

UNIVERSITÀ DI PISA
Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di laurea magistrale

La colpa nell'attività medica svolta in forma
diacronicamente plurisoggettiva ed in équipe

Il candidato
Alessio Tognoni

Il relatore
Prof. Adriano Martini

A. A. 2013/2014

INDICE

PREMESSA	<i>pag. 3-6</i>
CAPITOLO I – <i>Il sistema ospedaliero</i>	
<i>1- Commento al d.P.R. 27 marzo 1969 n. 128</i>	<i>pag. 7-11</i>
<i>2- Commento al d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761</i>	<i>pag. 11-15</i>
<i>3- Commento al d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502</i>	<i>pag. 15-17</i>
<i>4- Commento al d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229</i>	<i>pag. 18-24</i>
<i>5- Facciamo ordine: la situazione attuale</i>	<i>pag. 24-26</i>
<i>6- Il concetto di autonomia professionale e di subordinazione</i>	<i>pag. 26-31</i>
<i>7- Il principio di affidamento nell'attività medica</i>	<i>pag. 31-35</i>
CAPITOLO II – <i>La colpa</i>	
<i>1- Premessa</i>	<i>pag. 36-38</i>
<i>2- Riflessioni sul ruolo della regola cautelare</i>	<i>pag. 38-56</i>
<i>3- Riflessioni sul ruolo delle così dette "linee guida" ed il loro impiego nella giurisprudenza</i>	<i>pag. 56-68</i>
<i>4- Colpa generica e colpa specifica</i>	<i>pag. 69-74</i>
<i>5- Il giudizio di imputazione</i>	<i>pag. 74-78</i>
<i>6- La condotta colposa non rimproverabile</i>	<i>pag. 78-80</i>
<i>7- La condotta colposa rimproverabile</i>	<i>pag. 81-87</i>
<i>8- La delicata posizione del primario tra culpa in vigilando, culpa in eligendo ed il dovere di intervento in casi particolari</i>	<i>pag. 88-95</i>

CAPITOLO III – L’art. 3 comma I del “decreto Balduzzi”

tra i nuovi confini delle “linee guida” e l’inedito

concetto di “colpa lieve”

pag. 96-119

CAPITOLO IV – La responsabilità per “fatto improprio”

1- Il concetto di reato omissivo improprio

pag. 120-122

2- La responsabilità del primario per il fatto dei collaboratori

pag. 122-128

3- La responsabilità del subalterno per il fatto del primario

pag. 128-132

4- Il rapporto tra il medico e lo specializzando

pag. 132-135

5- Il rapporto tra il medico ed il paramedico

pag. 135-138

6- Il trattamento medico pluridisciplinare non contestuale

pag. 138-142

CAPITOLO V – L’équipe medica

1- Le particolarità del lavoro svolto in équipe

pag. 143-146

2- L’équipe medica, un nuovo problema di gerarchia

pag. 146-148

3- Il principio di affidamento nell’équipe medica

pag. 149-155

4- Il principio di affidamento e lo scioglimento anticipato dell’équipe

pag. 156-158

5- I membri dell’équipe

pag. 158-163

6- Il capo-équipe

pag. 164-168

7- Conclusioni

pag. 168-170

Bibliografia

pag. 171-175

Indice delle sentenze

pag. 176-178

PREMESSA

L'interesse per la responsabilità medica trova prioritaria giustificazione considerando la decisiva funzione sociale che assolve la medicina quale scienza, nella prospettiva di tutelare preziosi beni quali la vita e la salute, intesi nell'accezione più ampia. Questo rende doveroso il rispetto verso coloro che, attraverso lo studio, la ricerca ed il lavoro quotidiano sul campo, hanno permesso di raggiungere livelli tecnici difficilmente immaginabili. Al diritto compete assicurare ulteriormente la salvaguardia di quei beni, senza creare condizioni ostative a che si persegua medicalmente la loro tutela con coraggio e consapevolezza.

Suscita per questo curiosa incredulità il dato statistico secondo cui negli ultimi anni, nonostante gli enormi progressi che la medicina ha fatto sia nella fase diagnostica sia nella fase terapeutica, misurabili in termini di progressivo allungamento della speranza di vita, sono aumentate in maniera esponenziale le contestazioni per condotta colposa nell'esercizio dell'attività medica. Questa crescita è strana solo in apparenza: il grado di specializzazione e preparazione tecnico-scientifica raggiunta dalla medicina, e il nostro è un Paese che può vantare molta qualità in tal senso, ha fatto sì che la generalità dei consociati riponesse fiducia e speranza assoluta negli operatori sanitari, convincendosi che nessuna malattia fosse ormai incurabile, dimenticandosi però che la medicina non è una scienza esatta, ma deve misurarsi con fattori sempre diversi e mutevoli a seconda

del caso concreto. La soddisfazione per i risultati ottenuti si congiunge per questo alla incapacità di accettare gli insuccessi, elaborando un sentimento di non accettazione per gli eventi infausti connessi alla salute e all'attività medica.

La seguente trattazione vuol provare a chiarire quali siano le giuste aspettative da riporre verso gli operatori sanitari, quale sia la condotta che essi hanno l'obbligo di tenere ed in quali casi è possibile rinvenire un carattere di colpevolezza in essa.

Innanzitutto è necessario far luce sull'organizzazione del sistema sanitario, in particolare dei presidi ospedalieri, nei quali si trovano a lavorare centinaia, se non migliaia di figure professionali, ognuna con un ruolo, e quindi delle responsabilità, ben distinte. A tal fine è doveroso un *excursus* storico che vada a rintracciare le fonti giuridiche che disciplinano l'organizzazione del servizio sanitario e che delineano i ruoli dei protagonisti che operano all'intero delle strutture. Necessaria poi una sintetica ricognizione dei testi normativi, andando ad individuare con più precisione, o almeno in maniera più organizzata, i rapporti che si instaurano tra i vari medici, nonché le funzioni che ognuno è chiamato a ricoprire in base alla qualifica professionale raggiunta. Dopo aver parlato della forma della struttura ospedaliera, e prima di affrontare nello specifico le situazioni che si possono venire a creare tra gli operatori sanitari e tra questi ed i pazienti, merita un cenno il principio di affidamento, che regola i rapporti

tra i vari medici che, diacronicamente o simultaneamente, si occuperanno della tutela dei pazienti.

Nell'attività medica è del tutto fisiologico che il fruitore della prestazione sia preso in cura da una pluralità di soggetti, portatori di specifiche competenze il cui concorso è necessario per garantire la migliore offerta terapeutica. Ne deriva che i diversi protagonisti dello sforzo diagnostico e terapeutico assumano ciascuno una propria responsabilità derivante dalla loro particolare posizione di garanzia, che li porta a dover tutelare i pazienti, oltre che dalla malattia da cui sono afflitti, anche da eventuali condotte colpose messe in atto dai medici collaboratori. Ecco che la fitta rete di rapporti che la struttura sanitaria presenta al suo interno deve essere rivista da un'altra prospettiva, non più quella funzionale, ma quella esecutiva che vede il medico in posizione apicale responsabile, nei casi e nei modi che andremo a vedere, anche per la condotta altrui.

In quadro così articolato, la condotta del singolo agente, dovrà valutarsi nella sua conformità ad un ideale aspettativa, configurata in funzione del cosiddetto "agente modello"; le cautele e le soluzioni che questo avrebbe potuto adottare determinano la condotta che ci sarebbe potuti legittimamente aspettare dal quel medico in quella data situazione.

Nella prospettiva di questo scritto assume rilievo particolare lo studio di quella struttura organizzata, ma comunque espressione di un cumulo di responsabilità singolari interagenti, che chiamiamo *équipe* chirurgia. In

questo ambito tutti i principi che costituiscono le fondamenta dell'attività medica devono essere adattati al lavoro di *team* nel quale convergono le prestazioni di diverse tipologie di professionisti e nel quale vi è un capo-équipe che si trova in posizione apicale per una mera situazione di fatto e non in forza di un ordinamento interno. Questo crea nuove problematiche in relazione ai rapporti gerarchici, ai rapporti tra diversi specialisti ed in ordine alle prassi esecutive che divergono da quelle di “reparto”: così ci troviamo a dover utilizzare gli strumenti dell'attività medica in senso lato per dover affrontare problematiche diverse e rintracciare un ordine all'interno dell'équipe per capire cosa è legittimo doversi aspettare da chi, quali sono le funzioni e le attribuzioni dei singoli componenti, chi ha il potere/dovere di fare cosa e chi ha il potere/dovere di vigilare su chi.

Alla fine della lettura non si ha la pretesa di aver dato risposta a tutti i quesiti, ma quantomeno di aver fornito un'esposizione organica delle problematiche, e delle possibili soluzioni, che il tema presenta, nonché gli strumenti per riflettere in maniera coscienziosa su tutto quante accade (e su tutto quanto dovrebbe accadere) nell'esercizio dell'attività medica.

CAPITOLO I

IL SISTEMA OSPEDALIERO

Le fonti normative che disciplinano l'organizzazione e la struttura sanitaria sono sostanzialmente quattro. La prima in ordine di tempo è il d.P.R. 27 marzo 1969 n. 128, *ordinamento interno dei servizi ospedalieri*, la seconda è il d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, *stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali*, la terza fonte è costituita dal d.lgs. del 30 dicembre 1992 n. 502, *riordino della disciplina in materia sanitaria a norma dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1992 n. 421¹*, ed infine il d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229, *norme per la razionalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale a norma dell'art. 1 della legge 30 novembre 1998 n. 419²*.

Andiamo di seguito ad analizzarle singolarmente cercando di individuarne i contenuti e le modifiche che si sono succedute nel tempo sino ad oggi.

¹ L. 23 ottobre 1992 n. 421, *delega al governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale*.

² L. 30 novembre 1998 n. 419, *delega al governo per la razionalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale e per l'adozione di un testo unico in materia di organizzazione e funzionamento del Servizio Sanitario Nazionale. Modifiche al decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502*.

1. Commento al d.P.R. 27 marzo 1969 n. 128

Il d.P.R. del 1969 all' art. 7, titolato attribuzioni dei primari, aiuti, assistenti, così dispone: «l' organizzazione sanitaria dell' ospedale si articola in divisioni, sezioni e servizi speciali. La divisione è diretta da un primario, coadiuvato da aiuti e da assistenti.

Il primario vigila sull'attività' e sulla disciplina del personale sanitario, tecnico, sanitario ausiliario ed esecutivo assegnato alla sua divisione o servizio, ha la responsabilità' dei malati, definisce i criteri diagnostici e terapeutici che devono essere seguiti dagli aiuti e dagli assistenti, pratica direttamente sui malati gli interventi diagnostici e curativi che ritenga di non affidare ai suoi collaboratori, formula la diagnosi definitiva, provvede a che le degenze non si prolunghino oltre il tempo strettamente necessario agli accertamenti diagnostici ed alle cure e dispone la dimissione degli infermi [...]; cura la preparazione ed il perfezionamento tecnico-professionale del personale da lui dipendente e promuove iniziative di ricerca scientifica esercita le funzioni didattiche a lui affidate.

L'aiuto collabora direttamente con il primario nell'espletamento dei compiti a questo attribuiti; ha la responsabilità' delle sezioni affidategli e coordina l'attività' degli assistenti; risponde del suo operato al primario.

L'aiuto sostituisce il primario in caso di assenza, impedimento o nei casi di urgenza. Tra più aiuti della stessa divisione o dello stesso servizio la sostituzione del primario spetta all'aiuto con maggiori titoli.

L'assistente collabora con il primario e con l'aiuto nei loro compiti; ha la responsabilità dei malati a lui affidati; risponde del suo operato all'aiuto e al primario; provvede direttamente nei casi di urgenza.

In caso di assenza o di impedimento dell'aiuto, le sue funzioni sono esercitate dall'assistente con maggiori titoli o dall'assistente di turno».

Il d.P.R. del 1969 individua tre categorie di medici l'uno gerarchicamente subordinato all'altro: il primario, l'aiuto e l'assistente.

Il primario è il nucleo centrale della struttura sanitaria, ha dovere di vigilanza su tutto il personale con qualifica inferiore alla sua, al quale deve impartire direttive ed indicare il *modus operandi*, curandone la formazione e la crescita professionale.

Per ciò che attiene al rapporto con i pazienti, il legislatore utilizza espressioni molto generali che non lasciano prevedere possibilità di esclusione della responsabilità. Il primario, infatti, ha la responsabilità dei malati, generalmente individuabili come tutte le persone affidate alla sue cure.

Si può osservare che il medico in posizione apicale sembra essere l'unico dotato di autonomia professionale poiché l'aiuto collabora con il primario nell'espletamento dei compiti attribuiti e risponde del proprio operato

direttamente a quest'ultimo. Poco valore ha l'onere di sostituzione in caso di assenza, impedimento od urgenza, poiché l'aiuto ha il dovere di comportarsi secondo le prescrizioni del primario, diventandone semplicemente *longa manu*.

L'aiuto ha poteri organizzativi, in quanto è responsabile delle sezioni a lui affidate e del coordinamento degli assistenti. Nessun cenno in merito al rapporto con i malati, ma si può dedurre che sia portatore di una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti che occupano la sezione a lui affidata.

Il tema del rapporto con i malati riemerge espressamente per la figura dell'assistente, il quale è responsabile dei pazienti, intesi come i singoli degenti precisamente individuati, a lui affidati. L'assistente risponde all'aiuto ed al primario, si sostituisce al primo in caso di assenza o impedimento e provvede direttamente nei casi di urgenza, ma in tale circostanze resta costante il dovere di attenersi alle prescrizioni impartite dai superiori.

Andando oltre l'analisi letterale del testo e passando al giudizio di rimproverabilità per “fatto improprio”, (tecnicamente reato omissivo improprio)³, si può dedurre che il primario è sempre responsabile per ciò che accade all'interno del suo reparto, in quanto titolare di una posizione generalissima di garanzia verso tutti i malati e di un dovere di vigilanza sul personale a lui dipendente. L'unica possibilità di sfuggire al rimprovero

³ Vedi capitolo II paragrafo I

consiste nella materiale ed obiettiva impossibilità di opporsi all'evento, e quindi soltanto in caso di assenza o impedimento. Tale responsabilità per fatto improprio si lega non solo alla condotta dell'aiuto, direttamente subordinato al primario, ma anche alla condotta dell'assistente, di cui quest'ultimo è tutore in seconda istanza.

In conclusione, il primario è responsabile e pertanto punibile per la propria condotta, per quella dell'aiuto e per quella dell'assistente, ed ha come unica scriminante la circostanza dell'assenza e dell'impedimento, che ovviamente devono avere giusta causa.

2. Commento al d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761

A distanza di dieci anni il legislatore ha provveduto a disciplinare più specificatamente la materia con il d.P.R. 761/1979 di cui a noi interessa in particolar modo l' *art. 63* intitolato *ascrizione dei profili professionali alle qualifiche funzionali e attribuzioni del personale*, di cui riportiamo il testo: *«l'ascrizione dei profili professionali previsti dal presente decreto alle qualifiche funzionali sarà effettuata sulla base dei criteri e modalità fissati nella normativa generale del pubblico impiego, tenuto conto di quanto disposto dall'ultimo comma del presente articolo.*

Per il personale medico le attribuzioni spettanti nelle singole posizioni funzionali restano determinate come segue: il medico appartenente

alla posizione iniziale svolge funzioni medico-chirurgiche di supporto e funzioni di studio, di didattica e di ricerca, nonché' attività' finalizzate alla sua formazione, all'interno dell'area dei servizi alla quale e' assegnato, secondo le direttive dei medici appartenenti alle posizioni funzionali superiori. Ha la responsabilità' per le attività' professionali a lui direttamente affidate e per le istruzioni e direttive impartite nonché' per i risultati conseguiti. La sua attività' è soggetta a controllo e gode di autonomia vincolata alle direttive ricevute.

Il medico appartenente alla posizione intermedia svolge funzioni autonome nell'area dei servizi a lui affidata, relativamente ad attività' e prestazioni medico-chirurgiche, nonché' ad attività' di studio, di didattica, di ricerca e di partecipazione dipartimentale, anche sotto il profilo della diagnosi e cura, nel rispetto delle necessità del lavoro di gruppo e sulla base delle direttive ricevute dal medico appartenente alla posizione apicale.

Il medico appartenente alla posizione apicale svolge attività e prestazioni medico-chirurgiche, attività di studio, di didattica e di ricerca, di programmazione e di direzione dell'unità operativa o dipartimentale, servizio multizonale o ufficio complesso affidatogli. A tal fine cura la preparazione dei piani di lavoro e la loro attuazione ed esercita funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, nel rispetto della autonomia professionale operativa del personale

dell'unità assegnatagli, impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse. In particolare, per quanto concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a se' e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali. Le modalità di assegnazione in cura dei pazienti debbono rispettare criteri oggettivi di competenza, di equa distribuzione del lavoro, di rotazione nei vari settori di pertinenza. Le attività svolte dal medico della posizione apicale sono soggette esclusivamente a controlli intesi ad accertare la rispondenza dei provvedimenti adottati alle leggi e ai regolamenti; egli redige, altresì, una relazione annuale sull'attività svolta».

Anche il testo del 1979 propone una suddivisione funzionale su tre livelli, dove al gradino più basso della gerarchia troviamo il medico in posizione iniziale.

La mutata terminologia, da un sostantivo generico quale assistente, all'utilizzo della parola medico, propria di una categoria professionale, evidenzia come il legislatore abbia voluto rinvigorire e dar luce ad una figura prima rilegata a mera *longa manus* del primario. Molta attenzione è data alla formazione e crescita professionale, inoltre, per la prima volta si parla di responsabilità per i risultati conseguiti e di autonomia professionale. Il legislatore vuol rendere il medico in posizione iniziale una

figura non passiva, che è artefice della propria formazione professionale e collabora attivamente con i suoi superiori, ma nonostante la *forma legis*, in sostanza il medico in posizione iniziale è pur sempre destinato ad essere mero recettore di direttive dei superiori, ed anche quando gli venga assegnata la cura di un paziente, dovrà sempre attenersi alle prescrizioni ricevute, vuoi per l'obbligo di legge, vuoi per la minore esperienza tecnica di cui dispone. Da evidenziare infine, l'oscurità della lettera di legge, la quale approfondiremo in seguito, secondo la quale il medico in posizione iniziale gode di «*autonomia vincolata alle direttive*».

Al medico in posizione intermedia, il vecchio “aiuto” del testo del d.P.R. del 1969, è riconosciuta ampia autonomia in tutti i servizi a lui affidati, con i soli limiti del rispetto delle necessità del lavoro di gruppo e delle direttive impartite dal primario. Nessun cenno espresso alle responsabilità, ma se è vero che laddove c'è un potere, c'è anche un dovere, il medico dovrà vigilare e controllare che quanto da lui prescritto sia attuato con le giuste modalità.

Il medico in posizione apicale continua ad essere nucleo centrale di tutta l'attività sanitaria, in quanto è fonte e polo di attrazione di tutto ciò che avviene all'interno del dipartimento a lui affidato, dalla formazione alla ricerca, dalla diagnosi alla cura. Tra i suoi poteri rientrano l'indirizzo e la preparazione dei piani di lavoro, di diagnosi e di cura, nonché la loro attuazione e successiva verifica.

In linea con l'intento del legislatore di dare maggiore rilievo alle singole figure professionali, il primario deve svolgere la sua attività nel rispetto dell'autonomia operativa del personale da lui dipendente, salvo poi la facoltà di esercitare il potere di avocazione, che obbliga i collaboratori a sottostare alle sue decisioni.

Per la prima volta si parla di modalità di assegnazione dei pazienti, di rotazione e distribuzione del lavoro, che devono rispettare criteri oggettivi di competenza: sorge così in capo al primario una responsabilità che può far conseguire una *culpa in eligendo*⁴.

3. Commento al d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502

Di questa terza fonte normativa preme prendere in considerazione l'*art. 15* titolato *disciplina della dirigenza del ruolo sanitario*, di cui si riporta il testo integrale: «1. *La dirigenza del ruolo sanitario e' articolata in due livelli.*

2. 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

⁴ Vedi capitolo II paragrafo VIII

delle direttive del responsabile. Al personale medico e delle altre professionalità sanitarie del secondo livello sono attribuite funzioni di direzione ed 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.

3. [...]

4. [...]

5. [...] ».

Si passa da tre a due livelli, il primo dei quali comprende le figure dell'aiuto e dell'assistente, il secondo la figura del primario, «la cui eliminazione è solo questione terminologica, mentre è decisivo, al fine della individuazione dei poteri programmatici ed operativi, e delle connesse responsabilità, la ripartizione dei compiti»⁵.

Al personale medico di secondo livello spetta in via generale la cura di tutti

⁵ G. IADECOLA, *la ripartizione della colpa nell'attività medica svolta in equipe alla luce della Sentenza "Sciortino" (n. 47145/2005)*, in *Cassazione Penale* 2007;

i malati affidati al dipartimento di competenza, l'organizzazione generale di tale struttura, il potere-dovere di fornire direttive generiche e specifiche, il dovere di vigilanza e di verifica dell'attività autonoma o delegata dei medici subordinati e la residuale facoltà di avocazione. Con suddetta attività programmatica il primario fornisce ai collaboratori subordinati le prescrizioni e le indicazioni per poter risolvere direttamente la grande maggioranza dei casi clinici sottoposti alla loro attenzione, ovvero patologie frequenti per le quali non occorre una particolare conoscenza dell'attività medica.

La giurisprudenza di legittimità ha precisato che il potere-dovere di verifica si attua con due diversi comportamenti, il primo di carattere generale, dovendo il primario informarsi della situazione generale del reparto, il secondo di carattere specifico, dovendo fornire il proprio contributo per la migliore assistenza medica qualora il caso concreto lo richieda⁶.

4. Commento al d.lgs. 1999 n. 229

Di questo testo riportiamo l'art. 13: *«1[...]la dirigenza sanitaria e' collocata in un unico ruolo, distinto per profili professionali, ed in un unico livello, articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e*

⁶ Vedi paragrafo VIII Capitolo III

gestionali.

2[...].

3[...]. L'autonomia tecnico-professionale, con le connesse responsabilità, si esercita nel rispetto della collaborazione multi professionale, nell'ambito di indirizzi operativi e programmi di attività promossi, valutati e verificati a livello dipartimentale [...].

4. All'atto della prima assunzione, al dirigente sanitario sono affidati compiti professionali con precisi ambiti di autonomia da esercitare nel rispetto degli indirizzi del dirigente responsabile della struttura e sono attribuite funzioni di collaborazione e corresponsabilità' nella gestione delle attività'. A tali fini il dirigente responsabile della struttura predispone e assegna al dirigente un programma di attività' finalizzato al raggiungimento degli obiettivi prefissati ed al perfezionamento delle competenze tecnico professionali e gestionali riferite alla struttura di appartenenza. In relazione alla natura e alle caratteristiche dei programmi da realizzare, alle attitudini e capacità professionali del singolo dirigente, accertate con le procedure valutative di verifica di cui al comma 5, al dirigente, con cinque anni di attività' con valutazione positiva possono essere attribuite funzioni di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettive, di verifica e di controllo, nonché' incarichi di direzione di strutture semplici.

5. [...]

6. Ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa sono attribuite, oltre a quelle derivanti dalle specifiche competenze professionali, funzioni di direzione e organizzazione della struttura, da attuarsi, nell'ambito degli indirizzi operativi e gestionali del dipartimento di appartenenza, anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa, e l'adozione delle relative decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio e per realizzare l'appropriatezza degli interventi con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, attuati nella struttura loro affidata[...]».

Il nuovo testo di legge individua un unico livello per il personale sanitario, ma restano distinti i profili professionali e di responsabilità.

Tutti i medici posseggono autonomia tecnico-professionale da esercitarsi, con le connesse responsabilità, nel rispetto della collaborazione multi professionale.

Permane la figura apicale con incarico di direzione, organizzazione, indirizzo, individuazione delle regole cautelari da impartire ai collaboratori.

Il legislatore ha voluto contemperare la gerarchia ospedaliera con l'autonomia professionale, riconoscendo ad ogni medico nuovi e marcati spazi di autonomia sul piano delle scelte terapeutiche, ma sembra illogico ipotizzare che il medico in posizione apicale, cui sono attribuiti i poteri-doveri sopra descritti, possa essere esentato dall'obbligo di attivarsi allorché percepisca che nella struttura cui è preposto vengano osservati

comportamenti che mettono a repentaglio la salute dei pazienti.

Non pare, insomma, che la nuova norma possa autorizzare l'assunto secondo cui condotte inadeguate e lesive, poste in essere all'interno della struttura, siano divenute riferibili esclusivamente alla responsabilità di chi le ha materialmente realizzate anche quando tale violazione sia conosciuta e non interrotta dal medico in posizione apicale, che costituisce sempre il garante della salute di tutti i pazienti. A questa interpretazione di continuità di responsabilità della figura del primario si è arrivati con non poche difficoltà, ed illuminante in tale senso è stata la sentenza della Corte di Cassazione Penale, IV sezione, n. 47145/2005, dalla cui pronuncia si deduce che il ruolo di assistente è attribuito, in via principale, a professionisti relativamente “più giovani” per età ed esperienza, muniti di preparazione per lo più teorica e di un background pratico limitato, che vengono affidati al primario ed ai medici in posizione intermedia affinché essi provvedano a far loro conseguire l'esperienza pratica necessaria ad assumere, in futuro, ruoli di maggiore autonomia e responsabilità. Ed ecco che, proprio da questi medici in posizione iniziale, il legislatore si aspetta un controllo ed un sindacato sull'operato del primario, tale da poter sfociare in un dissenso espresso verso le terapie programmate ed attuate. Anche ammettendo un'equivalenza tra le cognizioni scientifiche del medico subalterno e di quello sovraordinato, rimane inevitabile un divario di esperienza “sul campo” tale da rendere quantomeno dubbiosa la pretesa

controllabilità delle scelte del primario da parte del medico ancora inesperto.

Il medico delegato dal primario alla cura di un paziente, o di un settore operativo, ha il dovere di seguire le istruzioni che gli vengono impartite, le quali sembrano poter ben rientrare nella categoria delle «discipline» ai sensi dell'art. 43 c.p., che, assieme al rispetto dell'arte medica, definiscono il contenuto dell'obbligo di garanzia del medico subordinato, contenuto che trova un limite nella autonomia professionale operativa del sanitario. Si palesa così un contrasto tra direttive impartite dal primario ed autonomia professionale del subalterno. Questo contrasto è ben visibile anche dalla lettura dell'art. 63 d.P.R. 761/1979 il cui comma III ultimo capoverso così recita: «la sua attività (del medico in posizione iniziale) gode di autonomia vincolata alle direttive ricevute».

Altro aspetto da non dimenticare è che l'assistente medico che dissenta dalle scelte del primario, sottoponendo il paziente a trattamenti diversi, facoltà rientrante nella già citata autonomia professionale, da un lato si sottrae alla responsabilità per non aver impedito l'evento, ma dall'altro rischia di incorrere in responsabilità per assunzione, sulla quale ci soffermiamo brevemente: essa si caratterizza per la violazione di più norme cautelari nell'ambito della stessa condotta; infatti si manifesta in un imperizia (il non svolgere adeguatamente il proprio compito) e presuppone una negligenza (ci si assume un compito che non si è in grado di

adempire; non si è diligenti nel tenere in considerazione le proprie condizioni e capacità). La S.C. così si è pronunciata in merito: «versa nella cosiddetta "colpa per assunzione" colui che, non essendo del tutto all'altezza del compito "assunto", esegua un'opera senza farsi carico di munirsi di tutti i dati tecnici necessari per dominarla, secondo lo "standard" di diligenza, capacità e conoscenze richieste per il corretto svolgimento del ruolo stesso. E sempre nel caso, ovviamente, che quell'opera diventi fonte di danno anche a causa della mancata acquisizione dei dati o conoscenze specialistiche»⁷; «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 esercitate»⁸

Riprendendo il discorso precedentemente interrotto, possiamo concludere che la stessa legge che affida il medico in posizione iniziale all'esperienza del primario, impone all'affidato un dovere di controllo e verifica dell'attività posta in essere dall'affidatario.

⁷ Cass. IV del 6/12/1990 n. 4793

⁸ Cass. IV del 07/12/2000 n. 12781

All'interno di una moderna struttura sanitaria si deve osservare come le prescrizioni che definiscono ed attualizzano i meccanismi organizzativi di un complesso coordinato di persone tese all'attuazione di una mansione tecnica, sono esse stesse regole cautelari. Detto ciò, si pensi a quanti e quali pregiudizi potrebbero essere arrecati ad un paziente, inserito in una struttura operativa, ove ogni decisione fosse sottoposta ai ritardi ed alle incertezze derivanti da un dovere di verifica reciproca di ogni singolo medico rispetto all'operato ed alle altrui direttive.

La giurisprudenza di legittimità risolve tale antinomia riducendo l'autonomia professionale alla facoltà di dissenso dell'inferiore rispetto a qualunque scelta del superiore, e la vincolatività delle direttive alla facoltà del primario di imporre le sue scelte ed al potere di avocazione, ma fa un ulteriore passo in avanti, trasformando la facoltà di dissenso in un dovere di controllo che diviene *regula iuris* nella responsabilità per colpa medica.

Esigere un controllo alla stregua delle vigenti *leges artis* significa presupporre l'agevole e lineare conoscibilità da parte di ogni medico, anche di quello alle "prime armi".

Questo regime di "controllo incrociato" appare, in astratto, idoneo a perseguire la tutela dell'alto interesse, qual è la salute e l'incolumità fisica, che, come giustamente ha osservato la Corte Suprema, non può e non deve essere ricollegato a scelte discrezionali ed incensurabili di un singolo soggetto ma, in pratica, tale sistema risulta di difficile attuazione.

5. *Facciamo ordine: la situazione attuale*

Fino a questo punto ci siamo limitati a fotografare le varie norme che si sono susseguite nel tempo, ma sentiamo la necessità di collazionare i testi e formare un “album” organizzato.

Innanzitutto notiamo che gli operatori sanitari si sono visti attribuire, nel corso degli anni, diversi *nomen juris*: il d.P.R. del 1969 divide i medici in tre categorie, al cui vertice pone il “primario”, al gradino immediatamente successivo troviamo l’”aiuto” e alla fine della scala l’”assistente”; questa tripartizione sopravvive anche nel d.P.R. del 1979, ma la denominazione dei sanitari subisce una mutazione, infatti “primario”, “aiuto” ed “assistente” diventano rispettivamente “medico in posizione apicale”, “medico in posizione intermedia” e “medico in posizione iniziale”; nel 1992 scompare la tripartizione, infatti il legislatore opta per una divisione tra medici di I livello, tra i quali vengono ricompresi le vecchie figure dell’aiuto e dell’assistente, e medici di II livello, che corrispondono al primario ed al medico in posizione apicale; con il d.lgs del 1999 si passa ad un unico livello, suddiviso però in dirigenti di struttura complessa, paragonabili ai medici di II livello, e dirigenti di struttura semplice, corrispondenti ai medici di I livello.

Posto che sia la dottrina sia la giurisprudenza non adottano in maniera

fiscale la denominazione più recente, anzi sono rimaste legate a quella del 1969, ciò che più interessa è verificare se ad un'evoluzione del *nomen* è conseguito anche un cambiamento nelle funzioni e nelle attribuzioni.

La figura del primario è rimasta pressoché immutata, infatti ora come allora, è il sanitario posto all'apice della scala gerarchica, ha poteri, ma direi dovrei, di indirizzo, programmazione, ricerca e studio nella fase diagnostica e terapeutica; di impartire direttive, istruzioni ai collaboratori, sia di carattere generale, sia relativamente a casi specifici; di controllo e verifica dell'attuazione delle stesse; di assegnazione delle divisioni e dei pazienti; di avocare a sé i casi di cui rinvenga l'esigenza di un suo apporto diretto; ha la responsabilità di tutti i malati in cura presso il reparto da lui diretto e degli operatori sanitari che vi collaborano.

La figura dell'aiuto e dell'assistente fino al 1992 sono stati rilegati a ruoli più marginali, quali collaboratori del primario che ne seguivano pedissequamente le direttive e le istruzioni. Con il d.lgs n. 502 del 1992 si passa da tre a due livelli di organizzazione sanitaria e si inizia a riconoscere spazi sempre maggiori di autonomia professionale ai medici subordinati, anche nella fase di cura e diagnosi, sempre nel rispetto delle direttive generali impartite dal medico in posizione superiore.

Con il successivo d.lgs. del 1999 nulla cambia dal punto di vista sostanziale.

In conclusione l'organizzazione interna di una struttura sanitaria odierna

vede al vertice uno o più medici di II livello che hanno la direzione di singoli reparti all'interno dei quali hanno il potere/dovere di impartire direttive ed istruzioni di carattere generale, assegnare i pazienti, programmare e coordinare il lavoro, controllare e vigilare l'operato dei collaboratori; quest'ultimi sono responsabili delle sezioni assegnate e nello svolgere le loro mansioni godono di autonomia professionale nella fase di cura e diagnosi, il tutto nei limiti di quanto prescritto dal superiore. Quindi mentre i secondi sono responsabili delle loro azioni od omissioni, i primi hanno in più la responsabilità collegata al loro ruolo di organizzatori del lavoro, nonché di controllori di tutto quanto avviene all'interno del loro reparto.

6. Il concetto di autonomia professionale e di subordinazione

Durante la lettura delle fonti normative non può non saltare all'occhio la strana formulazione, che suona quasi come un antitesi, di autonomia vincolata alle direttive riferita ai medici di I livello, che merita, quindi, un chiarimento: tutti i medici sono dotati di autonomia professionale ed hanno, allo stesso tempo, un rapporto di subordinazione rispetto ai superiori; è necessario specificare i margini sia dell'autonomia sia della subordinazione anche alla luce del codice di deontologia medica.

Il medico di II livello ha il compito di assegnare le mansioni (si intende

dalla direzione di una sezione di reparto al singolo malato) ai collaboratori a seconda del grado di esperienza e/o di professionalità, impartendo altresì istruzioni di carattere generale e programmatico. All'interno di questo "recinto", tracciato dal medico in posizione apicale, i medici di primo livello hanno piena autonomia sia di carattere diagnostico sia di carattere terapeutico, poiché, utilizzando la felice espressione del medico francese dell'Ottocento Armand Trousseau «non esistono malattie, esistono solo malati», le prescrizioni del primario devono essere adattate dal medico al caso concreto: questo, a mio avviso, è il significato che si cela dietro le parole «autonomia vincolata alle direttive». Inoltre l'operatore sanitario di I livello può oltrepassare il "recinto" nel momento in cui si accorge che le istruzioni del primario andranno ad arrecare pregiudizio, e non beneficio, al paziente, anzi ha il dovere di segnalare quanto percepito al superiore e di attivarsi direttamente nei casi di urgenza, salvo l'esercizio del potere di avocazione del medico di II livello.

Pertinenti a proposito sono l'*art. 3* del Codice di Deontologia Medica, titolato doveri generali e competenze del medico, di cui riportiamo il primo comma *«doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nella quale opera »* e l'*art. 4* del Codice di Deontologia Medica, titolato *libertà e indipendenza della*

professione, autonomia e responsabilità del medico, che così recita: «*l'esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità. Il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura*». Dalla lettura incrociata dei suddetti articoli si desume che quando il medico, qualunque sia la sua qualifica, si trova a dover tutelare il bene della vita o beni ad essa strettamente collegati deve ispirarsi al principio di autonomia, senza vincolo alcuno e quindi anche senza timore reverenziale verso direttive di superiori, che ben può segnalare come errate, anzi deve segnalare come errate, se ne ravvisa gli estremi.

La S.C. ha ben espresso questi principi nelle sue sentenze, in particolare enunciando il seguente principio: «l'aiuto primario che non condivide le scelte terapeutiche del primario è tenuto ad esprimere il proprio dissenso quando ha motivo di ritenere che queste comportino un rischio per il paziente. Diversamente egli potrà essere ritenuto responsabile dell'esito negativo del trattamento terapeutico non avendo compiuto quanto in suo potere per impedire l'evento»⁹

L'art. 6, *qualità professionale e gestionale*, specifica che «*il medico fonda l'esercizio delle proprie competenze tecnico-professionali sui principi di efficacia e di appropriatezza, aggiornandoli alle conoscenze scientifiche*

⁹ Cass. IV del 3/11/2004 n. 16658

disponibili e mediante una costante verifica e revisione dei propri atti»,
indi per cui l'operatore sanitario ha l'autonomia di valutare l'efficacia delle cure in atto indipendentemente dalla figura professionale di chi le ha impartite, e deve anche rivedere i propri atti per verificarne la rispondenza nel tempo al caso concreto.

L'*art. 8, dovere di intervento*, impone al medico *«in caso di urgenza, indipendentemente dalla sua abituale attività, deve prestare soccorso e comunque attivarsi tempestivamente per assicurarne idonea assistenza»*: la normale attività prevede di seguire le istruzioni dei superiori, quindi se in caso di urgenza il medico può prescindere dalla abituale attività, significa che può prescindere anche dalle direttive, in linea con il principio di autonomia professionale.

Quanto detto sopra a proposito del “recinto” in cui il medico di I livello deve operare trova conferma nei passi dell'*art. 13, prescrizioni ai fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione*, che qui riportiamo: *«il medico tiene conto delle linee guida diagnostico-terapeutiche accreditate da fonti autorevoli e indipendenti quali raccomandazioni e ne valuta l'applicabilità al caso concreto»*.

Il *titolo X* del Codice è dedicato al *rapporto con i colleghi*, ed al suo interno segnaliamo l'*art. 58, rapporti tra colleghi*: *«il medico impronta il rapporto con i colleghi ai principi di solidarietà e collaborazione e al reciproco rispetto delle competenze tecniche, funzionali ed economiche, nonché delle*

correlate autonomie e responsabilità. Il medico affronta eventuali contrasti con i colleghi nel rispetto reciproco e salvaguarda il migliore interesse della persona assistita, ove coinvolta. [...] Il medico, in caso di errore professionale di un collega, evita comportamenti denigratori e colpevolizzanti»; l'art. 61, affidamento degli assistiti, «i medici coinvolti nell'affidamento degli assistiti, in particolare se complessi e fragili, devono assicurare il reciproco scambio di informazioni e la puntuale e rigorosa trasmissione della documentazione clinica».

Sintetizzando l'analisi di questi articoli si può affermare che il rapporto con i colleghi, in particolare in caso di contrasto nella scelta terapeutica, è improntato al massimo rispetto dell'autonomia professionale altrui, nonché del ruolo rivestito, ma soprattutto alla miglior tutela per il paziente. Immaginando quindi una situazione concreta in cui si trovino a discutere medici con diversa specializzazione e diverso ruolo gerarchico, tutti sono liberi di indicare il trattamento sanitario per cui opterebbero, facendone relazione nella cartella clinica, ma la scelta finale, che dovrà essere anch'essa motivata e riportata, spetterà al medico in posizione gerarchicamente superiore, per quanto riguarda il settore di specializzazione, ed al medico con diversa qualifica professionale per quanto rientra nelle sue competenze.

7. Il principio di affidamento nell'attività medica

Il principio di affidamento opera in relazione ad attività pericolose svolte da una pluralità di persone, permettendo a ciascun agente di confidare che il comportamento dell'altro sia conforme alle regole di diligenza, prudenza e perizia, quindi, in base a tale principio, il soggetto che interagisce con altri è, entro determinati limiti, autorizzato a fare semplicemente assegnamento sull'osservanza delle regole cautelari da parte degli altri soggetti, senza ingerirsi nelle stesse e, quindi, senza porre rimedio ad eventuali mancanze o a soluzioni inappropriate. Nel contesto delle attività mediche che implicano il coinvolgimento di una pluralità di garanti, il principio deve però fare i conti con la posizione di garanzia che ciascuno dei medici coinvolti nell'attività di equipe assume nei confronti del paziente, tale da suggerire che la salvaguardia dei beni della vita e della salute di questi presupponga un controllo su qualsiasi vicenda suscettibile di porli a repentaglio, anche se, in ipotesi, derivante dall'inadempimento di altri sanitari.

Si tratta di ricercare un bilanciamento tra la logica affermazione della responsabilità personale, per cui ciascuno risponde esclusivamente delle manchevolezze identificate nel proprio operato, ed il ruolo di garanzia assunto da ciascun sanitario che sia entrato in contatto con il paziente. Da un lato, quindi, si tratta di tener fermo il fondamento per cui ciascuno è tenuto a rispondere solo del proprio operato, che dovrà naturalmente essere improntato al rispetto delle regole di diligenza, prudenza e perizia, senza

che il singolo sia gravato dell'obbligo di sorvegliare altresì l'operato altrui. Dall'altro, considerando che l'agire di ciascun protagonista confluisce nel contesto di un'operato sinergico, rilevare come appaia del tutto inutile la buona esecuzione di una parte del compito, a fronte della complessiva inadeguatezza della prestazione di insieme. Per fare un esempio, l'anestesista che assista impassibile ad una prassi operatoria caratterizzata da mancanza di precauzioni antisettiche può o meno eccepire, a fronte dell'insorgenza dell'infezione, che il proprio agire è stato ineccepibile, quanto al mantenimento in sedazione ed in vita del paziente?

Il principio di affidamento presenta il vantaggio di conciliare il principio della responsabilità penale personale con la specializzazione e divisione dei compiti in ambito medico: da un lato, infatti, tiene conto del fatto che il patrimonio di conoscenze specialistiche di cui ciascun medico è portatore può non permettergli di avere contezza del corretto adempimento dell'altrui attività specialistica, rendendone inesigibile il controllo; dall'altro, assicura al singolo medico la possibilità, soprattutto in pratiche particolarmente impegnative, di focalizzare la propria attenzione sullo specifico ruolo che è chiamato a svolgere, senza doversi occupare anche del corretto adempimento dei compiti altrui.

Anche la Corte di Cassazione, in più occasioni, ha sentito il bisogno di definire il principio di affidamento: «principio secondo il quale ciascuno può contare sull'adempimento, da parte degli altri, dei doveri su di essi

incombenti»¹⁰; «principio secondo il quale ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta è in esame, ed ognuno deve evitare unicamente i pericoli scaturenti dalla propria condotta»¹¹.

Dottrina e giurisprudenza hanno individuato i presupposti di operatività del principio *de quo*: obblighi divisi tra più soggetti, nel senso che ciascuno di essi è tenuto all'osservanza delle norme cautelari dell'agente modello nelle rispettive attività; corretto adempimento degli obblighi specifici (e dunque piena osservanza delle connesse regole cautelari di condotta) gravanti su colui che ne invoca l'applicazione; assenza di una posizione di garanzia qualificata, dalla quale discenda, entro certi limiti di esigibilità, uno specifico obbligo di vigilanza sull'altrui attività proprio al fine di prevenire e/o rimuovere eventuali errori dei medici assoggettati a tale controllo.

«Dalla ricognizione dei presupposti, appena effettuata, si possono dedurre tre ipotesi, nelle quali, per giurisprudenza e dottrina pacifica, non è invocabile il principio di affidamento ai fini dell'esonero da responsabilità penale: nel caso in cui l'errore attenga all'inosservanza di obblighi comuni o indivisi, vale a dire di obblighi parimenti gravanti su più medici o anche medici e personale ausiliario, tutti tenuti ad osservare le medesime regole

¹⁰ Cass. IV del 26/01/2005 n. 18568

¹¹ Cass. IV del 26/05/1999 n. 8006

cautelari di condotta: nel caso in cui colui che si affida sia in colpa, per avere violato determinate norme precauzionali o per avere omissso determinate condotte e, ciò nonostante, confidi che altri elimini quella violazione o ponga rimedio a quella omissione; ne consegue 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 («il principio di affidamento non può essere invocato dal sanitario che versa in colpa»¹²); ove sussista una posizione di garanzia qualificata in capo a soggetti che rivestono una posizione apicale all'interno del gruppo (capo-equipe; ex primario ora dirigente medico di struttura complessa), tale da imporre un obbligo di vigilanza più penetrante ed entro i limiti in cui tale controllo sia esigibile («il principio di affidamento non è utilmente invocabile da colui al quale sia attribuita una funzione di controllo dell'opera altrui»¹³).

A queste ipotesi se ne aggiunge una quarta (anche se in parte esplicitazione della prima), enucleata dalla giurisprudenza al fine di evitare un eccessivo ed ingiustificato smembramento delle responsabilità, allorquando la previsione o prevedibilità ed evitabilità dell'errore altrui impongano comunque al soggetto l'adozione degli accorgimenti utili a riportare

¹² Cass. IV del 28/05/2009 n. 36554

¹³ Cass. IV del 14/11/2008 n. 47490

l'intervento del collega nell'ambito del rischio consentito, è il caso in cui gli errori compiuti da uno specialista del gruppo siano non settoriali e/o, pur afferendo alla sfera settoriale e specifica dei compiti (e delle norme cautelari) che è chiamato ad adempiere, siano tuttavia evidenti, e dunque rilevabili ed emendabili con il supporto delle conoscenze comuni del cosiddetto “professionista medio” »¹⁴.

CAPITOLO II

LA COLPA

1. Premessa

Prima di addentrarci nell'analisi delle possibili condotte colpose poste in essere dall'esercente la professione medica, occorre individuare i principi di legge da utilizzare per il nostro lavoro, cercando di carpirne limiti e contenuti.

¹⁴ R. GAROFOLI, *Tracce-penale*, nel diritto 2007

La prima fonte legislativa da prendere in considerazione è la Costituzione, in particolare l'art. 27, comma I e II «*la responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*»; in *secundis* ci rivolgiamo al Codice Penale, art. 40 «*nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*» e art. 42 comma I «*nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà*».

Dalla lettura di questi articoli si ricava che la responsabilità penale è personale, quindi ogni soggetto risponde solo delle proprie azioni od omissioni, che queste devono essere causa dell'evento dannoso o pericoloso verificatosi e che la condotta rimproverabile deve essere stata commessa con coscienza e volontà dall'agente. Costituisce eccezione il caso in cui un soggetto ha l'obbligo giuridico di impedire un evento, in tal caso la "clausola di equivalenza" sancita dall'art. 40 comma II, fa ricadere la responsabilità di un evento anche in capo a colui che non ha provveduto a cagionarlo materialmente, ma, giova ribadirlo, occorre che costui avesse l'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Altro articolo da prendere in considerazione è l'art. 43 c.p. titolato *elemento psicologico del reato*, che al comma I definisce il delitto doloso, al comma II

il delitto preterintenzionale e al comma III il delitto colposo: *«è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline»*.

Notiamo subito che il delitto colposo si caratterizza non per la volontarietà dell'atto (il soggetto non aveva intenzione di produrre l'evento dannoso verificatosi), ma per un errore, prevedibile dall'agente, dovuto a causa di condotta negligente, imprudente o imperita, o inosservante di leggi, ordini o discipline.

Per negligenza si intende l'omesso compimento di un'azione doverosa; per imprudenza l'inosservanza di un divieto assoluto di agire o di un divieto di agire secondo determinate modalità; l'imperizia è un'ipotesi di imprudenza o negligenza qualificata, propria di chi compie atti che presuppongono la conoscenza di regole tecniche non rispettate per ignoranza od inettitudine ad applicarle; le leggi sono tutti quegli atti posti in essere dal potere legislativo; i regolamenti sono gli atti del potere esecutivo (inteso a tutti i livelli); gli ordini sono atti di altre autorità pubbliche; le discipline sono atti emanati da privati che esercitano attività rischiose.

Questi sono gli strumenti che il giurista ha a disposizione per analizzare la condotta dell'esercente la professione medica; nei prossimi paragrafi e capitoli vedremo come la dottrina e la giurisprudenza hanno utilizzato, anche riadattandoli a detta attività, e stanno utilizzando tali istituti per

affrontare il problema della colpa medica.

2. Riflessioni sul ruolo della regola cautelare

«La dottrina è divisa tra due teorie, quella della mera colpevolezza, che definisce il reato colposo come un comportamento offensivo che si addebita al soggetto di non aver saputo evitare, e quella della teoria normativa che lo definisce come un comportamento offensivo contrastante con un parametro comportamentale, che si addebita al soggetto di non aver saputo evitare»¹⁵.

Ciò che si può dedurre dalla prima definizione è che l'elemento oggettivo del reato resta ancorato alla logica della *condicio sine qua non*, finendo per incolpare sempre e comunque chi ha innescato l'evento causale. Dalla seconda, invece, si deduce che la responsabilità è fondata sulla contrarietà della condotta a norme di comportamento di cui sono espressione le regole cautelari dirette a prevenire determinati eventi e nell'inosservanza del livello di diligenza oggettivamente dovuta ed esigibile¹⁶.

La differenza tra le due teorie è lampante nel caso di decesso del paziente causato da una patologia innescata da un corpo estraneo (garza o ferro chirurgico) dimenticato nelle sue viscere al termine di un'operazione.

¹⁵ D. MICHELETTI, *La colpa del medico, prima lettura di una recente ricerca sul campo*, in *Criminalia* 2008

¹⁶ Cass. IV del 19/05/2007 n. 4675

Un'indagine basata sulla mera colpevolezza condurrebbe all'unica condanna per il chirurgo che ha utilizzato i ferri ed ha successivamente ommesso di recuperarli. Muovendo, invece, da una concezione normativa della colpa si andrebbe ad individuare preventivamente la regola cautelare che doveva essere osservata, scoprendo così l'esistenza di una prassi diffusa e consolidata che affida il recupero dei ferri, la così detta "conta", al ferrista o all'assistente, mentre residua in capo al chirurgo solo un dovere di verifica circa l'esito del conteggio stesso. La giurisprudenza, in *primis* quella di legittimità, ha giustamente accolto la tesi della colpa normativa, come si può evincere da due sentenze della Suprema Corte, quella del 6 aprile 2005, che ha escluso la responsabilità colposa del chirurgo che praticò l'intervento ed abbandonò la sala operatoria prima della fase conclusiva riservata alla ricognizione degli strumenti per provvedere ad altre e più pressanti urgenze («la circostanza dello scioglimento dell'équipe operatoria, che abbia a verificarsi quando ancora l'intervento deve essere completato da adempimenti di particolare semplicità, esclude l'elemento della colpa per negligenza in capo al medico che ha abbandonato anticipatamente l'équipe, sempre che non si tratti di intervento operatorio ad alto rischio e l'allontanamento sia giustificato da pressanti ed urgenti necessità professionali»¹⁷), e quella del 7 marzo 2008 che ha visto la condanna del chirurgo non quanto per aver dimenticato la garza laparotomica

¹⁷ Cass. IV del 06/04/2005 n. 22579

nell'addome del paziente, quanto per aver omesso di verificare l'esito della “conta” (dalla scheda di sala risultava infatti l'impiego di sette garze e la restituzione di sei).

La regola cautelare deve avere necessariamente carattere modale, ovvero stabilire le condizioni operative di liceità dell'esercizio dell'attività, poiché se il suo contenuto fosse basato sulla regola dell'astensione si finirebbe per imputare al medico la verifica del rischio che è intrinseco alla propria attività, ed inoltre i medici si asterebbero dal porre in essere attività con un maggior fattore di rischio, scoraggiati dal timore di incappare nell'esito infausto prevedibile ma non dominabile *ex ante*, privando in tal modo i pazienti più critici della possibilità di sfruttare le chances terapeutiche a loro disposizione. Questa tesi è stata accolta dalla Corte di Cassazione che nel marzo 2007, confermando entrambi i precedenti gradi di giudizio, ha assolto tutti i componenti di un'equipe medica che avevano partecipato ad un intervento di colecistectomia in una paziente ad alto rischio tromboembolico alla quale, per poter affrontare l'operazione, era stato necessario sostituire il farmaco antirombotico con uno dalla ridotta efficacia preventiva. Nonostante il rispetto delle regole chirurgiche, la paziente è deceduta durante l'intervento a causa della formazione di un trombo ed il Pubblico Ministero aveva avanzato l'accusa contro i medici per non essersi astenuti dall'operare la donna, alla luce delle prevedibili conseguenze connesse alla sostituzione del farmaco. La Corte non ha rinvenuto indizi di

colpevolezza nella condotta dei medici, che hanno praticato l'intervento nel rispetto delle regole cautelari consigliate dalla più accreditata letteratura per il trattamenti della classe di pazienti in cui rientrava la sfortunata donna. Alcuni passi della sentenza de quo meritano attenzione: «i medici avevano affrontato e risolto correttamente il problema del bilanciamento del rischio emorragico in soggetto sottoposto a terapia anticoagulante con quello tromboembolico, derivante proprio dalla sospensione di quel trattamento [...] la condotta degli imputati conforme alle linee guida dettata dal Trattato di cardiologia di E. Braunwald, riconosciuto come la Bibbia dei cardiologi mondiali [...] le scelte terapeutiche adottate (la sostituzione della terapia anticoagulante orale e la somministrazione di eparina a dosi anticoagulanti nonch quella relativa alla durata della sospensione della TAO), come emerge dalla sentenza di primo grado, richiamata dai giudici di appello, aveva la capacit di ridurre ma, certamente, non di azzerare il rischio delle singole complicanze (scompensi, di arresto e di trombosi), cosicché, persistendo una certa quota di rischio, persisteva sempre la possibilità concreta che si verificasse la complicanza cardiaca, cardiocircolatoria e trombotica in un qualsiasi soggetto con le stesse lesioni cardiache della donna, anche a fronte dei pi idonei provvedimenti terapeutici del caso [...] i giudici di merito, assolvendo gli imputati, hanno fatto corretta applicazione dei principi in tema di colpa, in coerenza con la giurisprudenza di questa Corte. Vale la pena di ribadire le considerazioni gi sviluppate da questa

Corte (Sezione IV, 21 novembre 1996, Spina) a proposito della responsabilità professionale del medico, perché particolarmente calzanti qui, laddove si deve giudicare della correttezza delle scelte terapeutiche intrinsecamente rischiose adottate dai sanitari *sub iudice*. Or bene, in tale occasione, questo giudice di legittimità ha avuto l'occasione di precisare che la colpa speciale o professionale è quella che riguarda le attività giuridicamente autorizzate perché socialmente utili, anche se per loro natura rischiose, ed caratterizzata sia dalla inosservanza di regole di condotte - *leges artis* - scritte o non scritte, aventi per finalità la prevenzione non del rischio dall'ordinamento consentito, ma di un ulteriore rischio non consentito - dell'aumento del rischio- e per conseguente contenuto il dovere non di astenersi dalla attività ma di adottare misure cautelari idonee ad evitare il superamento del rischio non consentito nell'esercizio dell'attività sia dalla prevedibilità ed evitabilità dell'evento scaturente dal superamento del rischio consentito. L'agente - in questo caso, il medico - risponde, pertanto, per colpa, secondo la citata decisione, solo dei danni prevedibili, ma prevenibili mediante l'osservanza delle *leges artis*, e non di quelli prevedibili verificatisi, però nonostante la fedele osservanza delle regole tecniche, trattandosi, in questo caso, di rischio consentito che l'ordinamento si accollato nello stesso momento in cui autorizza l'attività rischiosa. Per quanto riguarda, poi, la "misura" del rischio consentito, in mancanza di predeterminazione legislativa delle regole cautelari o di

autorizzazioni amministrative subordinate al rispetto di precise norme precauzionali, ha precisato ancora la citata decisione che la valutazione del limite di tale rischio resta affidata al potere discrezionale del giudice il quale dovr tenere conto che la prevedibilità e la prevenibilità vanno determinate in concreto, avendo presente tutte le circostanze in cui il soggetto si trova ad operare ed in base al parametro relativistico dell'agente dell'*homo ejusdem condicionis et professionis*, parametro che, specialmente nella professione medica, variegato, dovendo tenersi conto delle specializzazioni e del livello di conoscenze raggiunto nelle varie specializzazioni, sicché se l'agente - l'imputato - un medico che ha una specializzazione e la condotta - azione od omissione - contestatagli ha a che fare con quella specializzazione, la responsabilità da rischio non consentito dovr essere valutata avuto riguardo ai rischi che le conoscenze certe, raggiunte in quel determinato settore, consentono e, pertanto, impongono di evitare»¹⁸.

In conclusione, poiché nessuna violazione di norma cautelare è emersa come addebitabile agli imputati (tale cioè da determinare quell'aumento del rischio consentito di cui si detto) correttamente i giudici di merito hanno escluso la sussistenza della colpa.

A proposito del rischio insito nell'attività medica mi sembra doveroso citare

¹⁸ Cass. IV del 2/03/2007 n. 19354

una riflessione del Professor Roberto Bartoli: «il rischio terapeutico è un rischio che si viene a creare per fronteggiare il rischio patologico, ovvero il rischio patologico può essere contrastato soltanto producendo quello ulteriore connesso all'attività medica. Pertanto è necessario espungere dalla responsabilità sia l'evento derivante dal rischio patologico sia quello derivante dal carattere invasivo dell'attività»¹⁹.

Ancora a favore della tesi del carattere normativo della colpa si deve dire che solo una determinata e positiva regola modale può concretamente orientare la condotta degli operatori e consentire all'imputato di difendersi, provando, ad esempio, che tale modello non era in realtà doveroso, o non era conoscibile o praticabile. Sostiene il Professor Dario Micheletti dell'Università di Siena che l'indicazione precisa del mezzo e/o delle modalità d'azione che il medico avrebbe dovuto tenere, è un autentico diritto del condannato, che dovrebbe essere espresso già con la richiesta di rinvio a giudizio ²⁰. Anche il Prof. Roberto Bartoli sostiene l'esigenza che l'accusa individui la regola cautelare violata, poiché la conseguenza dell'affidarsi al semplice giudizio di prevedibilità dell'evento è quella di incappare una contestazione generica, che impedisce all'imputato di

¹⁹ R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, University Press Firenze 2010

²⁰ D. MICHELETTI, *La colpa del medico, prima lettura di una recente ricerca sul campo*, *Criminalia* 2008

difendersi «perché là dove manca l'individuazione di un comportamento specifico non si è in grado di affermare se il soggetto vi era tenuto, se il comportamento sarebbe stato efficace oppure possibile»²¹. Continua ancora il Professore dell'Università di Firenze che sulla genericità della contestazione si dilunga parte della fase dibattimentale, andando così ad agevolare la prescrizione del reato. Ad ogni buon conto, anche se questo diritto non è ancora stato codificato, non è difficile, ne tanto meno raro, riuscire ad individuare nelle sentenze della Suprema Corte il modello comportamentale positivo di cui si contesta la trasgressione. La tendenza della giurisprudenza di legittimità a pretendere che la tipicità colposa si fondi sull'individuazione di una precisa regola cautelare inizia ad affiorare nel 2007²²: « nei reati colposi, qualora si assuma violata una regola cautelare cosiddetta "elastica", che cioè necessita, per la sua applicazione, di un legame più o meno esteso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare - al contrario di quelle cosiddette "rigide", che fissano con assoluta precisione lo schema di comportamento - è necessario, ai fini dell'accertamento dell'efficienza causale della condotta antidoverosa, procedere ad una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto».

Questo nuovo orientamento ha preso il posto dell'espedito accusatorio

²¹ R. BARTOLI, *La colpa, le problematiche della contestazione generica e della mancanza di correlazione tra accusa e sentenza*, University Press 2010

²² Cass. IV del 20/06/2007 n. 29206

dell'errore medico *tout court*, abbondantemente utilizzato dall'accusa perché adattabile ad ogni situazione e senza necessità di mettere in piedi precisi capi di imputazione, ma denigrato dalla difesa perché su di essa andava a ricadere il gravoso onere di provare il rispetto di tutte le regole cautelari esistenti o che nessuna di esse era in grado di evitare l'evento. Si creava così un posizione di squilibrio, sia processuale sia sostanziale tra accusa e difesa, notevolmente a favore della prima. Adesso è possibile parlare di errore solo in presenza di un parametro positivo rispetto al quale qualificare la condotta come erronea, ed il giudice deve completare il precetto colposo per mezzo di una precisa regola modale. Costituisce una eccezione al quest'ultimo dovere del giudice il caso della *culpa in re ipsa*, su cui merita fare una piccola digressione: è l'evento stesso a condensare su di sé l'esistenza di una regola cautelare trasgredita, senza che la giurisprudenza non debba soffermarsi a formalizzare la regola cautelare trasgredita. Numerosi sono gli esempi da citare di casi in cui la regola cautelare è talmente evidente che non necessita di essere enunciata: medico che infila per due volte la canula dell'anestesia nell'esofago del paziente, anziché nella trachea, cagionandone la morte per anossia²³; sezione completa del nervo sciatico popliteo derivante dalla perdita di controllo della fresa di alesaggio²⁴; ustioni cagionate dall'applicazione di un batuffolo

²³Cass. IV del 12/07/2006 n. 33619

²⁴Cass. IV del 14/11/2006 n. 6681

imbevuto di ammoniaca non diluita su lesione cutanea²⁵. Sono tutti casi di negligenza esecutiva che non necessitano dell'enunciazione espressa della regola modale trasgredita, salvo che il giudice debba dirimere un contrasto sulle cause dell'evento. Il rischio intrinseco in questo modello di imputazione della colpa, è quello di lasciarsi sfuggire il caso anomalo, imputando al medico un evento infausto malgrado il rispetto di tutte le usuali e doverose modalità operative, pertanto esso non deve mai essere applicato in maniera automatica a tutti gli errori di tipo esecutivo.

Una volta accettata la teoria della regola cautelare normativa, si apre il problema della tecnica di riconoscimento, che per la maggior parte della dottrina resta quella del giudizio di prevedibilità e prevenibilità; la regola cautelare avrebbe mutato collocazione sistematica (da concezione psicologica a concezione modale), senza che il suo criterio di riconoscimento abbia richiesto un aggiornamento. Altra parte della dottrina invece, evidenziando come la regola cautelare sia chiamata a chiudere la fattispecie colposa lasciata aperta dal legislatore con la norma penale, a delimitare, cioè, l'area del lecito da quella dell'illecito, sostiene che la regola cautelare non possa avere uno statuto giuridico diverso dalla norma penale, ovvero essere determinata, conoscibile *ex ante*, immune da creazioni processuali e inapplicabili retroattivamente o per analogia. Conseguenza di queste premesse è la scelta tra due metodi di ricerca ed

²⁵Cass. IV del 17/01/ 2007 n. 29151

individuazione della regola cautelare, di cui il primo fa riferimento alle norme comportamentali imposte dalla miglior scienza ed esperienza e mira ad innalzare al massimo livello gli standard di tutela della salute, ma risulta subito inefficace poiché non risponde al criterio di conoscibilità e determinabilità ex ante della regola cautelare. Il secondo, e quindi quello di auspicabile applicazione, fa riferimento alle regole prasseologiche di esperienza generalmente riconosciute e condivise in uno specifico settore, le così dette *leges artis*, che rispettano i contenuti dell'art. 25 Cost. (determinatezza, conoscibilità ex ante) e limitano il potere discrezionale del giudice, rilegandolo a fruitore e non *facitore* di legge, come specificato anche dalla Corte di Cassazione²⁶: «in tema di colpa, posto che il giudice non *facitore* di norme ma solo fruitore, il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non pu essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute e conoscibili dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia».

Infine, il costante adeguamento della prassi alle nuove scoperte, assicura standard esecutivi di ottimo livello.

Soffermiamoci con più attenzione sulle riflessioni che hanno portato la giurisprudenza di legittimità a discostarsi dall'utilizzo del giudizio di

²⁶ Cass. IV del 6/06/2000 n. 1340

prevedibilità e ad avvicinarsi al modello della regola cautelare, evidenziando il fatto che, secondo il criterio della prevedibilità, il giudice dovrebbe individuare la regola cautelare collocandosi mentalmente nel momento in cui l'agente fu chiamato ad operare, sfruttare tutte le sue conoscenze nomologiche ed ontologiche di cui egli disponeva al fine di individuare la modalità comportamentale per cui avrebbe optato un ideale agente modello nel tentativo di azzerare o ridurre il rischio. Questo tipo di ragionamento, oltre ad essere impraticabile in settori dove il rischio e la tecnica sono parametri molto complessi e settoriali, tra i quali rientra ovviamente la medicina, è anche escluso a priori dai giudici, che si affidano sempre e comunque ad un perito, cui chiedono di verificare se il comportamento dell'indagato sia stato o meno conforme alle *leges artis*. Posto che il giudice, e qualunque altro laico in riferimento al settore medico, è incapace di effettuare un giudizio di prevedibilità, e che occorre fare affidamento su di un perito, si sente l'esigenza, non ancora soddisfatta dal legislatore, di dare un contenuto di legalità a questa forma di ricerca della colpa, dando al perito dei parametri, stabiliti per legge, alla luce dei quali effettuare il giudizio. Il rischio, che poi è quello che avviene in concreto, è quello di lasciare i giudici liberi di scegliere, senza le dovute competenze tecniche, tra le teorie postulate dal perito d'ufficio e dai periti di parte. Per averne un esempio è sufficiente riprendere il caso della “conta dei ferri” esaminato nella sentenza del 7 marzo 2008, dove uno dei periti ha

sostenuto la tesi, errata e poi per fortuna non accolta dai giudici, secondo la quale essendo stato utilizzato un numero limitato di pezze laparotomiche, sarebbe comunque spettato al chirurgo tenerne il conto mentre operava, anche se è prassi ormai consolidata dare incarico al ferrista di effettuare la conta e che resti in capo al chirurgo solo il dovere di verifica.

Il giudizio di prevedibilità, sostiene la più recente giurisprudenza, conduce a conclusioni errate o comunque non supportate dai principi del sistema penale, in particolare quando il giudice è chiamato a valutare un rischio “atecnico” e pertanto non si avvale dell'ausilio di un perito. Un esempio concreto servirà a spiegare meglio il ragionamento: in una clinica ortofrenica (destinata alla rieducazione di soggetti affetti da ritardi mentali) una paziente si suicida gettandosi dalla finestra. Applicando il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, come in effetti è avvenuto, il giudice condanna le addette alla pulizie che avevano lasciato aperta la finestra, in concorso con l'infermiera generica che aveva ommesso di vigilare e con la responsabile del reparto che, custode delle chiavi delle finestre, non le aveva messe a disposizione²⁷. Applicando la teoria della tipicità della colpa il giudice si sarebbe interrogato sul tipo di rischio che insito nell'evento, chiedendosi poi se fossero diffusi e consolidati nella prassi modelli comportamentali atti a contenerlo, dei quali si poteva pretendere

²⁷ Cass. IV del 7/06/2007 n. 29170

l'osservanza dall'imputato. In questo modo avrebbe dedotto la responsabilità dell'amministrazione della clinica che non aveva fatto installare le apposite misure cautelari (sbarramento delle finestre), ovvero che aveva accettato il ricovero di una paziente affetta da patologie psichiatriche autolesionistiche nonostante la struttura non fosse idonea ad accoglierla.

La differenza tra i due modelli di imputabilità della colpa è palese anche in un altro caso dove il giudice di primo grado ha applicato il modello della regola cautelare, mentre il giudice di appello prima e di legittimità poi, ha applicato il giudizio di prevedibilità. La vicenda riguarda l'insorgenza di una patologia renale cronica in un paziente che aveva assunto un farmaco, l'Asacol, dotato di effetti collaterali sull'apparato renale. I tre medici che avevano avuto in cura il paziente sono stati accusati di non aver prescritto i dovuti e periodici esami ematochimici diretti a verificare la funzionalità renale del paziente. Il giudice dispone la perizia e a seguito di questa tutti gli imputati vengono assolti poiché emerge che negli anni in cui avvenne il trattamento la conoscenza degli effetti nefrotossici del'Asacol non era ancora patrimonio comune, specie tra i medici gastroenterologi, né si sarebbe dovuta amplificare la valenza del così detto “bugiardino”, il quale non indicava la necessità di sottoporre il paziente a controlli periodici, ma solo l'uso con cautela del farmaco in pazienti che già fossero afflitti da una sofferenza renale o epatica; inoltre, di una doverosa prescrizione di controlli

ematochimici non v'era traccia neanche nella “guida all'uso dei farmaci” curata dalla Direzione Generale del Ministero della Sanità. La Corte d'Appello e la Cassazione invertono il ragionamento del giudice di merito: «per quel che concerne la prevedibilità dell'evento non si potevano ignorare gli effetti nefrotossici dell'Asacol vuoi perchè il farmaco apparteneva alla famiglia dei salicilati, di cui era nota la possibile nefro tossicità, vuoi perché il foglietto illustrativo raccomandava speciali precauzioni d'uso nei confronti di pazienti con danno renale».

Un altro passaggio in particolare della sentenza²⁸ merita attenzione: «non appare, invero, di decisivo rilievo il grado di conoscenza e di diffusione, nel mondo scientifico all'epoca dei fatti in questione, per quel che concerne la specifica nefrotossicità della "mesalazina" (e quindi dell'Asacol)»; passaggio che va ad avvalorare fortemente l'osservazione fatta dal Professor Dario Micheletti secondo cui l'impostazione della colpa secondo una regola cautelare fa della società la misura del giudizio, mentre l'impostazione del giudizio di prevedibilità strumentalizza il singolo, sotto la minaccia della pena, in funzione del progresso.

Fin qui siamo all'interno di ragionamenti, riflessioni, osservazioni di giuristi che possono essere o meno condivisi, perciò sentiamo il bisogno di rinvenire casi di applicazione concreta del modello di imputabilità colposa

²⁸ Cass. IV del 28/10/2004 n. 46586

auspicato, e la nostra ricerca ci porta ad individuare tre tipologie di regola cautelare che hanno trovato formalizzazione. La prima comprende le così dette “linee guida”, ovvero protocolli operativi redatti da autorevoli fonti scientifiche o da comitati costituito *ad hoc*, il cui tema sarà trattato in maniera più approfondita nel prossimo paragrafo.

La seconda tipologia comprende la disciplina deontologica, che presenta due caratteri peculiari che la allontanano dall'essere utilizzabili come regola cautelare: la frequente assenza di un'autentica finalità preventiva (il dovere di informazione del medico non finalizzato a preservare la vita e l'integrità fisica e nessun evento lesivo potrà considerarsi come realmente causato, così come richiede l'art. 43 c.p., dalla violazione del dovere di informazione); il contenuto prevalentemente finalistico e non modale.

La terza tipologia invece pacificamente riconosciuta ed ha efficacia *erga omnes* e comprende le norme concernenti la sicurezza dei macchinari, le discipline tecnico-procedurali (come quelle ISO). Una conseguenza, poco gradita ai pazienti, l'accettazione del così detto “nesso di rischio”, un criterio che pur postulando l'esistenza di una violazione cautelare, tiene indenne il soggetto da responsabilità colposa ogni qual volta l'evento verificatosi non è annoverabile tra quelli che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire, poiché si considera tipico, e quindi punibile, non già la realizzazione di un evento purchessia scaturito dalla condotta negligente, ma solo quello che la regola cautelare intendeva prevenire. Si prenda ad

esempio la seguente vicenda: durante il parto i medici omettono di effettuare una manovra volta a prevenire la morte per asfissia del neonato, il quale sopravvive, ma riporta lesioni per cui si chiede la condanna per imperizia degli operatori sanitari. La Corte di Cassazione annulla la sentenza di condanna del giudice di appello rinviando ad altro giudice incaricandolo di individuare quale sia lo spettro preventivo della regola cautelare disattesa ed appurare se l'evento dannoso rientri nell'area di rischio tipico che la regola violata tende a prevenire²⁹.

Esistono regole cautelari all'interno delle quali la realizzazione di un eventuale danno all'incolumità fisica costituisce un rischio consentito. Ma questo argomento rischia di sfociare nella sfera della causalità che non rientra nell'oggetto di questa trattazione.

La regola cautelare ha poi bisogno di essere completata con l'individuazione dell'arco temporale entro il quale la condotta medica doveva essere posta in essere, e cioè il momento in cui inizia la situazione di rischio e quello in cui la situazione diviene irreversibile, nonché il momento in cui il soggetto avrebbe dovuto agire.

Si tratta di valutare la "colpevolezza della colpa", ovvero il profilo di responsabilità soggettiva della violazione della regola cautelare, «perché l'affermazione della responsabilità penale non può prescindere da un

²⁹ Cass. IV del 18/03/2004 n. 24051

accertamento del profilo della colpevolezza che indaghi sull'eventuale presenza di situazioni capaci - secondo il parametro dell'agente modello *eiusdem condicionis et professionis* - di rendere inesigibile nel caso concreto il comportamento conforme alla regola medica. Pertanto, il giudice dovrà indagare il contesto in cui il medico ha agito nonché il suo stato personale». ³⁰ Tale principio si trova affermato dalla S.C.: «non è ascrivibile a colpa medica, in quanto imprevedibile ed inevitabile, l'evento mortale conseguente ad erronea diagnosi e omissione del tempestivo intervento chirurgico salvifico, nel caso in cui il quadro sintomatico presentato dal paziente non sia univocamente indicativo della patologia in atto e il quadro clinico, in rapida evoluzione, sia tale da rendere inesigibile, in quanto eccessivamente rischioso, il comportamento alternativo lecito». ³¹

3. Riflessioni sul ruolo delle così dette “linee guida” ed il loro impiego nella giurisprudenza

La linee guida rappresentano uno strumento clinico nato in America a metà degli anni '80 e diffusosi in Italia solo un decennio più tardi, il cui scopo è quello di portare all'attenzione dei sanitari i frutti della *evidence-based*

³⁰ F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Cassazione Penale* n. 03/2010

³¹ Cass. IV del 14/01/2010 n. 14551

*medicines*³²: con tale espressione si fa riferimento a quel nucleo di idee secondo il quale le decisioni cliniche dovrebbero essere il risultato dell'integrazione dell'esperienza del medico con l'utilizzo ponderato e giudizioso delle migliori evidenze scientifiche disponibili.

Secondo le principali definizioni della dottrina³³ le linee guida sono da considerarsi come un percorso diagnostico terapeutico ideale suggerito sulla base della migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico da società scientifiche di prestigio internazionale, che hanno lo scopo di agevolare i medici nel decidere quali siano le modalità di assistenza più adeguate a fronte di determinati quadri patologici, proponendosi quali schemi di attuazione cui rifarsi nell'esercizio quotidiano della professione. Nessuno Stato ha, ad oggi, dato una qualifica giuridica certa e determinata alle *guidelines*, che però hanno trovato larga applicazione nella prassi medica: la domanda che sorge spontanea è quale sia il grado di imperatività che le linee guida hanno nei confronti dei medici, e di contro quale sia lo spazio di libertà operativa che conserva il sanitario al cospetto di uno strumento che sembra raccogliere il meglio del sapere medico-scientifico.

³² D. L. SACKETT, W.M. ROSEMBERG, J.A. GRAY, *Evidence-based medicine. What it is and what it isn't*, in *British Medical Journal* 1993

³³ A. FARNETTI, *Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano 2007; A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano 1999, F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 2001

Sul punto la principale dottrina³⁴ è concorde nell'escludere una reale efficacia vincolante o prescrittiva delle linee guida, che il medico potrà senz'altro utilizzare, ma la sua decisione dovrà essere il risultato della ponderazione tra questi schemi attuativi e le indicazioni che la sua competenza gli prospetta in relazione al caso concreto di cui si andrà ad occupare.

Una parte della dottrina³⁵ vede nelle linee guida una possibile soluzione al problema della cronica insufficienza di tipicità che contraddistingue il processo di ricostruzione della figura dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*: se è vero che le linee guida si propongono come schema standard di un percorso diagnostico-terapeutico ideale, allora il giudice ben potrà servirsi di esse per individuare la condotta che l'agente modello avrebbe dovuto tenere in determinate circostanze spazio temporali. Inoltre le linee guida si presentano come regole cautelari certe, formate anteriormente al giudizio da società scientifiche riconosciute, e da tale regola dovrà prendere le mosse l'interprete nel processo di identificazione

³⁴ M. BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova 2006; C. COCUZZA, *Il consenso informato è una tutela sufficiente per seguire in ambito non ospedaliero un test provocativo cardiologico a scopo clinico o valutativo medico legale?*, in *Rivista Italiana di Medicina* 2004; R. GIANNINI, *Linee guida in sanità. Gli aspetti medico legali*, in *Salute e territorio* 1999; E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica, problemi e valenze medico legali*, in *Rivista Italiana di Medicina*, vol. XXI 1999

³⁵ M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Diritto penale e processo* 1996; A. FARNETTI, *Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano 2007; G. VALMASSOI, *Le linee guida nella pratica clinica. Considerazioni giuridiche*, in *Minerva anestesologica* 2006

della colpa, valutando gli eventuali scostamenti che possono essersi verificati in concreto.

Il passo successivo è quello di far vertere la colpa medica non più sui concetti generici ed astratti di negligenza, imprudenza ed imperizia, ma su quelli più rassicuranti delle leggi, regolamenti, ordini e discipline, palesandosi così all'orizzonte i profili di colpa specifica³⁶. Per far ciò è necessario chiedersi se sia possibile far ricomprendere le linee guida fra le categorie normative indicate dall'art. 43 c.p. Sul punto la dottrina³⁷ è tendenzialmente concorde in quanto il codice penale attribuisce, nel predetto articolo, la possibilità di dare rilievo a fonti subnormative o a regole di condotta professionale affermate e ritenute valide nell'ambito della comunità scientifica. «In aggiunta deve considerarsi un ulteriore possibile caso di rilevanza normativa delle linee guida. L'irragionevole scostamento dai percorsi diagnostico-terapeutici ivi indicati configura una sicura violazione dell'art. 13 del codice di deontologia medica, titolato *prescrizioni ai fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione*, il quale impone la necessità che le prescrizioni ed i trattamenti siano ispirati ad

³⁶ Vedi capitolo II paragrafo IV

³⁷ G. IADECOLA, *Il valore "dell'opinione" dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 2001; A. FARNETTI, *Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano 2007

acquisizioni scientifiche recenti e sperimentate³⁸. Essendo espressione delle più aggiornate proposte della società scientifiche maggiormente accreditate, le linee guida possono a pieno titolo indicare lo standard comportamentale richiesto dal citato art. 13»³⁹ Pertanto sembra corretto affermare che le linee guida, ove largamente impiegate, possono essere viste come pratiche normative aventi il rango di “discipline”.

Le *guidelines* non vogliono, però, sostituire i criteri di negligenza, imprudenza ed imperizia, bensì contribuire a dar loro maggiore concretezza e specificità; inoltre l'uso delle stesse non può mai essere così vincolante da escludere un costante controllo dell'effettiva applicabilità al singolo caso pratico; di conseguenza non bisogna cadere nel facile automatismo di addebitare una condotta colposa a chi si discosti dalle *guidelines* senza aver prima effettuato una valutazione circa l'ammissibilità di altre condotte ugualmente valide o addirittura più aderenti ai criteri di diligenza, prudenza e perizia.

Accanto a quella dottrina che inneggia alle linee guida, vi è una parte di giuristi⁴⁰ che dubitano dell'utilizzabilità in un procedimento giurisdizionale

³⁸ C.D.M., art. 13, comma III : «il medico tiene conto delle linee guida diagnostico-terapeutiche accreditate da fonti autorevoli e indipendenti quali raccomandazioni e ne valuta l'applicabilità al caso specifico»

³⁹ P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e Diritto Penale*, ETS 2010

⁴⁰ A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano 1999; R. NARDI, C. CIPOLLA D'ABRUZZO, *La responsabilità del medico in medicina d'urgenza e pronto*

di uno strumento nato per finalità cliniche, e fondano le loro critiche su quattro punti fondamentali.

In primo luogo si sostiene che le linee guida non sarebbero altro che uno strumento resosi indispensabile dalla necessità di far fronte alla cronica carenza di risorse finanziarie adeguate a rispondere alle richieste provenienti dai sistemi nazionali. Il loro scopo principale sarebbe quello di razionalizzare e di limitare la spesa sanitaria e qualunque altro uso non può che apparire improprio e conseguenza di un'inutile e pericolosa forzatura.

In secondo luogo si sostiene che le linee guida favorirebbero la così detta “medicina difensiva”⁴¹ ed avrebbero un effetto deresponsabilizzante nei confronti degli operatori sanitari che si asterranno dall'adottare quegli accorgimenti clinici che, pur necessari per la cura del paziente nel singolo caso concreto, non sono raccomandati dalle linee guida e potrebbero quindi essere suscettibili di successivo sindacato giurisdizionale. In terzo luogo si osserva che le linee guida sono state elaborate su campioni di popolazione perlopiù americana e, in ogni caso, non italiana, pertanto l'applicazione di

soccorso, Torino 1996; A. CARTABELLOTTA, Medicina basata sulle evidenze o sulle linee guida?, in Ricerca e sanità 2000; V. FINESCHI, P. FRATI, Linee guida, a double edge sword; riflessioni medico legali sulle esperienze statunitensi, in Rivista italiana di medicina 1998

⁴¹ Con questa espressione si fa riferimento a quel fenomeno che si verifica quando i medici prescrivono test, trattamenti o diagnosi, o evitano pazienti e trattamenti ad alto rischio allo scopo di ridurre la propria esposizione al pericolo di accuse di non aver ben operato e alle conseguenti azioni legali. Quando i medici praticano test non necessari o trattamenti inutili per ridurre le accuse di questo tipo, praticano la c.d. Medicina difensiva attiva. Quando invece evitano determinati pazienti od interventi, praticano la c.d. Medicina difensiva passiva.

guidelines ricostruite sulla base di dati provenienti da soggetti diversi da quelli a cui verranno applicate, crea importanti problemi circa l'effettività omogeneità della condotta indicata. Da ultimo c'è chi sottolinea il valore meramente statistico delle linee guida e quindi la poca utilità nell'ambito di un procedimento penale poiché il giudice non potrebbe prescindere dalla consulenza di un perito per valutare l'effettiva applicabilità delle linee guida al singolo caso clinico in esame.

«Se valutiamo nel complesso le critiche a cui si è fatto cenno, possiamo giungere ad affermare che tali perplessità meritano indubbiamente attenzione, ma i vantaggi in termini di tipicità del reato e di certezza del diritto risultano pur sempre notevoli, o addirittura preponderanti. L'analisi della recente giurisprudenza in tema di linee guida, nonostante l'importanza di uno strumento capace di colmare gran parte delle lacune insite nella ricostruzione della regola cautelare tipica a cui rapportare il comportamento dell'agente concreto. Risulta interessante notare inoltre che anche gli avvocati compiono limitatissimi richiami ai suggerimenti delle società scientifiche per difendere l'operato dei loro assistiti. Pare potersi concludere dunque che fra gli operatori del diritto non si è ancora diffusa una sia pur parziale consapevolezza delle enormi potenzialità di azione delle linee guida in ambito processuale. A fronte di tale situazione, si nota invece che le poche pronunce basate su un uso attento e puntuale delle linee guida

appaiono particolarmente chiare e lineari»⁴². A tal proposito vale la pena ricordare l'importanza che ha avuto il Trattato di cardiologia di E. Braunwald nella già citata⁴³ Senteza della Corte di Cassazione Penale Sezione IV del 2 marzo 2007.

Altro esempio è dato da una sentenza della Corte di legittimità che affronta il caso di un uomo che si reca al pronto soccorso dopo essere stato vittima di un incidente stradale: i medici provvedono alla prima visita, dalla quale risulta che lo stesso non aveva avuto perdite di coscienza, né amnesie, cefalea diffusa o vomito, e in seguito ad analisi strumentale a mezzo radiografia cranica. Il paziente muore dopo tre giorni a causa di un ematoma subdurale ed il Pubblico Ministero aziona un procedimento penale contro i medici per aver omesso l'accertamento a mezzo TAC. I giudice di secondo grado avevano ritenuto responsabile l'imputato ai sensi dell'art. 589 c.p. (omicidio colposo) per non aver predisposto i necessari esami neurologici su un paziente trasportato al pronto soccorso in seguito a trauma cranico, senza dar conto alcuno alla difesa dell'imputato, la quale aveva portato all'attenzione dei magistrati uno scritto della Società Italiana di Neurologia dal quale si deduceva che il paziente rientrava nella “categoria 0”, ovvero con trauma cranico minore, orientato nel tempo e

⁴² P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e Diritto Penale*, ETS 2010

⁴³ Vedi nota n. 18

nello spazio senza reale perdita di coscienza nè amnesie nè cefalea diffusa o vomito oppure con dolore limitato alla zona d'urto ove si nota una contusione, con associata o meno vertigine, per cui si consiglia la dimissione dopo una valutazione clinico assistenziale e che solo in presenza di pazienti di età avanzata o disabilità era consigliata l'esecuzione di una TAC". La Corte di Cassazione, assolve i medici, ribaltando la decisione del giudice di merito, motivando che gli imputati si erano attenuti a quanto prescritto dalle linee guida per la gestione dei trauma cranici edita dalla Società Italiana di Neurochirurgia, e pertanto non potevano essere rinvenuti i presupposti di colpevolezza: «linee guida, suggerimenti atti ad orientare i sanitari nei comportamenti che devono porre in essere in relazione ai casi concreti [...] poiché sulla base delle dette linee guida, era suggerita solo l'osservazione clinica del paziente di grado zero, che nella specie era avvenuta, i giudici avrebbero dovuto spiegare se via sia stato un controllo delle condizioni del paziente adeguato alla situazione che si presentava ovvero se quest'ultima abbia cominciato con progressività nel corso del ricovero a presentare i sintomi di carattere neurologico che hanno poi determinato il trasferimento all'ospedale di Catania per effettuare una TAC oppure se il manifestarsi di segni di sofferenza cerebrale sia sopravvenuto con repentinà, senza che alcun elemento prima lo evidenziasse»⁴⁴.

⁴⁴ Cass. IV del 8/06/2006 n. 24400

La sentenza in esame è un esempio di come una corretta applicazione delle linee guida può agevolare il compito dei magistrati nel colmare le gravi carenze di tipicità e di certezza del diritto che sopraggiungono nel percorso di accertamento della responsabilità medica per reato colposo. Nel caso di specie i giudici dimostrano di considerare le linee guida alla stregua di regole cautelari, concludendo che se il sanitario dimostra di aver conformato la propria condotta a quanto suggerito dalle *guidelines*, e non si rilevano particolarità del caso concreto che avrebbero potuto rendere esigibile un comportamento alternativo, l'esito infausto non potrà in alcun modo essere addebitato al medico operante.

In un'altra recente sentenza le linee guida hanno aiutato i magistrati a motivare la configurazione della colpa a carico dell'imputato, un medico operante in una comunità che aveva prima ridotto e poi sospeso una cura di psicofarmaci ad un paziente psicotico, il quale, a causa dello scompenso subito, aveva aggredito a morte con un coltello un altro operatore. In primo grado il magistrato ha ipotizzato che «la condotta del medico fosse caratterizzata da colpa per aver prima ridotto e poi sospeso la somministrazione del farmaco (Moditen) di tipo “depot” che gli veniva somministrato senza un'adeguata anamnesi e senza una corretta valutazione della situazione di recrudescenza dei sintomi di aggressività che caratterizzavano il paziente; per non aver commisurato la quantità e la qualità delle visite alla situazione e non aver accompagnato la riduzione

della terapia con misure di supporto»⁴⁵. I giudici della Corte d'Appello non si discostano da quanto affermato dal G.u.p., condividendo, inoltre, il parere dei periti che avevano rilevato come le linee guida internazionali prevedessero la riduzione della terapia solo dopo cinque anni di assenza di episodi psicotici, che invece si erano verificati in tempi recenti, tanto che il precedente primario aveva raccomandato che non venisse ridotta la terapia. In ogni caso «la riduzione era avvenuta in modo non conforme alle prescrizioni delle linee guida conducendo così il paziente ad uno scompenso conclamato come risultava da vari episodi»⁴⁶. Interessante è un altro passo della sentenza della Corte d'Appello: «in punto di colpa specifica, occorre preliminarmente verificare se l'imputato si sia discostato dalle migliori regole della disciplina della medicina psichiatrica. In base alle valutazioni peritali, si osserva che fu errata, in quanto fu attuata in difformità dalle linee guida in materia, la decisione di accedere alla richiesta del paziente di modificazione della terapia, in quanto effettuata in difetto di una adeguata anamnesi, remota e recente, del comportamento dell'interessato, anamnesi che, se effettuata, avrebbe dovuto condurre al mantenimento del trattamento terapeutico vigente: risultavano infatti episodi remoti di forte aggressività e recenti sintomi di riacutizzazione della

⁴⁵ Trib. di Bologna del 25/11/2005

⁴⁶ C. A. di Bologna del 12/01/2007

malattia, che sconsigliavano la modifica del trattamento terapeutico. [...]

Né le modalità di attuazione della riduzione sono state conformi alla migliore scienza psichiatrica, in quanto effettuata in tempi troppo rapidi e con eccessiva diminuzione, addirittura del cinquanta per cento, mentre al massimo doveva essere pari al venti per cento e, casomai, avrebbe dovuto essere maggiormente distanziata la somministrazione della dose intera».

La Corte di Cassazione mostra di aderire alle considerazioni espresse dai precedenti giudici, e nel formare tale convincimento i magistrati si servono ancora una volta delle relazioni dei periti e delle indicazioni contenute nelle linee guida maggiormente attendibili: «secondo il parere dei periti condiviso da entrambi i giudici di merito e fondato su autorevoli studi svolti anche a livello internazionale (nella sentenza di primo grado vengono riportate le linee guida dell'*American Psychiatric Association* che si esprimono in questo senso), la riduzione del farmaco neurolettico non si deve effettuare per percentuali superiori al venti per cento ogni volta e gli intervalli tra questi progressive riduzioni dovrebbero durare tra i tre e i sei mesi. Regole di cautela macroscopicamente violate dall'imputato che ha ridotto già inizialmente la terapia della metà e l'ha poi sospesa integralmente dopo poco più di un mese senza quindi verificare gli effetti per un periodo di tempo adeguato (anche in considerazione delle caratteristiche del farmaco a lento rilascio che richiederebbe un periodo di osservazione particolarmente prolungato per verificare gli effetti quando il

farmaco ha ridotto i suoi effetti) e senza intensificare le visite come richiesto dalla linee guida cui si è già accennato»⁴⁷.

L'aspetto che più interessa è quello relativo agli importanti risvolti che l'impiego delle linee guida può avere in sede di accertamento della responsabilità medica per reato colposo. «Esse possono costituire lo strumento grazie al quale la determinazione della regola cautelare non sarà più rimessa all'intuizione del giudice o all'inappellabile scienza del consulente chiamato di volta in volta a fornire al magistrato le cognizioni mediche necessarie per la soluzione della controversia [...] esse suggeriscono anche all'operatore giuridico la regola cautelare astratta a cui l'agente concreto deve uniformare il proprio comportamento. Non appare certo azzardato attribuire maggiore credibilità ai risultati ottenuti dall'incessante lavoro delle più autorevoli società scientifiche mondiali rispetto all'opinione del singolo medico legale chiamato a svolgere la propria opera di perito in un processo [...] i giudici dispongono insomma di uno strumento quantomai autorevole, aggiornato in tempo pressoché reale e soprattutto estraneo agli interessi contingenti e contrapposti delle parti in causa [...] l'impossibilità di rinunciare al lavoro dei periti per determinare l'applicabilità delle linee guida generali al caso clinico particolare nulla toglie e nulla aggiunge alla portata innovativa delle linee guida [...]

⁴⁷ Cass. IV del 14/11/2007 n. 10795

importa sottolineare la radicale differenza del compito che viene assegnato ai periti nelle diverse situazioni: in assenza di linee guida il giudice deve necessariamente appellarsi ad essi per indicare, per costruire *ex novo*, quasi per creare la regola di diligenza, prudenza e perizia esigibile in determinate fattispecie. Nel caso invece in cui siano effettivamente disponibili delle guidelines il magistrato interrogherà il proprio consulente esclusivamente con riferimento ad eventuali particolarità specifiche del caso concreto»⁴⁸

4. Colpa generica e colpa specifica

Per colpa specifica si intende la condotta dell'agente che si discosta dalle regole convenzionali e vincolanti. L'attività medica presenta delle peculiarità che rendono difficoltosa l'individuazione di regole cautelari, specialmente nell'attività medica in senso stretto, quella consistente, cioè, in un rapporto immediato e diretto con il paziente, che presenta situazioni di rischio costantemente variabili, con la conseguenza che l'attività deve adattarsi alle circostanze concrete sempre mutevoli; le regole comportamentali non hanno carattere convenzionale e sono destinate a cambiare a seguito del progresso scientifico, infine in un determinato contesto storico si presentano più alternative di cura tutte scientificamente convalidate, il cui impiego finisce per dipendere, ancora una volta, dalle

⁴⁸ P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e Diritto Penale*, ETS 2010

particolarità del caso.

Diverso è il discorso per l'altra fase della professione medica, quella "gestionale", ovvero consistente in tutte le attività organizzative a supporto della precedente, verso la quale la giurisprudenza è più propensa ad accogliere ed applicare il concetto di colpa specifica.

Le regole ed i protocolli medici rientrano tra le fonti scritte e vengono utilizzate in modo diverso dalla giurisprudenza a seconda dell'attività posta in essere, come sopra spiegato.

Tra le "fonti" non scritte si annoverano gli usi e la mera prevedibilità. I primi sono il frutto di un sapere scientifico consolidato e diffuso, ma non sono ben accetti dai giudici perché tendono a standardizzare le prestazioni; al medico, infatti, viene spesso innalzata l'asticella della pretesa, e questo in tre ipotesi: quando lo stesso viene a conoscenza di circostanze particolari; quando emerge l'esistenza di una *lex artis* elaborata successivamente in virtù di un progresso scientifico; quando è stata individuata una regola cautelare capace non di azzerare il rischio, bensì di tenerlo completamente sotto controllo. La prima ipotesi è sicuramente plausibile, perché al cospetto della effettiva conoscenza di circostanze particolari è lecito attendersi dal medico una maggiore diligenza. La terza rimanda al problema della possibilità o meno di incentrare il giudizio di rimproverabilità applicando le regole cautelari ad un'attività caratterizzata dalla mutevolezza e dalla peculiarità delle circostanze. La seconda appare

condivisibile, ma apre il problema della misura soggettiva della colpa e quindi la questione della possibilità da parte del sanitario di conoscere la nuova regola comportamentale. Si pensi al caso di circostanze anomale non conosciute né conoscibili al momento del fatto, le quali ben possono portare ad escludere la colpa sotto il profilo della prevedibilità perché la loro presenza ha reso anomala la verifica dell'evento. Un esempio è dato dalla situazione che si è trovata ad esaminare la Corte nella sentenza n. 19163 del 2006: morte di un feto a seguito di complicazioni dovute alla brevità del funicolo che misurava solo 25 cm a fronte dei normali 50 cm, anomalia riscontrata mediante autopsia e non individuabile in via preventiva, in quanto non rilevabile da alcuna indagine diagnostica. Il ragionamento della giurisprudenza di legittimità è quello di verificare se l'anomalia era conosciuta o conoscibile dall'agente con l'ausilio del bagaglio professionale da lui attendibile.

«A tutt'oggi la colpa medica esemplifica in larga prevalenza un terreno emblematico di colpa generica, nel senso che l'individuazione delle regole cautelari, in mancanza di discipline organiche, è per lo più affidata all'attività concretizzatrice della giurisprudenza, con connessa ampiezza di discrezionalità valutativa da parte dei giudici e conseguente accentuazione dei caratteri di fattispecie aperta dell'illecito colposo. Occorre peraltro considerare che l'attività medica si compone di vari e diversi settori di specializzazione, con conseguente esigenza di enucleare agenti modello tra

loro differenziati, trovandoci così di fronte ad una proliferazione di standard di comportamento ricostruiti in maniera empirica e poco sistematica, senza procedere a tentativi di generalizzazione in vista dell'elaborazione di casi generici o tipologici»⁴⁹. La domanda che sorge spontanea è se un tale meccanismo di imputazione sia effettivamente compatibile con i principi di legalità e sufficiente determinatezza. Da qui l'affiorare dell'interrogativo, sempre più frequente negli ultimi anni, se non sia opportuno passare da un regime di prevalente colpa generica ad un nuovo regime di prevalente colpa specifica tramite la positivizzazione delle regole della corretta pratica medica. A questi interrogativi hanno dato risposte negative, lasciando poche porte aperte alla colpa specifica, prima la Corte di Cassazione con la pronuncia del 8 febbraio 2001 e poi la Corte Costituzionale con la sentenza n. 282/2002. La Suprema Corte nel sottolineare l'esigenza di valorizzare l'autonomia del sanitario nelle scelte terapeutiche, senza vincolo di inderogabile osservanza di protocolli scientifici, lascia intendere che la valenza delle linee-guida, quali parametri di riferimento della condotta colposa, può essere soltanto orientativa, dovendo le regole generali di comportamento in esse contenute essere adeguate e personalizzate con riguardo alle particolari condizioni dei singoli pazienti. La Corte Costituzionale ha sancito principi tali da

⁴⁹ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cassazione Penale* 2006

precludere l'adozione di un regime generalizzato di colpa specifica per via di positivizzazione normativa, come si deduce dai passi di seguito riportati: «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è di norma, il legislatore a poter stabilire [...] le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, 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»⁵⁰.

Nonostante questa porta sbattuta in faccia alla teoria della colpa specifica, la dottrina, ma anche la giurisprudenza, sentono sempre di più la necessità quantomeno di una coesistenza e di un'interazione di quella con l'istituto della colpa generica.

Sul punto merita interesse la proposta formulata dal Professor Giovanni Fiandaca: «ciò non toglie che in futuro possa essere opportuno procedere ad una maggiore formalizzazione delle regole della corretta pratica medica, anche allo scopo di rendere più certo e meglio prevedibile ex ante il complesso dei doveri cautelari che gravano sui medici, con duplice beneficio dei pazienti che saranno maggiormente in grado di esprimere un

⁵⁰ Cort. Cost. n. 282/2002

consenso davvero informato e degli stessi medici che saranno in condizione di valutare meglio e in anticipo l'entità del rischio penale cui vanno incontro [...] ravviserei come compito della dottrina poter essere di ausilio alla giurisprudenza nel contribuire a sottoporre a un vaglio rigoroso e auspicabilmente sistematico, in una specifica angolazione giuridico-penale, le linee-guida, i protocolli e gli altri documenti scritti via via elaborati in ambito medico-scientifico, in modo da selezionare e distinguere regole di corretta pratica medica rispettivamente rilevanti e non rilevanti sotto il profilo della peculiare dimensione cautelare sottesa alla colpa punibile»⁵¹.

Il tutto senza mai dimenticarci che i medici dispongono di competenze diverse da soggetto a soggetto, quindi al momento del giudizio di rimproverabilità colposa, sarà necessario individuare con precisione sia il profilo oggettivo della colpa (la condotta errata o omessa) sia quello soggettivo (l'esigibilità o meno di quella condotta da parte di quel specifico soggetto in quello specifico momento storico, relativamente a quello specifico paziente che aveva in cura).

5. Il giudizio di imputazione

⁵¹ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cassazione Penale* 2006

Affinché possa essere formulata un'imputazione per un delitto colposo occorrerà dimostrare che l'evento sia stato cagionato dal medico per colpa ai sensi dell'art. 43 comma III c.p.: «il delitto è colposo o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline». Tale prova dovrà essere fornita percorrendo almeno quattro distinti passaggi: anzitutto occorrerà dimostrare che la decisione del medico sia stata errata dal punto di vista delle *leges artis*, sulla base di un giudizio *ex ante* effettuato tenendo conto delle circostanze da lui conosciute o conoscibili (in pratica il P.M. avrà l'onere di provare che un buon medico o il c.d. “agente modello” non avrebbe preso tale decisione nelle stesse circostanze dell'imputato); in secondo luogo occorrerà dimostrare, al metro di un giudizio *ex post*, che l'evento verificatosi costituisca la specifica concretizzazione dei rischi che la norma cautelare violata mirava a prevenire; in terzo luogo occorrerà chiedersi, al metro di un giudizio controfattuale, che cosa sarebbe accaduto se l'imputato avesse compiuto la condotta indicata dalle *leges artis* (le risposte possibili sono tre: la condotta avrebbe evitato l'evento lesivo; la condotta non avrebbe impedito l'evento lesivo; la condotta avrebbe ridotto i rischi del verificarsi dell'evento lesivo); infine occorrerà vagliare se il compimento della condotta doverosa fosse esigibile da quel particolare

imputato, alla luce delle peculiari circostanze in cui si è trovato ad agire, nonché delle sue eventuali ridotte capacità ed esperienza rispetto a quelle attese in un agente modello e sulle quali siano modellate le stesse *leges artis* (misura soggettiva della colpa).

Fa notare il Professor Francesco Viganò che la giurisprudenza italiana si ferma ai primi due passi del procedimento sopra descritto, e «condannare un medico senza aver verificato se la condotta attesa avrebbe impedito l'evento, significa condannarlo per una mera inosservanza del dovere, e non per la causazione colposa di un evento lesivo [...] l'accertamento di una responsabilità commissiva per reato colposo d'evento presuppone sia un giudizio esplicativo inquadrabile nella categoria della causalità tra azione ed evento, sia un giudizio prognostico sull'ipotetica modificazione della realtà che sarebbe conseguita all'adozione, da parte dell'agente, del comportamento doveroso»⁵².

Fortunatamente l'orientamento è cambiato, come si nota dal seguente passo estrapolato da una sentenza della S.C. che ha annullato la sentenza impugnata nei confronti di due medici di una équipe che avevano proceduto ad intervento di anastomosi, a seguito del quale il paziente era deceduto per peritonite diffusa) anziché ad ileostomia, poiché il giudice di primo grado non aveva compiuto il giudizio controfattuale, presupposto necessario per

⁵² F. VIGANÓ, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, University Press Firenze 2009

l'affermazione della responsabilità penale: «ai fini dell'affermazione della responsabilità penale, non è sufficiente che l'agente abbia violato la regola cautelare, che questa violazione abbia contribuito a cagionare l'evento e che quel tipo di evento fosse ricompreso nella previsione della norma cautelare. È necessario che venga individuata la condotta, il c.d. "comportamento alternativo lecito" che, se posta in essere, avrebbe evitato il verificarsi dell'evento»⁵³.

L'imputazione di responsabilità può essere fatta anche sul disposto del comma II dell'art. 40 c.p.: «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo». Si tratta del reato colposo omissivo, ed anche in questo caso la ricostruzione del giudizio di rimproverabilità dovrebbe seguire quattro fasi: anzitutto il P.M. dovrà indicare quale fosse la condotta che un buon medico o c.d. "agente modello" avrebbe posto in essere sulla base del quadro sintomatico da lui conosciuto nonché dei sintomi che avrebbe *ex ante* potuto riconoscere utilizzando la dovuta diligenza, anche a mezzo di esami clinici o di consulti con altri specialisti; in secondo luogo dovrà dimostrare che gli eventi avversi verificatisi fossero riconducibili al novero di quelli che i presidi terapeutici indicati dalle *leges artis* ed omessi dall'imputato miravano a neutralizzare; in terzo luogo avrà l'onere di dimostrare l'efficacia impeditiva

⁵³ Cass. IV del 26/05/2010 n. 34521

dell'evento della condotta doverosa omessa dall'imputato (se l'evento si sarebbe comunque verificato, si dovrebbe escludere l'imputazione); infine dovrà accertare che nel caso di specie non sussistessero ragioni, oggettive o soggettive, da rendere comunque inesigibile per l'imputato il compimento della condotta doverosa.

A ben guardare i passaggi sopra illustrati, sia relativamente al reato commissivo, sia quello omissivo, altro non sono che una specificazione dello schema bifasico costruito nella sentenza Franzese⁵⁴ (individuazione di una legge scientifica di copertura; esclusione dei decorsi causali alternativi).

6. La condotta colposa non rimproverabile

La dottrina penalistica italiana, sulla scorta degli studi di Giorgio Marinucci⁵⁵, sottolinea che lo scopo delle norme cautelari è quello di azzerare o, più frequentemente, ridurre il rischio di produzione di eventi lesivi in conseguenza dell'esercizio di date attività⁵⁶; e le regole dell'arte medica sono nella loro totalità funzionali alla riduzione, anziché

⁵⁴ Cass. IV del 11/09/2002 n. 30328

⁵⁵ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* 1991

⁵⁶ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano Giuffrè 1990

all'azzeramento, dei rischi incombenti sul paziente. Ciò che l'ordinamento pretende dal medico è l'adozione di misure atte a fronteggiare efficacemente la patologia, nella duplice consapevolezza però, da un lato, che ogni intervento terapeutico, diagnostico o palliativo, comporta ineliminabili rischi collaterali di innescare ulteriori processi morbosi, tollerabili in un'ottica di bilanciamento con i benefici che ci si attendono dall'intervento; e dall'altro che le chances di successo di un qualsiasi intervento dipendono in buona misura da fattori non controllabili dal medico, che sconta sempre le incognite legate alla variabilità individuale.

«L'efficacia preventiva delle regole cautelari e di perizia della medicina è generalmente e complessivamente minore o molto minore rispetto alla maggior parte degli altri settori di attività umana. Talvolta pur osservando le *leges artis*, la medicina non è in grado di garantire la sconfitta della malattia e neppure l'impedimento della morte»⁵⁷.

Tutto quanto premesso non esclude, però, che il mancato compimento di un intervento indicato come appropriato dalla buona pratica clinica possa legittimamente essere qualificato come condotta colposa perché inosservante delle regole dell'arte medica che mirano, se non altro, a contenere i rischi derivanti dall'evoluzione della patologia di cui il paziente soffre.

⁵⁷ F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* 2006

In questa chiave la terza fase del giudizio di colpevolezza illustrata nel precedente paragrafo mira ad evitare che l'affermazione di responsabilità dell'imputato si fondi soltanto sull'accertamento della contrarietà al dovere della condotta dello stesso in tutte le ipotesi in cui la condotta medesima, per sé antidoverosa e dunque in sé colposa, non abbia effettivamente inciso in senso peggiorativo sulla situazione del bene giuridico tutelato. Come è noto, infatti, l'art. 43 c.p. riferisce la colpa all'evento e non alla mera condotta dell'imputato⁵⁸.

La colpa penale deve sempre essere ricercata tenendo presente gli ineludibili presupposti che ne costituiscono una sorta di stella polare, ovvero: la non volizione dell'evento; il difetto di diligenza, prudenza o perizia; l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline; la prevedibilità ed evitabilità dell'evento occorso; la non evitabilità altrimenti dell'evento infausto; l'esigibilità della condotta conforme da parte dell'imputato.

La violazione della norma cautelare è condizione necessaria, ma non sufficiente per un addebito colposo, infatti si parla di condotta colposa non rimproverabile ogni qual volta un medico abbia violato le regole cautelari, che a questa condotta sia stata causa dell'evento che le stesse miravano ad

⁵⁸ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano Giuffrè 1990

evitare (e fin qui si ha condotta colposa), ma l'evento non era altrimenti evitabile oppure la condotta conforme non era esigibile da quel determinato medico in quelle specifiche circostanze (non rimproverabilità della condotta).

7. La condotta colposa rimproverabile

In precedenza abbiamo concluso che le risposte alla terza fase di analisi del giudizio di colpevolezza circa il reato omissivo (che cosa sarebbe accaduto se l'imputato avesse compiuto la condotta indicata dalle *leges artis*), poteva dar luogo a tre risposte e soltanto di due abbiamo intuito le conseguenze: se la condotta avesse evitato l'evento lesivo, il soggetto sarebbe stato ritenuto colpevole; se la condotta non avesse impedito l'evento lesivo, il soggetto sarebbe stato ritenuto innocente. L'ultima ipotesi era stata lasciata in sospeso, ma è giunto il momento di chiedersi come dovrà essere valutata la condotta del medico nel caso in cui sulla base delle prove raccolte non possa affermarsi né che l'azione doverosa omessa avrebbe certamente impedito l'evento, né che essa sarebbe stata certamente inefficace allo scopo. Il fatto del non avere la certezza dell'efficacia della condotta doverosa non deve trarre in inganno e non deve condurre in maniera troppo frettolosa ad escludere la colpa dell'agente ritenendo non sussistenti i

presupposti ex art. 43 c.p.

La risposta deve essere elaborata tenendo conto della finalità cui mira la medicina, ovvero contrastare le patologie, senza necessariamente raggiungere la totale guarigione, ma quanto meno rilevanti chances di conseguire un obiettivo terapeutico significativo secondo la scienza medica, obiettivo a sua volta apprezzabile in relazione a qualsiasi beneficio arrecabile al paziente. Pertanto l'imputazione per colpa dovrà essere esclusa solo quando, in relazione alle circostanze concrete, sarà ragionevole ipotizzare il fallimento della regola cautelare. Al contrario, il medico sarà ritenuto colpevole allorquando abbia ommesso di porre in atto un'attività idonea, tenuto conto delle circostanze concrete, a recare benefici al paziente, sottraendo, indebitamente, allo stesso, chances terapeutiche.

Ovviamente una tale valutazione impone di far riferimento, non già alla scienza medica applicata ad un paziente medio, ma su dati statistici ben precisi, assistiti dal generale consenso della comunità scientifica, applicati al rigoroso esame della situazione clinica del paziente concretamente individuato.

I medesimi risultati possono senza difficoltà estendersi anche all'ambito dei reati commissivi colposi o reati d'evento. Se la condotta effettivamente adottata è contraria alle regole cautelari, se l'evento verificatosi rientra in quello appartenente allo specchio di eventi che la regola disattesa mirava a prevenire e se con tale condotta colpevole il medico ha indebitamente

aumentato le chances di produzione dell'evento, tenuto conto delle circostanze concrete, allora l'agente potrà essere ritenuto responsabile dei danni subiti dal paziente.

La tesi dell'indebita riduzione di chances è, almeno in Italia, denigrata dalla dottrina maggioritaria, che avanza le seguenti obiezioni: in primo luogo la trasformazione del reato omissivo improprio in un reato di pericolo e di mera condotta⁵⁹, nel quale l'evento sarebbe degradato, *contra legem*, a mera condizione obiettiva di punibilità⁶⁰; in secondo luogo sancire una responsabilità penale per un fatto non proprio dell'agente, in violazione del canone costituzionale della personalità della responsabilità penale⁶¹ (art. 27 Cost.), infine autorizzando una condanna in assenza di prova dell'efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa rispetto all'evento si violerebbe il principio della presunzione di innocenza⁶².

Se interessanti sono le obiezioni, altrettanto si può dire delle difese costruite dal Professor Viganò, in particolare sull'interpretazione, singola e combinata, degli artt. 40 e 43 c.p. In primo luogo, rileva l'autore, l'art. 40 comma II c.p. descrive due presupposti di colpevolezza: l'esistenza di un

⁵⁹ G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* 2009

⁶⁰ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Giappichelli 2006

⁶¹ D. PULITANÓ, *Diritto Penale*, Giappichelli 2011

⁶² A. CADOPPI e P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, CEDAM 2012

obbligo giuridico di impedire un evento penalmente rilevante in capo ad un soggetto determinato (il che comporta anche l'attribuzione di una posizione di garanzia a capo al medesimo); il mancato impedimento dell'evento da parte del garante⁶³. Questo secondo postulato è espressivo della mera necessità che l'evento si sia verificato, e la verifica stessa dimostra di per sé, senza necessità di alcuna altra indagine, che il garante non l'ha impedito. L'autore trova conforto nelle parole di un altro collega: « l'art. 40 comma II c.p., nei reati di evento, assimila al requisito di causazione quello del non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire. Con la conseguenza logica che verificatosi X, affinché la fattispecie oggettiva sia integrata occorre accertare che nei reati commissivi l'azione del soggetto sia stata causa dell'evento, mentre nei reati omissivi già il verificarsi dell'evento dimostra a sufficienza che l'evento non è stato impedito [...] il nesso di omissione e di evento contiene rispetto a quello commissivo un elemento in più, la posizione di garanzia, e un elemento in meno, il nesso causale. Tale nesso causale naturalistico, che costituisce il primo gradino dell'imputazione e filtro della responsabilità penale nei reati commissivi, è sostituito in quelli omissivi dalla posizione di garanzia, che a sua volta ne costituisce il primo gradino di imputazione e di selezione»⁶⁴.

⁶³ F. VIGANÓ, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, University Press Firenze 2009

⁶⁴ F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, in *Studi in*

Questo per quanto concerne il profilo causale.

Per quello di colpevolezza, che interessa questa trattazione, il Professor Viganò individua la sede di tale giudizio nelle regole di imputazione cristallizzate nell'art. 43 c.p. ed applicabile a tutti i reati e dunque anche alla fattispecie complessa che si desume dal combinato disposto con l'art. 40 secondo comma c.p.. In sede di giudizio di colpevolezza occorrerà verificare se l'evento effettivamente realizzatosi costituisca la specifica realizzazione del rischio che la norma cautelare violata mirava a prevenire; se le precauzioni che un agente modello avrebbe adottato sarebbero valse nelle circostanze concrete a contrastare efficacemente il rischio; se non sussistessero particolari circostanze tali da rendere inesigibile il compimento della condotta doverosa.

All'obiezione della trasformazione del reato omissivo improprio in un reato di pericolo ribatte che per parlare di reato omissivo l'evento dannosi si deve essere effettivamente verificato, cosa che per definizione non accede nei reati di pericolo.

A chi dice che così si degrada l'evento a mera condizione obiettiva di punibilità, l'autore fa notare che la ricerca del nesso tra colpa ed evento (terza fase del giudizio di colpevolezza), anche se non sfocia in un autentico nesso causale «che il legislatore non potrebbe del resto richiedere

senza fare violenza sulla realtà»⁶⁵, evidenzierà una forte connessione.

L'obiezione del contrasto con l'art. 27 Cost., a parere dell'autore, si estenderebbe non a lui, ma all'intero disposto dell'art. 40 secondo comma. Per evitare questo *impasse* non resta che rinvenire la personalità della responsabilità penale nel fatto che l'omissione possa giustificare un rimprovero personale, quale è quello del mancato adempimento degli obblighi connessi alla posizione di garanzia: «la personale rimproverabilità del fatto non necessariamente presuppone la causazione dell'evento in termini naturalistici»⁶⁶.

Resta da rispondere a chi accusa la tesi dell'indebita riduzione di chances di violare il principio della presunzione di innocenza. La questione è incentrata innanzitutto sulla definizione di innocenza e sulla convinzione che possa o non possa definirsi tale colui che abbia omesso di attivarsi per schermare in maniera efficace i rischi che incombevano sul bene giuridico, pur dovendo e potendolo fare. In secondo luogo la questione si sposta sul canone probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Individuando come *thema probandum*, non l'efficacia impeditiva dell'evento (che giustamente non può essere provata oltre ogni ragionevole dubbio), ma l'indebita

⁶⁵ F. VIGANÓ, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, University Press Firenze 2009

⁶⁶ F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* 2006

sottrazione di chance (che si può essere provata ogni oltre ragionevole dubbio), il canone probatorio richiesto sarà certamente rispettato: questo interessante argomento ci porterebbe però troppo lontano dal *focus* di questa trattazione.

Importante è invece rintracciare il momento in cui si instaura il rapporto medico-paziente e quando, cioè, il primo assume la posizione di garante della salute e dell'integrità fisica del secondo: «l'instaurazione della relazione terapeutica tra medico e paziente è la fonte della posizione di garanzia che il primo assume nei confronti del secondo e da cui deriva l'obbligo di agire a tutela della salute e della vita»⁶⁷. La Suprema Corte ha precisato più volte che affinché si instauri il predetto rapporto occorre l'effettiva presa in carica del paziente e l'instaurazione di un rapporto terapeutico con lo stesso: «in tema di posizione di garanzia, accanto alla esistenza in capo al garante dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e dei correlativi poteri giuridici impeditivi, è necessaria l'effettiva presa in carico del bene da tutelare. Pertanto il medico in posizione apicale, primario, non assume una posizione di garanzia nei confronti del paziente ricoverato nel reparto da lui diretto nel caso in cui egli sia legittimamente assente dal luogo di lavoro, non abbia dunque preso in carico il paziente, ed abbia affidato la direzione del reparto ad altro medico. Assume, invece, la posizione di garanzia nei confronti del paziente il medico affidatario del

⁶⁷ Cass. IV del 8/04/2010 n. 20370

reparto che abbia anche preso in carico il paziente»⁶⁸; «non può ritenersi sufficiente, per l'acquisizione di una posizione di garanzia, che il medico presti servizio presso il reparto dove il paziente è ricoverato, qualora difetti la prova dell'instaurazione di un rapporto terapeutico con lo stesso»⁶⁹.

8. La delicata posizione del primario tra culpa in vigilando, culpa in eligendo ed il dovere di intervento in casi particolari

Passando ad analizzare più approfonditamente i profili di colpevolezza ascrivibili al primario, va subito detto che l'individuazione delle regole cautelari di cui è destinatario è strettamente correlata alla bipartizione della sua attività in due fasi essenziali, quella diretta (per la quale si richiede, come a tutti i medici, l'osservanza delle *leges artis*, con l'unica differenza che sul piano dell'esigibilità si richiede un livello di esperienza e di preparazione proporzionato al suo elevato grado di specializzazione professionale), e quella indiretta (vigilanza, indirizzo e controllo), per la quale è tenuto ad osservare regole cautelari di diverso contenuto e funzione. Innanzitutto egli deve scegliere i collaboratori a cui affidare la responsabilità di una struttura semplice o la cura di singoli pazienti sulla base di criteri oggettivi di competenza e di equa distribuzione del lavoro.

In secondo luogo è tenuto ad impartire, al personale medico delegato,

⁶⁸ Cass. IV del 9/02/2006 n. 12894

⁶⁹ Cass. IV del 26/05/2010 n. 34521

direttive ed istruzioni, vigilando poi sulla corretta attuazione delle stesse

Infine deve avocare a sé la cura del paziente intervenendo direttamente ove ravvisi errori dei suoi collaboratori o situazioni di particolare complessità.

Dall'esame della situazione sopra descritta si palesano due forme di responsabilità colposa ascrivibili al primario, e più in generale a chiunque rivesta funzioni di direzione, coordinamento e controllo: la *culpa in eligendo* e la *culpa in vigilando*.

Partiamo dall'analizzare la *culpa in eligendo* dicendo in prima battuta che la dottrina è divisa tra due teorie circa l'interpretazione dell'art. 63 del D.P.R. 761/1979, nel passo in cui stabilisce che le modalità di assegnazione dei pazienti devono seguire «criteri oggettivi di competenza»: parte della dottrina⁷⁰ sostiene che il primario non deve fidarsi della qualifica formale rivestita dal delegando, ma deve, invece, accertare di persona le effettive capacità del soggetto; altri autori sostengono invece che un tale ragionamento avrebbe la sconveniente conseguenza di poter sempre, davanti ad errori del medico delegato, ritenere responsabile il delegante a titolo di *culpa in eligendo* per non aver adeguatamente valutato le reali capacità del medico preposto. Per scongiurare ciò propongono di interpretare il testo di legge nel senso che il primario, nella scelta dei suoi collaboratori, deve basare la propria valutazione sul profilo professionale

⁷⁰ F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità del lavoro medico d'équipe*, UTET 2003; G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici nel lavoro medico-chirurgico in équipe*, Terni, Belfiore 1968

acquisito dal medico nell'assetto gerarchico-funzionale della struttura ospedaliera. A sostegno di tale tesi, vi è la nuova formulazione legislativa che ha ulteriormente irrigidito le procedure ed i requisiti di ammissione alle più alte qualifiche professionali ed i meccanismi per la progressione di carriera, talché sembra ancor più irrealistico pensare che il primario, nella scelta dei collaboratori, possa e debba sostituirsi alle valutazioni già effettuate in sede concorsuale sulla base di criteri legislativamente predeterminati. Ovviamente nella valutazione ricadranno anche gli aspetti personali inerenti alle effettive capacità, ma la qualifica raggiunta all'interno della struttura rappresenterà un paracadute per il delegante, nel senso che, se la scelta è ricaduta su un medico che per qualifica ed anzianità di servizio è in possesso dei requisiti richiesti dalla legge per lo svolgimento di determinati compiti, non si potrà in caso di errori commessi dal delegato, muovere al primario un rimprovero a titolo di *cupla in eligendo*, salvo che sussistano in concreto situazioni eccezionali a conoscenza del primario stesso che facciano venir meno la presunzioni di competenza.

Lo stesso ragionamento si estende agli altri due criteri di organizzazione del lavoro citati dal testo di legge del 1979, ovvero l'«equa distribuzione del lavoro» e la «rotazione»: se l'errore commesso dal medico in posizione subalterna è dovuto alla troppa stanchezza o stress da eccessivo carico di lavoro, a sua volta dovuto ad una difettosa o irrazionale organizzazione dei

turni di lavoro, il primario delegante non potrà essere esente da responsabilità.

Diversa situazione è quella che sta alla base del rimprovero per *culpa in vigilando*, ovvero il caso in cui il primario abbia correttamente esercitato il suo potere-dovere di indirizzo, ma i sottoposti non abbiano eseguito, o lo abbiano fatto in modo non corretto, le direttive ed istruzioni ricevute. In tale evenienza si pone il problema di stabilire se ed entro quali limiti si possa muovere al medico in posizione apicale un rimprovero per non aver adeguatamente verificato la corretta attuazione delle proprie indicazioni da parte dei suoi collaboratori. Occorre subito precisare che il dovere di vigilanza del primario si atteggia diversamente in relazione al grado di professionalità del medico subalterno ed al tipo di errore da questi commesso. Con riguardo al primo criterio è indubbio che sia il testo del 1979, sia le riforme successive del 1992 e del 1999, attribuiscano al medico in posizione intermedia, quello cioè con almeno cinque anni di esperienza professionale, un livello di specializzazione, di autonomia e di responsabilità maggiore rispetto al medico in posizione iniziale. Questa diversa qualificazione si riversa anche sul contenuto del dovere di vigilanza del primario, che dovrà essere esteso e penetrante verso il medico in posizione iniziale per accertare che attui con correttezza e puntualità le prescrizioni operative impartite, meno intenso, invece, è il contenuto che il dovere di vigilanza assume verso il medico in posizione intermedia, poiché

la legge attribuisce a quest'ultimo una maggiore autonomia professionale e ne impone il rispetto al primario, nei limiti delle direttive di carattere generale e programmatiche promosse a livello dipartimentale.

Il criterio della tipologia di errore prende le mosse da studi di psicologia che il Professor A. R. Di Landro ha trasposto nel settore medico-chirurgico, secondo il cui modello teorico esistono tre *species* di errori, suddivisi in relazione al diverso meccanismo cognitivo coinvolto: gli *slips* o “sviste”, che consistono in un fallimento dell'automatismo esecutivo; i *lapsus* o “passaggi a vuoto”, che implicano un fallimento momentaneo della memoria; i *mistakes*, che sono gli errori di giudizio⁷¹. *Slips* e *lapsus* sono caratterizzati da un fallimento dell'automatismo esecutivo che vengono posti in essere nell'espletamento di attività di *routine*, e sono inseriti dalla dottrina nella categoria degli “errori di disattenzione”, caratterizzati, cioè, da una condotta negligente. I *mistakes*, invece, sono spesso innescati da carenze cognitive e/o di comprensione, fanno parte della categoria degli “errori di valutazione” e sono caratterizzati da imperizia.

In caso di esito infausto dovuto ad errore di disattenzione commesso da un medico subalterno nell'adempimento delle sue ordinarie attribuzioni, non si potrà ritenere responsabile il primario, sia in virtù del precedente assunto che egli non può e non deve essere ritenuto un controllore onnipresente ed

⁷¹ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale dell'Economia* 2005

onnisciente, sia in virtù del ben noto principio di affidamento che è senza dubbio lecito attendersi da un collaboratore durante l'espletamento di attività di *routine*. Costituisce l'unica eccezione di esclusione di responsabilità del primario l'ipotesi in cui lo stesso fosse presente al momento in cui il collaboratore ha commesso l'errore, nel qual caso è obbligo del primo intervenire affinché ponga rimedio alla condotta negligente del secondo.

Diverso è il caso in cui il medico in posizione intermedia o iniziale commetta un così detto “errore di valutazione”. «In tale evenienza occorre valutare caso per caso se sussistano o meno i presupposti per l'imputazione soggettiva del fatto, distinguendo ulteriormente tra due classi di ipotesi: se la carenza di preparazione o di esperienza professionale discende dal fatto che il medico delegato alla cura di uno o più pazienti si trova a dover gestire da solo una situazione del tutto nuova, o comunque una patologia non frequente e di particolare complessità, il dirigente sanitario apicale dovrà essere ritenuto in colpa per non aver adeguatamente vigilato, attraverso il monitoraggio costante delle attività svolte nel proprio reparto e l'esame diretto dei casi di maggiore difficoltà, sull'operato dei propri collaboratori [...]. Qualora, viceversa, il primario abbia rispettato i criteri gestionali e di coordinamento organizzativo che presiedono alla delega di prestazioni sanitarie dirette [...] ed abbia correttamente esercitato i suoi poteri-doveri di indirizzo e controllo nelle varie fasi in cui si articola

l'attività di reparto, nessun rimprovero potrà essergli mosso per l'errore di valutazione commesso dal suo collaboratore nell'esercizio delle funzioni delegate»⁷².

La giurisprudenza di legittimità ci aiuta ad individuare il contenuto dell'obbligo di vigilanza che incombe sul primario: «il potere di verifica che compete al dirigente sanitario sui propri collaboratori 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 venire a conoscenza, di una situazione in cui le *leges artis* necessitano di 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»⁷³.

Questa sentenza ci serve anche ad introdurre un ulteriore compito attribuito al primario dall'art. 7 del d.P.R. 128 del 1969, ovvero quello di intervento diretto sui malati che non sono affidati, per sua scelta, ai collaboratori: «*pratica direttamente sui malati gli interventi diagnostici e curativi che ritenga di non affidare ai suoi collaboratori*». Attenendoci al testo sopra

⁷² D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e Diritto Penale* ETS 2010

⁷³ Cass. IV del 29/09/2005 n. 47145

riportato pare che il primario debba individuare i presupposti per un suo intervento diretto solo al momento dell'assegnazione dei malati, ovvero individuare i casi più complessi che richiedono un bagaglio di esperienza e/o di competenza superiore alla norma ed avocarli a sé fin dal momento in cui il paziente si presenta alla struttura sanitaria chiedendo di essere curato; ma una tale interpretazione stride con il dovere di tutela della salute che incombe su ogni medico, pertanto occorre riflettere sul dato normativo appena esposto e confrontarlo con gli altri doveri del primario, in particolare con l'obbligo di controllo e verifica dell'operato dei collaboratori cui ha affidato la cura di settori o di singoli malati, domandandoci quale scelta debba prendere il primario nel momento in cui prende atto che il trattamento terapeutico in corso non sta dando i risultati previsti o che la situazione clinica di un paziente si è evoluta in senso negativo rispetto alle aspettative o ancora durante l'osservazione ospedaliera sono stati scoperti dati che impongono una revisione del quadro clinico e quindi una revisione della complessità della situazione: «la posizione di garanzia del medico non può essere interpretata come un ruolo di mera attesa, ma comporta la ragionevole aspettativa dell'intrapresa di tutte le iniziative (diagnostiche e terapeutiche) che consentano di produrre effetti positivi sulle condizioni di salute del paziente»⁷⁴. Ecco, in tutti questi casi, la risposta non può che essere quella di far ricadere sul medico in

⁷⁴ Cass. IV del 5/11/2009 n. 6687

posizione apicale l'obbligo di interessarsi ed attivarsi personalmente e direttamente per garantire al paziente le migliori cure possibili, ed allo stesso tempo fornire ai collaboratori un'occasione di maturazione professionale, svolgendo così anche la sua funzione didattica nei confronti dei medici con minore esperienza.

CAPITOLO III

L'ART. 3 COMMA I DEL "DECRETO BALDUZZI" TRA I NUOVI CONFINI DELLE "LINEE GUIDA" E L'INEDITO CONCETTO DI "COLPA LIEVE"

La legge 8 novembre 2012 n. 189, detta anche "decreto Balduzzi", titolata *conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un piu' alto livello di tutela della salute*, al comma I dell'art. 3 *"responsabilita' professionale dell'esercente le professioni sanitarie"* così recita: *«l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attivita' 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'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

La portata di questo articolo coinvolge varie facce della responsabilità colpevole configurabile nell'attività medica, poiché «mette in diretta correlazione due parametri funzionalmente eterogenei: da un lato, le linee guida, che attengono all'individuazione della regola cautelare doverosa e all'area di rischio consentito, ossia all'*an* della responsabilità; dall'altro lato, la colpa lieve, che concerne il *quantum* della rimproverabilità soggettiva e il suo risvolto commisurativo»⁷⁵.

Il primo aspetto riguarda la qualifica giuridica delle linee guida, infatti il carattere inedito della formulazione del testo di legge porta a concludere che la depenalizzazione della colpa lieve è subordinata al rispetto, da parte dell'operatore sanitario nello svolgimento della propria attività, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, formulazione che pone un nuovo problema, quello di capire se le *guidelines* integrino o no le “regole cautelari”, le quali sono alla base della “misura oggettiva della colpa”. La soluzione a questa controversia è già resa difficoltosa dalle precedenti pronunce della S.C. che talvolta sembra farle

⁷⁵ F. GIUNTA, *protocolli medici e colpa penale secondo il “decreto Balduzzi”*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 2/2013

rientrare tra le “discipline” ex art. 43 c.p., talvolta sembra considerarle quali mere raccomandazioni. Secondo la dottrina maggioritaria la nuova legge conferisce ufficialmente alle linee guida la veste di “disciplina”, tanto che l’art. 3, comma I, l. 189/2012 è stato definito «un art. 43-bis»⁷⁶, inoltre si evidenzia come «in realtà anche prima della recente modifica legislativa le linee guida si presentavano ontologicamente come discipline: tali sono, nella metria della colpa, gli atti emanati da autorità private preposte allo svolgimento di attività pericolose. Caratteristica di tali atti è il fatto di essere destinati a una cerchia selezionata di destinatari, che è ben possibile immaginare dotata di competenze tecniche peculiari»⁷⁷. Il Prof. Adelmo Manna risolve il problema della collocazione delle linee guida approcciandosi da un altro punto di vista, non quello ontologico, ma quello tecnico, concludendo che il suddetto art. 3 non è contrario ai principi di legalità e tassatività (il Tribunale di Milano, Giudice Dott. Giordano, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della legge 189/2012 in quanto manchevole della definizione del riferimento alle linee guida⁷⁸) «perché le stesse non appartengono alla norma penale intesa in senso stretto, in quanto è risaputo che il reato colposo costituisce una fattispecie

⁷⁶ P. PIRAS in *culpa sine culpa, commento all’art. 3, l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 26 novembre 2012

⁷⁷ L. RISICATO, *le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Diritto penale e processo* 2/2013

⁷⁸ Tribunale di Milano, sezione IX penale, ordinanza 21/03/2013, Giudice Giordano, Andreata e altri, in *Diritto penale contemporaneo* 29/03/2013 con nota di SCOLETTA

c.d. a forma aperta, nel senso che viene etero-integrato da norme extrapenali, in funzione generalemtne di carattere cautelare»⁷⁹.

Per quanto riguarda il contenuto del suddetto art. 3, esso si limita genericamente ad escludere la responsabilità per colpa lieve, ed osserva la Prof.ssa Lucia Risicato come «abbia trasformato le linee guida in una sorta di limite “negativo” della tipicità colposa: la loro inosservanza implica (certamente?) la colpa, mentre la loro osservanza non la esclude, fatta eccezione per i casi di colpa lieve [...] se il medico non valuta correttamente il caso clinico e non si discosta dalle linee guida, la sua responsabilità andrà esclusa se l’errore tecnico sua dovuto a colpa lieve. La norma introduce, per la prima volta, la distinzione – sinora inedita nel nostro ambito penalistico, salvo il principio espresso dalla S.C. per cui «versa in colpa grave il medico specialista la cui condotta è in contrasto con i canoni fondamentali della disciplina di sua specializzazione»⁸⁰ – tra colpa lieve e colpa grave. Tuttavia, in assenza di una definizione normativa della colpa grave e, soprattutto, di consolidati orientamenti ermeneutici a riguardo, è lecito domandarsi quali saranno i criteri di identificazione di una colpa lieve del sanitario»⁸¹. La mancata definizione del concetto di colpa

⁷⁹ A. MANNA, *i nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale dell’Economia* 1-2/2013

⁸⁰ Cass. IV del 6/11/2008 n. 45126

⁸¹ L. RISICATO, *le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Diritto penale e processo* 2/2013

lieve è stato un ulteriore problema che ha spinto il Tribunale di Milano⁸² a sollevare questione di legittimità costituzionale sopra citata e su cui anche la dottrina ha espresso le maggiori perplessità: «la mancata definizione di “colpa lieve” e, per converso, anche di quella di “colpa grave”, in effetti appare contrastare con il principio di legalità/tassatività, perché, come è noto, il codice penale si limita a graduare il dolo e la colpa solo ai fini della commisurazione della pena, ma nell’art. 43 c.p., fornisce solo una definizione di colpa generica e di colpa specifica, ma non definisce anche la colpa lieve e la colpa grave [...] tanto che dovrà essere necessariamente concretizzato e specificato dalla dottrina e dalla giurisprudenza», inoltre, continua il Prof. Manna «il fatto che la persona offesa non possa ricevere protezione in sede penale se non nei casi di colpa grave, bensì soltanto in sede civile, in base all’art. 2043 c.c., provocherebbe un grave ed ingiustificato vuoto di tutela in sede penale, che contrasterebbe, altresì, con la funzione rieducativa della pena, in quanto avere sostanzialmente depenalizzato la colpa lieve comporta l’impossibilità di punire chi ha cagionato il reato con tale tipo di colpa e, quindi, non si consente in tal modo la rieducazione dell’autore del reato stesso»⁸³. Altro dato che la dottrina ha ricavato dalla lettera dell’art. 3 l.- 189/2012 che esso «non ha

⁸² Tribunale di Milano, sezione IX penale, ordinanza 21/03/2013, Giudice Giordano, Andreata e altri, in *Diritto penale contemporaneo* 29/03/2013 con nota di SCOLETTA

⁸³ A. MANNA, *i nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale dell’Economia* 1-2/2013

trasformato la colpa medica in colpa specifica, ma semmai ha espresso una preferenza, nell'ambito dell'accertamento della responsabilità del sanitario, per criteri più certi e verificabili rispetto a quello dell'homo eiusdem condicionis et professionis»⁸⁴.

Inoltre dalla lettura per converso del citato art. 3 “decreto Balduzzi” si ricava che l'operatore sanitario risponderà penalmente nei casi in cui versi in colpa nonostante l'osservanza di linee guida e pratiche mediche scientificamente accreditate: colpa originata dall'inosservanza di regole cautelari aventi ad oggetto fattori di rischio non coperti dalle cautele procedurali o dalle buone pratiche mediche; erronea esecuzione delle linee guida e delle buone pratiche mediche, salvo le ipotesi di colpa live (scostamenti minimi e trascurabili che, dal punto di vista oggettivo, non alterano in modo significativo l'ambito del rischio consentito e/o che, dal punto di vista soggettivo, si riducono a violazioni dei protocolli non facilmente evitabili e come tali caratterizzate da un basso livello di rimproverabilità); concorso alternativo di regole cautelari e il medico applica in maniera tecnicamente corretta quella che risulterà causare l'esito infausto, anziché quella più efficace da lui conoscibile se avesse adempiuto al dovere di aggiornamento professionale da lui esigibile in ragione della sua qualifica.

⁸⁴ F. GIUNTA, *protocolli medici e colpa penale secondo il “decreto Balduzzi”*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 2/2013

A conclusione del capitolo merita di essere riportata integralmente una recente sentenza che oltre a decidere della controversia offre un *excursus* storico sul problema della colpa medica, muove critiche all'art. 3 del “decreto Balduzzi” e cerca di individuarne il *modus applicandi*:

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONE IV PENALE

Sentenza 29 gennaio - 9 aprile 2013, n. 16237

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE QUARTA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. BRUSCO Carlo G. - Presidente -

Dott. MASSAFRA Umberto - Consigliere -

Dott. BLAIOTTA R. - rel. Consigliere -

Dott. VITELLI CASELLA Luca - Consigliere -

Dott. MONTAGNA Alfredo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

C.G. N. IL (OMISSIS);

avverso la sentenza n. 8613/2010 CORTE APPELLO di ROMA, del 24/10/2011;

visti gli atti, la sentenza e il ricorso;

udita in PUBBLICA UDIENZA del 29/01/2013 la relazione fatta dal Consigliere Dott. ROCCO MARCO BLAIOTTA;

Udito il Procuratore Generale in persona del Dott. V. D'Ambrosio, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

Udito il difensore Avv. Madia T., che ha chiesto l'annullamento senza rinvio.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Il Tribunale di Roma ha affermato la responsabilità dell'imputato in epigrafe in ordine al reato di omicidio colposo in danno di L.A.. La sentenza è stata riformata dalla Corte d'appello solo per ciò che attiene alla pena, essendosi sostituita la sanzione detentiva con quella pecuniaria.

L'imputazione attiene all'esecuzione, in una clinica privata, di intervento di ernia discale recidivante, nel corso del quale venivano lese la vena e l'arteria iliaca. L'imputato, esecutore dell'atto chirurgico, disponeva il ricovero presso nosocomio attrezzato per un urgente intervento vascolare riparatorio, ma senza esito giacchè, nonostante la tempestiva operazione in laparotomia, la paziente veniva meno a seguito della grave emorragia.

Il Tribunale ha affermato la responsabilità in relazione alla condotta commissiva afferente all'erronea esecuzione dell'intervento di ernia discale. Si assume che sia stata violata la regola precauzionale, enunciata in letteratura, di non agire in profondità superiore a 3 centimetri; e di non procedere ad una pulizia radicale del disco erniario, per evitare la complicità connessa alla lesione dei vasi che corrono nella zona dell'intervento.

E' stata invece espressamente esclusa l'esistenza degli altri contestati o ipotizzati profili di colpa, afferenti alla mancata esecuzione di un intervento in laparotomia per suturare il vaso lesionato; ed alla mancata predisposizione di equipe chirurgica e di attrezzatura idonea, al fine di fronteggiare eventuali complicità del genere di quella verificatasi.

Tale valutazione è stata condivisa dalla Corte d'appello per ciò che attiene al profilo di colpa commissiva. La stessa Corte ha peraltro ritenuto che il sanitario sia in colpa anche per non aver preventivato la complicità e per non aver organizzato l'esecuzione dell'intervento in una clinica attrezzata per far fronte alla possibile lesione di vasi sanguigni.

2. Ricorre per cassazione l'imputato deducendo diversi motivi.

2.1 Con il primo si prospetta travisamento della prova in ordine all'asserita regola precauzionale di non introdurre lo strumento chirurgico ad una profondità superiore a 3 centimetri. Il testo scientifico evocato sinteticamente dalla pronunzia impugnata è in realtà di ben altro tenore: si afferma, infatti, che il rischio può essere talvolta ridotto se la penetrazione all'interno dello spazio intersomatico è limitata a meno di 3 centimetri. Dunque, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'appello, la regola cautelare è tutt'altro che rigida.

D'altra parte, non esiste un metodo per misurare la profondità di penetrazione dello strumento. Le argomentate deduzioni della difesa non sono state per nulla esaminate dal giudice.

2.2 Con il secondo motivo si deduce mancanza della motivazione in ordine alla natura della colpa ascritta all'imputato. Non si è chiarito se si tratti di imperizia o imprudenza. Si è

trascurato di considerare le caratteristiche dell'operazione: recidiva di ernia discale, che comporta un inevitabile aumento del rischio chirurgico.

Tale decisiva questione non è stata minimamente esaminata e si è omesso di considerare che l'intervento chirurgico in questione è caratterizzato da un delicato equilibrio: agire in profondità per asportare il materiale discale e prestare attenzione a non lacerare i vasi che corrono a breve distanza. Nel caso in esame si sarebbe dovuta quindi considerare l'esistenza di una misura di rischio consentito. Infine, si è omesso di mettere a confronto la tesi scientifica che ha fondato il rimprovero colposo con le altre prospettate dal consulente della difesa.

2.3 Con il terzo motivo si lamenta violazione dell'effetto devolutivo dell'impugnazione. La Corte ha ritenuto la responsabilità in ordine alla presunta inadeguatezza della struttura sanitaria prescelta per l'esecuzione dell'intervento, in relazione ai rischi ad esso connessi. Invece il primo giudice aveva espressamente escluso tale profilo di colpa, che non era stato peraltro neppure formalmente contestato, essendosi considerato che la complicità vascolare è molto rara. Sul punto non vi era stata alcuna impugnazione e si era quindi formato il giudicato.

2.4 Con il quarto motivo si prospetta vizio della motivazione quanto al profilo di colpa afferente all'indicata questione dell'adeguatezza della struttura sanitaria. Il primo giudice ha ampiamente argomentato al riguardo, aderendo alle valutazioni espresse sia dal consulente dell'accusa pubblica che da quello della parte civile. La Corte d'appello ha ribaltato tale ponderazione senza sottoporla a revisione critica.

2.5 Ha fatto seguito la presentazione di motivi aggiunti in forma di deposito di atti richiamati nel ricorso.

2.6 Infine, con motivo nuovo si è esposto che, per effetto della L. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3, è stata operata una parziale abolizione della fattispecie di omicidio colposo, essendo stata esclusa la rilevanza della colpa lieve nel caso in cui il sanitario si attenga alle linee guida ed alle buone pratiche terapeutiche. Il caso oggetto del processo, d'altra parte, riconduce alla nuova disciplina. Si tratta di stabilire se esista una buona pratica chirurgica che imponga di non introdurre l'ago a non più di 3 centimetri e se, con riguardo alle accreditate linee guida, vi sia colpa non lieve.

3. Il ricorso è fondato alla luce del motivo nuovo (p.2.6).

Va tuttavia preliminarmente esaminato il terzo motivo, dal quale dipende l'ampiezza del tema demandato a questa Corte suprema, afferente, nel suo complesso, all'esistenza di condotta colposa.

La questione sollevata è fondata. Dall'esame della sentenza del Tribunale, infatti, emerge che con apprezzabile chiarezza il dispositivo reca l'affermazione di responsabilità esclusivamente con riguardo alla condotta commissiva che ha determinato la rottura dei vasi e la conseguente emorragia. Non solo. Nella parte motiva si argomenta che il profilo di colpa afferente all'inadeguatezza della struttura prescelta per l'esecuzione dell'intervento non è stato esplicitato nel capo d'imputazione. Esso è emerso nel corso del giudizio, ma il P.M. non ha ritenuto di elevare contestazione al riguardo. Tale valutazione dell'accusa pubblica viene condivisa. Si argomenta che la clinica in cui l'atto chirurgico fu eseguito non era attrezzata per un intervento in laparotomia, non erano stati allertati i sevizi di chirurgia vascolare, nè erano stati predisposti gli apparati occorrenti. Tuttavia è emerso che simili cautele, sebbene astrattamente auspicabili, non sono previste per l'intervento di ernia discale, anche a cagione della rarità delle complicanze. Al riguardo tutti gli esperti hanno convenuto. Si aggiunge che pure il profilo di colpa omissiva afferente alla mancata,

immediata esecuzione di un intervento riparatore in laparotomia va escluso. Residua, in conseguenza, il solo profilo di colpa commissiva afferente alla ridetta lesione dei vasi sanguigni.

La pronunzia non è stata impugnata nè dall'accusa pubblica nè da quella privata. Ne discende che, sia che si voglia riguardare le cose sotto il profilo dell'immutabilità della contestazione, sia che si voglia tenere in conto l'effetto devolutivo dell'impugnazione, non vi è dubbio che al giudice d'appello fosse stato demandato il solo tema della colpa commissiva di cui si parla. Ne discende che la pronunzia impugnata va censurata quanto alle enunciazioni afferenti agli altri profili di colpa; e che l'unico tema oggetto di discussione nella presente sede di legittimità riguarda la colpa commissiva afferente alla lesione dei vasi.

4. Come si è accennato, correttamente il motivo nuovo chiama in causa l'innovazione introdotta con la L. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3. La nuova normativa prevede che l'esercente una professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida ed a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. L'innovazione è pertinente al caso in esame poichè, come esposto nella sentenza impugnata, larga parte della discussione sulla colpa si è incentrata proprio sull'esistenza e sul contenuto di linee guida in ordine all'esecuzione dell'intervento in questione, nonchè sulla loro osservanza da parte del C.. Si tratta, allora, di comprendere quale sia la portata della riforma e quali ne siano gli effetti nel caso concreto.

Non può essere del tutto condiviso il pur argomentato punto di vista del Procuratore generale requirente, che ha rimarcato le imperfezioni, le incongruenze nonchè l'apparente contraddittorietà della legge. Si è considerato che non è facile comprendere come possa configurarsi colpa nel caso in cui vi sia stata l'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche terapeutiche; e se ne è desunto che si è in presenza di una novità di modesto rilievo.

Non vi è dubbio che l'intervento normativo, se sottoposto a critica serrata, mostrerebbe molti aspetti critici. 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. E' 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.

Orbene, già ad una prima lettura risulta chiaro che due sono i tratti di nuova emersione. Da un lato la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva.

Dall'altro, la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purchè corroborate dal sapere scientifico.

Si tratta di novità di non poco conto. La colpa penale, sia pure in un contesto limitato, assume ora una duplice configurazione. E d'altra parte viene abbozzato, in ambito applicativo, un indirizzo sia per il terapeuta che per il giudice, nel segno della documentata aderenza al più accreditato sapere scientifico e tecnologico.

Come si è accennato, tali nuovi tratti della disciplina legale non nascono dal nulla. Al contrario, essi germinano sul terreno di controverse letture della colpa professionale, maturate sia in ambito teorico che giurisprudenziale. Non meno importante, poi, è la temperie di politica del diritto che sta sullo sfondo: le istanze difensive della professione, le attese delle vittime, i problemi afferenti all'allocazione dei costi, il temperamento tra

esigenze terapeutiche e limitatezza dei bilanci pubblici. Ne discende che, pur volendo porre le cose nel modo più semplice e breve, rifuggendo da inutili complicazioni, il senso della nuova disciplina sfuggirebbe se essa non fosse collocata in una prospettiva storica, particolarmente per ciò che attiene allo sviluppo della giurisprudenza in tema di colpa dell'esercente le professioni sanitarie. Tale pur sommaria analisi è funzionale alla complessiva lettura del sistema, alla comprensione dell'esatta portata della riforma ed all'armonizzazione del nuovo con il preesistente.

5. La storia della responsabilità medica appare complessa, sfumata e ricca di insegnamenti. Essa costituisce, tra l'altro, il topos per lo studio della colpa grave ora normativamente introdotta nell'ordinamento penale. La più antica giurisprudenza di legittimità in tema di colpa nell'esercizio della professione medica si caratterizza per la particolare larghezza: si afferma che la responsabilità penale può configurarsi solo nei casi di colpa grave e cioè di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte. Nelle pronunzie risalenti si legge che la malattia può manifestarsi talvolta in modo non chiaro, con sintomi equivoci che possono determinare un errore di apprezzamento, e che sovente non esistono criteri diagnostici e di cura sicuri. La colpa grave rilevante nell'ambito della professione medica si riscontra nell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria. Dovendo la colpa del medico essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perchè la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perchè nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile, l'esclusione della colpa professionale trova un limite nella condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica. Insomma, in questa ormai remota giurisprudenza l'esclusione della colpa è la regola e l'imputazione colposa è l'eccezione che si configura solo nelle situazioni più plateali ed estreme.

Il supporto normativo di tale orientamento è stato solitamente individuato nell'art. 2236 cod. civ., letto come strumento per limitare la responsabilità ai soli casi di errore macroscopico. In dottrina il rilievo in ambito penale di tale norma è stato ricondotto ad un'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, cioè alla necessità di evitare che comportamenti che non concretizzano neppure un illecito civile assumano rilevanza nel più rigoroso ambito penale. Tale connessione tra le due normative, tuttavia, è stata sottoposta in ambito teorico ad importanti precisazioni, che la giurisprudenza ha spesso trascurato: le prestazioni richieste devono presentare speciali difficoltà tecniche, ed inoltre la limitazione dell'addebito ai soli casi di colpa grave riguarda l'ambito della perizia e non, invece, quelli della prudenza e della diligenza. In tale visione si ritiene che la valutazione della colpa medica debba essere compiuta con speciale cautela nei soli casi in cui si richiedano interventi particolarmente delicati e complessi e che coinvolgano l'aspetto più squisitamente scientifico dell'arte medica.

La questione della compatibilità tra l'indirizzo "benevolo" della giurisprudenza ed il principio d'uguaglianza è stata posta, nell'anno 1973, all'attenzione della Corte costituzionale (sent. 28 novembre 1973, n. 166) che ha sostanzialmente recepito le linee dell'indicata dottrina, affermando che dagli artt. 589, 42 e 43 c.p. e dall'art. 2236 cod. civ. 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'adeguata ragion d'essere ed è contenuta entro il circoscritto tema della perizia, la Corte ha ritenuto che non vi sia lesione del principio d'eguaglianza.

L'orientamento indulgente della giurisprudenza ha finito col coprire anche casi di grave leggerezza ed ha determinato una situazione di privilegio per la categoria, che è parsa ad alcuni giuristi anche in contrasto col principio costituzionale d'uguaglianza. Si è pure ritenuto che tanta comprensione verso comportamenti spesso gravemente censurabili fosse espressione della deteriore visione paternalistica della medicina.

Per effetto di tali critiche le cose sono ad un certo punto mutate.

Fattasi strada una visione relazionale del rapporto tra sanitario e paziente, a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo, si è affermata e consolidata una giurisprudenza radicalmente contrapposta, che esclude qualsiasi rilievo, nell'ambito penale, dell'art. 2236 del codice civile; ed impone di valutare la colpa professionale sempre e comunque sulla base delle regole generali in tema di colpa contenute nell'art. 43 cod. pen. Si è considerato che la norma civile riguarda il risarcimento del danno, quando la prestazione professionale comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, e non può essere applicata all'ambito penale nè in via estensiva, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale della colpa, nè in via analogica, vietata per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi in materia. La gravità della colpa potrà avere eventualmente rilievo solo ai fini della graduazione della pena. Con tale approdo, occorre annotare, l'istanza di coerenza interna dell'intero ordinamento è stata sacrificata a quella di uniforme applicazione dell'imputazione colposa in ambito penale.

6. Tuttavia la questione della ponderazione in ordine alla gravità della colpa non si è esaurita. Espunto l'art. 2236 dal novero delle norme applicabili nell'ordinamento penale, esso vi è rientrato per il criterio di razionalità del giudizio che esprime. Questa Suprema Corte ha così affermato (Sez. 4, n. 39592 del 21 giugno 2007, Buggè, Rv. 237875) che la norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico, quando il caso specifico sottoposto al suo esame impone la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versa in una situazione emergenziale, sia quando il caso implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Questa rivisitazione della normativa civilistica appare importante, non solo perchè recupera le ragioni profonde che stanno alla base del tradizionale criterio normativo di attenuazione dell'imputazione soggettiva, ma anche perchè, in un breve passaggio, la sentenza pone in luce i contesti che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione benevola del comportamento del sanitario: da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall'altro (aspetto mai prima enucleato esplicitamente) le situazioni nelle quali il medico si trovi ad operare in emergenza e quindi in quella temperie intossicata dall'impellenza che rende quasi sempre difficili anche le cose facili. Quest'ultima notazione, valorizzata come si deve, apre alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa.

Il principio enunciato da tale sentenza è stato recentemente ribadito e chiarito più volte. In una pronunzia ([Sez. 4, n. 16328 del 5 aprile 2011](#), Montalto, rv. 251941) si è posta in luce la connessione tra colpa grave ed urgenza terapeutica; e si è rimarcato che una attenta e prudente analisi della realtà di ciascun caso può consentire di cogliere le contingenze nelle quali vi è una particolare difficoltà della diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza; e di distinguere tale situazione da quelle in cui, invece, il medico è malaccorto, non si adopera

per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omissivi, tanto più quando la sua specializzazione gli impone di agire tempestivamente proprio in emergenza. E' stata quindi confermata 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 che, nella situazione data, appariva ragionevolmente dotata delle competenze ed attrezzature più adeguate in relazione alla prospettata patologia neurologica.

In altra sentenza (Sez. 4, n. 4391/12 del 22 novembre 2011, Di Lella, rv. 251941) si è affermato che il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio o sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate. Da questo punto di vista, si è concluso, l'art. 2236 cod. civ. non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose.

In breve, quindi, la colpa del terapeuta ed in genere dell'esercente una professione di elevata qualificazione va parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli ed al contesto in cui esso si è svolto. Il principio è stato enunciato in un caso in cui 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, a causa della sua condizione, verosimilmente per la realizzazione di proposito suicidiario. 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. La psichiatria mostra patologie che non di rado sono difficilmente controllabili completamente. Tale situazione è in gran parte connessa all'abbandono di deprecate pratiche di isolamento e segregazione. In breve, si cura e si protegge il paziente con terapie rispettose della sua dignità che, tuttavia, non possono eliminare del tutto il rischio di condotte inconsulte. 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.

7. Gli spunti giurisprudenziali di cui si è dato conto si collocano prevalentemente sul versante soggettivo della colpa. Si tenta di valorizzare, sul piano del rimprovero personale, le categorie di rischio e le contingenze che rendono ardua la perfetta osservanza delle *leges artis*.

La nuova legge non incide su tale approccio, che resta dunque parte dell'attuale ordinamento normativo della colpa penale e fornirà nel prosieguo dell'esposizione qualche ulteriore utile indicazione proprio attorno ai problemi connessi all'interpretazione della riforma. La legge aggiunge a tale stato dell'arte qualcosa di nuovo.

Il primo dato importante è costituito dalla valorizzazione delle linee guida e delle affidabili pratiche terapeutiche, quando esse siano confortate dal consenso della comunità scientifica.

Come è noto, 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 determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta. I vantaggi di tale sistematizzata opera di orientamento sono tanto noti quanto evidenti.

Tali regole, come sarà meglio chiarito nel prosieguo, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica. Esse, tuttavia hanno a che fare con le forti istanze di determinatezza che permeano la sfera del diritto penale. Tale enunciazione, assai utile alla comprensione del sistema e delle implicazioni di fondo connesse alla riforma, ha bisogno di un breve chiarimento.

Occorre partire dalla considerazione che la fattispecie colposa ha necessità di essere eterointegrata non solo dalla legge, ma anche da atti di rango inferiore, per ciò che riguarda la concreta disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo. La discesa della disciplina dalla sfera propriamente legale a fonti gerarchicamente inferiori che caratterizza la colpa specifica, contrariamente a quanto si potrebbe a tutta prima pensare, costituisce peculiare, ineliminabile espressione dei principi di legalità, determinatezza, tassatività.

La fattispecie colposa, col suo carico di normatività diffusa, è 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.

Questo stato delle cose traspare se guardiamo alla storia dell'istituto. Con la rivoluzione francese si afferma la signoria della legge come antidoto contro i privilegi dell'antico regime; e nello stesso contesto storico, nel codice napoleonico, la colpa cessa di essere generica imprudenza e diventa anche violazione di leggi, regolamenti, ordini. Questa stessa normativa noi ritroviamo nei codici preunitari, nel codice Zanardelli e, infine, nel codice Rocco:

nulla è sostanzialmente mutato nelle moderne definizioni legali della colpa. 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.

Naturalmente, la fiducia che noi possiamo avere nella colpa specifica non può essere illimitata. Anche a questo proposito la storia è maestra. Essa ci mostra che per tutto l'ottocento e fino alla metà dello scorso secolo, prima che alcuni giuristi svelassero le sottili connessioni che si nascondono dietro questa fattispecie un pò oscura e misteriosa, la colpa specifica è stata intesa in guisa deteriore, essendo fondata sul disvalore d'azione, sulla violazione della regola cautelare. L'evento è stato visto come condizione obiettiva di punibilità e questo ha messo in ombra i valori costituzionali ai quali noi ora ci ispiriamo. La riflessione teorica ci ha spiegato che la colpa specifica non si radica nella sola violazione di una prescrizione ma implica anche la comprensione, con l'aiuto del sapere scientifico, dei molteplici intrecci causali che connettono la condotta all'evento. Noi, ora, parliamo tranquillamente di nesso di prevenzione, di nesso di rischio, di evitabilità in concreto dell'evento, di causalità della colpa. Queste sintetiche espressioni, con il loro carico di sofisticata teoria, valgono da sole a farci intendere quanto importante e sovente intricata sia la connessione tra l'evento illecito e la violazione della prescrizione cautelare: nell'evento, si afferma in breve ed efficacemente, si deve essere concretizzato il rischio che la cautela intendeva evitare.

Quest'ordine concettuale è penetrato nella giurisprudenza di legittimità e costituisce un'importante parte della teoria della colpa.

Sebbene la colpa specifica costituisca la forma più evoluta e determinata d'imputazione, della colpa generica, pur con il suo inevitabile carico di preoccupante vaghezza, non è proprio possibile fare a meno. Essa è parte vitale ma per certi versi inquietante dell'illecito colposo. Con la colpa generica dobbiamo in qualche modo fare i conti, perchè è illusorio pensare che ogni contesto rischioso possa trovare il suo compiuto governo in regole precostituite e ben fondate, aggiornate, appaganti rispetto alle esigenze di tutela. Qui si annida un grande pericolo: il giudice prima definisce le prescrizioni o l'area di rischio consentito e poi ne riscontra la possibile violazione, con una innaturale sovrapposizione di ruoli che non è sufficientemente controbilanciata dalla terzietà. Di tale pericolo occorre avere consapevolezza.

Rispetto a tale quadro d'insieme l'ambito della responsabilità medica presenta alcune peculiarità interessanti. Intanto, a parte la recente innovazione, si registra nel complesso un sostanziale vuoto normativo che enfatizza il ruolo della giurisprudenza. Al contempo, si è in presenza di un'attività davvero difficile e rischiosa che merita una speciale considerazione. Infine, l'attività medica non è di regola governata da prescrizioni aventi propriamente natura di regole cautelari, ma è fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire oggettività e determinatezza ai doveri del professionista e possono al contempo orientare le pur difficili valutazioni cui il giudice di merito è chiamato.

Per queste ragioni l'ambito del rischio terapeutico promette di far maturare la colpa sia sul versante della determinatezza che su quello del rimprovero soggettivo. Se ci si chiede dove il giudice, consumatore e non produttore di leggi scientifiche e di prescrizioni cautelari, possa rinvenire la fonte precostituita alla stregua della quale gli sia poi possibile articolare il giudizio senza surrettizie valutazioni a posteriori, la risposta può essere una sola: la scienza e la tecnologia sono le uniche fonti certe, controllabili, affidabili. Traspare, così, quale interessante rilievo abbiano le linee guida nel conferire determinatezza a fattispecie di colpa generica come quelle di cui ci si occupa.

L'indicazione è semplice, lineare, ma non altrettanto lo è l'itinerario per il conseguimento della scientificità del giudizio.

Infatti, 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. Il tema deve essere qui brevemente accennato per il rilievo che la questione della qualità delle informazioni scientifiche ha nell'ambito dell'applicazione delle linee guida.

Questa Suprema Corte (Sez. 4, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, Rv. 248943) ha già avuto modo di porre in luce i pericoli che incombono in questo campo: la mancanza di cultura scientifica dei giudici, gli interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali oppure occulte tra i membri di una comunità scientifica; la provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche; addirittura, in qualche caso, la manipolazione dei dati; la presenza di pseudoscienza in realtà priva dei necessari connotati di rigore; gli interessi dei committenti delle ricerche.

Tale situazione rende chiaro che il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico, ma deve svolgere un penetrante ruolo critico, divenendo (come è stato suggestivamente affermato) custode del metodo scientifico.

Si è pure posto in luce che il primo e più indiscusso strumento per determinare il grado di affidabilità delle informazioni scientifiche che vengono utilizzate nel processo è costituito dall'apprezzamento in ordine alla qualificazione professionale ed all'indipendenza di giudizio dell'esperto. Tuttavia, ciò può non bastare. Infatti non si tratta tanto di comprendere quale sia il pur qualificato punto di vista del singolo studioso, quanto piuttosto di definire, ben più ampiamente, quale sia lo stato complessivo delle conoscenze accreditate. Pertanto, per valutare l'attendibilità di una tesi occorre esaminare gli studi che la sorreggono; l'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività delle ricerche; il grado di consenso che l'elaborazione teorica raccoglie nella comunità scientifica.

Inoltre, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. Insomma, dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato.

Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un'indagine siffatta: le informazioni relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti. Costoro, come si è accennato, non dovranno essere chiamati ad esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, vi sia conoscenza scientifica in grado di guidare affidabilmente l'indagine. Di tale indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto. Si tratta di indagine afferente alla sfera del fatto e dunque rimessa alla valutazione del giudice di merito; mentre il controllo di legittimità attiene solo alla razionalità ed alla rigorosità dell'apprezzamento compiuto.

Alla stregua di quanto precede risulta chiarito e nobilmente enfatizzato il ruolo di peritus peritorum tradizionalmente conferito al giudice. Nessuna rivendicazione di potere e di supremazia.

Piuttosto, l'indicazione di un metodo. Il giudice, con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, metabolizzando la complessità e pervenendo ad una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione ed umanamente plausibile: il più alto ed impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio. Il perito non è più (non avrebbe mai dovuto esserlo) l'arbitro che decide il processo, ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito cui il giudizio si interessa, spiegando quale sia lo stato del dibattito nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati della scienza o della tecnologia. Tutto ciò ha a che fare con i temi della legalità, della determinatezza e della colpevolezza. Si vuoi dire che l'ontologica "terzietà" del sapere scientifico accreditato è lo strumento a disposizione del giudice e della parti per conferire oggettività e concretezza al precetto ed al giudizio di rimprovero personale.

Tale ordine di idee trova puntuale applicazione nell'ambito di cui ci si occupa: il legislatore ha evidentemente colto l'importanza del sapere scientifico e tecnologico consolidatosi in forma agevolmente disponibile in ambito applicativo ed ha al contempo richiesto il sicuro, condiviso accreditamento delle direttive codificate.

Questo stato delle cose consente una provvisoria conclusione: il giudizio sull'imputazione soggettiva, nella responsabilità medica, non da corpo alla colpa specifica in senso proprio, ma le istanze di determinatezza cui si è fatto cenno sopra possono essere soddisfatte

attraverso lo strumento diffuso del sapere scientifico, anche nelle sue forme codificate costituite, tra l'altro, dalle linee guida. Il giudice, tuttavia, nei casi dubbi, dovrà prestare particolare attenzione all'accREDITAMENTO scientifico delle regole di comportamento che hanno guidato l'azione del terapeuta.

8. Diverse sono le ragioni per le quali le direttive di cui si discute non sono in grado di offrire standard legali precostituiti;

non divengono, cioè, regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica: da un lato la varietà ed il diverso grado di qualificazione delle linee guida; dall'altro, soprattutto, la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della prescRITTIVITÀ propria di una regola cautelare, per quanto elastica.

Tali aspetti richiedono un chiarimento.

La generica definizione sopra proposta delle linee guida non rende conto del multiforme, eterogeneo universo che da corpo alla categoria: diverse fonti, diverso grado di affidabilità, diverse finalità specifiche, metodologie variegata, vario grado di tempestivo adeguamento al divenire del sapere scientifico. Alcuni documenti provengono da società scientifiche, altri da gruppi di esperti, altri ancora da organismi ed istituzioni pubblici, da organizzazioni sanitarie di vario genere. La diversità dei soggetti e delle metodiche influenza anche l'impostazione delle direttive:

alcune hanno un approccio più speculativo, altre sono maggiormente orientate a ricercare un punto di equilibrio tra efficienza e sostenibilità; altre ancora sono espressione di diverse scuole di pensiero che si confrontano e propongono strategie diagnostiche e terapeutiche differenti.

Tali diversità rendono subito chiaro che, come si è accennato, per il terapeuta come per il giudice, le linee guida non costituiscono uno strumento di precostituita, ontologica affidabilità. Si ripresenta nell'ambito della scienza applicata lo stesso rilevante problema che attiene all'utilizzazione della conoscenza generalizzante di cui si è già fatto cenno a proposito del metodo dell'indagine scientifica nel processo penale. Dunque, anche nell'ambito delle linee guida non è per nulla privo di interesse valutare le caratteristiche del soggetto o della comunità che le ha prodotte, la sua veste istituzionale, il grado di indipendenza da interessi economici condizionanti. Rilevano altresì il metodo dal quale la guida è scaturita, nonché l'ampiezza e la qualità del consenso che si è formato attorno alla direttiva. A tale riguardo è sufficiente rammentare sinteticamente che si è con ragione diffuso un orientamento che rapporta la qualità scientifica delle indagini e delle "istruzioni" che se ne traggono alle prove oggettive che le corroborano.

Il legislatore ha evidentemente inteso la delicatezza del problema e ne ha indicata la soluzione, rapportando le linee guida e le pratiche terapeutiche all'accREDITAMENTO presso la comunità scientifica. Il terapeuta, dunque, potrà invocare il nuovo, favorevole parametro di valutazione della sua condotta professionale solo se si sia attenuto a direttive solidamente fondate e come tali riconosciute.

Si tratta di una prima, importante enunciazione normativa. La legge propone un modello di terapeuta attento al sapere scientifico, rispettoso delle direttive formatesi alla stregua di solide prove di affidabilità diagnostica e di efficacia terapeutica, immune da tentazioni personalistiche. Tale responsabile, qualificato approccio alla difficile professione giustifica, nella valutazione del legislatore, l'attribuzione di rilievo penale alle sole condotte connotate da colpa non lieve. Naturalmente, quelle stesse accreditate direttive costituiranno, al contempo, la guida per il giudizio sulla colpa. Si tratta di una conclusione che, come si

vede, pone in sintonia il legislatore con i più recenti approdi della giurisprudenza di questa Corte in tema di prova scientifica.

9. Tale prima indagine sull'attendibilità delle linee guida non esaurisce l'itinerario che conduce all'individuazione dell'approccio terapeutico appropriato. Sono infatti in questione la natura, la struttura e lo scopo delle direttive. Si entra qui in un ambito che riguarda la conformazione delle linee guida e che tocca da vicino la comprensione del significato della novella di cui ci si occupa.

Una prima lettura della norma induce a cogliervi una contraddizione:

un terapeuta che rispetta le linee guida e che è al contempo in colpa. La contraddizione è in realtà solo apparente. Per risolverla occorre considerare che, come si è sopra esposto, le linee guida, a differenza dei protocolli e delle check list, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, 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.

10. Tale ricostruzione del ruolo non meccanicistico delle linee guida si rinviene nella giurisprudenza di questa Suprema Corte. Da essa, nel complesso, emerge che l'osservanza o l'inosservanza delle linee guida terapeutica indizia soltanto la presenza o l'assenza di colpa, ma non implica l'automatica esclusione o affermazione dell'imputazione soggettiva. Le linee guida, in effetti, sono utilizzate frequentemente, con esiti tuttavia variabili sulla sorte del processo.

Il tema è stato recentemente colto riassuntivamente (Cass. 4, 11 luglio 2012, n. 35922, Ingrassia), anche attraverso la lettura della giurisprudenza più recente. Si è considerato che le linee guida hanno un rilievo probatorio indubbio ma non esaustivo. Esse non possono fornire, infatti, indicazioni di valore assoluto: non si può pregiudizialmente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga, attese le particolarità del caso clinico, di dover coltivare una soluzione atipica. D'altra parte, le raccomandazioni possono essere controverse oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia. E' evidente che i suggerimenti codificati contengono indicazioni generali riferibili al caso astratto, ma è altrettanto evidente che il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano ciascun concreto caso clinico. In ogni caso, i documenti devono essere in linea con il sapere scientifico accreditato e non possono essere improntati all'esclusivo soddisfacimento di esigenze di economia gestionale, trascurando le reali esigenze di cura.

11. La considerazione delle caratteristiche delle linee guida aiuta a comprendere la portata della nuova normativa ed risolverne l'apparente contraddittorietà.

Potrà ben accadere 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.

Non solo. Potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura di discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, 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. Anche in tale ambito trova applicazione la nuova normativa.

Nella logica della novella il professionista che inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali con riguardo ad una patologia e che, tuttavia, non persegua correttamente l'adeguamento delle direttive allo specifico contesto, o non scorga la necessità di disattendere del tutto le istruzioni usuali per perseguire una diversa strategia che governi efficacemente i rischi connessi al quadro d'insieme, sarà censurabile, in ambito penale, solo quando l'acritica applicazione della strategia ordinaria riveli un errore non lieve.

Evidentemente il legislatore ha diviso di avere speciale riguardo per la complessità e difficoltà dell'ars medica che, non di rado, si trova di fronte a casi peculiari e complessi nei quali interagiscono sottilmente e magari imponderabilmente diversi rischi o, comunque, specifiche rilevanti contingenze. In tali casi la valutazione ex ante della condotta terapeutica, tipica del giudizio sulla colpa, dovrà essere rapportata alla difficoltà delle valutazioni richieste al professionista: il terapeuta complessivamente avveduto ed informato, attento alle linee guida, non sarà rimproverabile quando l'errore sia lieve, ma solo quando esso si appalesi rimarchevole.

In conclusione, alla stregua della nuova legge, le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti. Tale disciplina, naturalmente, trova il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia.

12. La protezione offerta non è però illimitata. Si vuol dire che, alla stregua della logica della norma, la regola d'imputazione soggettiva della sola colpa non lieve non interviene in tutte le situazioni in cui, nel corso del trattamento, vi sia stata, in qualche frangente, l'attuazione di una direttiva corroborata. Al contrario, occorre individuare la causa dell'evento, il rischio che in esso si è concretizzato. Si richiede altresì di comprendere se la gestione di quello specifico rischio sia governata da linee guida qualificate, se il professionista si sia ad esse attenuto, se infine, nonostante tale complessivo ossequio ai suggerimenti accreditati, vi sia stato alcun errore e, nell'affermativa, se esso sia rimarchevole o meno. Naturalmente, si tratterà pure di valutare se una condotta terapeutica appropriata avrebbe avuto qualche qualificata probabilità di evitare l'evento, ma in ciò non vi è nulla di nuovo rispetto agli ordinari criteri di accertamento della colpa.

In conclusione, il paradigma di accertamento e valutazione della colpa che si è sinteticamente tratteggiato seguendo la ratio della riforma non è sempre pertinente: l'indagine sulla correttezza della condotta medica potrà esulare dall'ambito segnato da accreditate direttive scientifiche. Ciò potrà senz'altro accadere quando tali direttive manchino o quando la questione di cui si discute nel processo concerna comunque un aspetto del trattamento che esuli dal tema dell'aderenza alle ridette linee guida.

13. Resta, infine, da esaminare il tema più nuovo ed oscuro introdotto dalla nuova disciplina, quello della distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

E' intanto da escludere senz'altro che si sia configurata un'esimente. Infatti, non si è in presenza di una giustificazione che trovi la sua base in istanze germinate in altre parti dell'ordinamento giuridico. Nè può pensarsi ad una scusante, cioè ad una causa di esclusione della colpevolezza.

Il legislatore ha evidentemente utilizzato lo strumento costituito dal modellamento della colpa che, come si è visto, si rinviene nella tradizione penalistica italiana proprio in tema di responsabilità medica; e che si riscontra pure in molti ordinamenti stranieri. Si è quindi scelto di distinguere colpa lieve e colpa grave.

La nuova normativa non ha definito le due figure, nè ha tratteggiato la linea di confine tra esse; e d'altra parte non vi sono elementi per ritenere che si sia voluto far riferimento a categorie estranee alla tradizione penalistica nazionale, quale si esprime nella già evocata giurisprudenza.

L'assenza di una definizione legale complica senza dubbio le cose.

L'esperienza giuridica insegna che, quando una categoria giuridica si scompone in distinte configurazioni, l'interprete si trova solitamente ad affrontare complesse questioni che riguardano il tratteggio dell'area di ciascuna figura e la collocazione nell'uno o nell'altro contenitore concettuale di comportamenti che si trovano in una sfumata zona grigia sita ai margini del metaforico segno di confine. 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 sè 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.

Naturalmente, il giudizio sulla gravità della colpa non è per nulla estraneo all'esperienza giuridica penalistica. Esso è imposto dall'art. 133 cod. pen. che prevede che la misura della pena debba essere commisurata anche al grado della colpa, ma non fornisce alcuna indicazione sui criteri che debbono presiedere a tale delicata valutazione. La graduabilità della colpa si desume altresì dall'art. 43 c.p. e art. 61 c.p., n. 3 che configurano la colpa cosciente come un grado particolare e non come una figura autonoma di colpa. La materia è scarsamente approfondita sia in dottrina che in giurisprudenza, soprattutto a causa dell'opinione diffusa che il giudizio sulla colpa e sulla graduazione della pena sfugga ad una analisi razionale fondata su basi logiche e sia alimentato prevalentemente da valutazioni su base intuitiva, che riguardano elementi emotivi, la personalità dell'agente e l'atteggiamento nei confronti degli interessi in gioco. Ciò nonostante nella riflessione dottrinale si rinvencono utili e sostanzialmente concordi indicazioni.

Si osserva che, poichè la colpa costituisce la violazione di un dovere obiettivo di diligenza, un primo parametro attinente al profilo oggettivo della diligenza riguarda 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.

Occorrerà cioè considerare di quanto ci si è discostati da tale regola. 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. Occorrerà altresì considerare quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell'evento, quanto fosse in concreto evitabile la sua realizzazione.

Vi è poi nel grado della colpa un profilo soggettivo che riguarda l'agente in concreto. Si tratta cioè di determinare la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente. Quanto più adeguato il soggetto all'osservanza della regola e quanto maggiore e fondato 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.

Altro elemento di rilievo sul piano soggettivo è quello della motivazione della condotta. Come si è già accennato, un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se compiuto per una ragione d'urgenza. Infine, un profilo soggettivo è costituito dalla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell'evento. Si tratta della colpa cosciente, che rappresenta la forma più prossima al dolo.

Peraltro, non sempre ed anzi di rado la valutazione della colpa è fondata su un unico indicatore. Ben spesso coesistono fattori differenti e di segno contrario. In tale caso si ritiene che il giudice debba procedere alla ponderazione comparativa di tali fattori, secondo un criterio di equivalenza o prevalenza non dissimile da quello che viene compiuto in tema di concorso di circostanze. L'analisi comparativa diviene ancora più complessa quando si presenti il concorso di colpa di più agenti o della stessa vittima.

Nella giurisprudenza non si rinvencono indicazioni analitiche circa i fattori di graduazione della colpa, ma solo riferimenti impliciti o appena accennati alla distanza tra la condotta tenuta e quella pretesa, alla misura della prevedibilità dell'evento.

14. 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. Dunque, non si tratta più di graduare, ma di tentare di definire con qualche precisione il cruciale confine che determina l'estensione dell'illecito. Si tratta di sfuggire, per quanto possibile, alla tentazione di ricorrere a sinonimi, ad artifici retorici, ad itinerari argomentativi circolari, tautologici; ed occorre provare ad aggiungere, per quanto possibile, qualcosa di definito, oggettivo e pertinente a ciò che l'idea di gravità del rimprovero intuitivamente implica.

Il panorama normativo non fornisce aiuto concreto. In diverse norme compare l'evocazione della colpa grave, senza che segua alcuna definizione che possa ritenersi anche solo limitatamente pertinente al contesto. Per contro, qualche indicazione può essere fornita propria dalla già evocata giurisprudenza di questa Corte suprema.

Come si è visto, per un lungo periodo si è ritenuto che la responsabilità colposa del sanitario potesse configurarsi solo in caso di macroscopica violazione delle regole più elementari dell'ars medica: la plateale ignoranza o l'altrettanto estrema assenza di perizia nell'esecuzione dell'atto medico. Naturalmente, in casi di tale genere non vi può essere dubbio sulla gravità della colpa.

Tuttavia tale definizione appare riduttiva. Essa si confronta con la marcata violazione delle regole basilari e traccia la figura di un terapeuta radicalmente inadeguato rispetto al suo ruolo. Tuttavia, occorre considerare che lo stato attuale della medicina appare assai più complesso e sofisticato: la valutazione sull'adeguatezza dell'approccio terapeutico non può essere realisticamente rapportata a poche, essenziali regole di base. Al contrario, si assiste

al proliferare di complesse strategie diagnostiche e terapeutiche, governate da "istruzioni" articolate, spesso tipiche di ambiti specialistici o superspecialistici. In tali contesti sarebbe riduttivo discutere di gravità della colpa con riguardo alle sole regole basilari. Al contrario, 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. Attraverso tale raffronto la ponderazione demandata al giudice acquisisce una misura di maggiore determinatezza o, forse, solo di minore vaghezza.

Infatti non può essere taciuto che, per quanto ci si voglia sforzare di congegnare la valutazione rendendola parametrata a dati oggettivi, a regole definite, e quindi non solo intuitiva, resta comunque un ineliminabile spazio valutativo, discrezionale, col quale occorre fare i conti.

L'indicato criterio generale non appare incompatibile con la nuova normativa. La novella, infatti, come si è visto, si riferisce ad un terapeuta che si sia mantenuto entro l'area astrattamente, genericamente segnata dalle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative e tuttavia, nel corso del trattamento, abbia in qualche guisa 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. Si può ragionevolmente affermare che, 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.

Discorso non dissimile può esser fatto nel caso in cui 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.

E' chiaro che la ponderazione sulla gravità della colpa, nelle situazioni descritte sopra in coerenza con la conformazione della nuova disciplina legale, tende ad allontanarsi dal piano delle regole oggettive e standardizzate per concentrarsi su differenti criteri di valutazione. Si tratta di compiere un apprezzamento basato sulle conoscenze scientifiche ed al contempo marcatamente focalizzato sulle particolarità del caso concreto.

Gli strumenti concettuali per muoversi su tale terreno sono quelli della tradizione. Invero non si potrà mancare di individuare le caratteristiche dell'atto medico, la sua complessità; e di definire la figura di professionista, l'agente modello cioè, adeguatamente qualificato per gestire lo specifico rischio terapeutico; e di comprendere se l'agente concreto si sia altamente discostato dallo standard di qualità dell'agire terapeutico che il professionista archetipico esprime regolarmente. Si tratta del classico modello dell'homo eiusdem professionis et conditionis, di un professionista, cioè, che opera al livello di qualificazione dell'agente concreto e che esprime un modo di operare appropriato, tipico. In breve, ci si sposta sul terreno della colpa propriamente generica e si utilizza lo strumento di analisi dell'agente modello, accreditato sia in dottrina che nella prassi. A tale riguardo occorre chiarire che questa Corte suprema non ha alcuna ragione per prender parte alla disputa teorica tra quanti preferiscono accreditare un modello di valutazione della condotta basato sulle regole e procedure scientifiche qualificate, nel segno delle oggettività e della

determinatezza e quanti, invece, preferiscono concepire un giudizio basato sul raffronto con la figura archetipica e quindi inteso a valorizzazione le componenti più soggettive della colpa. L'enorme compito che grava sul giudice lo induce senza riserve o incertezze ad un approccio eclettico: si usano gli strumenti di analisi appropriati alla concreta situazione probatoria del processo.

A tali generali indicazioni di metodo si devono aggiungere altre più specifiche e forse anche più decisive. Per articolare un giudizio sulla colpa ispirato al canone del rimprovero personale si dovrà porre speciale attenzione alle peculiarità del caso concreto; ci si dovrà dedicare a considerare i tratti della specifica vicenda, in linea con le istanze che si sono espresse nella recente giurisprudenza di legittimità e che sono state prima sintetizzate.

Allora, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati, come si è esposto, rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard. 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 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.

15. Occorre infine chiarire quale influenza abbia la nuova normativa sul caso in esame. Si pone un problema di diritto intertemporale che trova piana regolamentazione alla luce della disciplina legale. Non pare dubbio, infatti, che la riforma abbia determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie ed, in particolare, per quel che qui interessa, di quella di cui all'art. 589 cod. pen..

Come si è visto, la restrizione della portata dell'incriminazione ha avuto luogo attraverso due passaggi: l'individuazione di un'area fattuale costituita da condotte aderenti ad accreditate linee guida;

e l'attribuzione di rilevanza penale, in tale ambito, alle sole condotte connotate da colpa grave, poste in essere nell'attuazione in concreto delle direttive scientifiche. Insomma, nell'indicata sfera fattuale, la regola d'imputazione soggettiva è ora quella della (sola) colpa grave; mentre la colpa lieve è penalmente irrilevante. Tale struttura della riforma da corpo ad un tipico caso di abolitio criminis parziale. Si è infatti in presenza di norma incriminatrice speciale che sopravviene e che restringe l'area applicativa della norma anteriormente vigente. Si avvicendano nel tempo norme in rapporto di genere a specie: due incriminazioni di cui quella successiva restringe l'area del penalmente rilevante individuata da quella anteriore, ritagliando implicitamente due sottofattispecie, quella che conserva rilievo penale e quella che, invece, diviene penalmente irrilevante. Tale ultima sottofattispecie è propriamente oggetto di abrogazione. La valutazione non muta se, per controprova, si guardano le cose sul piano dei valori: il legislatore ha ritenuto di non considerare soggettivamente rimproverabili e quindi penalmente rilevanti comportamenti che, per le ragioni ormai più volte ripetute, presentano tenue disvalore.

Il parziale effetto abrogativo, naturalmente, chiama in causa la disciplina dell'art. 2 c.p., comma 2, e quindi l'efficacia retroattiva dell'innovazione. Tale ordine di idee trova conforto nella giurisprudenza delle Sezioni unite di questa Suprema Corte: si è infatti condivisibilmente affermato che il fenomeno dell'abrogazione parziale ricorre allorché tra due norme incriminatrici che si avvicendano nel tempo esiste una relazione di genere a specie (Sez un., 27 settembre 2007, Magera, Rv. 238197; Sez. Un. 26 marzo 2003, Giordano, Rv. 224607).

Invero, quando ad una norma generale subentra una norma speciale "ci si trova in presenza di un'abolizione parziale, perchè 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'art. 2 c.p., comma 2, anche se tra la disposizione sostituita e quella sostitutiva può ravvisarsi una parziale continuità" (Sez. Un. 26 marzo 2003, Giordano, cit.).

16. Ne discende che nel caso in esame la vicenda illecita dovrà essere nuovamente esaminata dalla Corte d'appello. Infatti, come emerge esplicitamente dalla sentenza impugnata, il giudizio in ordine alla colpa si è incentrato proprio sul tema delle linee guida e delle prassi terapeutiche, nonchè sulla loro osservanza da parte del C. Si è discusso se esistessero direttive scientificamente accreditate in materia, pertinenti alle modalità di esecuzione dell'intervento ed in particolare alla profondità dell'Inserimento dello strumento chirurgico. Si è pure dibattuto se le prescrizioni in questione fossero rigide ovvero elastiche, tanto che la questione ha formato oggetto di specifico motivo di ricorso, incentrato sui ritenuto travisamento delle indicazioni espresse al riguardo in un documento scientifico.

Ne consegue che il giudice di merito dovrà stabilire se il fatto si collochi nella sottofattispecie abrogata o in quella ancora vigente.

L'indagine si muoverà con le cadenze imposte dalla riforma. Posto che l'innovazione esclude la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve che si collochino all'interno dell'area segnata da linee guida o da pratiche mediche scientificamente accreditate, il caso dovrà essere riesaminato per determinare se esistano direttive di tale genere afferenti all'esecuzione dell'atto chirurgico in questione. Nell'affermativa, si dovrà accertare se l'intervento eseguito si sia mosso entro i confini segnati da tali raccomandazioni. In tale eventualità dovrà essere pure chiarito se nell'esecuzione dell'atto chirurgico vi sia stata colpa lieve o grave. Ne discenderà l'esistenza o meno dell'elemento soggettivo del reato alla stregua della normativa sopravvenuta.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo esame alla Corte d'appello di Roma.

Così deciso in Roma, il 29 gennaio 2013.

Depositato in Cancelleria il 9 aprile 2013.⁸⁵

La sentenza sopra riportata, che spicca per chiarezza espositiva, è seguita ad una precedente pronuncia che così ha commentato l'art. 3 della legge 189/2012: «in tema di responsabilità medica, la limitazione della

⁸⁵ Cass. IV del 9/04/2013 n. 16237

responsabilità in caso di colpa lieve prevista dall'art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189), opera soltanto per le condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia, ma non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imperizia.»⁸⁶, può così essere riassunta: le linee guida, per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico, devono indicare standard diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente. Solo nel caso di linee guida conformi alle regole della migliore scienza medica sarà poi possibile utilizzarle come parametro per l'accertamento dei profili di colpa ravvisabili nella condotta del medico ed attraverso le indicazioni dalle stesse fornite sarà possibile per il giudicante - anche, se necessario, attraverso l'ausilio di consulenze rivolte a verificare eventuali particolarità specifiche del caso concreto, che avrebbero potuto imporre o consigliare un percorso diagnostico-terapeutico alternativo - individuare eventuali condotte censurabili. Da ultimo l'art. 3 della L. n. 189/2012 ha operato una abolitio criminis parziale in tema di omicidio colposo determinato da responsabilità medica. Ciò in quanto, sulla base della nuova disciplina, assumono rilevanza penale esclusivamente le

⁸⁶ Cass. IV del 11/03/2013 n. 11493

condotte connotate da colpa grave, poste in essere nell'attuazione in concreto delle direttive scientifiche, sancite dalle linee guida.

CAPITOLO IV

RESPONSABILITA' PER FATTO IMPROPRIO

1 Il concetto di reato omissivo improprio

In questo paragrafo cerchiamo di capire quali sono i presupposti richiesti dall'ordinamento giuridico affinché un soggetto sia ritenuto colpevole di un fatto che materialmente non ha commesso, quello che la dottrina ha definito reato omissivo, ovvero compiuto mediante omissione.

Innanzitutto occorre precisare che la categoria del reato omissivo prevede il reato omissivo proprio (quelli per la cui sussistenza è necessaria e sufficiente la semplice condotta negativa del reo, non essendo richiesto anche un ulteriore effetto di tale condotta. Tali reati sono espressamente previsti dal

legislatore ed hanno tre elementi costitutivi: i presupposti, vale a dire la situazione tipica da cui scaturisce l'obbligo di agire; la condotta omissiva; il termine entro cui l'obbligo deve essere adempiuto) e quello che a noi interessa in questa trattazione, il reato omissivo improprio, ai fini della cui sussistenza il soggetto deve aver causato, con propria omissione, un dato evento. Nell'ambito dei reati omissivi impropri deve ancora distinguersi tra quelli previsti da norme penali e quelli risultanti dalla combinazione della clausola generale (o di equivalenza) dettata dall'art. 40 c.p. comma II: «*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*». Questo tipo di reato presuppone che ad un soggetto sia attribuito dall'ordinamento giuridico il compito di proteggere determinati interessi, rivelandosi a tal fine necessaria l'esistenza di un particolare rapporto di protezione tra il garante ed un dato bene giuridico. Sono tre i requisiti affinché una situazione tipica di obbligo acquisisca il significato di una posizione di garanzia: l'incapacità del soggetto garantito all'autonoma difesa del bene; il carattere speciale dell'obbligo, che deve gravare su alcuni soggetti e non sulla generalità dei consociati; la relazione di immediatezza tra la protezione del bene e l'obbligo giuridico, che deve derivare da una tra le seguenti fonti giuridiche: legge penale; legge extrapenale; legge di diritto privato; contratto; assunzione volontaria dell'obbligo.

Concludiamo andando ad analizzare singolarmente gli elementi costitutivi

del reato omissivo improprio, e cercando di spiegare in quale modo essi possono coinvolgere la responsabilità medica:

1) posizione di garanzia, che nell'attività medica trova fondamento nella legge speciale, con particolare riferimento al d.P.R. 128/1969, al d.P.R. 761/1976, al d.lgs. 502/1992 e d.lgs. 229/1999, e si concretizza nel dovere di intervento di tutti i medici, nel dovere di vigilanza e controllo di cui sono onerati i medici di II livello;

2) presupposto di fatto, ovvero la situazione di pericolo per il bene da proteggere: la malattia di cui è portatore il paziente;

3) l'astensione dall'azione, sempre che l'azione stessa sia idonea ad impedire l'evento (nel senso che se tenuta l'evento non si sarebbe verificato), possibile (il titolare della posizione di garanzia deve avere la possibilità materiale di tenere l'azione impeditiva): la mancata vigilanza da parte del medico in posizione superiore o la mancata azione di quest'ultimo a seguito della scoperta di un errore altrui o di una situazione di imminente pericolo per il paziente, ma anche il medico in posizione iniziale che non si attiva per evitare un evento lesivo in corso o in procinto di verificarsi e di cui sia venuto a conoscenza;

4) evento, di tipo naturalistico, non impedito: il danno subito dal paziente a causa dell'omissione del medico;

5) nesso di causalità tra il comportamento omissivo e l'evento naturalistico verificatosi.

Detto ciò andiamo adesso a scoprire nello specifico quali sono le situazioni che possono far scaturire una responsabilità per fatto improprio.

2. Responsabilità del "primario" per il fatto dei collaboratori

In quanto titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente viene quasi sempre ritenuto responsabile dell'evento lesivo verificatosi a causa della condotta colposa realizzata da uno dei medici del suo reparto, e molto spesso gli viene imputato l'omesso o erroneo esercizio delle funzioni di indirizzo e verifica sulle prestazioni dei suo collaboratori.

In tal senso si è pronunciata la Corte in una fattispecie di omicidio colposo in cui la morte del paziente era stata cagionata dall'omessa diagnosi di versamento pleurico, affermando la responsabilità penale dei sanitari che avevano in cura il paziente ed anche del primario, in quanto a lui competeva «l'esercizio della funzione di indirizzo, direzione e verifica dell'attività diagnostica e terapeutica, nonché l'adozione delle scelte terapeutiche adeguate all'evoluzione della condizione del paziente»⁸⁷.

Un principio interessante è poi esposto nella pronuncia della Corte del 7 dicembre 1999: «il primario ospedaliero è titolare di una specifica posizione di garanzia nei confronti dei suoi pazienti, alla quale non può

⁸⁷ Cass. IV del 19/01/1999 n. 714

sottrarsi adducendo che ai reparti sono assegnati altri medici o che il suo intervento è dovuto solo in casi di particolare difficoltà. Il medico in posizione apicale ha il potere di impartire istruzioni e direttive in ordine alla diagnosi e alla cura e di verificarne l'attuazione da parte degli altri sanitari assegnati al suo reparto, ancorché nel rispetto della loro autonomia professionale operativa. Il primario, quindi, in forza della sua posizione direttiva e di controllo, ha il potere decisionale sulla terapia da seguire e gli interventi da effettuare, con conseguente responsabilità qualora ometta di esercitare questi poteri»⁸⁸.

Ciò che appare opportuno rilevare è che la Suprema Corte, nell'affermare la concorrente responsabilità del primario, non attribuisce rilievo alcuno alla peculiarità delle concrete circostanze fattuali dalle quali il medico avrebbe potuto e dovuto percepire l'errore altrui, né individua con precisione la diversa condotta che il sanitario avrebbe dovuto tenere, ma sembra che i giudici di legittimità facciano derivare la responsabilità colposa del primario dalla sua posizione gerarchicamente sovraordinata, facendo leva sul disposto dell'art. 63 D.P.R. 761 del 1979.

Ci sono autori che sostengono che la responsabilità del primario venga fatta sconfinare in una responsabilità oggettiva, se non addirittura per fatto altrui,

⁸⁸ Cass. IV del 7/12/1999 n. 1170

in violazione dell'art. 27 Cost.⁸⁹; altri ancora sostengono che sia la *culpa in vigilando* ad essere trasformata in responsabilità oggettiva⁹⁰.

Dopo la riforma della dirigenza sanitaria attuata prima con il d.lgs. 502/1992 e con il d.lgs. 229/199 poi, la giurisprudenza di legittimità non ha mutato orientamento; sostiene infatti la Suprema Corte che «l'eliminazione della figura del primario è questione meramente terminologica, in quanto al dirigente sanitario in posizione apicale, oggi denominato dirigente con incarico di struttura complessa, continua a spettare la cura di tutti i malati affidati alla divisione da lui diretta, e tale compito può e deve essere attuato fornendo direttive ai medici collaboratori, nonché con l'esercizio di poteri di vigilanza e verifica dell'attività autonoma e/o delegata. Il dirigente medico in posizione apicale è titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute dei pazienti affidati alla struttura, ancorché assegnati ad altri medici ad essa appartenenti, anche a seguito dei d.lgs. del 1992 e del 199, che hanno attenuato la forza del vincolo gerarchico, ma non hanno eliminato il potere-dovere in capo al dirigente medico in posizione apicale di dettare direttive sia specifiche sia generiche e di vigilare e verificare l'attività dei medici subordinati, con la conseguenza che l'omesso esercizio di queste competenze comporta il coinvolgimento dello stesso nella

⁸⁹ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, CEDAM 2003

⁹⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano 2006

responsabilità per l'evento lesivo cagionato dai collaboratori»⁹¹.

L'affermazione di responsabilità del primario per fatto del subalterno è basata, come detto, sull'assunto per cui il primo è titolare di una posizione di garanzia nei confronti di tutti i pazienti che si concretizza in funzioni di indirizzo, controllo e verifica, la cui doverosità non viene meno neanche nelle normali ipotesi di distribuzione del lavoro all'interno del reparto ospedaliero, e dunque nei casi di assegnazione di una divisione ad un medico in posizione intermedia o di affidamento di un singolo paziente ad un medico in posizione iniziale. In tale ottica la figura del primario è concepita come un soggetto onnisciente ed onnipresente, gravato dall'obbligo, quanto mai irrealizzabile, di tutelare la salute di ogni paziente del suo reparto contro tutti i pericoli, in qualsiasi momento creati, dalla condotta di uno qualsiasi dei suoi collaboratori. Un tale enunciato conduce ad addebitare al primario, in modo pressoché automatico, la responsabilità per tutti gli errori commessi dai medici del suo reparto a prescindere da ogni concreto accertamento circa la reale sussistenza del nesso causale e della colpa, in palese violazione del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale.

Per evitare di incorrere in questa ed altre ingiustizie, occorre delineare con maggiore precisione la fisionomia ed i limiti della posizione di garanzia del

⁹¹ Cass. IV del 23/12/2005 n. 10212

dirigente sanitario, nonché valutare quando sussistano le condizioni per muovere al medesimo un rimprovero a titolo di colpa.

Sotto il profilo causale vale la pena citare letteralmente, per la chiarezza e la precisione, il seguente passo: «il dirigente sanitario in posizione apicale non è tenuto a farsi carico personalmente della cura di tutti i pazienti del suo reparto (ciò che sarebbe peraltro materialmente impossibile) e non può essere chiamato a rispondere per ogni evento lesivo eziologicamente collegato alla condotta attiva od omissiva dei suoi collaboratori. Qualora infatti il primario abbia correttamente esercitato i suoi poteri-doveri di organizzazione del lavoro (assegnando a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati secondo criteri oggettivi di competenza, di rotazione e di equa distribuzione del lavoro), di indirizzo (impartendo istruzioni e direttive sulle prestazioni di diagnosi e cura e verificando l'attuazione delle stesse), di controllo (mediante la quotidiana informazione sulle attività di reparto) e di eventuale avocazione (riservando a sé i casi di maggiore complessità), nessun evento lesivo materialmente cagionato da altri potrà essergli oggettivamente imputato per il solo fatto che egli riveste un ruolo apicale all'interno della struttura complessa»⁹².

Concludiamo riportando il passo della sentenza “Sciortino” che ha indicato espressamente le condizioni di non punibilità di un dirigente sanitario: «tre

⁹² D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e Diritto Penale* ETS 2010

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 c.d. 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 avocazione, Concretamente, poi, è evidente che un buon dirigente deve sapere indirizzare i programmi terapeutici di una divisione ospedaliera ed intervenire 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»⁹³.

3. Responsabilità del subalterno per il fatto del "primario"

In considerazione dell'importanza del bene della vita e dell'integrità psico-fisica del paziente di cui ogni sanitario è garante, indipendentemente dalla qualifica professionale, la Corte ha sancito il principio secondo cui il rapporto di subordinazione tra sanitari non può essere in nessun caso considerato tanto assoluto e vincolante da far ritenere che il sottoposto,

⁹³ Cass. IV del 29/11/2005 n. 47145

nell'uniformarsi alle disposizioni del superiore, non vi cooperi volontariamente, e quindi da esonerarlo dalla responsabilità per l'evento derivante da tale condotta. La Suprema Corte ha escluso che il medico in posizione subordinata sia tenuto, nella cura dei malati a lui direttamente affidati, ad un pedissequo ed acritico atteggiamento di sudditanza, pertanto, «qualora nelle scelte diagnostiche o terapeutiche dei superiori vi siano elementi di sospetto percepiti o percepibili con l'ordinaria diligenza e perizia da parte dell'assistente, questi ha il dovere di segnalarli e di esprimere il proprio dissenso, e solamente in tal caso potrà rimanere esente da responsabilità penale»⁹⁴. La giurisprudenza di legittimità ha affermato più volte che il medico subordinato non solo ha il dovere di dissentire dalle scelte del primario, se ne ravvisa l'erroneità, ma deve anche attivarsi per porre rimedio a tali condotte e per integrare le direttive che ritiene insufficienti, salvo che il sanitario in posizione apicale eserciti il potere di avocazione.

L'esigenza di dare maggiore autonomia ai medici collaboratori, enunciata nei d.lgs. del 1992 e del 1999, e di far sì che il loro ruolo non si esaurisca a quello di meri esecutori delle direttive del primario, è ben espressa in una pronuncia della Corte immediatamente successiva all'entrata in vigore della riforma della struttura sanitaria, che chiarisce il nuovo orientamento della

⁹⁴ Cass. IV del 28/06/1996 n. 9151

giurisprudenza, anche se i fatti, e quindi la legge applicabile, risalgono ad un tempo antecedente. Una donna veniva ricoverata d'urgenza a seguito di un malore e veniva sottoposta prima ad esame TAC dal quale emergeva un'emorragia cerebrale, e ad un'angiografia poi, dalla quale emergeva la necessità di un intervento chirurgico immediato. Tuttavia, l'aiuto primario che aveva ricevuto ordine di non assumere iniziative relativamente a casi delicati, invece di provvedere all'operazione, aveva avvertito ed atteso l'arrivo del massimo superiore, al momento assente dal servizio, ritardando così l'intervento sino a renderlo inefficace. La Corte di Cassazione ha ravvisato la responsabilità per omicidio colposo anche dell'aiuto primario che, essendo titolare di un'autonoma posizione di garanzia nei confronti del paziente, deve attivarsi secondo le regole dell'arte medica per rendere operativo ed efficace l'intervento del primario, se del caso sostituendosi a quest'ultimo. Nel caso di specie l'aiuto avrebbe sicuramente dovuto predisporre tutto l'occorrente per l'operazione, e una volta resosi conto che a causa del ritardo del primario, l'intervento non era ulteriormente procrastinabile, avrebbe dovuto eseguirlo⁹⁵. Andando a commentare la suddetta pronuncia non vi è dubbio che il medico in posizione subalterna, qualora partecipi attivamente al trattamento del paziente, deve adempiere i propri compiti osservando le *leges artis* e le direttive impartite dal primario,

⁹⁵ Cass. IV del 7/01/2000 n. 81

ma se queste integrano una condotta colposa ravvisabile con l'utilizzo delle nozioni proprie di qualsiasi soggetto abilitato alla professione sanitaria, deve disattenderle manifestando i propri dubbi al primario affinché questi possa correggere la scelta diagnostica o terapeutica intrapresa, ovvero deve realizzare direttamente gli accertamenti o i trattamenti ritenuti necessari.

Altro esempio interessante è il seguente: «versa in colpa il medico aiuto del reparto di terapia intensiva coronaria che, in adempimento di una prescrizione del medico primario del proprio reparto, faccia eseguire dei test da sforzo, omettendo di verificare in concreto la loro necessità e la praticabilità in presenza di chiari sintomi di sofferenza ischemica che avrebbero sconsigliato la loro esecuzione»⁹⁶.

Tuttavia, se le direttive impartite dal primario hanno carattere controverso ed opinabile, non può esigersi dal medico collaboratore il potere-dovere di verifica della validità e correttezza delle stesse⁹⁷.

Una maggiore attenzione ed un maggior rilievo all'organizzazione gerarchica della struttura sanitaria nella quale si riscontra l'agire coordinato di diversi professionisti al fine di risolvere i problemi di riparto delle competenze e delle responsabilità tra i vari medici che vi cooperano, si riscontra in una recente pronuncia della Suprema Corte: verificare se il

⁹⁶ Cass. IV del 17/04/2009 n. 24973

⁹⁷ G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico chirurgico in equipe*, Terni, Belfiore 1968

medico in posizione subordinata ricopra, all'interno della struttura in cui si trova ad operare, una qualifica ed un ruolo tale da poter sindacare l'attività del medico gerarchicamente superiore, e solo in caso di risposta affermativa potrà essere ritenuto responsabile dell'omesso dovere-potere di dissentire dalle scelte del primario che ritiene errate, e conseguentemente essere destinatario di un rimprovero per colpa⁹⁸. Il medico in posizione iniziale, insomma, potrà essere chiamato a rispondere dell'esito infausto del trattamento sanitario eseguito sulla base di istruzioni erronee del primario, o direttamente eseguito da quest'ultimo, solo qualora le regole cautelari implicate nell'attività posta in essere non esorbitino dal livello di esperienza e di preparazione tecnico-scientifica corrispondente al suo profilo professionale e dunque l'erroneità delle direttive ricevute, o delle operazioni cui assiste, siano da lui effettivamente riconoscibili e censurabili.

Tirando le fila del discorso, in linea teorica il medico subalterno ha la possibilità di manifestare il proprio dissenso rispetto alle direttive del primario, ma in pratica questo potere si trasforma in dovere, e quindi passibile di imputazione di responsabilità, soltanto in quei casi in cui l'errore della condotta del medico apicale sia così evidente da risultare riconoscibile anche agli occhi di un operatore ancora inesperto e

⁹⁸ Sentenza della Corte di Cassazione Penale Sezione IV del 2 dicembre 2008, in *Neldiritto* 2009 con nota di L. GIZZI, *Brevi considerazioni in ordine al riparto di responsabilità nell'ipotesi in cui tra i medici che cooperano al trattamento sanitario sussistano rapporti di tipo gerarchico*

professionalmente in via di formazione.

4. Rapporto tra medico e specializzando

La giurisprudenza di legittimità⁹⁹ individua una regola ben precisa in base alla quale il medico specializzando diviene suscettibile di rimprovero penale: finché egli si limita ad assistere all'intervento operatorio compiuto da altri medici, rimane del tutto estraneo alle scelte diagnostiche e terapeutiche effettuate da questi ultimi, anche sotto il profilo della responsabilità, tuttavia la sua posizione muta radicalmente qualora egli intervenga nell'espletamento dell'atto operatorio in via diretta. In tale ipotesi, infatti, lo specializzando, da mero allievo che assiste in funzione didattica all'intervento chirurgico, diviene, insieme al medico che lo lascia intervenire, protagonista dello stesso, acquisendo il potere-dovere di dissentire dalla scelte effettuate, astenersi dal compiere le direttive che ritiene errate, porre, se del caso, direttamente rimedio agli errori, il tutto alla luce del patrimonio di conoscenze esigibile da un medico ancora specializzando. La Corte, sulla falsariga di quanto già espresso in tema di medico subordinato, afferma che lo specializzando non è un mero esecutore di ordini, ma è dotato di autonomia vincolata, e l'autonomia di cui gode

⁹⁹ Cass. IV del 10/07/2008 n. 32424

comporta l'assunzione di responsabilità per l'attività da lui compiuta. Per ciò che concerne la responsabilità del medico tutore cui viene affidato lo specializzando, esso ha un preciso dovere di controllo e vigilanza sull'operato del sanitario posto sotto le sue cure, dovere che però, diversamente da quanto ci si potrebbe aspettare ad un primo pensiero intuitivamente formulato, non trancia del tutto il principio di affidamento, cui il tutore può legittimamente richiamare in caso di mansioni semplici, meramente esecutive o per le quali siano state impartite istruzioni precise, chiare e puntuali. In ogni caso, il giudice chiamato a risolvere il riparto di responsabilità tra medico e specializzando, non dovrà emettere un giudizio aprioristico, ma tenendo sempre conto delle circostanze concrete.

Interessante è anche una più vecchia pronuncia della Corte dove viene ascritta allo specializzando la responsabilità a titolo di cooperazione colposa per aver acconsentito di espletare direttamente l'attività chirurgica, su invito del medico, nonostante sapesse che la tecnica operatoria prescelta non era a lui appropriata¹⁰⁰.

Il d.lgs. 17 agosto 1999 n. 368, *attuazione della direttiva 93/16/CEE in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli*, all'art. 38 comma III « *la formazione del medico specialista implica la partecipazione guidata alla totalità delle*

¹⁰⁰ Cass. IV 10/06/1999 n. 2816

attività mediche dell'unità operativa presso la quale è assegnato dal Consiglio della scuola, nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolate alle direttive ricevute dal tutore, di intesa con la direzione sanitaria e con dirigenti responsabili delle strutture delle aziende sanitarie presso cui si svolge la formazione. In nessun caso l'attività del medico in formazione specialistica e sostitutiva del personale di ruolo» è stato oggetto di una pronuncia della S.C. che ha sancito che «ciò importa da parte sua l'assunzione della posizione di garanzia sul paziente»¹⁰¹; stabilisce ancora la Corte in altra pronuncia «in tema di colpa professionale del medico, il concreto e personale espletamento di attività da parte dello specializzando comporta pur sempre l'assunzione diretta, da parte sua, della posizione di garanzia nei confronti della paziente, incombendo anche sullo specializzando l'obbligo di osservanza delle *leges artis* che hanno come fine la prevenzione del rischio non consentito»¹⁰².

5. Rapporto tra il medico ed il paramedico

Le pronunce giurisprudenziali che affrontano il problema del riparto di

¹⁰¹ Cass. del 10/07/2008 n. 32424

¹⁰² Cass. IV del 16/06/2005 n. 28617

obblighi e correlative responsabilità colpose tra medici e personale infermieristico sono improntate a particolare rigore. In caso di evento lesivo cagionato dal comportamento negligente o imprudente dell'infermiere cui il sanitario abbia affidato uno specifico incarico, la giurisprudenza è solita riconoscere la concorrente responsabilità di quest'ultimo per violazione del dovere di vigilare e controllare l'espletamento delle mansioni da parte del personale ausiliario.

In particolare l'aver delegato al personale ausiliario un'attività che rientra nei doveri del medico non consente a quest'ultimo di invocare il principio di affidamento, dovendo egli controllare il corretto e regolare espletamento del compito demandato all'infermiere¹⁰³. Il dovere di controllo non si attenua neanche laddove il medico si avvalga di infermieri professionali o specializzati¹⁰⁴.

Di recente la Corte ha confermato l'orientamento secondo il quale l'operatività del principio di affidamento è esclusa nei rapporti tra medico e personale paramedico quando quest'ultimo è deputato a svolgere attività ausiliaria e di assistenza al sanitario, sul quale incombe l'obbligo di un costante e pedissequo controllo del suo operato.¹⁰⁵

¹⁰³ Cass. IV del 1/02/1982 n. 965

¹⁰⁴ Cass. IV del 4/11/1983 n. 10868

¹⁰⁵ Cass. IV del 26/01/2005 n. 18568 e Cass. IV del 7/03/2008 n. 15282

In conclusione, sostiene la Corte¹⁰⁶, il principio di affidamento non opera tra medico e paramedico proprio per la diversa qualifica dei due soggetti, ed incombe sul primo un costante dovere di controllo sul secondo, indipendentemente dall'attività posta in essere. La conclusione a cui si arriva, della “operatività zero del principio di affidamento”, non è avulsa da critiche, in quanto implica che il medico è ritenuto automaticamente responsabile per l'attività del personale infermieristico, anche quando questo pone in essere gesta che rientrano nella sua sfera di competenza. Dobbiamo tornare indietro di quattordici anni per trovare una sentenza che nel rapporto tra medico e paramedico, privilegia il primo¹⁰⁷: un medico del pronto soccorso, occupato a prestare la propria opera ad un paziente, impartiva in modo inequivocabile al personale paramedico l'ordine di chiamare un collega affinché si occupasse di altro paziente. L'infermiere non aveva provveduto, limitandosi a trasferire l'incombenza ad altro paramedico. La Corte ha specificato che il medico poteva fare legittimo affidamento nell'esecuzione dell'ordine, non essendo emerse particolari contingenze temporali o prassi che imponessero allo stesso di controllare l'esecuzione della direttiva data, escludendo così la sua responsabilità. Ricostruendo poi la vicenda fattuale, non si può non concludere che

¹⁰⁶ Cass. IV 28/05/2008 n. 24360

¹⁰⁷ Cass. IV del 2/03/2000 n. 9638

l'eventuale condanna del medico sarebbe stata, oltre che giuridicamente sbagliata, oltre che clamorosamente afflittiva per il sanitario, anche clamorosamente svilente per la categoria infermieristica, che sarebbe stata ritenuta bisognosa di controllo anche per la semplice attività di chiamare un medico.

Vediamo anche qui alcune pronuncia della S.C.: «ove i medici si avvalgono di personale paramedico-infermieristico, ai quali sia materialmente affidata l'esecuzione di un compito, i primi conservano intatto il dovere di vigilanza sull'attività degli ausiliari»¹⁰⁸; «all'infermiere tenuto a vigilare su un paziente psichiatrico, non può essere contestato di aver agito con imperizia per non aver compreso il grado di malattia del paziente stesso o per non aver disposto il TSO, essendo tali compiti estranei alla sua competenza. Può tuttavia essergli contestato di aver agito con negligenza, perché se è vero che l'insorgenza della psicosi acuta dissociativa è improvvisa, la imprevedibilità di tale stato riguarda le persone sane, non i soggetti affetti da disturbi di tipo psichico che palesano irrequietezza. L'evoluzione in tal senso è sempre ipotizzabile e persone che versano in tali condizioni vanno tenute sotto vigilanza»¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cass. IV del 26/01/2005 n. 18568

¹⁰⁹ Cass. IV del 30/01/2008 n. 8611

6. Il trattamento medico pluridisciplinare non contestuale

Si allude a quei casi, assai frequenti, in cui un unico trattamento medico-chirurgico si articola in una serie coordinata di contributi specialistici posti in essere da più operatori in tempi, e talora anche in luoghi, diversi.

La giurisprudenza di legittimità¹¹⁰ tende ad equiparare le varie forme di interazione tra sanitari, considerando sostanzialmente equivalenti, sotto il profilo giuridico-penale, tutte le ipotesi di cooperazione multidisciplinare, a prescindere che esse si svolgano o meno in un medesimo contesto spazio temporale. In entrambe le ipotesi si afferma che «ogni sanitario, oltre al rispetto dei canoni di diligenza e di prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, è tenuto ad osservare gli obblighi a ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio o facendo in modo che si ponga opportunamente rimedio a errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio»¹¹¹. In sostanza la Corte di Cassazione ha recepito ed adottato il principio di matrice dottrinale dell'affidamento

¹¹⁰ Cass. IV del 06/04/2005 n. 22579, Cass. IV del 24/01/2005 n. 18548, Cass. IV del 01/10/1999

¹¹¹ Cass. IV del 24/01/2005 n. 18548

così detto “temperato”.

«La tesi della piena equiparazione tra le ipotesi di trattamento medico diacronicamente plurisoggettivo e quelle di cooperazione multidisciplinare simultanea, tuttavia, non convince appieno. Essa, infatti, da un lato coglie un indubbio profilo di verità nel momento in cui individua il denominatore comune dei fenomeni di cooperazione plurisoggettiva in ambito medico nell'esigenza di coordinamento delle varie condotte verso un risultato terapeutico unitario, dall'altro non tiene nel debito conto alcune rilevanti peculiarità del trattamento sanitario non contestuale, che meriterebbero invece più attenta considerazione, in quanto idonee a riverberarsi in modo significativo sia sul piano dell'imputazione causale [...], che su quello della colpa, in relazione all'estensione degli obblighi cautelari gravanti sui medici coinvolti nel trattamento»¹¹².

Per quello che a noi qui più interessa, la corretta delimitazione degli obblighi cautelari gravanti sul medico che prende parte ad un trattamento plurifasico interdisciplinare, si è già detto come la Corte di legittimità sia solita individuare in capo a vari specialisti, oltre all'obbligo di osservare le *leges artis* inerenti al proprio settore di competenza, l'ulteriore dovere reciproco di controllo e di intervento in funzione preventiva o correttiva in

¹¹² D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, ETS 2010

caso di altrui errore che risulti evidente e non settoriale. La dottrina¹¹³ denuncia la fallacia di questa tesi sottolineando come nel caso di specie non sia neanche astrattamente configurabile un vero e proprio obbligo di controllo reciproco, in quanto i contributi dei vari medici si collocano in contesti spazio-temporali sensibilmente eterogenei che ampliano i confini applicativi del principio di affidamento. Basti considerare, al riguardo, che imporre a ciascun operatore che intervenga in una determinata fase della procedura un onere di ripetizione degli accertamenti già svolti dal medico nella fase precedente, sarebbe del tutto disfunzionale rispetto agli scopi di un trattamento multifasico. Il sanitario che interviene in una fase successiva deve poter fare affidamento nel corretto operato del medico che lo precede, in particolare se gli adempimenti assegnati a quest'ultimo non rivestono particolare complessità ed anzi rientrano nel patrimonio conoscitivo di base di ciascun medico. La possibilità di invocare il principio di affidamento incontra il limite ben preciso della diretta percezione o percepibilità di indizi o circostanze idonei ad infirmare l'originaria aspettativa di correttezza dell'altrui comportamento. Esempio scolastico, ma purtroppo realmente accaduto, è rappresentato dall'organo espantato dal donatore che presenti anomalie tali da far presumere o sospettare la presenza di metastasi; il chirurgo che, ciò nonostante, effettui l'impianto dello stesso nel

¹¹³ A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"* in *Diritto Penale e Processo* n. 4/2001

soggetto ricevente, non potrà, in caso di decesso di quest'ultimo dovuto alla diffusione della massa tumorale, invocare a propria scusa il fatto di aver riposto fiducia nella dichiarazione di trapiantabilità effettuata in precedenza da altri medici sulla base di un'erronea diagnosi della *causa mortis*¹¹⁴.

Tirando le fila del discorso nell'esercizio di attività plurisoggettive e diacroniche, non risulta configurabile, sia sul piano teorico sia su quello pratico, una ipotetica posizione di vigilanza “a 360°” che investa l'attività di tutti gli operatori, i quali, salvo la situazione di diretta percezione o percepibilità di errori, possono ritenersi liberi di concentrarsi sulla singola prestazione cui devo adempiere. Tenuto conto, poi, della materiale impossibilità di intervenire in funzione preventiva o correttiva dell'errore del collega è necessario ripudiare ogni automatismo nel processo di imputazione della responsabilità penale e procedere caso per caso accertando sia l'efficacia causale sia la natura colposa della condotta presa in considerazione di volta in volta.

¹¹⁴ Cass. IV del 01/10/1999

CAPITOLO V

L'ÉQUIPE MEDICA

1. Le particolarità del lavoro svolto in équipe

Fino a questo momento abbiamo analizzato la situazione in cui un paziente viene affidato alle cure di un reparto al cui vertice vi è il medico di II livello che dirige la sezione e vari medici di I livello (tutti con stessa specializzazione) che di volta in volta si alternano nell'esecuzione delle terapie scambiandosi informazioni sullo sviluppo del quadro clinico di chi le riceve: una sì fatta situazione permette di individuare con reattiva facilità e determinatezza il soggetto agente a cui ascrivere la condotta che ha

prodotto l'evento infausto.

Nell'equipe chirurgica la situazione cambia poiché più medici, con specializzazioni e qualifiche diverse tra loro (chirurgo e anestesista per citare due delle figure principali) e più infermieri, per i quali vale tutto ciò che è stato precedentemente detto in tema di colpa, si trovano letteralmente a “metter mano” sul paziente di turno nella medesima situazione temporale, ognuno dovendo svolgere la propria specifica mansione che gli è stata assegnata dal capo-equipe e dovendo, al contempo, prestare attenzione alle direttive che lo stesso impartisce durante l'esecuzione dell'intervento.

Il metodo basato sulla divisione tecnica del lavoro nell'attività medico-chirurgica svolta in équipe ha carattere ambivalente, nel senso che esso costituisce, ad un tempo, un fattore di sicurezza e un fattore di rischio, poiché da un lato consente ad ogni medico di dedicarsi in modo esclusivo all'espletamento delle attività di propria competenza, dall'altro fa insorgere nuovi rischi legati ad un possibile difetto di coordinamento interorganizzativo. Inoltre il processo di spersonalizzazione dell'atto medico che sta dietro a questo nuovo *modus operandi* rende particolarmente difficoltosa la messa a fuoco dei profili individuali di responsabilità; ed invero quando il trattamento sanitario si configura come una sorta di variegato mosaico formato da una pluralità di prestazioni professionali interdipendenti, ciascuna delle quali, proprio perché

strettamente correlata alle altre, «non sempre è dotata di piena autonomia e di specifica individualità di esecuzione»¹¹⁵, si pone il problema di scomporre tale mosaico nei vari atti medici individuali che ne costituiscono le singole tessere. La frammentazione della prestazione sanitaria rende particolarmente ardua sia l'identificazione dell'eventuale errore umano, sia la valutazione dell'efficienza causale del medesimo nel contesto dell'attività di gruppo; ecco dunque che in caso di trattamento sanitario plurisoggettivo con esito infausto il giurista si trova a dover fronteggiare problematiche diverse e più complesse di quelle normalmente correlate alle ipotesi di esercizio dell'attività medica in forma monosoggettiva, e si fa sempre più pressante l'esigenza di enucleare ed applicare correttamente criteri di ascrizione del fatto di reato compatibili con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, cercando di evitare la facile ma sconveniente soluzione di addossare a ciascun membro dell'équipe una sorta di responsabilità da posizione incentrata non già sull'accertamento di una sua autonoma e personale responsabilità, bensì sul mero fatto di appartenere ad un team di lavoro in cui un altro operatore ha posto in essere una condotta penalmente rilevante.

La necessità di contrastare il rischio della spersonificazione della responsabilità penale in situazione di lavoro in équipe è evidente dalla

¹¹⁵ G. A. NORELLI, *Sul divenire della responsabilità in ambito sanitario, note medico-legali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 1985

seguinte pronuncia: «in ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, il riconoscimento della responsabilità per l'errore altrui non è illimitata, ma richiede la verifica del ruolo svolto da ciascun medico, per la personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost.»¹¹⁶.

Dando uno sguardo alla giurisprudenza sia di legittimità sia di merito, si rileva la generale tendenza, da un lato ad amplificare in chiave incriminatrice la portata degli obblighi di controllo sull'altrui operato discendenti da una posizione di preminenza gerarchica, dall'altro ad enfatizzare i risvolti penalistici del principio di autonomia vincolata, in modo tale da rendere pressoché automatico l'addebito di responsabilità in capo al medico in posizione subalterna. Altra conseguenza è che il medico in posizione apicale è quasi sempre ritenuto responsabile a titolo concorsuale per i fatti commessi dal medico in posizione iniziale appartenente allo stesso gruppo di lavoro, e quest'ultimo è quasi sempre ritenuto responsabile per i fatti commessi in esecuzione di direttive o istruzioni erronee impartite dal primo, salvo che abbia esercitato il proprio dovere di dissenso.

All'interno dell'équipe operatoria l'interazione tra i sanitari assume una duplice configurazione, ovvero si ha una situazione di gerarchia tra il capo-équipe e gli altri medici, ed un rapporto di tipo orizzontale tra i medici con

¹¹⁶ Cass. IV del 9/04/2009 n. 19755

diversa specializzazione. Proprio da questa duplice circostanza occorre prendere le mosse per impostare la ricerca dei criteri di ripartizione della responsabilità all'interno del gruppo di lavoro, in maniera tale da far corrispondere alla duplice tipologia di rapporti, una diversa prospettiva di indagine.

2. L'équipe medica, un nuovo problema di “gerarchia”

Il problema del rapporto gerarchico si presenta, con particolari sfaccettature, nel caso dell'équipe medica, dove un soggetto assume il ruolo di capo-équipe ed è chiamato, oltre a dover eseguire con diligenza e perizia le proprie mansioni, anche a coordinare, dirigere, controllare e sorvegliare l'operato altrui. «Occorre perciò delimitare con precisione il contenuto di tale dovere di controllo, che non può essere semplicisticamente interpretato come obbligo di sorveglianza continua e costante, ma deve essere individuato in modo da non veder vanificato i principi della divisione del lavoro, dell'autonomia dei singoli medici e dell'affidamento»¹¹⁷. La Corte ha recentemente stabilito che il capo-équipe va incontro ad un'attenuazione del principio di affidamento, ritenendolo responsabile della condotta colposa dei suoi collaboratori: si veda, ad esempio, il caso del chirurgo

¹¹⁷ A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico* in *Diritto Penale e Processo* 2000 pag. 1635

condannato per aver omesso di vigilare, e quindi di rimediare, alla condotta dell'assistente-ferrista che nella preparazione di un composto aveva erroneamente utilizzato un detergente invece di una soluzione fisiologica, provocando al paziente un edema ed una necrosi a carico di alcuni tessuti. La Corte ha ribadito che il principio di affidamento non si applica nel caso in cui all'agente sia attribuita una funzione di controllo dell'altrui operato e risponde della condotta colposa del terzo da lui riconoscibile ed evitabile. È da notare che la giurisprudenza di legittimità è sempre stata ferma sul punto, come dimostrato da una pronuncia risalente ad ormai tre lustri¹¹⁸: la Corte ha riconosciuto la responsabilità penale del ginecologo di turno per l'errore diagnostico in cui era incorso, ma anche dell'aiuto primario che «aveva l'obbligo di attivarsi immediatamente e direttamente anche eseguendo personalmente altri accertamenti per assicurarsi dello stato della partoriente e del feto, senza adagiarsi supinamente sull'inesatta diagnosi dell'assistente».

La posizione di garanzia si estende anche alla fase post-operatoria, «che il chirurgo ha il dovere di controllare e seguire direttamente, ovvero attraverso interposta persona»¹¹⁹.

Inoltre è di fondamentale rilevanza il fatto che mentre all'interno di un

¹¹⁸ Cass. IV del 19/01/1999 n. 714

¹¹⁹ Cass. IV del 11/03/2005 n. 9739

reparto ospedaliero i medici gerarchicamente organizzati hanno tutti la stessa specializzazione, nell'equipe medica il capo del team si trova a dover dirigere e vigilare il lavoro di medici con competenze qualificate in un settore diverso dal suo.

Infine il capo-equipe risulta investito di una posizione apicale per una mera situazione di fatto (l'essere a capo di un team di lavoro) e non, come il primario, per una qualifica riconosciuta a livello aziendale.

3. Il principio di affidamento nell'equipe medica

Il principio di affidamento, così come lo conosciamo applicato all'azione plurisoggettiva diacronica fondata sulla divisione del lavoro, stabilisce, con innegabili vantaggi nella cura del paziente, che ciascun soggetto non è tenuto a regolare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, ma deve essere libero di concentrarsi sul proprio ruolo e sul rispetto dei propri doveri ed obblighi di diligenza, conciliando così il principio della personalità della responsabilità penale con il fenomeno del lavoro di gruppo.

L'operatività di questo principio non è però assoluta, in quanto nell'equipe medica si confrontano medici con diverse competenze, ciascuno

destinatario di mansioni coordinate e tuttavia ben differenziate deve, situazione che espone il paziente a rischi legati a possibili difetti di coordinamento, di incomprendimento tra i vari operatori o legati ad errori dovuti alla presenza nel team di nuovi membri: pertanto sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno enucleato un serie di limiti al principio in analisi.

Il primo viene ravvisato nella posizione apicale di capo-équipe, che fa sorgere a suo carico un obbligo di vigilanza, controllo e valutazione sull'operato dei suoi collaboratori, onerandolo altresì di intervenire per porre rimedio ad eventuali errori. Secondo la giurisprudenza maggioritaria questa teoria è giustificata dall'applicabilità al capo-équipe dell'art. 63 d.P.R. 761/1979: «gli stessi giudici di merito hanno a volte ritenuto che, siccome il capo équipe ha per legge (cfr. art. 63 d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761) obblighi organizzativi, didattici, nonché valutativi delle capacità dei singoli suoi collaboratori e svolge un ruolo di controllo e di coordinamento, su di lui grava l'obbligo di prevedere e quindi di impedire il comportamento imprudente, negligente ed imperito degli altri partecipanti dell'attività medico chirurgica»; ancora «il chirurgo capo-équipe, una volta concluso l'atto operatorio in senso stretto, qualora si manifestino circostanze denunzianti possibili complicanze, tali da escludere l'assoluta normalità del decorso postoperatorio, non può disinteressarsene, abbandonando il paziente alle sole cure dei suoi collaboratori, ma ha l'obbligo di non allontanarsi dal luogo di cura, onde prevenire tali complicanze e

tempestivamente avvertirle, attuare quelle cure e quegli interventi che un'attenta diagnosi consigliano e, altresì, vigilare sull'operato dei collaboratori. Ne consegue che il chirurgo predetto, il quale tale doverosa condotta non abbia tenuto, qualora, per complicità insorte nel periodo post-operatorio e per carenze di tempestive, adeguate, producenti cure da parte dei suoi collaboratori, un paziente venga a morte, in forza della regola di cui al capoverso dell'art. 40 c.p., risponde a titolo di colpa (ed in concorso con i detti collaboratori), della morte dello stesso»¹²⁰; per dovere di cronaca riportiamo le obiezioni di un autore contrario a tale interpretazione giurisprudenziale, secondo cui per accogliere questa sostanziale assimilazione fra primario e capo-équipe «sarebbe necessario ammettere che qualsiasi medico il quale si trovi a dirigere un intervento chirurgico per ciò assumerebbe la qualifica funzionale di "medico appartenente alla posizione apicale". Il che sembra decisamente una forzatura, essendo quello di "qualifica funzionale" un concetto giuridico-formale e non fattuale»¹²¹.

Altro caso limite del principio di affidamento si ravvisa nell'esistenza di una concreta situazione fattuale che possa intaccare l'originaria aspettativa di un altrui comportamento a causa di una condotta colposa o di una situazione di pericolo già esistente per il paziente, percepita o percepibile

¹²⁰ Cass. IV n. 790/1988

¹²¹ F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *la responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, UTET 2003

dall'agente. In tali casi, dunque, su ognuno dei medici incomberà non solo l'obbligo di eseguire con diligenza e perizia i propri specifici compiti, ma anche quello di prevenire e neutralizzare l'altrui comportamento inosservante delle *leges artis*, con la conseguenza che in caso di mancato o scorretto adempimento di questo ulteriore dovere cautelare, sarà configurabile a suo carico una responsabilità penale per l'evento lesivo verificatosi. «Questo obbligo di "contro-azione"¹²² è una riespansione dei doveri di diligenza connaturati alla posizione di garanzia del medico che abbia percepito l'errore o il pericolo, riespansione che si verifica per effetto della cessazione dell'affidamento nei confronti del cooperante negligente [...] in conformità con gli art. 40 e 43 c.p.. Il fondamento normativo di questo obbligo di "contro-azione" è stato ravvisato dalla dottrina nell'art. 2 Cost., ritenendolo espressione di un'istanza solidaristica rispetto al bene tutelato dai coobbligati»¹²³. Questo secondo limite ha un duplice punto di vista, quello dei garanti che si attivano per eliminare l'errore altrui, appena analizzato, e quello di chi l'errore lo ha compiuto: quest'ultimo non può legittimamente confidare nell'obbligo di attivarsi altrui, infatti, anche se gli altri componenti del team riusciranno a porre rimedio alla sua condotta colposa, egli potrà sempre essere chiamato a rispondere per reato di mera condotta, se espressamente previsto dalla legge.

¹²² L'espressione è mutuata da A. ALESSANDRI, *impresa (responsabilità penali)* in *D. disc. pen.*, vol. VI, Torino 1992

¹²³ P. PIRAS, G. P. LUBINU, *l'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *medicina e diritto penale* ETS 2010

La Corte di Cassazione¹²⁴, ha precisato che l'ulteriore obbligo di garanzia verso il paziente del medico nasce soltanto laddove il collega ponga in essere errori evidenti, non settoriali, rilevabili e prevedibili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche che sono patrimonio professionale di ogni medico in quanto tale, e tenuto conto delle circostanze di fatto. Il medico che individua l'errore del collega, ha l'obbligo di attivarsi per porvi rimedio, anche coinvolgendo altri medici. Nella suddetta sentenza i giudici hanno analizzato la vicenda della morte di un neonato verificatasi poco dopo il parto a causa di un'insufficienza respiratoria, ed hanno ritenuto responsabile sia il ginecologo, per aver posto in essere una condotta inosservante delle *leges artis*, sia il medico che lo coadiuvava, perché non si è accorto dello stato di asfissia del feto nonostante la presenza di «sintomi evidenti in una situazione né difficile né complessa che non richiedeva, per essere affrontata, particolari cognizioni specialistiche».

Altro esempio è la soluzione adottata dalla Corte¹²⁵ per il caso dell'edema polmonare dovuto a condotta colposa dell'anestesista che ha provato più volte, con esito negativo, ed anzi lesivo, ad intubare una partoriente, deceduta poi assieme al feto. I giudici hanno condannato, per concorrente responsabilità con l'anestesista, i due ginecologi addetti ad assistere la partoriente poiché non sono intervenuti a porre rimedio al grave ed evidente

¹²⁴ Cass. IV del 24/01/2005 n. 231535

¹²⁵ Cass. IV del 11/10/2007 n. 237891

errore del collega, mentre era loro dovere estrarre rapidamente il feto per evitarne il decesso. In queste ed altre pronunce la Corte ha ribadito che in tema di équipe, ma anche in ogni ipotesi di cooperazione multidisciplinare non contestuale, ogni medico è tenuto ad osservare gli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico, e tra tali obblighi rientra anche quello di porre rimedio agli errori di altro medico, pur specialista, se questi siano rilevabili ed emendabili con l'ausilio di comuni conoscenze scientifiche del professionista medio.

Il rapporto tra chirurgo ed anestesista è stato oggetto di dibattito acceso in quanto le due figure, pur essendo entrambi medici, pur lavorando spesso a stretto contatto ed anche in unici contesti spazio-temporale, svolgono compiti e mansioni differenti, hanno diverse sfere di competenza e quindi di responsabilità. Pertanto la giurisprudenza è incline a fare applicazione piena del principio di affidamento, ritenendo che ciascun professionista risponda solamente dell'inosservanza delle *leges artis* del proprio settore specifico, salvo che, operando in un unico contesto spaziotemporale, uno dei partecipanti all'intervento constati circostanze fattuali che rendano prevedibile il discostamento dell'altro dagli standard di diligenza e perizia. Vale la pena di far riferimento a due pronunce della Corte un po' datate, ma ancora attuali per ciò che attiene al rapporto tra chirurgo ed anestesista, e che ben evidenziano la sottile linea che divide la sfera di operatività e di

responsabilità delle due figure. Nella prima¹²⁶, che affronta il caso dell'erroneo posizionamento del paziente sul tavolo operatorio che ne aveva determinato una compressione del braccio durante l'intervento, la Corte ha precisato che il chirurgo è estraneo all'attività di immobilizzazione del paziente, che ha sì l'obbligo di controllare, prima dell'intervento, la correttezza del posizionamento dell'operando e la sua rispondenza alle esigenze operatoria, ma tale controllo incontra un limite oggettivo nel fatto che lo stesso è a lui presentato già coperto di teli, il che impedisce un controllo particolareggiato sulla posizione degli arti, per il quale può fare legittimo affidamento sull'anestesista. Nella seconda¹²⁷ la Corte ha assolto l'anestesista dall'accusa di concorso di responsabilità con gli altri componenti dell'équipe per aver omesso di porre rimedio alla dimenticanza di una garza laparotomica all'interno delle viscere di una paziente, precisando che non sussiste un generale obbligo di vigilanza e controllo reciproco tra il chirurgo e l'anestesista.

Le differenze tra la collaborazione così detta "di reparto" e quella in équipe si riflettono in particolar modo sul principio di affidamento poichè mentre nel contesto di un reparto ospedaliero si pone il problema di distribuire i compiti e le responsabilità nell'ambito di una forma di collaborazione monodisciplinare, dove il dovere di vigilanza e controllo del dirigente

¹²⁶ Cass. IV del 14/04/1983 n. 160049

¹²⁷ Cass. IV del 9/04/1984 n. 16643

incontra un limite quantitativo, non potendo egli eseguire personalmente tutte le prestazioni sanitarie richieste, nell'équipe operatoria si realizza una forma di collaborazione multidisciplinare caratterizzata dalla convergenza spazio-temporale di professionalità differenziate, per cui il dovere di vigilanza e controllo del capo équipe incontra un limite di carattere qualitativo¹²⁸.

4. Principio di affidamento e scioglimento anticipato dell'équipe

Una situazione di particolare interesse è l'imputabilità o meno di un evento lesivo al medico che ha lasciato l'équipe e che quindi non era presente al momento del verificarsi dello stesso. La giurisprudenza ci aiuta individuando due requisiti che consentono di ritenere giustificato l'allontanamento del sanitario e di escluderne ogni forma di concorrente responsabilità. Il primo consiste nella semplicità delle residue attività da compiere una volta che il medico abbia esaurito le mansioni a lui affidate, attività che giustificano l'affidamento nella corretta e diligente esecuzione degli ultimi adempimenti da parte degli altri componenti dell'equipe, stante il loro carattere semplice, routinario e la mancanza di elementi, nella

¹²⁸ A. VALLINI, *Gerarchia ospedaliera*; M. MANTOVANI, *Il caso Senna tra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale Economia* 1999

fattispecie concreta, che rendano prevedibili errori altrui di carattere evidente e non settoriale a cui il sanitario, con la sua presenza, avrebbe potuto e quindi dovuto rimediare. Su questo primo punto la giurisprudenza e la dottrina sono pienamente concordi. Il secondo requisito consiste nella necessità indilazionabile ed impellente del medico di prestare la sua attività in favore di altri pazienti. La giurisprudenza giustifica questo tipo di allontanamento solo se l'intervento ancora in corso non richieda il compimento di attività che, nell'iniziale distribuzione dei compiti, gli erano state assegnate o comunque, anche se assegnate ad altri, dovevano essere svolte sotto il suo controllo e la sua supervisione.

Parte della dottrina, in particolare Cantagalli¹²⁹, ritiene che il medico che si allontana dalla sala operatoria quando l'intervento è ancora in corso assume una condotta inosservante del dovere di diligenza, fonte di responsabilità penale, se si accerta che egli, qualora presente, avrebbe potuto emendare l'errore commesso da altro collega, in quanto evidente e non settoriale.

La Corte ha poi affermato che lo scioglimento dell'équipe operatoria non incide sull'esclusione della colpa qualora avvenga, ad esempio, in un intervento ad alto rischio, senza giustificazioni per chi si allontana, e quindi facendo venire meno quel contributo di conoscenze professionali che possono salvaguardare l'incolumità del paziente in presenza di errori altrui;

¹²⁹ Cass. IV del 6/04/2005, in *Cassazione Penale* 2006, con nota di C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo*

al contrario lo scioglimento dell'équipe, giustificato da altre e più pressanti incombenze, in una fase in cui l'intervento è solo da definire con adempimenti della massima semplicità, consente di escludere la colpa¹³⁰. Calzante è la pronuncia della Corte di Cassazione¹³¹ che ha condannato un primario di ostetricia-ginecologia che aveva lasciato la sala parto prima che il travaglio fosse concluso e nonostante avesse riscontrato alcune anomalie nella paziente, lasciando la cura della stessa all'assistente ed omettendo di vigilare sul suo operato, che in seguito si è rivelato errato in quanto utilizzando una ventosa al posto del forcipe, aveva ritardato l'espulsione del feto, cagionando la morte del neonato per sofferenza respiratoria.

Il capo-équipe, data la sua particolare posizione, dovrebbe essere sempre presente durante l'intervento, come si evince da una sentenza di condanna per il capo-équipe che si era assentato dalla sala operatoria lasciando condurre l'intervento (che ha poi avuto esito infausto) a due specializzandi: «chi dirige l'attività del gruppo di lavoro ha la responsabilità di una costante e diligente vigilanza in ogni momento»¹³², salvo mansioni residue di particolare semplicità e contestuale bisogno di un suo intervento altrove.

¹³⁰ L. GIZZI, *La responsabilità medica in équipe*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa*, Firenze University Press 2010

¹³¹ Cass. IV n. 177967 del 3/03/1988

¹³² Cass. IV del 2/04/2007 n. 21594

5. I membri dell'équipe

Il problema principale è costituito dalla difficoltà di appurare se il singolo operatore risponda esclusivamente della condotta da lui posta in essere o se debba rispondere a titolo di cooperazione colposa anche per l'errore commesso da un altro membro dell'équipe. Per risolvere la questione è necessario individuare il perimetro degli obblighi cautelari gravanti su ciascun componente, stabilendo se il singolo medico sia tenuto al rispetto dei soli obblighi di diligenza, prudenza e perizia (*leges artis*), oppure se sia gravato anche da un dovere di controllo sull'operato degli altri membri: nel primo caso risponderà solo se l'evento lesivo è conseguenza di una sua condotta colposa; nel secondo potrà essere chiamato a rispondere anche per un evento lesivo cagionato dalla condotta colposa di altro membro che egli non abbia provveduto a prevenire o correggere.

La giurisprudenza più recente è pressoché unanime nel ritenere l'équipe come un singolo apparato che persegue un fine unitario, per raggiungere il quale deve dotarsi di una definita organizzazione interna, un rigido riparto del lavoro fra i diversi operatori: il fatto che l'organizzazione possa far difetto, implica, in questa prospettiva, l'esistenza di specifiche norme cautelari volte a ridurre il correlato rischio. Secondo questo recente indirizzo della Suprema Corte dovrebbe imporsi ad ogni membro dell'équipe, ad ogni ingranaggio dell'apparato, il dovere ulteriore di

verificare che il proprio apporto professionale e l'apporto altrui, sia esso precedente o contestuale, si armonizzino reciprocamente, si amalgamino omogeneamente in vista del raggiungimento dell'obiettivo comune della tutela della salute del paziente sottoposto al trattamento così strutturato. Insomma, il fatto stesso di partecipare ad un'attività professionale plurisoggettiva imporrebbe al singolo cooperatore un obbligo cautelare di costante verifica dell'operato altrui, verifica che comporta eventualmente un obbligo di intervento, nel momento in cui si apprezza l'altrui inosservanza cautelare, compiuta o imminente»¹³³.

A ben vedere i membri di un'équipe medica, da un lato dovrebbero essere lasciati liberi di concentrarsi sulla propria funzione, al fine di garantire il miglior apporto possibile, dall'altro lo stesso principio di tutela del paziente imporrebbe agli stessi un onere di costante controllo dell'operato altrui: è palese il conflitto tra il principio di affidamento e quello che potremmo chiamare “principio della sfiducia”¹³⁴.

La dottrina penalistica¹³⁵ è oggi pressoché unanime nel ritenere che tra i medici specializzati in diversi settori, operanti all'interno di una équipe operatoria in posizione di pari grado, si debba far ricorso al principio di

¹³³ P. PIRAS, G. P. LUBINU, *l'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *medicina e diritto penale* ETS 2010

¹³⁴ Espressione presa da P. PIRAS, G. P. LUBINU, *l'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *medicina e diritto penale* ETS 2010

¹³⁵ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*; E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*

affidamento al fine di permettere a ciascun componente di svolgere al meglio le proprie funzioni senza doversi costantemente preoccupare di porre rimedio ad eventuali errori altrui.

La stessa dottrina¹³⁶ è altresì concorde nel ritenere che l'operatività del principio di affidamento non sia assoluta, ma venga meno qualora affiorino circostanze concrete che lascino presagire l'altrui condotta inosservante o che rendano manifesti errori già compiuti, a condizione che la rilevabilità di suddette condizioni sia soggettivamente esigibile dagli altri membri dell'équipe, nel senso che l'errore deve essere evidente e non settoriale. Questo è, infatti, l'unico caso in cui un componente di una équipe operatoria può essere chiamato a rispondere per non aver impedito o non aver rimediato ad errore di altro medico. Occorre precisare, infatti, che la giurisprudenza di legittimità¹³⁷ richiede la presenza congiunta dei suddetti ultimi due elementi, pertanto non sarà penalmente rimproverabile il medico che non abbia posto rimedio ad un errore evidente, ma afferente ad un campo di specializzazione diverso dal proprio; stessa soluzione per l'errore non settoriale, ma non evidente, cioè difficilmente riconoscibile con la competenza di un professionista medio.

Vediamo una sentenza della S.C. che fa luce sui principi appena esposti:

¹³⁶ C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, in *Cassazione Penale* 2006

¹³⁷ Cass. IV del 12/07/2006 n. 33619, del 06/04/2005 n. 22579, del 24/01/2005 n. 18548, del 01/10/1999

«su tutti i membri dell'equipe chirurgica incombe un dovere di vigilanza, indipendentemente dalla propria specializzazione, e comunque nei limiti della normale conoscibilità, circa l'impedimento di palesi o specificamente prescritte misure precauzionali in vista dell'intervento chirurgico. Le omissioni di taluni dei componenti dell'equipe, se ben note agli altri, non esonerano questi ultimi dalla corresponsabilità, se nulla hanno fatto per sopperire o correggere le carenze degli altri o almeno sollecitarne l'attenzione. Nella fattispecie, omicidio colposo, è stato effettuato un intervento chirurgico normalmente controindicato nelle situazioni cliniche come quella presentata dal paziente; l'omessa effettuazione di una TAC non ha permesso di accertare le reali condizioni del paziente e dunque di mutare approccio terapeutico. Ogni membro dell'equipe chirurgica avrebbe dovuto rilevare la mancata effettuazione di tale esame basilare ed attivarsi per colmare questa lacuna prima dell'effettuazione dell'intervento chirurgico»¹³⁸.

Un ulteriore obbligo sorge al termine dell'intervento: «in tema di colpa medica nell'attività di équipe, tutti 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

¹³⁸ Cass. IV del 23/09/2010 n. 38592

accresce l'affidabilità»¹³⁹; ne consegue che non elide la responsabilità del medico aiuto chirurgo il fatto che il medico in posizione apicale abbia avvocato a sé l'esecuzione dell'intervento chirurgico»¹⁴⁰.

Infine occorre dire che la posizione di garanzia dei singoli membri dell'équipe verso il paziente non si esaurisce con la fase dell'intervento chirurgico, ma si estende anche a tutto il decorso post-operatorio: «tutti i componenti dell'équipe chirurgica rivestono una posizione di garanzia nei confronti del paziente che non si esaurisce con l'intervento ma si estende anche alla fase postoperatoria, gravando sui sanitari un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato. Il dovere di controllare e di seguire il paziente non può concernere la sola persona del capo dell'équipe operatoria, incombendo anche sull'aiuto il dovere di assicurarsi che la persona sottoposta ad intervento venga, subito dopo la sua esecuzione, assistita e seguita in maniera adeguata, dando le necessarie indicazioni terapeutiche a coloro cui viene affidata in modo da renderli edotti degli eventuali rischi»¹⁴¹. Con questa la pronuncia la S.C. ha ritenuto la responsabilità del medico in posizione intermedia, membro dell'équipe chirurgica la quale, a seguito di complicanze emorragiche sorte durante un intervento di eliminazione di occlusione intestinale, ha proceduto

¹³⁹ Cass. IV del 7/03/2008 n. 1582

¹⁴⁰ Cass. IV del 18/06/2009 n. 36580

¹⁴¹ Cass. IV del 5/11/2009 n. 6690

all'asportazione della milza del paziente; l'imputato, disinteressandosi del decorso postoperatorio nonostante, essendo a conoscenza delle complicazioni insorte fosse in grado di prevedere ed evitare l'*exitus* attraverso un'attenta osservazione dell'evoluzione del quadro clinico ed un passaggio di consegne dettagliato al medico di guardia subentrato nella presa in carico del paziente, non ha permesso di diagnosticare ed arrestare l'emorragia in atto nell'area interessata che ha poi provocato uno shock ipovolemico che ha provocato la morte del soggetto.

6. Il rapporto verticale tra il capo-équipe e gli altri medici

Il capo-équipe è colui che, per qualifica professionale, anzianità ed esperienza, assume in concreto la direzione di un intervento chirurgico e può non coincidere con il dirigente sanitario in posizione apicale. Nel caso in cui ci sia questa sovrapposizione di funzioni tra il *dominus* del reparto e dell'équipe operatoria, nessun problema sorge in merito al rintraccio della fonte legislativa che onera tale soggetto del dovere di controllo e vigilanza sugli altri medici. Diverso è il caso in cui la funzione di capo-équipe sia rivestita da un medico in posizione intermedia (un dirigente medico di primo livello, per dirlo con la terminologia della più recente riforma), a cui nessuna fonte legislativa attribuisce un dovere di controllo sui sanitari di pari grado, né alcuna norma disciplina espressamente gli oneri gravanti sul

capo-équipe¹⁴². Ciò non toglie che il soggetto cui viene affidata la conduzione del team medico-chirurgico sia destinatario di obblighi aggiuntivi derivanti da questo suo ruolo, ovvero di coordinamento e di raccordo operativo tra i vari sanitari in modo da assicurare la necessaria convergenza di tutte le attività verso un risultato unico e comune.

Per il vero tale distinzione non è stata recepita dalla giurisprudenza, che tende, invece, da un lato ad equiparare la posizione del capo équipe a quella del dirigente di reparto, e dall'altro ad addebitare in modo pressoché automatico al primo l'evento lesivo cagionato dalla condotta colposa di uno dei membri dell'équipe¹⁴³. «Un siffatto indirizzo non appare esente da rilievi critici. Bisogna infatti considerare che, anche laddove il capo équipe rivesta la qualifica di primario di reparto, la sua “posizione di vigilanza” non comporta l'obbligo di esercitare un controllo costante e particolareggiato sull'operato degli altri medici durante tutta la durata dell'intervento. Se così fosse, infatti, il capo équipe non potrebbe svolgere efficacemente alcuna attività direttamente operativa perché sarebbe continuamente impegnato a controllare gli altri. Oltretutto, non si può verosimilmente pretendere che il medico in posizione apicale sia qualificato al massimo livello in ogni campo della scienza medica e sia quindi in grado

¹⁴² In tal senso, F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, UTET 2003

¹⁴³ Cassa. IV del 11/10/2007 n. 237891, Cass. IV del 02/04/2007 21594, Cass. IV del 03/03/1988 177967, Cass. IV del 07/11/1988

di ingerirsi nell'attività di colleghi che sono specializzati in settori diversi da quello di sua competenza. Il principio di affidamento, dunque, deve considerarsi operante, sia pure entro margini più ristretti rispetto alle ipotesi di collaborazione tra medici di pari grado, anche con riguardo al medico in posizione apicale nel contesto di una équipe gerarchicamente organizzata»¹⁴⁴.

Al fine di circoscrivere l'obbligo di vigilanza gravante sul capo équipe, parte della dottrina¹⁴⁵ si è sforzata di enucleare il concreto atteggiarsi attraverso la scomposizione dell'intervento chirurgico in alcuni momenti essenziali. Secondo questo indirizzo, infatti, tale dovere di vigilanza si attualizza solo in relazione ai passaggi-chiave dell'operazione. Nella fase iniziale dell'intervento il capo-équipe deve verificare la presenza in sala operatoria di tutti i componenti del team, accertarsi delle buone condizioni fisiche e psichiche dei medesimi, nonché constatare l'assenza di comportamenti colposi già in atto. In secondo luogo è chiamato a ripartire le mansioni operative tra i membri del gruppo. Infine deve monitorare il corretto andamento dell'operazione in vari intervalli di tempo, soprattutto in coincidenza delle fasi cruciali della stessa. In ogni caso il capo-équipe è tenuto ad attivarsi, in chiave preventiva o correttiva di eventuali errori,

¹⁴⁴ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, ETS 2010

¹⁴⁵ E. BELFIORE, *Profili penali*; G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova 1993

qualora percepisca, direttamente o su segnalazione di un collega, una circostanza fattuale idonea ad infirmare l'originario affidamento nell'altrui comportamento conforme alle leggi dell'arte medica. In conclusione il capo-équipe deve poter conciliare tale ruolo con lo svolgimento di mansioni direttamente operative, di talché il suo obbligo di controllo deve essere inteso come un generico dovere di supervisione e coordinamento, con impegno più incisivo nella fase iniziale dell'operazione e nei passaggi più delicati. Il dovere di controllo è corredato dall'obbligo di attivarsi direttamente per prevenire o rimediare eventuali errori percepiti o percepibili.

Le attribuzioni del capo-équipe variano a seconda che il team sia composto da medici dello stesso reparto, quindi con conoscenza omogenee, o che il team sia composto da medici dalla specializzazione diversa: nel primo caso il medico in posizione apicale ha il potere di imporre ai subordinati direttive vincolanti, il potere di sindacare nel merito l'operato dei collaboratori, nonché il potere-dovere di esercitare un penetrante controllo sull'operato altrui; nel secondo caso il potere di controllo e di direttiva è meno pregnante, mentre non muta il ruolo di coordinatore dell'équipe.

Anche il capo-équipe non è esente dal dovere di controllo sul decorso postoperatorio del paziente: «in tema di responsabilità professionale del medio, il capo dell'équipe operatoria è titolare di un'ampia posizione di garanzia nei confronti del paziente che si estende alla fase dell'assistenza

postoperatoria, che il chirurgo ha il dovere di controllare e seguire direttamente, anche attraverso interposta persona»¹⁴⁶; «versa in colpa il medico che, essendo a disposizione del reparto, non effettua ripetute visite in sala degenza per controllare la regolarità del decorso postoperatorio dei pazienti»¹⁴⁷; «costituisce colpa omissiva per il medico il non verificare i corretti esiti di un intervento chirurgico, per quanto routinario»¹⁴⁸; «il chirurgo capo dell'équipe operatoria, nel trasferire la sua posizione di garanzia, deve fornire le necessarie indicazioni terapeutiche e dei controlli dei parametri vitali del paziente appena operato, e deve seguire direttamente – anche per interposta persona – il decorso postoperatorio; a tal fine, egli ha l'obbligo di “eleggere” in maniera oculata i soggetti che dovranno seguire poi il decorso del paziente, nell'immediatezza del suo ritorno in reparto (e nelle seguenti ore della notte); in caso contrario, si può dire che egli ha abbandonato il paziente a se stesso, avendo piena consapevolezza di tale abbandono»¹⁴⁹.

7. CONCLUSIONI

¹⁴⁶ Corte di Cass. IV del 1/12/2004 n. 9739

¹⁴⁷ Cass. IV del 14/07/2010 n. 34845

¹⁴⁸ Cass. IV del 6/02/2007 n. 12798

¹⁴⁹ Cass. IV del 1/12/2004 n. 9739

È giunto il momento di fare il punto della situazione riepilogando brevemente quali sono i punti cardinali che ci servono per orientarci nell'universo dell'attività medica svolta in équipe.

All'interno del team, a differenza di quanto avviene in reparto, lavorano simultaneamente professionisti con qualifiche diverse, i quali sono chiamati a svolgere funzioni precise e predeterminate che devono convergere verso un fine comune: a ciò è preposto il capo-équipe, un medico che assume la qualifica di “dirigente” dell'intervento e si occupa di assegnare le funzioni, coordinare l'esecuzione dell'operazione, vigilare sul buon esito della stessa ed intervenire direttamente per ottemperare sia alle proprie funzioni sia per rimediare alla lacune o errori altrui. Ipoteri di vigilanza e controllo devono essere svolti anche verso professionisti con competenze diverse dalle sue, e per dirimere questo contrasto (e quello che si crea tra gli altri membri dell'équipe in relazione alla loro diversa specializzazione) la giurisprudenza ha limitato la portata del principio di affidamento, da un lato insistendo sulla particolare importanza della posizione di garanzia rivestita dal capo-équipe, dall'altro onerando lo stesso e gli altri membri di un dovere di intervento solo nel caso in cui ravvisino l'esistenza di una concreta situazione fattuale che possa intaccare l'originaria aspettativa di un altrui comportamento a causa di una condotta colposa o di una situazione di pericolo già esistente per il paziente, percepita o percepibile dall'agente (errori evidenti e non settoriali): mentre nell'attività di reparto il dovere di

vigilanza e controllo del dirigente incontra un limite quantitativo, non potendo egli eseguire personalmente tutte le prestazioni sanitarie richieste, nell'équipe operatoria il dovere di vigilanza e controllo del capo équipe incontra un limite di carattere qualitativo; inoltre il dovere di vigilanza è temperato, nel senso che l'obbligo di controllo deve essere inteso come un generico dovere di supervisione e coordinamento, con impegno più incisivo nella fase iniziale dell'operazione e nei passaggi più delicati.

Infine, anche l'assenza, o meglio l'allontanamento dal luogo di lavoro, trova una disciplina particolare nel caso del capo-équipe, il quale può abbandonare la sala operatoria a condizione che ricorrano contemporaneamente due requisiti: la semplicità delle residue attività da compiere una volta che il medico abbia esaurito le mansioni a lui affidate e la necessità indilazionabile ed impellente del medico di prestare la sua attività in favore di altri pazienti.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSETTI F., PICCINELLI M., PICCINELLI R., *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, UTET 2003

ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* 2006

BARTOLI R., *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, University Press Firenze 2010

BARTOLI R., *La colpa, le problematiche della contestazione generica e della mancanza di correlazione tra accusa e sentenza*, University Press 2010

BILANCETTI M., *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova 2006

CADOPPI A. e VENEZIANI P., *Manulae di diritto penale*, CEDAM 2012

C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, in *Cassazione Penale* 2006

CARTABELLOTTA A., *Medicina basata sulle evidenze o sulle linee guida?*, in *Ricerca e sanità* 2000

COCUZZA C., *Il consenso informato è una tutela sufficiente per seguire in ambito non ospedaliero un test provocativo cardiologico a scopo clinico o valutativo medico legale?*, in *Rivista Italiana di Medicina* 2004;

DI LANDRO A. R., *Vecchie e nuove linee ricostruttive*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale dell'Economia* 2005

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento*, Giappichelli 2006

FARNETTI A., *Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano 2007;

FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cassazione Penale* 2006

FINESCHI V., FRATI P., *Linee guida, a double edge sword; riflessioni medico legali sulle esperienze statunitensi*, in *Rivista italiana di medicina* 1998

FIORI A., *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano 1999,

FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano Giuffré 1990

GAROFOLI R., *Tracce-penale*, nel diritto 2007

GIANNINI R., *Linee guida in sanità. Gli aspetti medico legali*, in *Salute e territorio* 1999;

GIUNTA F., *protocolli medici e colpa penale secondo il “decreto Balduzzi”*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 2/2013

GIZZI L., *La responsabilità medica in équipe*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa*, Firenze University Press 2010

GUIDI D., *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e Diritto Penale* ETS 2010

G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova 1993

IADECOLA G., *La ripartizione della colpa nell'attività medica svolta in équipe alla luce della Sentenza "Sciortino" (n. 47145/2005)*, in *Cassazione Penale* 2007;

IADECOLA G., *Il valore “dell'opinione” dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 2001

INTRONA F., *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 2001

MANNA A., *i nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Rivista*

Trimestrale Diritto Penale dell'Economia 1-2/2013

MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffr  1997

MANTOVANI M., *Il caso Senna tra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale dell'Economia* 1999

MARINUCCI G., MARRUBINI G., *Profili penalistici nel lavoro medico-chirurgico in équipe*, Terni, Belfiore 1968

MARINUCCI G., *Non c'  dolo senza colpa*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* 1991

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano 2006

MARINUCCI G., *Causalit  reale e causalit  ipotetica nell'omissione impropria*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale* 2009

MICHELETTI D., *La colpa del medico, prima lettura di una recente ricerca sul campo*, in *Criminalia* 2008

NARDI R., CIPOLLA D'ABRUZZO C., *La responsabilit  del medico in medicina d'urgenza e pronto soccorso*, Torino 1996

NORELLI G. A., *Sul divenire della responsabilit  in ambito sanitario, note medico-legali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale* 1985

PALAZZO F., *Causalit  e colpa nella responsabilit  medica*, in *Cassazione Penale* n. 03/2010

PIRAS P., CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e Diritto Penale*, ETS 2010

PIRAS P., LUBINU G. P., *l'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *medicina e diritto penale* ETS 2010

PIRAS P., *in culpa sine culpa, commento all'art. 3, l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 26 novembre 2012

PORTIGLIATTI BARBOS M., *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Diritto penale e processo* 1996

PULITANÓ D., *Diritto Penale*, Giappichelli 2011

RISICATO L., *le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Diritto penale e processo* 2/2013

SACKETT D.L., ROSEMBERG W.M., GRAY J.A., *Evidence-based medicine. What it is and what it isn't*, in *British Medical Journal* 1993

TERROSI VAGNOLI E., *Le linee guida per la pratica clinica, problemi e valenze medico legali*, in *Rivista Italiana di Medicina*, vol. XXI 1999

VALLINI A., *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico* in *Diritto Penale e Processo* 2000 pag. 1635

VALLINI A., *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"* in *Diritto Penale e Processo* n. 4/2001

VALMASSOI G., *Le linee guida nella pratica clinica. Considerazioni giuridiche*, in *Minerva anestesiologicala* 2006

VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, CEDAM 2003

VIGANÓ F., *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, University Press Firenze 2009

INDICE SENTENZE

Corte Costituzionale

Cort. Cost. n. 282/2002

Cassazione Penale

Cass. IV del 1/02/1982 n. 965

Cass. IV del 14/04/1983 n. 160049

Cass. IV del 4/11/1983 n. 10868

Cass. IV del 9/04/1984 n. 16643

Cass. IV n. 790/1988

Cass. IV del 3/03/1988 n. 177967

Cass. IV 6/12/1990 n. 4793

Cass. IV del 07/11/1988

Cass. IV del 28/06/1996 n. 9151

Cass. IV del 19/01/1999 n. 714
Cass. IV del 26/05/1999 n. 8006
Cass. IV 10/06/1999 n. 8816
Cass. IV del 01/10/1999
Cass. IV del 7/12/1999 n. 11170
Cass. IV del 7/01/2000 n. 81
Cass. IV del 6/06/2000 n. 1340
Cass. IV del 2/03/2000 n. 9638
Cass. IV del 07/12/2000 n. 12781
Cass. IV del 11/09/2002 n. 30328
Cass. IV del 3/11/2004 n. 16658
Cass. IV del 18/03/2004 n. 24051
Cass. IV del 28/10/2004 n. 46586
Cass. IV del 1/12/2004 n. 9739
Cass. IV del 24/01/2005 n. 18548
Cass. IV del 24/01/2005 n. 231535
Cass. IV del 26/01/2005 n. 18568
Cass. IV del 11/03/2005 n. 9739
Cass. IV del 06/04/2005 n. 22579
Cass. IV del 16/06/2005 n. 28617
Cass. IV del 29/09/2005 n. 47145
Cass. IV del 29/11/2005 n. 47145
Cass. IV del 23/12/2005 n. 48362

Cass. IV del 9/02/2006 n. 12894
Cass. IV del 8/06/2006 n. 24400
Cass. IV del 12/07/2006 n. 33619
Cass. IV del 14/11/2006 n. 6681
Cass. IV del 19/05/2007 n. 4675
Cass. IV del 14/11/2007 n. 10795
Cass. IV del 2/03/2007 n. 19354
Cass. IV del 17/01/ 2007 n. 29151
Cass. IV del 6/02/2007 n. 12798
Cass. IV del 2/04/2007 n. 21594
Cass. IV del 7/06/2007 n. 29170
Cass. IV del 20/06/2007 n. 29206
Cass. IV del 11/10/2007 n. 237891
Cass. IV del 7/03/2008 n. 15282
Cass. IV del 30/01/2008 n. 8611
Cass. IV 28/05/2008 n. 24360
Cass. IV del 10/07/2008 n. 32424
Cass. IV del 6/11/2008 n. 45126
Cass. IV del 14/11/2008 n. 47490
Cass. IV del 9/04/2009 n. 19755
Cass. IV del 17/04/2009 n. 24973
Cass. IV del 28/05/2009 n. 36554
Cass. IV del 18/06/2009 n. 36580

Cass. IV del 5/11/2009 n. 6687

Cass. IV del 14/01/2010 n. 14551

Cass. IV del 8/04/2010 n. 20370

Cass. IV del 26/05/2010 n. 34521

Cass. IV del 14/07/2010 n. 34845

Cass. IV del 23/09/2010 n. 38592

Cass. IV del 11/03/2013 n. 11493

Cass. IV del 9/04/2013 n. 16237