela, da entrambi i chirurghi dr. XXX e dr. YYY, cioè spostando a quattro mani gli organi interessati.

In tale contesto gli imputati notavano un modesto sanguinamento puntiforme a partenza dalla vena renale del rene ectopico sinistro verosimilmente determinato dalla disinserzione, a causa della trazione manuale, di una vena collaterale a partenza dal grasso perineale.

A dire dell'imputato non si trattava della vena principale stante la modesta entità del sanguinamento e delle conseguenti operazioni di riparazione.

Tale sanguinamento veniva immediatamente interrotto con l'apposizione ad opera del dr. XXX di due punti di sutura emostatica diretta, pur bastandone solo uno, onde evitare ogni possibile rischio per il paziente, trattandosi di testimone di Geova contrario alle trasfusioni.

L'intervento vero e proprio proseguiva dopo con l'utilizzo di strumenti chirurgici con la successiva sezione del peritoneo posteriore con accesso allo spazio interaortocavale e l'asportazione del linfonodo interessato.

Al termine dell'intervento, prima di procedere alla chiusura della parete addominale previo posizionamento di drenaggio nello scavo pelvico, i due chirurghi verificavano nuovamente la zona del modesto sanguinamento iniziale constatando la corretta riparazione.

Successivamente, in sede di esame istologico il linfonodo prelevato risultava essere un linfoma, e pertanto di natura tumorale.

Trattandosi di testimone di Geova, di concerto con i sanitari della Clinica Medica si decideva di non intraprendere l'ordinaria profilassi anti-trombotica per evitare rischi di emorragia e comunque perché, nel caso di specie, era prevedibile una mobilitazione abbastanza precoce.

Il dr. YYY , in sede di interrogatorio delegato avanti alla P.G., rendeva una versione dei fatti del tutto conforme a quella rassegnata dal collega dr. XXX (cfr., amplius, verbale in atti).

C.M. – infermiera professionale – premesso di aver partecipato all'intervento eseguito il 2.10.2009 cui veniva sottoposto la vittima, ha dichiarato che si trattava di una operazione di routine durante la quale non si manifestavano particolari problemi tanto che neppure ne serbava un ricordo vivido e molto preciso.

L'unica complicanza dell'intervento consisteva in un sanguinamento veramente irrisorio o banale che veniva subito risolto con l'applicazione di due punti di sutura in prolene che, peraltro, secondo l'esperienza del teste - 16 anni di strumentista in sala operatoria -, avrebbe potuto essere trattato anche con l'applicazione di un solo punto.

Nell'occasione, il primo chirurgo era il dr. XXX e il chirurgo assistente era il dr. YYY (cfr., pure doc. in atti).

Trattandosi di paziente obeso, certamente per spostare i visceri in cavità addominale occorrevano più mani, per cui entrambi i chirurghi procedevano a tale manovra.

Il dr. P.B. – CT della difesa XXX – anzi tutto ha evidenziato che l'intervento eseguito il 2.10.2009 era senz'altro indicato per il prelievo di un linfonodo addominale necessario a consentire al patologo di formulare una diagnosi corretta per l'individuazione dell'opportuno trattamento terapeutico.

Poiché il paziente presentava un rene pelvico, cioè in posizione più bassa rispetto alla normale anatomia, si rendeva indispensabile convertire la tecnica laparoscopica – scelta per prevenire la necessità di trasfusione stante il credo religioso del paziente – in quella laparotomica.

Durante tale fase, come da prassi, i chirurghi procedono a quattro mani per spostare i visceri: sono usate le mani e non gli strumenti, sia per prevenire danni alle strutture e vasi, sia perché le mani hanno una maggiore sensibilità e morbidezza.

Nel corso di tale manovra può accadere che per effetto della trazione qualche piccolo vaso ceda e si rompa, per cui occorre suturarlo anche solo con un punto.

Nel caso di specie, il sanguinamento veniva prontamente individuato e risolto con l'applicazione di due punti di sutura a causa della contrarietà del paziente alle trasfusioni, dimodoché l'intervento veniva portato a termine senza complicanze neppure postoperatorie.

In effetti, la vena renale è un grosso vaso, siccome il rene è un organo molto vascolarizzato, per cui pur essendo a bassa pressione in caso di lesione determina un grosso sanguinamento.

Atteso che, per come descritto, nell'intervento del 2 ottobre 2009 si trattava di un piccolo sanguinamento, la fonte di esso non poteva che essere un vaso collaterale del rene, e non la vena renale.

Poiché la sutura cicatrizza in poco tempo (24 o 48 ore) non è possibile che successivamente nel tempo di 19 giorni avesse ceduto quella eseguita dagli imputati.

Premesso che l'angiografia preoperatoria dell'intervento eseguito il 21 ottobre 2009 non può essere risolutiva in ordine al sanguinamento riscontrato in quella sede, perché la diagnostica per immagini non è così raffinata da permettere di effettuare una esatta individuazione anatomica, il dr. P.B. ha affermato che quel successivo imponente sanguinamento (favorito dalla somministrazione della terapia anticoagulante e dalla malattia neoplastica) può essere attribuito a svariate cause di cui però lo stesso CT non ha saputo indicare neppure una.

* * * * *

Così sinteticamente ricostruita la vicenda oggetto del processo, al fine di valutare la posizione dei due imputati, quali medici chirurghi che effettuarono l'intervento nei confronti di C. il giorno 2 ottobre 2009 allo scopo di prelevare tessuto linfonodale da sottoporre ad esame istologico a fini diagnostici e terapeutici, è opportuno svolgere alcuni brevi cenni di ordine sistematico in materia di responsabilità colposa nel settore medico.

In merito all'attività medico-chirurgica sia la dottrina che la giurisprudenza si sono poste da tempo il problema di definire, anzi tutto, quando un determinato evento, quale le lesioni personali o il decesso del paziente, sia ascrivibile alla responsabilità di un sanitario per non essersi quest'ultimo attivato utilmente per evitare simili conseguenze.

Secondo il maggioritario indirizzo dottrinario, ai fini della valutazione della sussistenza del nesso di causalità non può farsi riferimento alla teoria della "*conditio sine qua non*", generalmente ritenuta quale fondamento dell'art. 40 c.p..

In base a tale teoria è considerata *causa* ogni condizione necessaria alla produzione dell'evento, e cioè qualsiasi circostanza in mancanza della quale l'evento non si sarebbe verificato, per cui vengono posti sullo stesso piano causale tutti gli antecedenti necessari all'evento, con la conseguenza che la condotta dell'uomo diventa causa ogniqualvolta costituisca una delle condizioni che concorra alla realizzazione di esso.

Il citato orientamento dottrinario sottolinea che la teoria in oggetto valga, segnatamente, in relazione ai reati commissivi dolosi, ove più facile è il riconoscimento dell'efficacia causale del comportamento umano rispetto all'evento oggetto del reato.

Per converso, rispetto alle fattispecie colpose, commissive o omissive, si è assistito ad un fenomeno di progressiva sostituzione ed integrazione dell'operazione logica nella quale si sostanzia la teoria della "*condicio sine qua non*" a favore della utilizzazione di principi generali, siano essi "leggi universali" (tali da determinare in termini di certezza il collegamento tra un evento all'altro), ovvero

semplici “leggi statistiche” (destinate ad affermare, sia pure in termini scientificamente verificabili, in quale misura percentuale ad un determinato evento ne consegue un altro).

Cosicché, in tale rinnovato contesto culturale e giuridico, si è posto il problema della individuazione del “grado di certezza” - vieppiù in relazione all'accertamento della causalità omissiva - affinché possa stabilirsi che un determinato evento sia riconducibile ad una data condotta del sanitario.

Sul punto, è stato dirimente l'autorevole e noto intervento operato dalle Sezioni Unite del Supremo Collegio nel corso del 2002, che, nel ricomporre il contrasto interpretativo esistente all'interno della quarta sezione della Corte medesima, ha delineato in modo chiaro e preciso i criteri da utilizzare ai fini dell'accertamento del nesso di causalità nei reati colposi nel settore medico (cfr., Cass. pen., Sez. Un., 11.9.2002, n. 30328).

Infatti, secondo il più risalente orientamento giurisprudenziale, basato sulla più ampia e rigorosa tutela della vita umana, onde giungere al riconoscimento della penale responsabilità del sanitario era sufficiente la dimostrazione di un comportamento alternativo impeditivo dell'evento connotato “da serie ed apprezzabili probabilità di successo”, anche con ridotti coefficienti di probabilità, pari al 30% o 50% (cfr., Cass. pen., sez. IV, 7.7.1993, 6683; Cass. pen., sez. IV, 7.3.1989 n. 1278; Cass. pen., sez. IV, 18.1.1985 n. 360).

Più recentemente, si affermava, invece, il principio secondo cui solo allorché vi era la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento con un elevato grado di probabilità “prossimo alla certezza”, cioè con una percentuale “quasi prossima a cento”, poteva ravvisarsi la responsabilità del sanitario (cfr., Cass. pen., sez. IV, 16.1.2002 n. 1585; Cass. pen., sez. IV, 9.3.2001 n. 9780; Cass. pen., sez. IV, 28.11.2000 n. 14006).

In tale contrasto di interpretazioni - l'una molto elastica, e l'altra troppo rigorosa - sono intervenute, come si è detto, le Sezioni Unite che hanno, anzi tutto, sottolineato (pervenendo a conclusioni poi estese anche alle condotte commissive) che nella causalità omissiva non può essere accertato un rapporto naturalistico di causazione tra la condotta omessa e l'evento.

Occorre sempre accertare positivamente, attraverso un ragionamento adeguato e logicamente coerente, che se l'azione doverosa omessa fosse stata realizzata, si sarebbe impedito il verificarsi dell'evento di reato che, solo così, può essere oggettivamente imputato (causalità normativa) alla condotta omissiva dell'agente, quando il nesso tra omissione ed evento non sia interrotto da cause estrinseche del tutto anomali ed eccezionali che si collochino al di fuori della normale e ragionevole prevedibilità.

Dunque, il nesso causale può essere ravvisato “quando, in base ad un giudizio controfattuale effettuato sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica, si accerti che ipotizzandosi realizzata dal medico la condotta impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si

sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva”.

Ne discende che non è condivisibile quell'indirizzo interpretativo secondo cui, alla luce delle accentuate difficoltà probatorie nel settore della responsabilità medica e delle aspettative di protezione rafforzata dei beni primari della vita e della salute, il giudice non sarebbe tenuto a pervenire ad un accertamento rigoroso della causalità e dovrebbe riconoscere sufficiente, ai fini di un'appagante valenza persuasiva, le “serie ed apprezzabili probabilità di successo dell'ipotetico comportamento doveroso del medico”.

Invero, secondo tale criterio “si finisce per esprimere coefficienti di probabilità indeterminati, mutevoli, manipolabili dall'interprete, talora attestati su standard davvero esigui”.

D'altronde, anche le supposte difficoltà di prova di tale tipo di responsabilità non possono legittimare l'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario, e, quindi, una nozione debole di causalità che comporterebbe un'abnorme dilatazione della responsabilità omissiva in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio.

Pertanto, va rimarcata l'importanza della fase di accertamento processuale della causa penalmente rilevante per cui, attesa la natura essenzialmente induttiva dell'accertamento in giudizio, non si può pretendere una spiegazione causale “di tipo deterministico e nomologico-deduttivo, secondo criteri di utopistica certezza assoluta”.

Il giudice non può, dunque, riconoscere l'esistenza del nesso di causalità in base al coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, ma è tenuto a verificarne la validità nel caso concreto, alla luce di tutte le risultanze probatorie, onde dimostrare che la condotta del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con “alto o elevato grado di credibilità razionale” e “probabilità logica” (cfr., pure, ex multis, Cass. pen., sez. IV, 7.4.2014 n. 15495; Cass. pen., sez. IV, 27.2.2014 n. 9695; Cass. pen., sez. IV, 16.3.2010 n. 10452, Cass. pen., sez. IV, 11.4.2008 n. 15282; Cass. pen., sez. IV, 2.2.2007 n. 4177; Cass. pen., sez. IV, 12.7.2005 n. 25233; Cass. pen. sez. IV, 22.11.2004 n. 45101; Cass. pen., sez. IV, 1.12.2004 n. 46586).

Dunque, alla luce della cenata condivisibile elaborazione ermeneutica, in linea generale - anche con riguardo alla condotta commissiva del sanitario - al fine di stabilire la sussistenza del nesso di causalità occorre procedere ad un duplice controllo.

Premessa una spiegazione causale dell'evento sulla base di una legge statistica o universale di copertura sufficientemente valida e astrattamente applicabile al caso concreto, occorre successivamente verificare, attraverso un giudizio di alta probabilità logica, l'attendibilità, in concreto, della spiegazione causale così ipotizzata.

Vale a dire che è necessario accertare sulla base delle evidenze processuali che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione doverosa omessa o, al contrario, non compiuta la condotta commissiva assunta a causa dell'evento, esclusa l'interferenza di decorsi causale alternativi, l'evento con elevato grado di credibilità razionale non si sarebbe verificato, oppure sarebbe avvenuto molto dopo, o avrebbe comunque avuto minore intensità lesiva.

Il giudizio di elevata probabilità logica non definisce il nesso causale in sé e per sé – che resta comunque legato alla rigorosa nozione dettata dalla teoria condizionalistica recepita nel nostro ordinamento dall'art. 40 c.p. sia pure temperata dai correttivi della c.d. causalità umana – sebbene il criterio con il quale procedere all'accertamento probatorio di tale nesso causale.

Detto criterio, analogamente all'accertamento di qualsiasi altro elemento costitutivo del reato, deve consentire di fondare, all'esito di un completo e attento vaglio critico di tutti gli elementi disponibili, un convincimento sul punto dotato di un elevato grado di credibilità razionale.

Per converso, ai fini della prova giudiziaria della causalità, non è decisivo il coefficiente di percentuale più o meno elevato (prossimo a 100, oltre 90, 70 o 50, ecc..) di probabilità frequentistica desumibile dalla legge di copertura utilizzata, ma piuttosto il fatto di potere ragionevolmente contare sull'applicazione nel caso concreto della legge statistica in questione, attesa l'alta probabilità logica che siano da escludere fattori causali alternativi.

Sicché, in presenza di un elevato grado di credibilità razionale dell'ipotesi privilegiata, ben può essere consentito, per giungere alla spiegazione causale dell'evento, fare impiego di leggi o criteri probabilistico-statistici con coefficienti percentuali anche medio bassi.

Al contrario, ove la valutazione degli elementi di prova acquisiti non consentano di assegnare, ad es. per l'impossibilità di escludere ragionevolmente nel caso concreto l'intervento di fattori causali diversi, un elevato grado di credibilità razionale alla spiegazione causale ipotizzata, quest'ultima non può essere affermata anche se riconducibile a leggi di copertura dotate di frequenza statistica tendenzialmente pari a 100.

Dunque, la probabilità logica, quale criterio di giudizio per la ricostruzione del fatto nel caso concreto, è un concetto che non designa una frequenza statistica, ma piuttosto un rapporto di conferma tra un'ipotesi e gli elementi che ne fondano l'attendibilità.

Con riferimento poi al grado di inferenza probatoria richiesto a supporto del giudizio di fatto sulla spiegazione causale nel caso concreto, può solo richiedersi che esso sia alto o elevato, senza che in ciò possa dedursi un *vulnus* del principio di legalità, dovendo la stessa determinatezza delle fattispecie essere interpretata in rapporto al problema concreto da risolvere.

Passando ad esaminare il profilo soggettivo della fattispecie, deve rilevarsi che, come è noto, l'art. 3 della legge n. 189/12 ha introdotto una nuova disciplina della "colpa del sanitario" ponendo un limite

alla possibilità per il giudice di sancire la responsabilità del medico che abbia rispettato le linee guida e le *best practices*.

Infatti, secondo tale *novum* normativo, fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.p., "l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve".

Non si tratta né di una esimente (causa di giustificazione), né di una scusante (causa di esclusione della colpevolezza), sebbene di un modellamento della colpa (che deve essere grave, con conseguente inidoneità di quella c.d. lieve) necessaria ai fini penali, conformemente alla previsione di molti ordinamenti stranieri.

Trattandosi di figura soggettiva di impronta marcatamente normativa, priva di contenuto psicologico, spetta al giudice stabilire in concreto il grado di colpa attribuibile al soggetto agente (sanitario) sulla base di diversi parametri normativi.

Anzi tutto, poiché la colpa costituisce essenzialmente la violazione di un dovere obiettivo di diligenza, occorre verificare la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere.

Va considerato quanto, in concreto, fosse prevedibile la realizzazione dell'evento ed evitabile la sua realizzazione.

Pure rilevante è il profilo soggettivo dell'agente, e cioè determinare la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni del predetto: quanto più il sanitario è adeguato all'osservanza della regola e maggiore l'affidamento di terzi, tanto maggiore è il grado di colpa stante la più estesa esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari.

Altro elemento di rilievo sul piano soggettivo è quello della motivazione e contesto della condotta (urgenza dell'intervento, condizioni generali del paziente, situazione personale in cui versi il medico, ecc...).

Infine, va considerata la consapevolezza o meno da parte del medico di tenere una condotta pericolosa.

Dunque, la sintesi valutativa di tali indicatori consente al giudice di graduare in concreto la colpa e per l'effetto determinare l'estensione dell'illecito.

Orbene, al fine di valutare la conformità o meno alle linee guida e alle buone pratiche mediche occorre fare riferimento alla complessiva attività del sanitario, e non al singolo atto censurato che, assumendosi ex se erroneo, ovviamente non può essere conforme alle accreditate regole della scienza medica.

Invero, "potrà accedere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri

correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore sia non lieve" (Cass. pen., sez. IV, 29.1.2014 n. 16237).

Peraltro, il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche non sempre è idoneo a tenere indenne da responsabilità penale il sanitario.

Infatti, potrà pur sempre ravvisarsi la sua colpevolezza per omicidio o lesione personale colposa allorché si sia attenuto ad esse anche quando avrebbe dovuto, invece, discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato e ciò non abbia fatto per "colpa grave", e cioè nel caso in cui la necessità di discostarsi dalla linee guida era macroscopica ed immediatamente riconoscibile da qualunque altro medico (cfr., Cass. pen., sez. IV, 29.1.2014 n. 16237)

Inoltre, alcun valore esimente potrà riconoscersi a linee guida vetuste e/o magari solo ispirate ad esclusive logiche di economia di gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese in contrasto con le esigenze di cura del paziente (cfr., Cass. pen., sez. IV, 24.1.2014 n. 11493).

Invero, va riaffermato l'ampio spazio di discrezionalità del medico che deve sempre ispirarsi alle metodiche curative migliori per il paziente evitando il rischio di un appiattimento alla linee guida qualora la particolarità della fattispecie concreta imponesse o consigliasse un diverso percorso terapeutico.

Le linee guida non configurano delle regole la cui violazione implica un'ipotesi di colpa specifica, consistendo piuttosto in una "utile guida" per orientare agevolmente, in modo efficiente e appropriato, le decisioni terapeutiche di guisa che, avendo solo funzione orientativa (complesso di direttive generali, istruzioni di massima e orientamenti) non assurgono a norme cautelari obbligatorie da parte del sanitario il quale, a dispetto di ogni automatismo, può e deve essere sempre libero di scegliere la soluzione più appropriata nell'approccio al caso a lui sottoposto.

Infine, altro fondamentale principio applicativo elaborato dalla giurisprudenza è che la nuova disciplina in materia di responsabilità soggettiva del sanitario trova il suo terreno naturale di elezione nell'ambito dell'imperizia, escludendosi i casi in cui emerga l'imprudenza o la negligenza del medico (cfr., Cass. pen., sez. IV, 24.1.2014 n. 11493; Cass. pen., sez. IV, 19.9.2012 n. 35922)

Ciò perché le linee guida contengono solo regole di perizia.

Tanto premesso, facendo applicazione di tali principi va osservato quanto segue.

Anzi tutto, pacificamente alcuna censura può essere mossa ai chirurghi in ordine alla decisione di sottoporre ad intervento chirurgico C. allo scopo di prelevare linfonodi retroperitoneali da

sottoporre a biopsia a fini diagnostici e terapeutici (verifica dell'affezione tumorale con conseguente mirato ed appropriato programma terapeutico).

In particolare, per come evidenziato dai CCTT del PM e della difesa dell'imputato l'intervento era localizzato nella sede della malattia e zona corporea a più basso rischio di complicanze soprattutto emorragiche, laddove anche la presenza del rene sinistro ectopico pelvico non costituiva una controindicazione all'intervento.

Peraltro, *ex post* l'intervento si dimostrava certamente indicato avuto riguardo all'accertata natura maligna (linfoma) del tessuto prelevato.

Altrettanto adeguata può ritenersi la scelta dei sanitari di iniziare l'intervento con tecnica laparoscopica.

Sul punto, tutti i CCTT, tranne quello delle parti civili, hanno confermato la correttezza dell'approccio laparoscopico, quale tecnica meno invasiva e pericolosa, laddove secondo buona pratica clinica l'intervento, così come già previsto, veniva poi convertito in laparotomia avuto riguardo alla concreta ed effettiva inaccessibilità degli operatori alla sede del prelievo a causa del rene ectopico.

Le generiche riserve espresse, a posteriori, dal dr. M.E. sulla opportunità di procedere da subito con un campo operatorio più chiaro, non trattandosi di intervento di urgenza e stante la nota "compressione anatomica" del paziente, nulla rilevano in considerazione delle evidenti prevalenti esigenze di salvaguardia generale delle condizioni del paziente (tra l'altro contrario alle emotrasfusioni), dei plausibili margini di riuscita della laparoscopia (cfr., *amplius*, argomentate spiegazioni rassegnate dal dr. XXX e pag. 6 relazione della d.ssa M.) e dei trascurabili rischi e conseguenze della conversione della tecnica operatoria.

In particolare, nulla dimostra, per come isolatamente ipotizzato dal predetto CT delle parti civili, che la lesione della vena renale sarebbe avvenuta durante la preliminare fase laparoscopica.

Alcun dato logico, tecnico-indiziario o rappresentativo milita in tale senso.

Tale assunto non risulta documentato nella descrizione dell'intervento, né riferito dall'infermiera professionale presente ad esso escussa quale testimone, ed è smentito dai due chirurghi che dichiaravano da subito che l'evoluzione dell'operazione in laparotomia avveniva semplicemente perché non si riusciva, di fatto, ad accedere allo spazio retroperitoneale.

Sicché, solo dopo l'apertura dell'addome si verificava il sanguinamento allorché gli operatori procedevano a preparare il campo operatorio mediante divaricazione delle strutture posizionate davanti al peritoneo parietale posteriore.

Orbene, in ordine a tale episodio emorragico ritiene il Giudice che deve ritenersi dimostrato che fosse il vaso venoso renale ad essere attinto dalla lesione, e non un vaso collaterale di tale vena.

Anzi tutto, sul punto riveste significativa rilevanza quanto attestato dagli stessi chirurghi all'esito dell'intervento, laddove in modo chiaro e preciso nel verbale da essi redatto indicavano: "nel tentativo di accedere al pacchetto linfonodale sottostante la biforcazione si verifica un sanguinamento a carico della vena del rene ectopico".

Nel caso in cui si fosse trattato di una vena collaterale, e non la vena renale, è ragionevole ritenere che i due sanitari avrebbero fatto diversa conforme descrizione della lesione.

Inoltre, il CT del PM d.ssa M. ha evidenziato – circostanza non smentita in atti – che contestualmente al riscontro della lesione e alla riparazione ad opera del chirurgo "...c'è una perdita intra-operatoria di circa 500 c.c. di sangue, che non è pochissimo, ma nemmeno nulla di drammatico" (cfr., pag. 7 delle trascrizioni).

Al riguardo non pare plausibile che una microlesione (puntiforme) afferente al un modesto vaso collaterale della vena renale (avente un diametro ben inferiore a quest'ultima che, a sua volta, è pari a circa 3 o 4 mm) a bassa pressione (vaso venoso) potesse concorrere ad una così significativa perdita ematica prima di essere prontamente suturata.

Pertanto, a ben vedere, sia gli imputati che lo stesso loro CT mai hanno sostenuto direttamente che fosse stato leso un vaso collaterale, ma piuttosto hanno affermato sul piano logico-deduttivo tale circostanza sul presupposto che vi era stato un modestissimo sanguinamento.

Ciò detto, va escluso che nel caso di specie i chirurghi avessero lesionato anche il rene.

Le chiare, logiche e coerenti conclusioni cui sono giunti i CCTT del PM sono ampiamente condivisibili.

Infatti, in caso di lacerazione del rene nel corso dell'intervento del 2.10.2009 il conseguente sanguinamento – peraltro mai arginato – avrebbe dovuto essere rilevato in sede degli esami strumentali (ecografici e radiografici) oltre che indurre una serie di importanti sintomi, disturbi e disfunzioni (dolore, ematuria, fuoriuscita di sangue dai drenaggi) già durante l'immediato decorso post-operatorio.

Anche la sostanziale stabilità dei valori di emoglobina, ematocrito e globuli rossi continuamente controllati esclude l'ipotesi di uno stillicidio ematico dovuto alla lesione del rene.

Invero, in caso di sanguinamento tali valori avrebbero dovuto progressivamente abbassarsi e non rimanere invariati, sia pure con difficoltà al recupero dovuto alle precarie condizioni fisiche (condizioni generali post-operatorie) e di salute (malattia del sangue) del paziente.

Del resto, il perito settore dava atto di non avere potuto riscontrare all'obiettività clinica alcunché sul rene in questione, siccome manipolato dai chirurghi che eseguirono la nefrectomia e poi sezionato dagli anatomo-patologi per la preparazione dei vetrini istologici che, a loro volta, nulla esitavano in ordine alla effettiva lacerazione parenchimale.

In tale contesto, dunque, seri dubbi e perplessità possono nutrirsi sulla descrizione dell'intervento effettuato il 21.10.2009.

E' del tutto verosimile che in quella sede l'operatore avesse confuso l'infarcimento ematico proveniente dalla vena renale con la lacerazione strutturale del rene.

Le considerazioni espresse sul punto dal CT della parti civili in ordine alle modalità di analisi del reperto e di verbalizzazione dell'intervento rimangono ipotesi prive di diretto riscontro rappresentativo.

Anche le dichiarazioni di relato riportate dalle parti civili in ordine al colloquio tenuto con i sanitari subito dopo l'intervento di nefrectomia (valutazione espressa dal dr. YYY) non valgono a sovvertire le più pregnanti e logiche emergenze tecniche, non potendosi neppure escludere che nell'informale conversazione con i parenti si possa avere accentuato le sensazioni percepite nell'immediato vieppiù per giustificare la decisione intraoperatoria di asportazione dell'organo per arrestare l'emorragia.

Ad opinare diversamente si dovrebbe spiegare come mai un rene "aperto in due" per effetto di un'incauta manovra chirurgica potesse avere dato segno di sé solo dopo ben 19 giorni.

Orbene, ritiene il Giudice che deve ritenersi provato che il sanguinamento manifestatosi il 21.10.2009 sia riconducibile alla vena renale.

Anzi tutto, per come lucidamente evidenziato dai CCTT del PM, l'angio-TAC addominale – indagine obiettiva che veniva eseguita urgentemente in giornata - dava esito a fuoriuscita del mezzo di contrasto in fase venosa dalla capsula superiore del rene.

A fronte di tale dato strumentale, il dr. P.B. (CT della difesa) si è limitato ad osservare che l'angiografia non può permettere di individuare esattamente il vaso oggetto del sanguinamento perché la diagnostica per immagine non è così raffinata da pervenire ad una individuazione anatomica di tale genere.

Oltre al fatto che si tratta di una opinione personale del dr. P.B. del tutto contraddetta sia dagli altri CCTT che dal referto dello specialista che effettuava l'indagine, va rilevato che lo stesso CT della difesa avrebbe dovuto certamente meglio argomentare la sua affermazione.

Infatti, il CT della parti civili ha chiaramente sottolineato che in quel distretto corporeo l'unica vena esistente è quella renale.

Sicché, non si comprende, né si è offerto di spiegare il dr. P.B., quale altra vena, tessuto o organo sarebbe stata la fonte del sanguinamento, vieppiù siccome lui stesso ha escluso la rottura del rene.

Ne discende che va senz'altro ritenuto provato che la lesione della vena renale costituiva l'origine della emorragia che conduceva allo shock della vittima il 21.10.2009.

In particolare, deve ritenersi comunque riconducibile tale lesione all'intervento chirurgico del 21.10.2009.

Posto che il sanguinamento proveniva dalla stessa vena lesionatasi durante la predetta operazione eseguita dai due imputati, due sono le ipotesi formulabili: che abbia ceduto la sutura ovvero che si sia rotto un altro pezzo della stessa vena.

La prima ipotesi, senz'altro più verosimile e fondata, si basa su una serie di considerazioni tecniche certamente convincenti.

Ancorché suturata con due punti, le condizioni patologiche generali del paziente non permettevano la normale cicatrizzazione (cfr., CCTT del PM e delle parti civili).

Trattandosi di persone affetta da una malattia linfatica (*id est*, del sangue, tanto che pure faticavano a recuperare i valori ematici), dopo undici giorni dall'intervento insorgeva una grave complicanza trombo-embolica, che non solo costituiva fattore di ulteriore grave stress organico, ma comportava l'urgente somministrazione di forti dosi di anti-coagulante.

Tale terapia d'urto (controindicata per i processi di cicatrizzazione e potenzialmente induttiva di fenomeni emorragici) associata ad un organismo già precario ragionevolmente interferiva negativamente sulla tenuta della sutura per cui, nel giro di una settimana, produceva lo shock emorragico del 21.10.2009.

Anche sul punto l'affermazione perentoria resa dal dr. P.B. circa la cicatrizzazione dei punti di sutura in 24, o al massimo 48 ore, è rimasta smentita da ogni altro CCTT che, seppure con considerazione diverse, hanno convenuto sui tempi senz'altro assai più lunghi.

Altra ipotesi – per la verità meno probabile – è che gli stessi chirurghi nel momento in cui sottoponevano a trazione i visceri del paziente abbiano potuto creare ulteriori fragilità o microlesioni rimaste celate nell'adipe perineale che poi col tempo, a fronte della somministrazione della terapia anti-coagulante e della malattia ematica, provocavano il forte sanguinamento.

Orbene, elemento decisivo per ricondurre l'emorragia all'intervento chirurgico del 2.10.2009 è costituito dal fatto che nessun'altra causa diversa dall'atto iatrogeno è stato possibile individuare.

Ciò non solo è stato affermato dai CCTT dell'accusa pubblica e privata, ma neppure risulta efficacemente smentito dal dr. P.B..

Quest'ultimo dopo avere apoditticamente dichiarato che, a suo dire, per svariate cause potrebbe essersi rotta la vena renale, pur incalzato dal PM o poi, richiesto dallo stesso Giudice di indicare quali fossero tali cause idonee di provocare autonomamente quell'evento, non è stato in grado di indicarne neppure una.

Ne discende che l'unico fatto noto e razionalmente credibile induttivo della rottura della vena renale è costituito dall'atto chirurgico eseguito dai due medici imputati.

Peraltro, alcune censure merita l'attività terapeutica praticata dopo il citato intervento.

Oltre a quanto sostenuto dai CCTT del PM e degli imputati, lo stesso CT delle PP.CC. Prof. R. ha convenuto che in modo condivisibile si era scelto di non ricorrere alla profilassi anti-coagulante per contenere il rischio emorragico, così come a fronte della trombo-embolia manifestatasi il 13.10.2009, correttamente si decideva di ricorrere alla predetta terapia salvavita.

Orbene, come sopra delineata, sotto il profilo eziologico, la fattispecie colposa generatrice di responsabilità a carico del medico, nel caso di specie non può dubitarsi che la lacerazione della vena renale innescava una serie di cause che, per prevedibili complicanze, conducevano al decesso del paziente.

Infatti, proprio per effetto della provocata lesione e del sanguinamento occorso veniva omessa la somministrazione della consueta profilassi anti-coagulante per cui, non solo la vittima veniva esposta alla complicanza trombo-embolica, ma insorta quest'ultima, si era costretti a praticare quella terapia.

Cosicché, a causa della mancata cicatrizzazione della sutura (ovvero per il cedimento di altra sezione della vena traumatizzata nel corso dell'intervento) si verificava un grave shock emorragico che, nonostante l'intervento di nefrectomia ed i successivi corretti trattamenti terapeutici, conducevano al decesso del paziente.

E' evidente che se non vi fosse stata la lesione della vena durante l'intervento del 2.10.2009 mai sarebbero stati innescati gli eventi che determinavano la morte di C..

Pacifica è poi la riconducibilità dell'atto medico ad entrambi gli operatori che in modo combinato, a quattro mani, rimuovevano i visceri del paziente producendo, per trazione, la lesione della vena.

D'altronde, costruisce *jusreceptum* che "in caso di intervento chirurgico di equipe è inapplicabile il principio di affidamento allorquando l'errore riguardi non il compimento di singoli atti riconducibili a taluno degli operatori sanitari, ma le scelte di fondo rilevanti ai fini dell'intervento, che non possono non essere condivise da tutti i sanitari che hanno operato, onde, ove si tratti di scelte erronee e colpevoli, tutti ne devono essere chiamati a rispondere" (Cass. pen., sez. IV, 3.11.2011 n. 46961, afferente al caso di asportazione di un linfonodo da parte di due medici non proteggendo adeguatamente le strutture nervose del collo, così da determinare lesioni irreversibili delle stesse).

Passando ad esaminare il profilo soggettivo della fattispecie ritiene il Giudice che conformemente a quanto sostenuto il PM non sussiste la necessaria colpa grave perché possa essere affermata la colpevolezza dei due prevenuti.

Anzi tutto, va posto in rilievo che la lesione della vena renale veniva provocata allorché i due chirurghi, procedendo a laparotomia, preparavano il campo operatorio divaricando i visceri onde accedere alla zona retroaortocavale ai fini del prelievo dei linfonodi.

La divaricazione dei visceri avveniva a quattro mani, e senza strumenti tecnici (tipo divaricatori o altri mezzi ausiliari).

Durante tale manovra, in sé non agevole nonostante l'azione combinata dei due medici a causa della struttura adiposa del paziente, si verificava il trauma lesivo vasale.

Peraltro, la presumibile presenza di anomalie vascolari celate nel grasso perineale connesse al rene ectopico rendeva più complessa e rischiosa la manovra eseguita dai due operatori.

Per come sostenuto dai CCTT del PM le complessive modalità dell'intervento (con prospettata conversione in laparotomia preventivamente assentita dal paziente) erano sicuramente conformi alle linee guida e alla buone pratiche mediche.

L'uso delle mani per rimuovere i visceri rispondeva certamente a criteri di attenzione, prudenza e diligenza, laddove solo per non adeguata perizia (capacità manuale di separare e movimentare le strutture addominali) si finiva con lacerare o disinserire la vena renale.

Avuto riguardo ai parametri rilevati per graduare la colpa certamente non è possibile ravvisare nel caso di specie la colpa grave.

Il contesto dell'intervento era piuttosto complesso, trattandosi di soggetto affetto da un variante anatomica che implicava alcune complicanze, insidie e rischi.

La presenza di notevole tessuto adiposo complicava l'azione combinata dei chirurghi.

L'evento in sé era abbastanza prevedibile, tanto che la stessa d.ssa NNN lo qualificava come una normale complicanza intraoperatoria.

La lesione era assai ridotta (tale da provocare un modesto sanguinamento per come confermato dal testimone CE.) a riprova di un minimo errore nelle modalità operative di manipolazione dei visceri.

La capacità tecnica veniva comunque attestata dalla pronta individuazione della fonte del sanguinamento e conseguente riparazione con due punti di sutura che comunque reggevano per 19 giorni per poi cedere per verosimili gravi complicanze esogene.

Dunque, XXX e YYY vanno mandati assolti perché il fatto non costituisce reato.

Il proscioglimento degli imputati preclude in questa sede ogni decisione sulle proposte questioni civili.

La complessità delle questioni trattate e delle argomentazioni giuridiche ha impedito la redazione immediata della sentenza, giustificando il termine di giorni sessanta per la stesura della motivazione.

P. Q. M.

Visto l'art. 530 c.p.p.;

assolve XXX e YYY dal reato ascrittogli perché il fatto non costituisce reato.

Visto l'art. 544 co. 3°, c.p.p.;

indica il termine di giorni sessanta per il deposito della sentenza.

Novara, lì 21.5.2014

IL GIUDICE

Dr. Gianfranco Pezone