



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

***LA MEDICINA DIFENSIVA: EZIOLOGIA DEL
FENOMENO E PROSPETTIVE FUTURE***

Il Candidato

Paola Vella

Il Relatore

Giovannangelo De Francesco

A.A. 2015/2016

INDICE

INTRODUZIONE	5
CAPITOLO I	8
MEDICINA DIFENSIVA: LE ORIGINI DEL PROBLEMA	8
1. Inquadramento del fenomeno	9
2. Il fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica.	13
3. La posizione di garanzia del medico e il rischio di un eccesso punitivo	24
4.1. Il progresso scientifico come strumento di incremento del contenzioso giudiziario	31
4.2. La complessità dell'organizzazione sanitaria.....	34
4.3. L'effetto dei mass media sul conflitto diritto/medicina	39
5.1. Il diritto penale come strumento contro la malpractice in Italia...42	
5.2. Tort Law e Medical Malpractice nel sistema statunitense.....	48
CAPITOLO II.....	57
IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITA' PENALE IN AMBITO MEDICO.....	57

1.1. Cenni sulla categoria della colpa in generale	58
1.2. Il concetto di colpa professionale fino alla metà del '900	64
1.3. La sentenza della Consulta n° 166/73.	66
1.4. Il progressivo abbandono dell'art. 2236 c.c. nell'accertamento della colpa medica	69
1.5. Il ritorno dell'art 2236 c.c. come <<regola di esperienza>> del giudizio	70
2.1. Il principio di affidamento	72
2.2. Il principio di affidamento nell'attività medico-chirurgica in équipe	76
2.3. Rapporti tra primario e sottoposti.....	82
3. La responsabilità dello psichiatra come ipotesi paradigmatica di colpa medica.....	88
CAPITOLO III	94
ANALISI EMPIRICA E PRIME PROPOSTE DI RIFORMA	94
1. I costi della medicina difensiva secondo la Commissione Parlamentare di inchiesta sugli errori ed i disavanzi sanitari della Camera dei Deputati	95
2. L'indagine dell'Ordine provinciale di Roma dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri	100
3.1. Contributi della psicologia alla riduzione della medicina difensiva	103
3.2. Il Progetto di riforma del Centro Studi << Federico Stella >> sulla Giustizia Penale e la Politica Criminale.....	109

3.3. La ricerca empirica ed i suoi risultati	111
3.4. La proposta di modifica del codice penale e la definizione di colpa grave.....	114
CAPITOLO IV	124
GLI SVILUPPI PIU' RECENTI IN RISPOSTA AL FENOMENO .	124
1.1. L'art. 3 del << Decreto Balduzzi >> : un tentativo di porre a freno il contenzioso.....	125
1.2. Caratteristiche e finalità delle linee guida.	128
1.3. La sentenza Grassini: emblema dell'atteggiamento di cautela nei confronti delle linee guida.	137
1.4. Violazione di linee guida e buone pratiche: una ipotesi di culpa sine culpa?.....	141
1.5. Questione di legittimità costituzionale del c.d Decreto Balduzzi.	149
1.6. Linee guida e protocolli.	151
2. Normativizzazione e misura soggettiva della colpa medica.....	153
3. La Commissione sulla "responsabilità professionale e la medicina difensiva" del Ministro Lorenzin.	159
4. Il DDL Gelli e la proposta di una fattispecie speciale di omicidio colposo e lesioni personali colpose in ambito sanitario.	163
CONCLUSIONI	168
BIBLIOGRAFIA	174

INTRODUZIONE

La medicina difensiva costituisce un fenomeno di sempre maggiore attualità e rappresenta il frutto delle disfunzioni del sistema sanitario e di alcune tendenze giurisprudenziali. Secondo la definizione dell'Office of Technology Assessment, essa è un fenomeno che si attua <<quando i medici prescrivono test, trattamenti o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, primariamente allo scopo di evitare accuse. Quando i medici adottano il ricorso a test, trattamenti, clinicamente superflui nel caso specifico, praticano la medicina difensiva *positiva*; quando invece evitano casi difficili e li dirottano altrove, praticano la medicina difensiva *negativa*>>.

Nel corso degli anni l'incidenza del costo della medicina difensiva sull'intero sistema sanitario è diventato ingente, al punto che, come vedremo più approfonditamente nel corso della trattazione, le ultime stime sono di circa 10 miliardi l'anno.

Lo scopo di questa trattazione è quello di effettuare una disamina del problema, per poi passare alle soluzioni più recenti che il legislatore ha cercato di adottare per contenerne la portata.

Nello specifico, il primo capitolo verterà sull'inquadramento del problema, sul dibattito circa il suo fondamento di liceità e quindi sulla posizione di garanzia del medico. Si continuerà con l'esame delle situazioni contingenti che hanno contribuito al suo sviluppo, per poi effettuare una breve comparazione tra il sistema italiano e il sistema statunitense circa la responsabilità medica. Proseguiremo poi sviluppando gli aspetti più strettamente penalistici, passando ad un esame della colpa e in particolare delle oscillazioni giurisprudenziali nei riguardi dell'applicabilità dell'art 2236 c.c. alla colpa medica. Proseguiremo con un'analisi del principio di affidamento, per poi addentrarci nell'attività medica plurisoggettiva, che rappresenta l'ambito nel quale tale principio trova maggiore applicazione, dedicando particolare attenzione agli orientamenti giurisprudenziali che propendono verso una tendenza punitiva, spesso non dando il giusto peso valutativo alla divisione dei compiti e alle rispettive qualifiche di coloro che svolgono una attività medico-chirurgica.

Il terzo capitolo tratterà dei risultati delle varie analisi empiriche che sono state condotte per cercare di quantificare la medicina difensiva e i suoi costi, come l'indagine della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori ed i disavanzi sanitari, e come l'indagine dell'Ordine provinciale di Roma dei Medici chirurghi e degli Odontoiatri. Verrà presentata anche una interessante disamina delle possibili cause psicologiche che

contribuiscono al fenomeno, per poi concludere con il Progetto di riforma del Centro Studi <<Federico Stella>> sulla giustizia penale e la politica criminale, che ha anche proposto la modifica del codice penale in vari punti per porre un freno alle varie criticità riscontrate.

L'ultimo capitolo, infine, approfondirà le novità legislative degli ultimi anni, prima fra tutte il c.d. Decreto Balduzzi, concentrandosi sulle linee guida che con tale normativa diventano un parametro per valutare la presenza o meno della colpa, e quindi della sussistenza della responsabilità. Il discorso continuerà dando notizia delle incertezze sollevate dalla formulazione dell'art. 3 del suddetto decreto, al punto da far parlare qualche autore di *culpa sine culpa*, e della questione di legittimità costituzionale del decreto sollevata dal Tribunale di Milano. Si tratterà poi della tendenza alla normativizzazione delle regole cautelari, tralasciando l'aspetto più personalistico e individualizzante della colpa, che rientra nella "misura soggettiva" della stessa. La trattazione sarà conclusa parlando della Commissione sulla responsabilità professionale e la medicina difensiva, istituita dall'attuale Ministro della Salute Beatrice Lorenzin, e del Ddl Gelli, che in questi mesi sta proseguendo il suo *iter* e che prevede, tra l'altro, l'introduzione di una fattispecie di omicidio colposo e lesioni colpose in ambito sanitario.

CAPITOLO I

MEDICINA DIFENSIVA: LE ORIGINI DEL PROBLEMA

SOMMARIO: *1. Inquadramento del fenomeno. 2. Il fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica. 3. La posizione di garanzia del medico e il rischio di un eccesso punitivo. 4.1. Il progresso scientifico come causa di incremento del contenzioso giudiziario. 4.2. La complessità dell'organizzazione sanitaria. 4.3. L'effetto dei mass media sul conflitto diritto/medicina. 5.1. Il diritto penale come strumento contro la malpractice in Italia. 5.2. Tort Law e Medical Malpractice nel sistema statunitense.*

1. Inquadramento del fenomeno

La medicina difensiva è un fenomeno che si attua <<quando i medici prescrivono test, trattamenti o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, primariamente allo scopo di evitare accuse. Quando i medici adottano il ricorso a test, trattamenti, clinicamente superflui nel caso specifico, praticano la medicina difensiva positiva; quando invece evitano casi difficili e li dirottano altrove, praticano la medicina difensiva negativa.>> Questa definizione, considerata come il punto di partenza di ogni indagine su questo argomento¹, è stata elaborata dall' OTA (Office of Technology Assessment) a seguito di uno specifico incarico proveniente dal Congresso degli Stati Uniti volto a condurre una ricerca analitica sull'argomento, il cui risultato è stato pubblicato nel 1994 con il titolo "Defensive Medicine and Medical Malpractice". Essa è un fenomeno la cui esistenza è già nota in epoca molto antica: un episodio tra i più rilevanti risale al IV secolo a.C. ed è riportato da Curzio Rufo nelle *Historie Alexandri Magni*. L'autore narra che quando Alessandro Magno rimase gravemente ferito in battaglia, con una freccia conficcata nel suo corpo, nessuno dei medici ebbe il coraggio di intervenire finché lo stesso Alessandro, alla luce

¹ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 5

della gravità delle sue condizioni, comprendendo la titubanza dei medici, promise l'impunità a Critobulo, che poi lo operò.²

Naturalmente, la dimensione e le ragioni odierne della medicina difensiva sono ben più complesse. Tale pratica, intesa nell'accezione attuale, ha iniziato a prendere consistenza negli Stati Uniti durante gli anni '70³, per poi diffondersi in Canada e in Europa⁴. Dalla suddetta definizione si evince come i comportamenti medici possano sostanzialmente essere ricondotti a due tipi di fenomeni.

Il primo è qualificabile come *positivo* ed in esso rientrano, a titolo esemplificativo, la redazione minuziosa di moduli di consenso che elencano possibili complicanze anche mortali, la prescrizione eccessiva di esami, pur nella convinzione della loro prevalente inutilità, nonché il ricorso sempre più frequente al parto cesareo⁵. Invero, come rilevato da alcuni autori, non sempre tale scrupolosità può considerarsi un danno per i pazienti⁶, dal momento che si traduce in una serie di accertamenti superflui, ma che non implicano un detrimento per la salute.

² PALIERO, RANDAZZO, DANESINO, BUZZI, "Cause e mezzi" della medicina difensiva: riflessioni medico-legali, in Riv. It. Med. Leg. 2013, pag 17

³ PALIERO, RANDAZZO, DANESINO, BUZZI, "Cause e mezzi" della medicina difensiva: riflessioni medico-legali, in Riv. It. Med. Leg. 2013, pag 17

⁴⁴ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, 2009, pag 5.

⁵ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 12

⁶ PALIERO, RANDAZZO, DANESINO, BUZZI, "Cause e mezzi" della medicina difensiva: riflessioni medico-legali, in Riv. It. Med. Leg. 2013, pag 17

Il secondo tipo di manifestazione del fenomeno è definibile come *negativo* e comprende le condotte di carattere astensionistico, che si sostanziano nel non fornire le prestazioni terapeutiche che pur sarebbero indicate, in situazioni considerate “ad alto rischio”. La medicina difensiva omissiva viene sintetizzata nel fenomeno del *patient screening*, diffuso soprattutto negli USA, che si riferisce al rifiuto di prendere a carico un caso difficile e alla difficoltà di reperire personale medico nelle specializzazioni considerate più a rischio (medicina d’urgenza, chirurgia, anestesia).⁷ Viene sollevata da alcuni autori la delicatezza della questione, dato che non sempre tali comportamenti sono solo espressione di pratiche difensive, ma possono essere frutto di scelte cliniche ponderate. Lo stesso Codice Deontologico, all’art 22, sancisce il diritto del medico di rifiutare di fornire le proprie prestazioni, qualora esse “*contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico...a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona assistita...*”. Dovrebbe pertanto essere il singolo medico a valutare se e quando arrestare il suo intervento, in situazioni nelle quali i contro si rivelino maggiori dei benefici che un paziente può trarre, specialmente nei casi in cui si otterrebbe il prolungamento

⁷ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 13

di una vita di pessima qualità, o si richiedano cure con probabilità di successo bassissime.

In ogni caso, la medicina difensiva ha effetti negativi sui costi della sanità, e conseguentemente sul corretto funzionamento dei servizi, con ripercussioni sull'intero sistema.⁸ Per tale motivo, soprattutto negli ultimi anni, sono stati effettuati alcuni tentativi di arginare il problema, cercando di ridurre i costi e di addivenire ad una riduzione del contenzioso. Il tema rimane di stretta attualità, con l'istituzione di una apposita Commissione e la presentazione di alcuni disegni di legge.

E' da segnalare come sia stata coniata l'espressione "Medicina dell'obbedienza giurisprudenziale"⁹ per indicare il fenomeno per cui la stessa prassi giurisprudenziale in materia condiziona i comportamenti dei medici curanti, inducendoli a orientare le proprie scelte diagnostico-terapeutiche non già in base alle indicazioni provenienti dalla letteratura scientifica, ma alla luce delle massime che vengono estrapolate¹⁰.

⁸ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 13.

⁹ FIORI, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?* in Riv. It Med. Leg , 2007, pag 925

¹⁰ CELANI, VETRUGNO, MARIOTTI, *Medicina difensiva "negativa" vs Medicina difensiva "pro-positiva"*, Milano, 2012, pag 7

2. Il fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica.

L'attività medico-chirurgica ha generato un vivace dibattito in dottrina circa l'individuazione del suo fondamento di liceità. Infatti, non sussiste tuttora una convergenza su di esso. Innanzitutto, vi è chi sostiene che l'attività medico-chirurgica rientri in una delle cause di giustificazione previste dal nostro ordinamento, mentre altra dottrina sostiene che la ricerca di una soluzione scriminante oltre i casi previsti dalla legge sia dovuta all'incapacità delle disposizioni esistenti di "coprire" integralmente l'ambito degli interventi aventi per scopo la tutela dell'altrui salute.

Per quanto riguarda le cause di giustificazione codificate, una dottrina riconduce tale attività all'art 50 del c.p., che prevede che "Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne". La critica che viene fatta a questa dottrina è che il consenso dell'avente diritto non può sussumere al suo interno tutti i casi di intervento medico: l'art 5 c.c. stabilisce che « Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione

permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume », per cui in questo caso tutte le operazioni medico-chirurgiche che implicano una menomazione permanente dell'integrità fisica dovrebbero essere considerate illecite. A maggior ragione, poi, si deve escludere l'applicabilità di questo articolo nel caso in cui l'intervento abbia un esito negativo, perchè non si potrebbe certo giustificare tale risultato sulla base di una scelta consenziente del soggetto rispetto al prodursi di un esito infausto¹¹.

Altra causa di giustificazione invocata è lo stato di necessità, di cui all' art 54 c.p., ma per l'appunto essa ricomprenderebbe solo le situazioni di urgenza e di indifferibilità dell'intervento, non le situazioni di interventi programmati e prive di un pericolo attuale, oltre al fatto che l'agire del medico non potrebbe essere comunque scriminato in assenza del consenso del malato.

La dottrina più recente tende invece a far rientrare l'attività medica nell'art 51 c.p. 1 comma, trattandosi di una *attività giuridicamente autorizzata* dall'ordinamento, proprio in virtù della sua finalità che è riconosciuta e garantita dalla stessa Costituzione all'art 32, nonchè dall'imponente

¹¹ DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2011, pag 330

apparato pubblico finalizzato alla prevenzione e alla cura delle malattie e dalla normativa dettata per assicurare l'idoneità tecnico-professionale del personale sanitario. Secondo questa dottrina, bisogna distinguere a seconda che si tratti di 1) attività terapeutica; 2) attività terapeutico-sperimentale; 3) attività sperimentale pura; 4) attività estetica pura. Negli ultimi due casi verrà in gioco l'art 50 c.p. e quindi il consenso dell'avente diritto, non rientrando essi nella finalità di tutela della salute. L'attività terapeutico-sperimentale è una attività terapeutica che diventa lecita nei casi in cui non siano disponibili cure non sperimentali efficaci. Per quanto riguarda l'attività terapeutica, essa è lecita come esercizio di attività riconosciuta e autorizzata giuridicamente nel caso siano rispettati determinati requisiti ossia l'effettiva necessità di cura, l'abilitazione professionale del sanitario, il consenso informato del paziente e l'osservanza delle *leges artis*. Secondo altra parte della dottrina, se sussistono tali requisiti, verrebbe meno la stessa tipicità del fatto di lesioni o omicidio anche se l'intervento abbia avuto esito negativo, mentre vi è anche chi ritiene che l'esito infausto renda inapplicabile la scriminante e debba essere valutato sul piano della colpevolezza¹². De Francesco, in merito al

¹² PADOVANI, *Diritto Penale, IX edizione*, Giuffrè, Milano, 2008, pag154-155.

dibattito in questione, ritiene che il punto di partenza per inquadrare il problema sia la considerazione che l'attività medica presupponga il riconoscimento di una posizione di garanzia, volta alla tutela della salute. A quel punto, sarebbe difficile affermare che l'attività medico-chirurgica sia produttrice di un'offesa, perché la posizione di garanzia presuppone proprio l'obbligo di attivarsi, e quindi se il medico deve agire, allora la sua condotta non può qualificarsi come offensiva del bene per la cui salvaguardia è imposto il dovere di attivarsi. Bisogna chiarire che il dovere di agire imposto dalla qualifica rivestita dal medico, è comunque differente dall'adempimento di un dovere ex art 51 c.p., dato che quest'ultimo presuppone l'esistenza di un'offesa, che però, alla luce di una valutazione del legislatore, viene ad essere giustificata. Nell'attività medico-chirurgica, invece, si sottolinea come la tutela della salute sia l'unico interesse in gioco. La conclusione è la medesima anche nel caso in cui vi sia una lesione parziale dell'integrità fisica, come nel caso di un arto amputato, dato che il bene della salute deve essere valutato nel suo complesso, e quindi, se l'amputazione dell'arto si riveli necessaria per ripristinare la condizione complessiva del paziente, allora l'intervento

medico è stato condotto proprio coerentemente con la sua finalità.

Tale tesi era già presente in un saggio del Grispigni del 1914, in cui egli scriveva: "Certo, dopo un'operazione l'organismo può rimanere privato, ad esempio, di un braccio, di una gamba ecc. Ma bisogna vedere se la mancanza di questo arto, invece di costituire un danno per l'organismo, non significhi proprio l'opposto e cioè un beneficio. [...] E tale effetto appunto perchè utile non si può considerare quale un'offesa, un danno, una lesione della salute... manca quindi l'elemento obiettivo del reato di lesione personale¹³."

Secondo l'orientamento più accreditato recentemente, quindi, come già detto precedentemente, il consenso è solo uno degli elementi necessari e legittimanti l'attività terapeutica. A fondamento del consenso si devono riconoscere l'art 32 della Costituzione (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge) e l'art. 13 Cost. Difatti, l'inviolabilità della libertà personale si pone alla base del diritto del malato di decidere liberamente per quanto attiene al proprio corpo ed alla

¹³ BLAIOTTA, *I profili penali della relazione terapeutica*, Cass. pen., fasc. 11, 2005, pag 3599

propria salute.

Prima di affrontare in maniera ancora più approfondita il discorso relativo al consenso, bisogna dare nota, come accennato precedentemente, dell'orientamento di un'altra parte della dottrina, la quale ritiene che questa attività potrebbe rientrare in una causa di giustificazione "non codificata", che si legittimerebbe sulla base di un "alto interesse sociale" garantito dall'attività medica. Si sostiene che sia innegabile che il legislatore, nel disciplinare le cause di giustificazione, non abbia considerato i molti aspetti peculiari che comporta l'attività medica¹⁴. Anche questa tesi è oggetto di critiche, soprattutto in relazione al fatto che ammettere una causa di giustificazione non codificata costituirebbe una violazione del principio di legalità¹⁵.

Per quanto riguarda il consenso, in ambito medico si parla di *consenso informato*, con il quale si indica la consapevole adesione del paziente al trattamento medico al quale viene sottoposto. Facendo un breve excursus, la prima volta che si parla di <<*informed consent*>> è alla fine degli anni Cinquanta, quando la Corte Suprema della California lo indicherà come principio di riferimento nel

¹⁴ BLAIOTTA, *I profili penali della relazione terapeutica*, Cass. pen., fasc. 11, 2005, pag 3599

¹⁵ PADOVANI, *Diritto penale, IX Edizione*, Giuffrè, Milano, 2008, pag 147

caso Salgo del 1957. In quella occasione viene affermato il dovere del medico di comunicare al paziente ogni elemento che sia necessario a formare la base di un consenso. In Europa l'idea del consenso informato si svilupperà più tardi: un primo punto di riferimento è costituito dai *Principi di etica medica europea*, ma è solo con la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997 che si prevede espressamente che qualsiasi trattamento medico possa essere praticato soltanto se la persona abbia previamente prestato il proprio consenso libero ed informato. In Italia un pieno riconoscimento giuridico della necessità di una adeguata previa informazione si afferma solo a partire dagli anni '90 grazie all'opera della giurisprudenza e alla comparsa di qualche previsione normativa, seppur frammentata. L'affermazione del consenso informato segna un'evoluzione anche dal punto di vista culturale, poichè dal paternalismo medico si passa ad una concezione di <<alleanza terapeutica>>, in cui il medico prende le decisioni relative alla salute del paziente informandolo costantemente¹⁶.

La giurisprudenza ha individuato tutte le caratteristiche

¹⁶ PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, Riv. trim. dir. pubblico, fasc. 1, 2011, pag 127

che il consenso deve avere per essere valido e informato: non è ammesso un generico documento prestampato o standard; non deve essere troppo stringato ma neanche troppo prolisso e scritto con l'utilizzo di termini tecnici che non lo rendano facilmente comprensibile; il paziente ha il diritto di essere a conoscenza della natura del trattamento, delle modalità di esplicazione, della portata, dei suoi possibili risultati e delle eventuali implicazioni negative che possono determinarsi (Cass. Civ., sent. del 09/12/2010, n. 24853)¹⁷.

La mancanza del consenso, oppure la presenza di un consenso che non possa definirsi informato, determina una situazione di trattamento medico chirurgico arbitrario.

Tratteggiando un breve excursus delle correnti giurisprudenziali circa il modo di qualificare l'attività medica svolta in assenza del consenso, il punto di partenza non può che essere il Caso Massimo (Cass Pen., Sez V, 1992/5639): una anziana signora era stata sottoposta ad un intervento chirurgico demolitivo (amputazione totale addomino-peritoneale del retto) anzichè a quello concordato di asportazione trans-anale di un adenoma villosa, in mancanza di una urgenza terapeutica. Durante

¹⁷ http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche_asp/news_giuridica_17651.asp,
Avv. Eraldo Quici, 18/02/2015

l'operazione subentrarono delle complicanze che portarono alla morte della donna. La Corte ritenne che "il chirurgo che in assenza di necessità e urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie [...], egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se derivi la morte". In sostanza, il consenso è un elemento imprescindibile per lo svolgimento dell'attività medico chirurgica; pertanto, mancando lo stesso, in presenza di un intervento comunque riuscito, si configura il reato di lesioni personali; se ne deriva la morte si incorrerà nel più grave omicidio preterintenzionale. Successivamente la Corte affrontò il "caso Barese", (Cass.Pen., Sez IV, 28132/2001): la paziente fu sottoposta ad un intervento chirurgico per l'asportazione di una cisti ovarica, ma nel corso dell'intervento ci si accorse di una grossa massa tumorale, che il chirurgo decise di asportare insieme all'utero, sebbene non sussistessero ragioni di urgenza e l'operazione per la quale la paziente aveva espresso il consenso fosse la rimozione della cisti, e non l'isterectomia. Durante l'operazione vennero recisi i vasi iliaci esterni e lesi i vasi ipogastrici e ciò comportò il

decesso. In questo caso la Corte negò la possibilità di configurare un omicidio preterintenzionale, perchè esso è configurabile se vi è l'intenzionalità del soggetto nel provocare una lesione dell'integrità fisica, cosa che in questo caso mancava, dato che la condotta tenuta dal medico era invece diretta a tutelare la salute del paziente¹⁸. Altro passaggio fondamentale è il caso Volterrani (Cass.Pen., Sez I, 26446/2002). Il paziente aveva dato il consenso per un intervento di ernia ombelicale, ma, arrivato in sala operatoria, venne individuato un tumore maligno e quindi si procedette a duodenocefalopancreasectomia. Tuttavia, insorsero delle complicanze e il paziente morì. La Cassazione assolse il medico, ritenendo l'intervento svoltosi nel pieno rispetto delle *leges artis*, e collegando il decesso a complicanze non prevedibili¹⁹. Il principio di diritto è che il medico risulta sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico ritenuto necessario per la tutela della salute del paziente, e ciò anche in caso di mancanza di un esplicito consenso, dovendosi ritenere insuperabile solo l'espreso rifiuto al trattamento.

¹⁸ <http://www.altalex.com/documents/news/2009/02/22/attivita-medico-chirurgica-mancato-consenso-del-paziente-e-rilevanza-penale>, 23 febbraio 2009, nota di Stefania Bertollo.

¹⁹ <http://www.odontolex.it/sentenze-penale/consenso-informato/87-18101990-corte-assise-di-firenze-il-c-d-caso-massimo-il-consenso-informato.html> , 5 agosto 2013

Questo orientamento viene confermato da un caso successivo del 2009. (Cass. Pen., 2437/2009). La paziente era stata sottoposta ad una laparoscopia, ma durante la stessa il medico procedeva ad una salpingectomia. L'intervento era stato compiuto nel pieno rispetto delle *leges artis* e con esito fausto, ma senza il previo consenso della donna. La Corte in quell'occasione ritenne che, ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento sia eseguito nel rispetto delle *leges artis* e si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in assenza di indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale²⁰. Naturalmente, ciò non toglie che il mancato consenso del paziente, in quei casi di esito fausto possa comunque rilevare in sede civilistica.

²⁰ <http://www.altalex.com/documents/massimario/2009/03/04/responsabilita-del-medico-consenso-del-paziente-attivita-ulteriore-legittimita,04/03/2009>

3. La posizione di garanzia del medico e il rischio di un eccesso punitivo

La professione medica è un'attività che si innesta in un decorso causale già in atto e indipendente dalla condotta del medico, rappresentato dalla malattia.

La condotta è quel comportamento umano cui l'ordinamento ricollega degli effetti dal punto di vista giuridico. E' un elemento costitutivo del fatto tipico, insieme al soggetto attivo. Vi sono due tipologie di condotta: l' *azione* e l'*omissione*. L'azione dà luogo ad un fenomeno della realtà esterna che offende l'interesse protetto dalla norma. L'omissione, invece, è una tipologia di condotta più problematica, dato che consiste proprio in un *non facere*; pertanto sfugge a qualsiasi percezione esteriore.

Le fattispecie omissive hanno avuto ingresso solo recentemente, proprio perchè le condotte attive sono più facilmente riconoscibili, trattandosi di comportamenti rilevabili esternamente, e quindi queste ultime erano più vicine al livello di sensibilità giuridica di una società che ancora non aveva elaborato categorie concettuali che richiedevano una maggiore capacità di astrazione.

Altro fattore che ha determinato un accoglimento tardivo di tali fattispecie è la concezione dello Stato. Nello Stato liberale, infatti,

l'idea dello <<Stato minimo>> implicava che l'ordinamento potesse vietare le condotte che si ponevano in contrasto con i valori dello Stato, ma non poteva imporre delle condotte positive, che avrebbero implicato una limitazione eccessiva della sfera di libertà del singolo. E' solo con l'avvento della Costituzione e dello Stato sociale che inizia ad affermarsi l'opportunità di prevedere anche fattispecie omissive, sul presupposto della necessità di intervenire attivamente per la piena realizzazione dei diritti di ciascuno, in un'ottica solidaristica²¹.

Le fattispecie omissive sono distinte in *reati omissivi propri* e *reati omissivi impropri*. I reati omissivi propri sono quelli nei quali rileva la semplice omissione di una condotta doverosa, mentre quelli impropri sono i reati in cui rileva il verificarsi di un evento (non a caso sono definiti anche *reati omissivi d'evento*)²².

L' eventuale responsabilità del medico rientra tra i secondi e il riferimento normativo si trova all'art. 40 c.p. al 2° comma. La norma recita "Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo.", introducendo una *clausola di equivalenza*, per la quale i reati a forma libera (quindi i reati che possono essere commessi con qualsiasi modalità) possono essere integrati non solo con una condotta attivamente volta a cagionare l'evento, bensì anche nel caso in cui il soggetto,

²¹ DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008,pag 183

²² DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008,pag 184

sul quale gravi un obbligo giuridico di intervento, non si attivi per impedirne la verifica. Dalla disposizione si ricava che quindi il *quivis de populo* non può essere considerato responsabile, ad esempio, di omicidio, nel caso di mancato soccorso, ma tale obbligo deve trovare origine in un precetto comunque dotato di rango legislativo, che sia una legge o un contratto.

Diversa la posizione del medico, titolare di una situazione giuridica soggettiva denominata *posizione di garanzia*. Esse si distinguono in *posizioni di protezione* e *posizioni di controllo*. Le prime si riferiscono all'obbligo di tutela dell'integrità di certi beni giuridici; le seconde riguardano i soggetti chiamati a vigilare su determinate fonti di pericolo. Posto che la posizione del medico rientra tra le prime, è ormai orientamento dominante sia in dottrina che in giurisprudenza quello di ritenere che non sia necessario far discendere l'obbligo di tutela da una specifica disposizione giuridica, ma è sufficiente un "contatto" tra un interesse bisognoso dell'intervento altrui e di un soggetto di fatto in possesso di poteri idonei a proteggerlo²³. È la teoria del *contatto sociale*, secondo la quale la posizione di garanzia si costituisce in via fattuale, nel momento in cui si instaura una relazione tra due soggetti, indipendentemente dall'esistenza di una

²³ DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, pag 190

fonte giuridica da cui derivi un tale obbligo.

Sebbene tale orientamento sia maggioritario, sembra incompatibile con il principio di legalità, in quanto l'individuazione di tale posizione non avviene sulla base di una disposizione giuridica, ma viene sostanzialmente rimesso di volta in volta all'organo giurisdizionale l'apprezzamento delle ipotesi in cui si realizzino in via di fatto particolari situazioni ritenute idonee a far sorgere la responsabilità²⁴.

La previsione di una disposizione che individua un obbligo giuridico non può comunque da sola configurare una responsabilità penale : trattandosi di un'attività volta ad impedire un evento, non soltanto si richiede in capo al soggetto una determinata qualifica, finalizzata proprio a ciò, ma anche l'esistenza in concreto di poteri impeditivi. In relazione a questo secondo elemento, si riscontra invece la tendenza della giurisprudenza ad affermare la responsabilità del soggetto ogni qualvolta l'evento si verifichi.. Il rischio è quello di punire la condotta negligente del medico in quanto tale, chiamato a rispondere per qualsiasi evento verificatosi, senza accertare la prevedibilità dello stesso nella prospettiva del soggetto: quasi un ritorno alla logica del *versari in re illicita*²⁵. In alcuni ambiti, come quello della psichiatria, che si approfondirà poco più avanti,

²⁴ DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, pag 190

²⁵ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 281

le sentenze si sono orientate addirittura verso la configurazione di una responsabilità per omicidio colposo anche in ipotesi di condotte commissive del paziente in cura, facendo coincidere il dovere di cura con il dovere giuridico di impedire l'evento ex art 40 comma 2 c.p.²⁶.

Nella dimensione plurisoggettiva, questa tendenza a far discendere la responsabilità dalla mera posizione di garanzia rivestita dal medico si riflette in un indirizzo secondo il quale <<ciascun sanitario non solo è responsabile del rispetto delle regole di diligenza e perizia connesse alle mansioni specificamente ed effettivamente svolte, ma deve costituire anche una sorta di garanzia per la condotta degli altri componenti e porre quindi rimedio agli eventuali errori altrui²⁷>>.

La criticità che emerge deriva dal fatto che il decorso causale è innescato da un fenomeno, quale la malattia, che il medico, in virtù della professione svolta, deve cercare di bloccare; tuttavia si incorre nel rischio di non distinguere correttamente ciò che è una legittima aspettativa da ciò che non può essere richiesto, in quanto al di sopra di ogni concreta possibilità: come sottolinea De Francesco, <<obbligarlo ad 'impedire l'evento' – nel senso rigoroso di una *restitutio in integrum* di quel bene compromesso –

²⁶ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 215

²⁷ Cass., 24 gennaio 2005, Miranda, in *C.e.d. Cass*, n 231535; Cass., 11 ottobre 2007, Raso, in *C.e.d. Cass.*, n 237891; Cass, 12 luglio 2006, Iaquina, in *Dir. giust.*, 2006, p. 74 e ss

rappresenta, da questo punto di vista, una richiesta improponibile, sia per eccesso che per difetto: per eccesso, in quanto essa implicherebbe un potere d'influenza sul corso degli avvenimenti che in molti casi sarebbe del tutto irrealistico ipotizzare; per difetto, in quanto tale constatazione non può giustificare atteggiamenti di rinuncia o di allontanamento dal 'calice' amaro del rischio dell'insuccesso, magari supportati dall'argomento pretestuoso dell'estrema incertezza ed opinabilità dell'indagine 'causale'²⁸>>. L'indagine causale infatti rivela tutte le sue falle nel caso di un comportamento omissivo: l'omissione di per sé non può essere causa di nulla, ma è anche impossibile ricostruire tramite le leggi scientifiche una valutazione circa l'effettiva capacità impeditiva dell'azione omessa, a causa proprio della pluralità di fattori che potrebbero dipendere, ad esempio, dalle particolari condizioni o caratteristiche proprie del paziente - come la capacità di sopportare i rischi di un intervento chirurgico o di reagire positivamente nella fase post-operatoria, o la possibilità di affidarsi ad un chirurgo particolarmente esperto in quell'ambito, o la presenza di personale paramedico qualificato non impegnato altrove, nel caso di situazioni di emergenza, e così via. In sostanza, conclude Vallini, <<l'opera del sanitario è interamente inter e pluri-soggettiva. Egli interagisce col proprio paziente; assai

²⁸ DE FRANCESCO, *Note minime sulla responsabilità omissiva nell'esercizio della professione medica*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, volume a cura di Bartoli, Firenze University Press, pag 212

di frequente, poi, coopera con colleghi; i suoi comportamenti, dunque, influiscono spesso [...] su scelte altrui>>; e se ne è altresì dedotto che <<comportamenti futuri dei soggetti coinvolti sono ontologicamente imponderabili, perché non predeterminati dall'operare di alcuna legge scientifica – bensì da atti di volontà – né a loro volta 'provocati', in senso stretto, da fattori antecedenti²⁹>>.

In ciò emerge tutta la delicatezza della questione ed è chiaro che gli orientamenti giurisprudenziali improntati sulla affermazione della responsabilità, in virtù della posizione rivestita dal sanitario, senza valutare tale capacità impeditiva alla stregua della realtà concreta, finiscono per dilatare oltremodo le maglie della responsabilità penale del medico. Nel corso della trattazione verrà affrontato il problema, soprattutto in relazione agli orientamenti relativi al principio di affidamento nell'attività medico-chirurgica.

²⁹ DE FRANCESCO, *Note minime sulla responsabilità omissiva nell'esercizio della professione medica*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, volume a cura di Bartoli, Firenze University Press, pag 209

4.1. Il progresso scientifico come strumento di incremento del contenzioso giudiziario

Una causa non secondaria del fenomeno in questione è, sembra paradossale, il progresso scientifico.

Il rapporto medico-paziente è stato caratterizzato fin dal giuramento di Ippocrate da una *concezione paternalistica*, che prescriveva di agire per il bene di un paziente senza che fosse necessario chiedere il suo assenso.³⁰ Era un rapporto asimmetrico, nel quale si riteneva che il medico avesse tutta la competenza necessaria per poter prendere decisioni che riguardassero la salute del beneficiario delle cure.

La peculiarità del rapporto medico sta nel rapporto fiduciario che si crea tra le due parti. Come ha evidenziato Ivan Illich, ««Questi specialisti formano professioni le quali esercitano sul loro lavoro un tipo di controllo che è unico nel suo genere. Diversamente dai sindacati, infatti, esse debbono la loro autonomia non alla vittoria conseguita in una lotta, ma a un mandato di fiducia»»³¹.

Tuttavia, a partire dalla seconda metà del XX secolo, il progresso

³⁰ www.consultadibioetica.org

³¹ IVAN ILLICH, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Mondadori Editori, 2004, pag 54-55.

scientifico ha portato ad un mutamento di quella concezione. Da un lato, infatti, è pur vero che si è giunti a delle scoperte che hanno permesso alla medicina di avere una capacità tecnica di intervenire con qualche successo (basti pensare alle macchine per la dialisi, alle macchine vicarianti nei reparti di terapia intensiva, ai trapianti di organo ecc...)³² ma dall'altro lato sono aumentate le possibilità di intervento e si sono aperti nuovi "spaccati" di rischio³³, rispetto ai quali il progresso tecnologico/scientifico deve ancora formarsi. Ancora una volta Illich sintetizza acutamente ciò: << I provvedimenti tecnici e burocratici che vengono presi a tutti i livelli per evitare che il malato sia danneggiato dalle cure che riceve tendono ad avvolgersi in una *spirale iatrogena*, con un processo analogo alla crescente distruzione generata dalle inquinanti misure che si prendono per combattere l'inquinamento>>³⁴.

Come se non bastasse, il progresso ha determinato un atteggiamento culturale che tende ad attribuire alla medicina una sorta di onnipotenza ai fini della guarigione,³⁵ quasi che il medico sia un taumaturgo³⁶. Le elevate aspettative sociali, unite

³² www.consultadibioetica.org

³³ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 39

³⁴ IVAN ILLICH, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Mondadori Editori, 2004

³⁵ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 39

³⁶ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 19

all'accessibilità delle conoscenze scientifiche e alla grande influenza esercitata dai media, hanno quindi modificato il precedente rapporto, con la rivendicazione di maggiori spazi di autonomia dei cittadini. Emblematico è il *Patient's Bill of Rights* del 1973, in cui viene reclamato il diritto del paziente ad essere informato e ad essere partecipe delle decisioni terapeutiche che lo riguardano.³⁷

Il mutato rapporto tra il curante e il paziente ha, però, spinto i medici a rifugiarsi proprio nella medicina difensiva, prescrivendo esami sempre più sofisticati o evitando di fornire talune prestazioni nei casi particolarmente rischiosi. L'ansia e la paura di conseguenze giuridiche incidono negativamente su più fronti: il numero abnorme di esami richiesti determina una congestione del sistema sanitario nel complesso, con l'aumento sensibile dei costi e l'allungarsi delle liste di attesa delle prestazioni diagnostiche e delle visite specialistiche, in una sorta di circolo vizioso. In tutto ciò il rapporto medico-paziente rischia di essere ridotto ad una relazione soprattutto "di forma", in cui il medico è spinto ad attenersi a standard di comportamento precostituiti a discapito dell'ascolto del paziente, che dovrebbe essere un elemento imprescindibile per un sano rapporto professionista-soggetto che necessita di cure.

In conclusione, con l'avanzare del progresso, le ipotesi di

³⁷ www.consultadibioetica.org

responsabilità del medico invece di diminuire sono aumentate e l'accettazione di un evento infausto da parte della collettività diventa sempre più difficile .

4.2. La complessità dell'organizzazione sanitaria

La complessità dell'organizzazione sanitaria costituisce un'altra causa della medicina difensiva.

Infatti, è frequente la tendenza ad attribuire la responsabilità al sanitario preposto al trattamento. E ciò non solo da parte della famiglia del paziente, ma anche da parte della struttura sanitaria.³⁸

Ciò è motivato dal fatto che non è raro che dietro l'operato del medico si nascondano in realtà carenze organizzative e strutturali più o meno gravi (secondo un autore, l'incidenza è stimata nel 33 % dei casi di esito infausto)³⁹ ma, onde evitare che esse vengano alla luce, si preferisce ricorrere al “capro espiatorio”, affermando la responsabilità del soggetto più vicino al paziente. Ciò accade perché la responsabilità penale del medico è personale; infatti nei casi di responsabilità medica non è applicabile la legge 231/01,

³⁸ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 330

³⁹ INTRONA, *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*, pag 643

così che la struttura, per varie ragioni (assicurative, di immagine, e non ultimo economiche), scarica la responsabilità sul singolo.⁴⁰ Al riguardo si può affermare l'esistenza di una vera e propria "cifra nera" derivante dalla mancata individuazione di responsabilità presso i vertici legali e amministrativi delle strutture (definito come "secondo livello operativo"); dall'altro, occorre constatare come le situazioni di carenza strutturale, invece di agire in funzione *scusante* per il medico a diretto contatto col paziente, siano utilizzate frequentemente in *chiave incriminatrice* dalla giurisprudenza, che motiva la responsabilità del singolo sanitario imputandogli l'omesso controllo e l'omessa segnalazione di tali carenze ai dirigenti competenti.⁴¹

Da una parte, risulta comprensibile la preoccupazione di non deresponsabilizzare il sanitario a diretto contatto con il paziente; dall'altra, occorre però anche rilevare che, se un libero professionista è responsabile del corretto funzionamento delle apparecchiature presenti nel proprio ambulatorio, non può dirsi lo stesso per il medico dipendente ospedaliero relativamente alla presenza e al corretto funzionamento degli strumenti in uso, della sterilità dei ferri, della sala operatoria e così via.

Tuttavia è ancora minoritario l'indirizzo secondo il quale il medico che svolge la sua attività in un piccolo ospedale non debba

⁴⁰ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 45

⁴¹ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 332-333

rispondere per le carenze dello stesso, poiché la sua posizione di garanzia si estrinsecerebbe principalmente nell'obbligo di tutela della salute dei pazienti, e solo in minima parte quale posizione di controllo sulle strutture, non avendo egli poteri di incidenza sugli acquisti delle attrezzature o sul loro adeguamento alle norme di sicurezza⁴². Si può ricordare, a titolo esemplificativo, una pronuncia di merito, che peraltro verrà ripresa successivamente nel discorso sulla misura soggettiva della colpa, in cui si stabilisce che <<non è imperito, imprudente, negligente, il medico che omette di richiedere l'ecografia addominale in un caso di politraumatizzato della strada, sebbene tale esame fosse prescritto dal protocollo di emergenza in casi del genere, qualora, alla luce delle condizioni oggettive in cui versava, all'epoca, la struttura sanitaria, l'esame medesimo non poteva essere effettuato>>⁴³.

L'orientamento prevalente, invece, continua a sostenere che la posizione di garanzia del medico debba estendersi, nelle forme dell'*obbligo di controllo, di segnalazione e di corretta informazione al paziente*, anche alla verifica circa l'idoneità dei presidi sanitari e del loro corretto funzionamento. Risulta paradigmatica una vicenda relativa ad un ricovero ospedaliero in cui, immediatamente dopo il parto, si verificò una grave emorragia che fu diretta causa della morte della gestante e che

⁴² ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 338-339

⁴³ Trib. Urbino, 23 settembre 2003, n 328, in *L'indice pen*, 2006, pag 441, con nota di A.M. BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*.

sarebbe stata fronteggiabile solo attraverso un tempestivo intervento di isterectomia⁴⁴. La Corte affermò che, <<qualora la struttura sanitaria di ricovero risulti inadatta o sprovvista dei mezzi e presidi necessari ad affrontare e risolvere la specifica patologia di cui il paziente sia portatore, anche in relazione a probabili complicanze prevedibili nella singolarità del caso, il medico ha il dovere giuridico di disporre il trasferimento del paziente in altra struttura idonea adottando, ovviamente, le opportune cautele>>.⁴⁵

In questa sentenza emerge la c.d. colpa per assunzione, che si configura in quanto il medico- titolare di una posizione di garanzia- deve non soltanto valutare la propria competenza professionale, ma anche verificare che la struttura sia idonea e fornita di tutti gli strumenti necessari ad affrontare la patologia del paziente. Questo orientamento ha trovato un'autorevole conferma in una recente pronuncia della Suprema Corte. Il caso è relativo all'insorgenza di una insufficienza respiratoria durante il parto, che aveva provocato delle lesioni gravissime ad un neonato. La Cassazione riscontra profili di colpa dei medici non solo nella scelta di un farmaco errato, ma soprattutto nel non aver tempestivamente trasferito la gestante in un ospedale con attrezzature e competenze migliori⁴⁶.

Ciò alimenta la cd. *medicina difensiva omissiva*, ovvero il

⁴⁴ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 341

⁴⁵ Cass, Sez IV, 9 febbraio 2000 , n 631

⁴⁶ Cass. Sez IV, 25 settembre 2007 n. 44765

dirottamento del paziente sottoposto a cura, rendendo complicato discernere i casi in cui la scelta del medico sia effettivamente dettata dall'interesse del paziente rispetto a quelli in cui, invece, risulti funzionale all'allontanamento del pericolo di contenzioso giudiziario.⁴⁷

Il pericolo è che il ricorso alla *medicina difensiva* “negativa” si estenda alla struttura nel suo complesso mediante scelte mirate di specializzazioni “sicure” di alcuni reparti ospedalieri, strategie aziendali di mancata implementazione di settori di cura notoriamente a rischio contenzioso (ostetricia, neochirurgia ecc...). Alcuni autori sintetizzano questi comportamenti con il termine di *medicina dell'obbedienza amministrativa*, che descrive la <<passiva accettazione da parte dei medici di regole contrattuali ed imposizioni organizzative dettate dalle amministrazioni della Sanità>>⁴⁸. Quanto detto è uno dei motivi per i quali alcuni ordinamenti (prevalentemente i sistemi di common law) abbandonano la tutela penale, in favore della tutela civile risarcitoria, di modo che la stessa struttura venga coinvolta nell'accertamento delle responsabilità. L'illecito penale richiede necessariamente uno standard di accertamento probatorio << oltre ogni ragionevole dubbio>>. L'illecito civile, al contrario, ha funzione risarcitoria; pertanto, non implicando il rischio di una

⁴⁷ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 335

⁴⁸ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 336-337

limitazione della libertà personale, non esige lo standard dell' oltre ogni ragionevole dubbio ma è sufficiente l'accertamento della mera perdita di chances di sopravvivenza, nell'ambito della colpa medica⁴⁹. Per tale motivo, sono stati suggeriti nuovi argomenti a favore di una responsabilità civile, con una progressiva ritirata del diritto penale.

Di questo argomento si parlerà specificamente più avanti nella trattazione; tuttavia è d'uopo sin da ora affermare come una totale eliminazione del diritto penale dall'ambito della responsabilità medica non sembra proponibile.

4.3. L'effetto dei mass media sul conflitto diritto/medicina

L'influenza generata dai mass media sui processi giudiziari in generale, e più nello specifico nel campo medico, è considerevole. I media, infatti, condizionano non poco le dinamiche in oggetto e il loro reciproco autoalimentarsi in un moto a spirale. Ciò a causa dell'ambivalente ruolo svolto da questi, come esaltatori delle "magnifiche e progressive" sorti della medicina, da un lato; e

⁴⁹ BLAIOTTA, *Causalità e colpa, diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. Pen.*, 2009, 78 ss.

come peggiori denigratori degli “scandali della malasanità”, dall’altro.⁵⁰

Il processo mediatico precede quello fatto nelle aule, fornendo inevitabilmente dati solo parziali, rappresentando una realtà semplicistica, in grado di essere compresa dalle “masse”, che non hanno le competenze e le conoscenze necessarie per cogliere le questioni giuridiche. Questa tendenza alla spettacolarizzazione, alla ricerca di un colpevole da “dare in pasto” all’opinione pubblica, ha ingenerato una progressiva sfiducia nel sistema giudiziario, quando poi gli esiti del processo (che spesso si protrae con tempistiche abnormi) si rivelano differenti dalle aspettative, e più specificamente nell’ambito medico.

L’aumentata sfiducia dell’opinione pubblica nel sistema sanitario e il progressivo deterioramento del rapporto medico-paziente, trovano infatti linfa perenne nelle modalità con cui la comunicazione di massa seleziona ed affronta i casi di “malasanità” e nell’interferenza, tutt’altro che benefica, di associazioni, blog e società di consulenza ad hoc che hanno fatto dell’errore medico un vero e proprio business. Nel 1997 un’indagine nazionale sulla soddisfazione degli utenti ha registrato che appena il 34% degli intervistati era “mediamente soddisfatto” del servizio offerto e solo un 2% “molto soddisfatto”,

⁵⁰ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, 2009, pag 10

con grandi disparità regionali. Eppure dati a livello internazionale mostrano che l'Italia vanta uno stato di salute eccellente ed un servizio sanitario fra i migliori al mondo.⁵¹

Non si possono, quindi, che condividere le parole del magistrato Bruti Liberati sull'argomento: «La TV ha una pretesa di obiettività, che però trascurava le scelte soggettive della ripresa e del montaggio. Difatti, i mezzi di comunicazione e i procedimenti giudiziari hanno logiche e tempi diversi. Vi sono diverse fasi nel processo: dall'indagine preliminare al processo di primo grado alla decisione definitiva. Il processo è uno strumento delicato. Occorre distinguere la desacralizzazione che è apertura al controllo e alla critica, dalla delegittimazione.»⁵².

Il potere di influenza sull'opinione pubblica di cui sono dotati i mezzi di comunicazione è tale che da un'indagine svolta risulta come il ricorso alla medicina difensiva sia motivato anche dal timore indotto dal giudizio dell'opinione pubblica (65,8%) e dall'interpretazione dei mass media (17,8%).⁵³

La ricerca dello scoop dirompente, della notizia che colpisca, che crei sdegno e sconcerto, indulgiando sull'errore medico e catalogando ogni esito infausto come “malasanità”, prima ancora che i fatti vengano accertati, è talvolta più forte (e conveniente) di

⁵¹ CELANI, VETRUGNO, MARIOTTI, *Medicina difensiva “negativa” vs Medicina difensiva “pro-positiva”*, Milano 2012.

⁵² E. BRUTI LIBERATI, *Mass media e (pre)giudizio*, Relazione al seminario di formazione “Giustizia e Mass Media”, Bologna, 27 marzo 2007, www.csm.it.

⁵³ Ordine dei Medici di Roma

una corretta informazione, che dovrebbe essere effettuata anche alla luce delle peculiarità e delle problematiche del sistema sanitario nel suo insieme.

5.1. Il diritto penale come strumento contro la malpractice in Italia

Il diritto penale è soltanto una delle possibili vie che possono essere percorse per affrontare il problema della *malpractice*. Gli Stati Uniti, ad esempio, hanno adottato un sistema di *Tort Law*, ossia un approccio civilistico, che verrà approfondito nel paragrafo successivo. In Italia, invece, si è giunti ad una vera e propria ipertrofia del sistema penale, ossia al ricorso eccessivamente ampio alla sanzione penale, divenuta facile strumento per appagare il senso di insicurezza sociale, senza però che alla minaccia in astratto della pena corrisponda una efficace prevenzione delle offese⁵⁴.

Ciò può essere fatto risalire al Codice Rocco e alla sua concezione fortemente autoritaria, in cui i beni, che riguardassero la persona o la proprietà, erano oggetto di tutela in un'ottica di pubblico

⁵⁴ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2013 pag. 612

interesse. Il diritto di punire non era <<una graziosa concessione fatta dagli individui allo Stato, avente a proprio limite la barriera insuperabile del diritto naturale di libertà dell'individuo>> ma, piuttosto <<un diritto di conservazione e di difesa proprio dello Stato, nascente con lo Stato medesimo e avente lo scopo di assicurare e garantire le condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune>>⁵⁵.

Con l'avvento della Costituzione, si passa allo Stato sociale di diritto. A differenza dell'ottica prettamente liberale e della sua concezione dello Stato minimo, in cui l'obiettivo era la tutela dei diritti fondamentali, intervenendo il meno possibile in ogni ambito, lo Stato sociale promuove lo sviluppo dell'ordinamento sociale e l'uguaglianza sostanziale attraverso l'assunzione di compiti nuovi e più ampi, anche in campo penale. L'estensione dei reati omissivi e dei reati colposi rientra, appunto, in questa nuova ottica di tutela della persona umana.

Il quadro storico-politico contemporaneo, dunque, favorisce l'ampliamento dei concetti di omissione e colpa (anche medica) penalmente rilevante, nella sinergia che si realizza tra: a) intervento dello Stato sociale in sfere sempre più ampie della vita dei cittadini; b) crescente progresso tecnologico e meccanizzazione: alle accresciute potenzialità di danno nella vita

⁵⁵ NEPPI MODONA, *Legislazione penale in Il mondo contemporaneo*, vol. I, tomo II, La nuova Italia, Firenze, 1987, pag 598.

sociale fa fronte l’emanazione di un numero sempre maggiore di norme precauzionali⁵⁶.

Nello specifico campo sanitario tale sviluppo avviene all’insegna della “pubblicizzazione” del bene salute, come interesse fondamentale non solo individuale, ma anche della collettività (art. 32 Cost.). Questo rappresenta una spiegazione del crescente ricorso al diritto penale: a un maggior intervento statale nella tutela della salute, intesa come bene pubblico, si accompagna una parallela escalation della responsabilità penale, rispetto a meccanismi di tutela civilistici⁵⁷. Il diritto penale, inoltre, fornisce una risposta alla richiesta di una maggiore effettività della pena da parte della coscienza sociale.

Ciò vale anche per settori differenti da quello della responsabilità medica, come quello degli incidenti stradali⁵⁸. Si tratta in entrambi i casi di ambiti in cui è forte l’incidenza della responsabilità colposa e che sono quasi quotidianamente oggetto delle cronache, destando nella collettività preoccupazione e insicurezza. Entrando più nel dettaglio giuridico, però si tratta di due ipotesi in cui la colpa si esplica diversamente: l’ambito della circolazione stradale

⁵⁶ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 84.

⁵⁷ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 85

⁵⁸ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 199

ha un margine di pericolo maggiore, essendo la circolazione accessibile a tutti coloro che superino un esame che non richiede competenze speciali. Nella responsabilità medica si ha, al contrario, a che fare con soggetti che esercitano una professione dopo un percorso lungo e che hanno competenze specifiche. Dal punto di vista dell'oggetto materiale del reato, poi, l'intervento medico colposo si innesta in un decorso, quale la malattia, già presente, a differenza dei reati stradali, cagionati direttamente dalla condotta del guidatore⁵⁹. Ne deriva che il diritto penale della responsabilità medica può definirsi un diritto penale *del pericolo*, piuttosto che del rischio⁶⁰: a differenza della fattispecie dell'omicidio stradale, la cui discussa introduzione nel nostro ordinamento rappresenta un tema di grande attualità, un eventuale esito infausto nel campo medico potrebbe essere considerato assimilabile ad un meno grave "mancato salvataggio"⁶¹. Queste, tuttavia, si rivelano distinzioni troppo sottili per la collettività, che avverte il medesimo senso di insicurezza in entrambi i profili di colpa.

Pur non abbandonando lo strumento del diritto penale, (anche in

⁵⁹ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 200

⁶⁰ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, 2009, Torino, pag 254

⁶¹ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, 2009, Torino, pag 200

considerazione dell'importanza dei beni in gioco, la cui tutela difficilmente può essere rimessa totalmente al sistema di responsabilità civilistico di risarcimento del danno, come invece accade nei sistemi di common law) da più parti sono state fatte delle proposte in considerazione delle peculiarità della colpa medica.

La prima proposta è quella di prevedere, accanto ai reati comuni di omicidio e di lesioni personali colpose, un'autonoma fattispecie di *trattamento medico colposo*. In tal modo si risolverebbe più chiaramente il problema a livello di tipicità, impedendo che le conseguenze negative spesso inevitabili di questa attività vengano giudicate con norme a carattere generale⁶², inadatte ad essere applicate ad un'attività rischiosa come quella sanitaria⁶³.

Una seconda proposta consiste nell'introdurre pene interdittive, sulla base della scarsa efficacia delle pene detentive nelle nuove forme di criminalità, medici inclusi. Infatti esse, soprattutto l'*interdizione da una professione o da un'arte*, sono dotate di maggiore effettività, colpendo il soggetto nell'attività da cui trae sostentamento e riscontro sociale, rispetto alle pene detentive,

⁶² DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 252

⁶³ FIORI, *Nuovi aspetti della responsabilità medica*, in *Gli esercenti le professioni sanitarie nel recente riassetto normativo. Interazioni e responsabilità nell'attuale cornice normativa delle Aziende Sanitarie*, Milano, 2003, pag 111

inflazionate e per questo spesso sospese⁶⁴.

Si tratta di una proposta da prendere in considerazione, in quanto le pene interdittive appaiono proporzionate agli illeciti e più effettive, senza il bisogno di attuare una depenalizzazione e ricorrere a meccanismi civilistici. Nonostante questo, si sono levate critiche da più parti. L'idea è stata bollata, da un parte, come riduzionistica (quando in realtà essa intendeva proprio contrapporsi alle idee abolizionistiche), o addirittura accusata di comportare un ritorno al "buon vecchio diritto penale di classe", determinando un'impunità per i professionisti e i ceti sociali medio-alti, a scapito delle classi sociali basse, alle quali applicare la tradizionale, e più afflittiva, pena detentiva.

Dall'altro lato, all'opposto, le pene interdittive sono state considerate contrarie alla funzione rieducativa della pena, sancita dall'art 27 della Costituzione⁶⁵, <<escludendo il recupero del reo col togliergli la possibilità di lavoro>>⁶⁶. A questa critica si può obiettare che le misure interdittive andrebbero calibrate nella durata e in relazione alle diverse ipotesi criminose⁶⁷, continuando

⁶⁴ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 225

⁶⁵ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 226

⁶⁶ MANTOVANI, *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena e la "crisi di solitudine" del diritto penale* in DOLCINI, PALIERO (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, pag 1178

⁶⁷ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 226

a essere conformi al principio di proporzionalità. Il dibattito circa le modalità con cui trattare le ipotesi di colpa medica è tuttora aperto. Gli sviluppi più recenti riguardano il DDL Gelli, nel quale è introdotta una fattispecie speciale di “omicidio colposo” e di “lesioni personali colpose” in ambito sanitario.

5.2. Tort Law e Medical Malpractice nel sistema statunitense

Il diritto penale quale strumento da applicare nelle ipotesi di colpa medica è soltanto una delle alternative possibili. Esso rappresenta la modalità utilizzata in Italia, ma anche in Spagna, ad esempio, in cui il codice penale prevede due fattispecie aggravate di omicidio e di lesioni personali, nei casi in cui la morte o le lesioni siano causate da “colpa professionale” (artt. 142, comma 1 e 152 comma 1)⁶⁸.

Nei paesi di common law, invece, lo stesso fenomeno della responsabilità medica è campo fertile del diritto civile.

Ricostruendo a grandi linee le origini e le motivazioni dietro allo

⁶⁸ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 6

sviluppo della *negligence*, si può dire che già verso la metà del XIX secolo il *tort of negligence* comincia a imporsi sulle altre azioni civili⁶⁹. Siamo nel periodo della rivoluzione industriale, in cui inizia a delinarsi anche l'altra faccia del progresso: aumentano esponenzialmente i casi di infortuni, incidenti e danni di vario tipo, con la diffusione dei nuovi macchinari. Inizialmente, quindi, l'istituto del *tort* si proponeva il preciso scopo di non intralciare lo sviluppo industriale. Azioni legali e danni potevano nuocere alla salute di aziende già in precarie condizioni e il diritto civile appariva lo strumento più adatto a piegarsi alle esigenze di sviluppo di una nazione che si affacciava sulla scena mondiale, facendo proprio della libertà economica il suo punto di forza. Dato che il capitale doveva essere risparmiato per il primario scopo dello sviluppo, i giudici seguirono la strada del maggior contenimento possibile della liquidazione dei risarcimenti. Solo agli inizi del '900 la *tort law* iniziò a "invertire la rotta", nella direzione della tutela di coloro che erano le vittime del progresso. Negli anni '70 venne ampliata la nozione di responsabilità e aumentarono i danni liquidabili all'attore; così iniziarono ad essere colpite quelle classi e professioni per le quali fino a quel

⁶⁹ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 80

momento vigeva una sorta di impunità⁷⁰.

E' proprio negli USA che ha avuto origine il fenomeno della medicina difensiva, con la successiva diffusione in Canada e nell'Europa Continentale. Peculiarità degli USA è il loro sistema sanitario prettamente privato, con premi assicurativi che costituiscono un potente incentivo ad onerose rivalse⁷¹. Per molto tempo il sistema di finanziamento delle strutture sanitarie maggiormente diffuso è stato quello del *fee for service*, attraverso il quale il fornitore della prestazione sanitaria riceve per ogni servizio offerto un compenso da parte del fruitore del servizio, il quale possedendo una *indemnity insurance*, ottiene poi il rimborso delle spese da parte della propria compagnia assicuratrice. Questo sistema si basa sulla quantità di prestazioni fornite e non prevede sanzioni nel caso di prescrizioni di esami o farmaci superflui, non disincentivando in questo modo la medicina difensiva. Successivamente questo sistema è stato affiancato dai programmi di *Managed Care*. In base ad essi, ad un costo minore dell'*indemnity insurance*, sono garantiti agli iscritti un numero limitato di medici di famiglia e di strutture ospedaliere convenzionate, a cui possono rivolgersi per ottenere le cure sanitarie. L'introduzione del *Managed Care* ha facilitato la

⁷⁰ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 81

⁷¹ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 5

diffusione dei *pay for performance program*, in cui i finanziamenti alle strutture e ai medici non vengono erogati più in base al numero di prestazioni, ma alla qualità delle stesse⁷². Questi piani possono essere un ausilio alla disincentivazione della medicina difensiva, che determina tuttora dei costi abnormi (secondo le più recenti indagini ammontano a circa 200 miliardi di dollari l'anno, e anche accettando per vere le stime più basse del fenomeno, che oscillano tra i 70 e i 120 miliardi, rimane comunque chiara l'entità del fenomeno⁷³).

Forniamo adesso alcuni dati sugli errori medici. Tra il 1995 e il 1998 Studdert, un professore americano, condusse degli studi su 4943 casi di potenziale danno medico in Utah e 9757 casi in Colorado, riscontrando che ad aver dato luogo ai c.d. *adverse events* sono state il 2,9% di tutte le dimissioni ospedaliere. I “danni medici potenziali” più comuni sono connessi ad operazioni chirurgiche (44,9%), seguiti a ruota da quelli dovuti all'uso improprio di farmaci. Di questo ingente numero di *adverse events*, la quota attribuita a una qualche forma di negligenza è il 16,9%. Di questo 16,9%, ad essere realmente presentati in giudizio sono solo il 2%. Questo fenomeno si definisce dell'*under claiming*, ossia i pazienti che avrebbero diritto al risarcimento ma non fanno

⁷² MARIOTTI, SERPETTI, FERRARIO, ZOJA, GENOVESE, *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Maggioli Editore, 2011, pag 280-281,282.

⁷³ MARIOTTI, SERPETTI, FERRARIO, ZOJA, GENOVESE, *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Maggioli Editore, 2011, pag 279

causa⁷⁴.

Per quanto riguarda le cause penali, invece, esse costituiscono una vera rarità nel panorama statunitense: nelle ultime decadi, i procedimenti penali per *medical negligence* sono stati tra i 25 e i 35. La giustizia disciplinare non si rivela molto più efficace, dato che secondo alcuni dati, solo lo 0,5% dei medici americani subisce una sanzione disciplinare. Una statistica di lungo termine diffusa dal *National Practitioner Data Bank* ha rilevato che dei 35.000 medici con a carico due o più esborsi per *malpractice*, solo il 7,6% avrebbe subito un'azione disciplinare, e solo il 13% dei medici con cinque esborsi a carico⁷⁵.

Negli USA, come si è visto, il concetto di colpa penale è molto più restrittivo di quello dei paesi continentali, Italia in primis. Infatti, in America la *negligence* rileva solo se *gross*, ossia grave⁷⁶. Per esempio, l'omicidio si distingue in *murder*, se commesso con *purpose o knowledge* (intenzione o conoscenza); *manslaughter*, se commesso con *recklessness* (stato in cui possono rientrare i nostri dolo eventuale e colpa cosciente); e infine *negligent killing*, quando è commesso con *gross negligence* (la

⁷⁴ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 14

⁷⁵ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 17-18

⁷⁶ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 163

grave colpa incosciente).

Per coadiuvare i giudici nell'applicazione delle disposizioni, il Model Penal Code dà una definizione dei quattro *mental states* (*purpose, knowledge, recklessness, negligence*). Con specifico riferimento alla *negligence*, essa viene definita in questo modo: <<una persona agisce con negligenza rispetto all'elemento materiale di un reato allorchè dovrebbe essere consapevole del rischio sostanziale ed ingiustificato ricollegabile al suo comportamento. Il rischio deve essere di natura ed entità tale che la sua mancata percezione da parte del soggetto agente, vista la natura ed il fine della sua condotta, nonché le circostanze a lui conosciute, implica una grave deviazione dagli standard di diligenza che una persona ragionevole osserverebbe nelle stesse circostanze>>⁷⁷. Questa definizione risulta però tautologica, in quanto la colpa acquista rilevanza penale se la condotta del soggetto determina una grave violazione dagli standard di diligenza, rimettendo in ultimo ai giudici la decisione circa i casi in cui tale grave allontanamento dalle regole di diligenza è integrato. Questa è una delle critiche mosse da Fletcher, che commentò a tal proposito << Scrivi previsioni che sembrano

⁷⁷ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 166-167

precise ma che i giudici non possano mai capire>>⁷⁸.

Emblematiche della scarsa applicazione delle disposizioni penali (e disciplinari) nei casi di *malpractice* sono due vicende accadute negli scorsi due decenni.

La prima riguarda il dott. Verbrugge, un anestesista che fu sottoposto a processo dalla Corte Distrettuale di Denver in seguito alla morte di un bambino di 8 anni per un attacco di cuore. L'anestesista responsabile del monitoraggio dei segnali vitali del bambino era proprio Verbrugge. Egli fu accusato di due reati e diventò il primo medico del Colorado a subire un processo penale per la morte di un paziente. Secondo il procuratore, il medico si era addormentato durante l'intervento, non controllando i parametri vitali del bambino. Quello di addormentarsi non era stato peraltro un caso isolato, in quanto Verbrugge era solito farlo, e al momento della morte del bambino si rivolse ad un'infermiera dicendo "Immagino che questa sia la fine della mia carriera". Il processo finì con una condanna per negligenza medica, mentre la contestazione dei reati più gravi si risolse in un nulla di fatto, dato che fu processato di nuovo dai procuratori di Denver, ma nel dicembre 1997 fu assolto da entrambe le accuse. A causa della condanna del '96 per *negligence* gli venne revocata la licenza per la professione medica. Nel giugno 1999 la Corte d'Appello del

⁷⁸ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 168

Colorado statui che i procuratori non avevano portato in giudizio l'accusa per negligenza entro undici mesi dalla morte di Leonard, limite massimo per le imputazioni meno gravi, e in conseguenza di ciò Verbrugge riottenne la licenza medica⁷⁹.

Il secondo caso riguarda il dott. David Benjamin, che fu giudicato colpevole di omicidio di secondo grado, e condannato a 25 anni, dopo che una paziente morì dissanguata in seguito ad un aborto. La paziente subì una lacerazione di tre pollici e mezzo a cervice e vagina. Il medico aveva già a carico cinque procedimenti disciplinari per interventi malriusciti. Nel 1993, un mese prima del suo arresto, la Commissione gli aveva revocato la licenza, ma dato che lui fece ricorso, nel frattempo poté continuare a operare, causando la morte della donna da cui poi era partito il procedimento penale⁸⁰.

Queste vicende dimostrano come il sistema americano sia restio all'utilizzo dello strumento penale, anche in casi come quello del dottor Verbrugge, in cui il comportamento negligente dell'anestesista si era rivelato evidente. Ciò non è, per contro, bilanciato da adeguate misure disciplinari, perché in entrambi i casi i medici hanno continuato ad operare, fino agli esiti fatali.

Laddove il diritto penale continui a non trovare applicazione per

⁷⁹ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 176-177

⁸⁰ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 180

fronteggiare situazioni di una certa gravità, dovrebbe essere la stessa classe medica a sopperire attraverso dei procedimenti interni che possano rivelarsi efficaci nello scongiurare possibili conseguenze lesive per i pazienti e che siano realmente punitivi verso chi ha sbagliato. Viceversa, in attesa che l'autodisciplina della classe medica si riveli adeguata a fronteggiare tali eventi, dovrebbe essere il diritto penale a farsi carico di questo compito⁸¹. Un altro motivo che potrebbe far optare per una risposta di tipo penale in taluni casi, si ricava da una statistica secondo cui <<più della metà degli indennizzi per *medical malpractice* sono causati da solo il 5,1 % dei dottori, e solo il 13% dei dottori con a carico cinque indennizzi per *medical malpractice* sono sottoposti a misure disciplinari>>⁸².

⁸¹ DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 181

⁸² DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino, 2009, pag 185

CAPITOLO II

IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITA' PENALE IN AMBITO MEDICO

SOMMARIO: **1.1.** *Cenni sulla categoria della colpa in generale.*
1.2. *Il concetto di colpa professionale fino alla metà del '900.* **1.3.**
La sentenza della Consulta n° 166/73. **1.4.** *L'abbandono dell'art*
2236 cc. nell' accertamento della colpa medica. **1.5.** *Il ritorno*
dell'art 2236 cc. come <<regola di esperienza>> del giudizio.
2.1. *Il principio di affidamento.* **2.2.** *Il principio di affidamento*
nell'attività medico-chirurgica in équipe. **2.3.** *Rapporti tra*
primario e sottoposti. **3.** *La responsabilità dello psichiatra come*
ipotesi paradigmatica di colpa medica

1.1. Cenni sulla categoria della colpa in generale

La colpa è un criterio di attribuzione della responsabilità rientrante nella categoria della colpevolezza.

Questa categoria è frutto di una elaborazione successiva rispetto alla categoria del dolo. Infatti, nelle società meno sviluppate, e con minore sensibilità giuridica, erano puniti prevalentemente i delitti contro la persona e contro la proprietà commessi con dolo, e le attività da considerare come pericolose per i terzi erano un numero ridotto. Con lo sviluppo della tecnologia e le nuove scoperte nei vari ambiti, le attività potenzialmente rischiose sono aumentate esponenzialmente, e con esse anche il novero dei soggetti che le compiono. Da qui la previsione di regole volte a tutelare i terzi da possibili danni, e la conseguente possibilità di affermazione di una responsabilità per colpa nel caso di violazione delle stesse. Ad oggi, si può affermare che la categoria della colpa ha assunto una rilevanza forse superiore a quella del dolo⁸³.

Le norme di riferimento sono gli artt. 42 e 43 del c.p. La prima individua l'ambito di applicazione dei due elementi

⁸³ DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, pag 345

della colpevolezza, stabilendo al secondo comma: *"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge"*. Da ciò si ricava che il dolo rileva sempre come elemento idoneo a imputare un delitto, viceversa per la colpa è necessario che siano individuate espressamente le ipotesi in cui essa possa rilevare. Ciò non vale per le contravvenzioni, in cui è indifferente l'elemento psicologico.

La definizione del concetto di colpa si trova nel successivo art. 43 c.p. al terzo comma: *"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 o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline."*

Da questa definizione si ricava la distinzione tra la colpa *generica* e la colpa *specificata*. La prima si ha nei casi di comportamento negligente, imprudente o imperito e allude a regole derivate dall'esperienza comune o dall'esperienza tecnico-scientifica. Si tratta, quindi, per lo più di regole di carattere extragiuridico che si riferiscono a comportamenti ripetuti nel contesto sociale e diventati prassi, o a regole ricavate dall'evoluzione della conoscenza scientifica, ma

che, in entrambi i casi, non sono formalizzate. Proprio in virtù della mancata cristallizzazione in norme scritte, il problema che esse pongono è la necessità di accertare la sussistenza della colpa tramite un parametro di riferimento, che è rappresentato dall' *agente modello*. Tale figura implica il riferimento ad un livello di conoscenze ed esperienze da considerarsi "proprio" di un gruppo di soggetti nel quale sia possibile includere anche l'autore del comportamento da valutare. Perché si possa affermare la presenza della colpa, bisogna accertare la *prevedibilità* dell'evento e la sua *evitabilità*, e ciò avviene proprio attraverso la commisurazione di tale valutazione alla figura dell' *homo ejusdem professionis ac condicionis*. Il soggetto verserà in colpa se, alla luce delle sue competenze e conoscenze, gli si poteva richiedere un comportamento conforme al precetto cautelare; tale valutazione, è necessario ribadirlo, avviene sulla base della riconduzione dell'agente ad una categoria di soggetti dotati delle sue medesime caratteristiche e quindi presuppone comunque una certa astrattezza del giudizio. D'altronde, se ci si riferisse alla figura del c.d. agente concreto, intendendo proprio il soggetto che ha violato la regola cautelare, si dovrebbe finire sempre per escludere la colpa⁸⁴.

⁸⁴ DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008,

La seconda si ha nei casi di inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline e si riferisce a regole positive, contenute in una fonte normativa specifica⁸⁵.

Il tratto comune alle due tipologie di colpa è che entrambe sono previste con l'obiettivo di evitare il cagionarsi di eventi dannosi; e infatti la colpa si integra nel caso di mancata osservanza di tali regole "cautelari", "preventive". Non basta, quindi, il semplice verificarsi dell'evento, ma è necessario verificare che il soggetto non abbia rispettato quelle norme cautelari preordinate a ridurre al minimo i rischi connessi all'attività⁸⁶.

I profili di maggiore problematicità sono rappresentati dalla colpa generica, vista la mancanza di riferimenti precisi per l'individuazione del contenuto da attribuire alla negligenza, imprudenza e imperizia in campo medico⁸⁷. Di fatto, è il giudice che ricostruisce di volta in volta *ex post*⁸⁸ le categorie della colpa, con evidenti ricadute sul piano del principio di determinatezza. Come è stato rilevato, il giudice dovrebbe limitarsi ad un'attività ricognitiva, anziché creativa delle regole da applicare.

pagg 425-427

⁸⁵ PADOVANI, *Diritto penale, IX Edizione*, Giuffrè, 2008, pag 207

⁸⁶ DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli, Torino, pag 425-426

⁸⁷ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 58

⁸⁸ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 61

Ultimamente, proprio in conseguenza di quanto appena detto, il nostro legislatore si sta avviando verso un processo di standardizzazione della professione del medico, ossia verso l'individuazione di regole da utilizzare come parametro per valutarne l'operato e per l'eventuale accertamento della responsabilità, in quanto l'impianto concettuale della colpa generica, soprattutto nell'ambito della responsabilità medica, raramente si rivela in grado di conferire un preciso contenuto positivo alla tipicità colposa⁸⁹. La normativizzazione delle *leges artis* è, tuttavia, avversata dalla stessa classe medica perché ogni caso clinico è peculiare e quindi le regole standardizzate potrebbero rivelarsi nella situazione concreta meno adeguate di interventi terapeutici non standardizzati. La questione della predeterminazione delle regole cautelari, tramite linee guida e protocolli, verrà comunque approfondita nel corso della trattazione.

Tornando all'argomento principale, la professione medica rientra nell'ambito della cosiddetta colpa *professionale*, perché riguarda un'attività pericolosa, ma che è consentita dall'ordinamento, avendo la finalità di tutela di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione, quale la

⁸⁹ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 58

salute. Nel nostro ordinamento non esiste una normativa specifica per gli illeciti commessi nello svolgimento di tale professione; quindi anche in queste ipotesi si applicano le categorie penalistiche comuni e, trattando di colpa, il punto di riferimento è il già citato articolo 43 c.p.⁹⁰. Ricordando che le tre manifestazioni di colpa generica sono la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia, passiamo adesso alla loro descrizione.

La negligenza è la forma di colpa meno scusabile e consiste nella trascuratezza, disattenzione, dimenticanza, a causa delle quali non vengono rispettate le norme di comune diligenza nell'esercizio della professione. Esempi pratici di negligenza medica sono la dimenticanza di una garza o di un ferro nell'addome, la mancata sterilizzazione degli strumenti, la somministrazione di un farmaco scaduto. L'imprudenza consiste nell'avventatezza, ovvero nella mancata adozione delle cautele indicate dalla comune prudenza. Esempi in ambito medico ne sono la mancata sospensione di cura in presenza di reazioni particolari dannose, gli interventi affrettati in condizioni fisiche del paziente proibitive. L'imperizia consiste nella mancata osservanza del livello minimo di cognizione tecnica,

⁹⁰ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 53

cultura, esperienza e capacità professionale da valutare in relazione a diversi fattori, quali l'età, l'esperienza e la qualifica professionale⁹¹. Tra le situazioni di imperizia rientrano il non cogliere la gravità delle condizioni del paziente, il non conoscere una determinata e conclamata cura. Proprio in relazione a queste tre categorie, nel corso dei decenni vi è stata una evoluzione giurisprudenziale che sarà oggetto di esame nei paragrafi successivi.

1.2. Il concetto di colpa professionale fino alla metà del '900

La professione medica è una delle più antiche storicamente, sebbene in tempi remoti fosse connotata da aspetti fortemente taumaturgici ed esoterici. Una conseguenza inevitabile dello svolgimento di tale attività, come di qualsiasi altra, è l'errore umano. Esempi, seppur molto rudimentali, di colpa e di responsabilità medica, sono riscontrabili già nel Codice di Hammurabi (1700-1750 A.C), in cui si stabiliva "Se un chirurgo opera un uomo per una grave ferita con una lancetta di bronzo e

⁹¹ PADOVANI, *Diritto Penale*, VI Edizione, Giuffrè, Milano, pag 190-198

causa la morte dell'uomo, oppure se egli apre un ascesso nell'occhio di un uomo con una lancetta di bronzo e distrugge l'occhio, avrà le dita amputate." Ancora, fu Ippocrate, il padre della medicina occidentale, a dire: "La medicina di tutte le arti è la più preclara: ma per l'ignoranza di costoro che la praticano e di chi avventatamente li giudica, di gran lunga ormai da tutte le altre arti è stata lasciata indietro. Gli errori di costoro soprattutto mi sembra aver questa causa: per la medicina sola nelle città non viene stabilita pena alcuna, eccetto il disonore; e questo non ferisce certo chi ne è investito."

Il secolo in cui la medicina ha compiuto veri passi da gigante, portando un sostanziale miglioramento della qualità della vita, è il '900, in particolare la sua seconda metà. Fino ad allora l'attività diagnostica e i tipi di cura erano caratterizzati da una procedura piuttosto standardizzata, per cui la colpa o era ritenuta inesistente, a causa della scarsità di conoscenze che impedivano di addivenire ad una spiegazione causale dell'evento verificatosi, o era riconosciuta solo nei casi in cui il medico non avesse somministrato i farmaci previsti dalla prassi in uso, o nelle operazioni chirurgiche, soltanto nel caso di errori particolarmente gravi ed evidenti⁹².

La colpa medica, come appena anticipato, è stata a lungo

⁹² DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, pag 346

interpretata << con larghezza di vedute e comprensione >>⁹³ e questo ancora fino alla metà del '900. Ad esempio una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli del 1871 affermava: “Chi, nell’esercizio della sua professione, arreca danno altrui per cattivo magistero dell’arte non è in colpa e non incontra responsabilità, a meno che non sia provato l’animo deliberato di malfare”⁹⁴. In questo periodo, che si colloca fino alla metà degli anni cinquanta, l’attività medica era concepita come un’attività svolta nell’interesse del paziente; essa quindi poteva rilevare penalmente soltanto nei casi di colpa grossolana, di errore inescusabile e di totale mancanza di conoscenza delle regole minime dell’arte medica⁹⁵.

1.3. La sentenza della Consulta n° 166/73

Successivamente, l’indirizzo prevalente fu quello di applicare l’art 2236 cc. anche nell’ambito penale. Tale

⁹³ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 88

⁹⁴ Cass. Napoli 25.5.1871, in *Gazzetta dei tribunali*, XXIV, citata in *Foro.it.*, 1886, I, 714, nota 1-2

⁹⁵ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 88

articolo riguarda la “Responsabilità del prestatore d’opera”, e stabilisce: <<Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave>>. Secondo la Relazione del Guardasigilli, tale norma è espressione di un delicato bilanciamento tra due esigenze contrapposte, cioè quella di considerare la particolare difficoltà della prestazione richiesta nell’accertamento dell’eventuale responsabilità, da un lato, e quella di non garantire ambiti di impunità, dall’altro.

Applicando l’art. 2236 cc. al campo medico, la limitazione di responsabilità si avrebbe solo con riguardo alla perizia, non valendo essa invece per la prudenza e la diligenza, alle quali si applicano le regole generali⁹⁶.

Questo orientamento venne sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale, dopo che il Tribunale di Varese con ordinanza del 12 luglio 1971 sollevò per l’appunto una questione di legittimità costituzionale degli artt. 589 e 43 c.p. sulla base dell’art. 3 della Costituzione, e quindi del principio di uguaglianza⁹⁷. La Corte, con la pronuncia n° 166 del 28 novembre del 1973, ha dichiarato infondata la

⁹⁶ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 120

⁹⁷ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 91

questione, specificando che «la deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e risulta ben contenuta, in quanto è operante ed in modo restrittivo in tema di perizia e questa presenta contenuti e limiti circoscritti»⁹⁸. L'applicazione del regime di favore alla sola perizia si spiega attraverso una interpretazione restrittiva del presupposto dei «problemi tecnici di particolare difficoltà»; cioè di quei problemi che presentano i caratteri dell'eccezionalità e della straordinarietà, in quanto ancora poco studiati dalla scienza, o oggetto di dibattito riguardo ai metodi terapeutici da adottare⁹⁹. Comunque, secondo la giurisprudenza, l'applicazione dell'art 2236 c.c risulta limitata ad ipotesi di chiusura o residuali, come un intervento specialistico che per ragioni di assoluta urgenza debba essere affrontato da un medico generico, anziché da uno specialista, o un intervento cd. pionieristico, cioè che mira a risolvere una patologia nuova, o a risolverla con modalità nuove¹⁰⁰. Nella sentenza, inoltre, la Corte sembra avere già chiare le possibili problematiche derivanti da un atteggiamento di

⁹⁸ Corte Cost. , 28 novembre 1973, n.166, in *Foro it.*, 1974, I, c. 19

⁹⁹ SARDELLA, *La diligenza professionale nella pratica medica*, in Riv. It. Med.Leg. 2012, pag 378.

¹⁰⁰ SARDELLA, *La diligenza professionale nella pratica medica*, in Riv. It. Med.Leg. 2012, pag 379

eccessiva severità nel giudicare la colpa medica, affermando che un trattamento giuridico più favorevole per i medici è strumentale alla tutela della salute dei pazienti, perché in caso contrario i medici potrebbero evitare di prendere in cura i casi più difficili, adottando comportamenti che oggi rientrerebbero nella medicina difensiva negativa.¹⁰¹

1.4. Il progressivo abbandono dell'art. 2236 c.c. nell'accertamento della colpa medica

Nella prima parte degli anni '80 la prevalente giurisprudenza della Cassazione continuò ad applicare l'art 2236 c.c. alla colpa medica, anche se contestualmente iniziano ad affermarsi una serie di sentenze il cui contenuto era opposto¹⁰². Una sentenza della Cassazione penale del 1983, ad esempio, nega l'applicabilità dell'art 2236 c.c. in sede penale, sia in via di interpretazione estensiva, data << la completezza e l'omogeneità della disciplina penale dell'elemento psicologico del reato >>, sia attraverso

¹⁰¹ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 91

¹⁰² MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 94

l'analogia, ostando l'art 14 delle preleggi, in quanto la disposizione ivi prevista avrebbe carattere eccezionale¹⁰³. Nel diritto penale la graduazione della colpa rileva, infatti, solo ai fini del *quantum respondeatur*, e non dell'*an respondeatur*¹⁰⁴, dato che l'art 133 c.p. e l'art 61 n° 3 rilevano rispettivamente come criterio per la determinazione della pena e come circostanza aggravante.

Nel corso degli anni '90 la giurisprudenza delle sezioni penali della Cassazione si dimostra ancora oscillante¹⁰⁵, talvolta addirittura inserendo nella stessa massima tesi antitetiche, come accade ad esempio in una sentenza del '91 nella quale si sostiene che << l'accertamento della colpa professionale del sanitario deve essere valutata con larghezza e comprensione per la peculiarità dell'esercizio dell'arte medica e per la difficoltà dei casi particolari, ma pur sempre nell'ambito dei criteri dettati per l'individuazione della colpa medica dall'art 43 c.p. >>¹⁰⁶.

¹⁰³ Cass. Pen, 13 giugno 1983, Duè, in *Giust. pen.*, 1984, II, 227.

¹⁰⁴ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 122

¹⁰⁵ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 99

¹⁰⁶ Cass., Sez IV, 12 aprile 1991, Lazzeri, cit., p. 52.

1.5. Il ritorno dell'art 2236 c.c. come <<regola di esperienza>> del giudizio

Nel primo decennio del 2000 è raro reperire delle sentenze della Corte di Cassazione che si riferiscano all'art 2236 c.c. nell'ambito della colpa medica¹⁰⁷, a dimostrazione del fatto che si tratta di un orientamento ormai consolidato. In realtà, in molte delle recenti sentenze, seppur si mantenga fermo il principio dell'inapplicabilità diretta dell'articolo, sembra si “faccia rientrare dalla finestra ciò che è stato fatto uscire dalla porta”¹⁰⁸, perché si sostiene l'applicazione di tale norma come “regola di esperienza”, quantomeno nel caso di particolari difficoltà tecniche.

Un esempio del genere è dato da una delle ultime sentenze "pre-Balduzzi", nel 2011. Essa riguardava un caso di contestata erronea diagnosi, a seguito di corretti accertamenti diagnostici. Il Tribunale di Rossano aveva emesso sentenza di non luogo a procedere, e il ricorso delle parti civili era stato considerato infondato, e quindi respinto, dalla Cassazione. Sia il Tribunale che la Suprema Corte, infatti, avevano ritenuto scusabile l'errore diagnostico riferendosi all'art 2236 c.c. come regola di esperienza

¹⁰⁷ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 101

¹⁰⁸ SARDELLA, *La diligenza professionale nella pratica medica*, in Riv. It. Med.Leg, 2012, pag 384

del giudizio¹⁰⁹. Nel prosieguo del suo iter la Corte ribadisce come sia esclusa l'applicazione diretta del suddetto articolo, in virtù di un ormai consolidato orientamento; <<tuttavia, non può negarsi come la disposizione citata esprime un criterio di razionalità del giudizio>>¹¹⁰.

In realtà il ricorso all'articolo contenuto nel codice civile è superfluo, perché, per accertare la responsabilità per imperizia in caso di problemi tecnici di speciale difficoltà, “basta” utilizzare il criterio dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, e quello della esigibilità in concreto della condotta¹¹¹.

2.1. Il principio di affidamento

Il principio di affidamento trova applicazione in vari settori dell'ordinamento, come il diritto civile o amministrativo, ma è soprattutto nel diritto penale che ha assunto una importanza crescente¹¹².

¹⁰⁹ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 109-110

¹¹⁰ Cass. pen., sez. IV, 5 aprile 2011, n 16328, in *Ced Cass.*, rv. 251960, *Ragiusan*, 2011, 327, 205

¹¹¹ SARDELLA, *La diligenza professionale nella pratica medica*, in Riv. It. Med.Leg. 2012, pag 384

¹¹² DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I Fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, pag 441

Esso si basa sull'assunto per il quale ciascun soggetto che si trovi a svolgere una attività, possa fare appunto affidamento sul fatto che anche gli altri consociati compiano la medesima attività conformandosi alle regole cautelari previste¹¹³.

E' chiaro che il settore in cui maggiormente si esplica tale principio è rappresentato dai reati colposi e la tutela riconosciuta dall'ordinamento deriva dalla necessità di circoscrivere l'ambito del dovere di diligenza in maniera da essere compatibile con il principio del carattere personale della responsabilità¹¹⁴. A ciò si deve aggiungere anche l'utilità sociale¹¹⁵, perché altrimenti ciascun individuo sarebbe gravato del compito di controllare anche i comportamenti altrui, con evidente rischio di paralisi delle attività pur ammesse dall'ordinamento¹¹⁶.

Vi sono varie tesi sul fondamento di questo principio: chi lo individua nell'art. 27 Cost. e nel principio della autoresponsabilità, chi nella duplice aspettativa dell'ordinamento e dei consociati, ricavabile dall'art. 54 Cost., e chi si riferisce al principio di uguaglianza enunciato all'art. 3 Cost.¹¹⁷ nel senso che chiunque, avendo il dovere di essere diligente, può conseguentemente

¹¹³ DE FRANCESCO, *Diritto Penale-I Fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, pag 441

¹¹⁴ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 252

¹¹⁵ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 252

¹¹⁶ DE FRANCESCO, *Diritto Penale-I Fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, pag 442

¹¹⁷ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 253

pretendere che lo stesso valga per gli altri soggetti dell'ordinamento¹¹⁸.

Il principio di affidamento non può, però, essere riconosciuto in ogni caso, perché deve essere comunque giustificato dalle circostanze, non potendosi ammettere un atteggiamento di fiducia aprioristico. Vi sono due limiti al suo operare, rappresentati dalla possibilità di riconoscere la violazione delle regole cautelari da parte degli altri consociati, e dall'esistenza di un obbligo positivo di vigilanza in capo al soggetto che riveste una posizione gerarchica ed è chiamato a coordinare le prestazioni altrui¹¹⁹.

Nel primo gruppo rientra ad esempio la circolazione stradale, nella quale ciascuno è obbligato al rispetto delle regole che lo riguardano, ma in caso di violazione di queste da parte di terzi, spetterà a tale soggetto fronteggiare le imprudenze causate dagli altri. La giurisprudenza ha riconosciuto tale dovere, ad esempio, nei casi di guida di un veicolo su una strada con diritto di precedenza, nel caso in cui da una traversa sopraggiunga un automobilista che stia chiaramente violando il suo correlativo obbligo; e ancora, nel caso di un pedone che stia per attraversare la strada, seppur al di là delle strisce pedonali¹²⁰.

Nel secondo caso rientrano le situazioni in cui un soggetto, per la

¹¹⁸ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 81

¹¹⁹ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 249

¹²⁰ DE FRANCESCO, *Diritto Penale-I Fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, pag 444

posizione rivestita, debba assolvere determinati compiti, necessari affinché altri possano svolgere correttamente i loro. Ad esempio, il datore di lavoro deve dirigere e organizzare l'esercizio della sua impresa, predisponendo le condizioni necessarie per far sì che i lavoratori svolgano la loro professione in conformità alle norme cautelari che a loro competono. Un altro ambito è proprio quello della professione medica, in cui in caso di attività plurisoggettiva, il capo dell'équipe deve selezionare adeguatamente i suoi collaboratori e fornire chiare indicazioni sui loro compiti e sulla condotta da seguire, esercitando una vigilanza di massima¹²¹.

La prima affermazione del principio di affidamento si ha con la circolazione stradale, ma in realtà è nell'ambito dell'attività medica che esso trova maggiore applicazione¹²². Nei paragrafi successivi verrà, quindi, approfondito il tema dell'attività medica plurisoggettiva.

¹²¹ DE FRANCESCO, *Diritto Penale- I Fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, pag 442-443

¹²² ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 250

2.2. Il principio di affidamento nell'attività medico-chirurgica in équipe

Si definisce attività medico-chirurgica in équipe, quella contraddistinta dalla partecipazione e collaborazione tra loro di più medici e sanitari, che interagiscono per il raggiungimento di un obiettivo comune¹²³.

Caratteristica precipua è quindi la divisione del lavoro, trattandosi di interventi che richiedono la presenza di medici afferenti a diverse specializzazioni. La divisione del lavoro può essere considerata sia un *fattore di sicurezza*, sia un *fattore di rischio*. Un *fattore di sicurezza* perché il medico potrà svolgere i compiti che gli spettano con la necessaria concentrazione, senza dover continuamente occuparsi di controllare anche l'operato dei suoi colleghi. La mancanza di adeguate competenze specialistiche necessarie a giudicare la perizia della condotta altrui rende quindi necessitata la tutela dell'affidamento.

Si ha un *fattore di rischio* perché la partecipazione di più soggetti all'attività implica rischi ulteriori, come il difetto di mancata informazione, di coordinamento, o una eccessiva suddivisione delle competenze individuali che impedisce una visione

¹²³ <http://www.altalex.com/documents/news/2006/10/11/responsabilita-medica-in-equipe-gli-orientamenti-giurisprudenziali>, Buzzoni, 12/10/2006

d'insieme¹²⁴.

La divisione medica del lavoro in équipe può essere definita di tipo orizzontale in quanto sono tutti posti in una situazione di uguaglianza, dovendo svolgere la propria attività, ciascuno nel rispetto delle *leges artis* del suo settore.

La giurisprudenza in tali ipotesi riconosce in capo a ciascun membro dell'équipe un dovere generale di valutazione e controllo delle attività altrui: ad esempio in una sentenza la Cassazione afferma che: <<ogni sanitario è tenuto ad osservare gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine unico della salute del paziente, in aggiunta al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte; in conseguenza di ciò il singolo medico non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pur specialista, e dal controllarne la correttezza, ponendo eventualmente rimedio agli errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rinvenibili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio¹²⁵>>.

I due criteri che dovrebbero essere utilizzati per valutare una eventuale responsabilità colposa degli altri collaboratori sono pertanto quello della *evidenza* e della *non settorialità* dell'errore.

¹²⁴ RISICATO, *L'attività medica d'équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, Torino, 2013, pag 32

¹²⁵ Cass, Sez IV, 11 ottobre 2007, Raso ed altri, in *C.e.d. Cass.* n 23789

Tuttavia in relazione a questo secondo elemento la giurisprudenza tende ad ampliare la sfera di responsabilità, riferendosi alla *rilevabilità in concreto* del comportamento negligente, indipendentemente dalla specializzazione del medico¹²⁶. Emblematico è il caso del decesso di una partoriente e del neonato. La paziente doveva subire un taglio cesareo, ma, dopo un tentativo di intubazione, era insorto un edema polmonare e l'anestesista aveva proseguito nei tentativi, recuperando lo stato di veglia della paziente. Il cesareo era ormai indifferibile visto lo stato di sofferenza materna e fetale, ma questo non venne fatto, determinando la morte di entrambi. I giudici di legittimità hanno condannato non solo l'anestesista che aveva direttamente posto in essere la condotta colposa, ma anche i ginecologi che non avevano proceduto al cesareo d'urgenza e quindi non avevano posto rimedio all'evidente errore del collega¹²⁷.

Questa regola giurisprudenziale, secondo la quale tutti i membri dell' *équipe* devono osservare gli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico e quindi anche porre rimedio agli errori inerenti a competenze di altre specializzazioni, se si tratta di errori rilevabili con l'ausilio delle comuni conoscenze mediche, può essere applicata ad una pluralità di situazioni in cui l'attività medico-chirurgica è svolta da

¹²⁶ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 268

¹²⁷ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 268

più medici in collaborazione tra loro¹²⁸. Di conseguenza, l'espressione "attività medico-chirurgica in *équipe*" viene utilizzata per riferirsi anche ai casi di attività medica c.d. diacronica, ossia quella svolta da più medici in tempi diversi, ma che è comunque realizzata per un fine unitario¹²⁹. Una importante pronuncia a tal proposito riguarda un caso di morte da trapianto, derivante dall'innesto in due pazienti diversi di reni provenienti da un donatore affetto da metastasi cancerose. La complessità della questione sta nel corretto inquadramento delle singole responsabilità nel contesto di una procedura medica caratterizzata dalla cooperazione di una pluralità di specialisti differenti, dislocati in diversi stadi, diversi tempi e addirittura diversi luoghi (le strutture sanitarie di Nuoro e Cagliari). La Suprema Corte ha riconosciuto la responsabilità sia degli anestesisti-rianimatori, che avevano sbagliato nella diagnosi della morte del donatore degli organi, omettendo di effettuare una serie di esami che sarebbero stati necessari in ragione dei dati anamnestici di cui disponevano, nonché della neoformazione cardiaca che era stata riscontrata e non era stata oggetto di approfondimento, sia del chirurgo che aveva proceduto al prelievo e al successivo trapianto degli organi malati, il quale avrebbe

¹²⁸ GIZZI, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, volume a cura di Bartoli, pagg 38/39, Firenze University Press, 2010

¹²⁹ VALLINI, *Cooperazione e concause*, pag 480, il quale però sottolinea la differenza sussistente con l'attività medica di *équipe* in senso stretto, devo lo stretto collegamento funzionale e ambientale facilita la controllabilità dell'operato dei colleghi.

dovuto procedere agli esami non effettuati dai colleghi precedentemente, che se svolti avrebbero evitato il decesso dei soggetti riceventi gli organi. La Corte afferma la responsabilità anche del chirurgo, che sarebbe stato in grado di percepire l'errore diagnostico in cui erano incorsi gli altri medici sulla base delle conoscenze di cui è dotato un professionista medio: vi erano, infatti, una serie di circostanze fattuali (la neoformazione cardiaca e i dati anamnestici) che avrebbero dovuto spingerlo a dubitare della precedente diagnosi circa la morte del donatore e a proseguire con gli accertamenti per assicurarsi dell'idoneità degli organi¹³⁰.

Sul medico viene a gravare in sostanza, oltre all'obbligo principale consistente nello svolgimento dei compiti che gli spettano, anche un *obbligo secondario di verifica e controllo* circa l'attività altrui, la cui estensione rischia di diventare fumosa a causa delle interpretazioni giurisprudenziali oscillanti¹³¹.

Questo si riscontra anche nei casi di derelizione di oggetti (ci si riferisce ai casi in cui vengano dimenticati materiali di uso chirurgico come garze o aghi e bisturi durante l'operazione nel corpo del paziente), che rappresentano un evento noto e riportato in letteratura. Riguardo alla derelizione di oggetti risultano astrattamente tre soluzioni interpretative: 1) attribuzione della

¹³⁰ GIZZI, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, volume a cura di Bartoli, pag 39, Firenze University Press, 2010

¹³¹ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 276

responsabilità per l'esito infausto a tutti i componenti dell'équipe medica. 2) attribuzione della responsabilità al solo medico che materialmente ha dimenticato l'oggetto nel corpo del paziente. 3) attribuzione della responsabilità in via esclusiva a colui che aveva il compito della conta dei ferri, indipendentemente da chi ha materialmente commesso l'errore¹³². Una responsabilità di posizione può configurarsi in via interpretativa anche per il chirurgo a capo dell'équipe. Secondo una attenta dottrina, dovrebbe essere considerato responsabile il ferrista, residuando in capo al chirurgo il compito di controllare che effettivamente la conta sia stata fatta e non di ripeterla¹³³. La giurisprudenza, dopo una prima fase più indulgente, ultimamente si è assestata su una "linea dura", riconoscendo la responsabilità di tutti i membri dell'équipe: in una sentenza del 2008 la Cassazione ribadisce che <<tutti i componenti dell'équipe medica, nel caso di specie medico chirurgo, assistente di sala ed infermiera strumentista, devono partecipare alla verifica finale della corrispondenza tra le garze utilizzate e quelle restituite, anche se tale compito è stato preventivamente demandato all'infermiere strumentista>>¹³⁴. E' auspicabile che la giurisprudenza in materia modifichi il suo orientamento in un'ottica meno punitiva e che tenga

¹³² ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 282

¹³³ MICHELETTI, *La colpa del medico, prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, pag 176.

¹³⁴ Cass., Sez IV, 7 marzo 2008, Vavassori, in *C.e.d Cass.*, n 239605

maggiormente in considerazione la divisione dei compiti, che attraverso queste massime viene invece svuotata di significato

2.3. Rapporti tra primario e sottoposti

Sul medico che riveste una posizione apicale grava il rischio di un'eccessiva estensione della sfera degli obblighi e doveri di vigilanza e coordinamento, che rischiano di determinare una responsabilità oggettiva, in virtù semplicemente della posizione rivestita¹³⁵.

Prima delle riforme degli anni '90, la posizione di garanzia del primario era ricavata dall'art. 63 D.p.r. 761/79, che individuava degli obblighi di sorveglianza e di direzione anche nei casi in cui delegasse ad altri certi compiti. <<Il medico appartenente alla posizione apicale [..]esercita funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura [...],impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse>>.

Ad esempio, in un caso di omicidio colposo in seguito ad un

¹³⁵ RISICATO, *L'attività medica d'équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, Torino, 2013, pag 35

sinistro stradale, la Corte ha optato non soltanto per la responsabilità dei membri dell'*équipe* medica, per non essere riusciti ad identificare in maniera compiuta la sintomatologia del paziente, omettendo in tal modo di porre in essere le cure più elementari e necessarie, ma anche del primario il quale non aveva adottato le necessarie funzioni di indirizzo, verifica e direzione dell'attività dei suoi subalterni, per l'esecuzione delle scelte terapeutiche più adeguate alla circostanza in questione¹³⁶. Il primario, tuttavia, rischia di rispondere anche nei casi in cui il medico sottoposto abbia ricevuto delle istruzioni precise e corrette, e poi sia stato quest'ultimo a errare al momento dell'attuazione delle stesse. Tale responsabilità desta parecchie perplessità, perché sembra eccessivo dover ritenere che il medico in posizione apicale debba controllare anche la corretta esecuzione delle direttive da lui impartite. Egli potrebbe rispondere solo nei casi in cui abbia scelto un soggetto professionalmente inidoneo, altrimenti verrebbe snaturata la stessa finalità della delega delle funzioni e della divisione del lavoro¹³⁷. Altra pronuncia che denota la tendenza punitiva della giurisprudenza è quella della Cass., Sez IV, 7 dicembre 1999, Gulisano. Una donna in stato di gravidanza era stata condotta in ospedale a causa dell'insorgenza

¹³⁶ <http://www.altalex.com/documents/news/2006/10/11/responsabilita-medica-in-equipe-gli-orientamenti-giurisprudenziali>, Buzzoni, 12/10/2006

¹³⁷ RISICATO, *L'attività medica d'équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, Torino, 2013, pag

di complicazioni. I sintomi della donna erano tali da dover spingere i medici a prescrivere degli esami, che se svolti avrebbero evidenziato uno stato di sofferenza epatica. Ciò non venne fatto, comportando la morte dei tre feti e il decesso della gestante a seguito di emorragia e intervento di isterectomia. La Corte ha ritenuto responsabili non soltanto i medici del reparto di ostetricia che si erano concretamente occupati della donna, ma anche il primario, sostenendo che egli è titolare di una posizione di garanzia verso i pazienti e ha il potere decisionale sulla terapia da seguire e sugli interventi da effettuare, con conseguente responsabilità se ometta l'esercizio di queste sue prerogative.

Alla luce di questo, non si può non rilevare come spesso la Suprema Corte, nell'affermare la responsabilità del primario, non tenga conto della situazione concreta in base alla quale questi avrebbe potuto comprendere l'effettivo errore in cui era incorso un altro medico, nè definisce con precisione la condotta che avrebbe dovuto tenere per rimediare all'errore altrui¹³⁸.

In seguito alla riforma della dirigenza sanitaria, prima con il d.lgs. n 502/1992 che aveva eliminato la distinzione tra primari, aiuti e assistenti, distinguendo tra dirigenti di primo e di secondo livello, e poi con il d.lgs. n 229/1999, che ha introdotto un unico dirigente sanitario, distinguendo due tipi di struttura (semplice e

¹³⁸ GIZZI, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, volume a cura di Bartoli, pag 54, Firenze University Press, 2010

complessa), la Corte non ha mutato il suo orientamento: il dirigente medico ospedaliero in posizione apicale è titolare di una posizione di garanzia a tutela dei pazienti, in quanto i predetti interventi legislativi hanno attenuato la forza del vincolo gerarchico con gli altri medici, ma non hanno comunque eliminato i poteri di direzione, vigilanza e controllo che prima erano in capo al primario, e per l'appunto adesso spettano al dirigente sanitario¹³⁹.

Non sempre, tuttavia, il medico che svolge la funzione di capo dell'*équipe* è allo stesso tempo un soggetto che riveste la posizione apicale; quindi si pone il problema di stabilire se equiparare le due figure, attribuendo anche al capo *équipe* le funzioni e i conseguenti obblighi del c.d. primario. La giurisprudenza tende ad assimilare le due figure, basandosi sul riconoscimento sostanziale del ruolo gerarchicamente sovraordinato del sanitario a capo dell'*équipe*. Questa interpretazione non trova d'accordo la dottrina, in cui una parte¹⁴⁰ distingue tra il capo *équipe* che riveste anche la funzione di primario e il soggetto che non riveste tale qualifica e afferma che solo sul primo graverebbero gli obblighi di indirizzo e vigilanza. Un'altra dottrina ha suddiviso l'intervento medico chirurgico in vari momenti in cui l'obbligo di vigilanza del capo

¹³⁹ GIZZI, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, volume a cura di Bartoli, pag 56, Firenze University Press, 2010

¹⁴⁰ In tal senso GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, cit., p.237 e ss.

équipe si integra nei passaggi fondamentali dell'operazione, cioè nella fase iniziale dell'intervento , verificando la presenza e le capacità psicofisiche degli altri membri, poi al momento della ripartizione dei compiti e infine nella verifica del corretto svolgimento dell'operazione, che deve essere fatta a intervalli regolari¹⁴¹.

Per quanto riguarda il medico in posizione subalterna, la giurisprudenza anche in questo caso tende ad estendere la responsabilità, dato che il <<rapporto di subordinazione tra due sanitari, quali il primario di una divisione ospedaliera e l'assistente, non può essere in nessun caso considerato tanto assoluto e vincolante da far ritenere che il sottoposto, nell'uniformarsi alle disposizioni del superiore, che concretizzino una condotta colposa, non vi cooperi volontariamente, e da esonerarlo, conseguentemente, dalla responsabilità per l'evento derivante da quella condotta¹⁴²>>. Non è ammissibile un <<pedissequo e acritico atteggiamento di sudditanza verso gli altri sanitari¹⁴³>>. Sulla base di questi indirizzi, gli unici casi in cui il medico in posizione subalterna possa evitare di essere considerato responsabile sono la sua espressa manifestazione di dissenso circa le direttive e le indicazioni del superiore, e l'impossibilità in

¹⁴¹ In tal senso BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico chirurgica in équipe* in *Arch. pen.*, 1986, cit, p. 299; IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, cit., p. 79.

¹⁴² App. Caltanissetta, 15 gennaio 2003, in *Foro.it.*, 2005, II, 621.

¹⁴³ Cass., sez IV, 17 novembre 1999, n 554

concreto di discostarsi dalle stesse¹⁴⁴.

La dottrina ha correttamente evidenziato che questo indirizzo troppo rigoroso non tiene conto di come si esplica nella realtà il rapporto gerarchico, perché il medico subordinato è sottoposto alle direttive del medico in posizione apicale e non è detto che egli disponga di una esperienza pratica tale da poter contrastare apertamente l'operato del suo superiore¹⁴⁵.

A maggior ragione, queste valutazioni devono essere condivise per lo specializzando, riguardo al quale la giurisprudenza afferma che la partecipazione all'operazione comporta sempre l'assunzione diretta <<della posizione di garanzia nei confronti del paziente, condivisa con quella che fa capo a chi impartisce le direttive. Ne segue che, poichè anche sullo specializzando incombe l'obbligo dell'osservanza delle *leges artis*, ove egli non sia ancora in grado di affrontare le difficoltà del caso specifico, ha l'obbligo, piuttosto che mettere a rischio la vita e l'incolumità del paziente, di astenersi dal direttamente operare>>¹⁴⁶.

E' una diretta conseguenza di questa tendenza punitiva della giurisprudenza il ricorso massiccio alla medicina difensiva da parte dei giovani medici e soprattutto degli specializzandi. Infatti secondo i dati del Centro Studi "Federico Stella", coloro che vi

¹⁴⁴ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 289

¹⁴⁵ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 290

¹⁴⁶ Cass., Sez IV, 24 novembre 1999 n 13389, Tretti

ricorrono raggiungono una percentuale del 92,3 nei soggetti tra i 32 e i 42 anni.

3. La responsabilità dello psichiatra come ipotesi paradigmatica di colpa medica

Il tema della responsabilità medica in psichiatria è molto dibattuto, dato che lo psichiatra si trova in una delicata posizione: da un lato le cure e le scelte devono tener conto dell'interesse del paziente; dall'altro la patologia può determinare anche il rischio di atti auto o addirittura etero-aggressivi e quindi entrano in gioco esigenze di tutela della collettività¹⁴⁷. Tuttavia, a differenza di altri settori medici, in questa branca risultano particolarmente incerti i criteri utilizzabili per i giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, sia per gli atti compiuti contro se stessi, che per gli atti contro terzi¹⁴⁸.

Il punto di svolta in questo campo è rappresentato dalla c.d. riforma Basaglia del 1978 n° 180, che innova la considerazione pacifica fino a quel momento del malato di mente come soggetto pericoloso per la società. La conseguenza è che fino alla riforma il

¹⁴⁷ www.studiolegalealbini.it

¹⁴⁸ SALERNO, *Riv. it. med. leg.*, 2012, pag 1759

medico aveva sostanzialmente funzioni di controllo, dovendo ricorrere all'internamento e alla custodia del paziente per azzerare ogni pericolo. La legge Basaglia ha rappresentato una storica evoluzione verso un indirizzo che avesse come obiettivo unico la finalità di cura del malato. Per gli atti autolesivi la tutela della salute del malato implica a maggior ragione quella della sua integrità fisica, mentre per gli atti etero-aggressivi, sulla base della legge Basaglia, dovrebbe escludersi un obbligo di controllo finalizzato ad evitare condotte lesive nei confronti di terzi, in considerazione della volontarietà del trattamento (salvo i casi di trattamento sanitario obbligatorio)¹⁴⁹.

La giurisprudenza post riforma inizialmente aveva escluso che sullo psichiatra potesse gravare un obbligo di custodia rispetto al paziente. Tale interpretazione determinava la rinuncia a qualsiasi tipo di prevenzione di condotte autolesive o etero-aggressive¹⁵⁰. Successivamente, però, gli indirizzi giurisprudenziali sono mutati, configurando la responsabilità del medico anche in ipotesi di atti autolesivi in assenza dei presupposti per il tso.

Un esempio è dato da una sentenza della Cassazione in cui è stato riconosciuto responsabile per colpa lo psichiatra che nell'affidare una paziente ad una collaboratrice aveva ommesso di informare quest'ultima circa alcuni pregressi tentativi di suicidio della donna

¹⁴⁹ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 186

¹⁵⁰ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 214

in cura. I giudici hanno motivato la condanna con la considerazione che autorizzare la malata ad uscire dalla casa di cura fosse <<circostanza fattuale tale da determinare un aumento del rischio di un ulteriore gesto autosoppressivo, qualora disgiunta dal contestuale apprestamento di una assistenza più informata o qualificata da parte dell'accompagnatrice cui era stata affidata>>¹⁵¹. Questa sentenza dimostra come la giurisprudenza abbia iniziato a riconoscere la sussistenza di una posizione di garanzia consistente in obblighi di custodia e vigilanza anche al di là dei casi di trattamento sanitario obbligatorio.

Riguardo ai casi di eventi etero-aggressivi la sentenza cardine può essere considerata quella del 14 novembre 2007, in cui la Corte ha fatto ricorso alla figura del *concorso colposo nel delitto doloso*. La vicenda riguarda l'omicidio di un educatore di una comunità di cura da parte di un soggetto affetto da schizofrenia paranoide cronica. Lo psichiatra che aveva preso in cura l'uomo era un collaboratore esterno e aveva deciso di somministrare al paziente una iniezione a base di un farmaco antipsicotico. Dopo circa un anno lo psichiatra aveva interrotto la terapia su richiesta del paziente dato che era insorto il Morbo di Parkinson come complicanza. In seguito al peggioramento delle condizioni psichiche, il medico aveva ripristinato la terapia, aggiungendo anche un farmaco antipsicotico ad effetto immediato, ma il

¹⁵¹ Cass., 4 marzo 2004, Guida, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2859 e ss.

paziente con un grosso coltello da cucina uccise l'educatore. La Cassazione ha condannato il medico ritenendo ammissibile <<il concorso colposo nel delitto doloso, sia nel caso di cause colpose indipendenti, che nel caso di cooperazione colposa, purchè in entrambi i casi il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa e la sua condotta sia caratterizzata da colpa>>. La Corte continua appoggiando il giudizio dei periti, che avevano ritenuto che a fronte di una patologia così grave come la schizofrenia paranoide, la decisione di interrompere la terapia avrebbe potuto essere adottata solo nel caso di malattia in remissione da almeno cinque anni, e in ogni caso si sarebbe dovuta attuare con gradualità. Inoltre, in questo caso specifico l'evento era prevedibile, date le caratteristiche della patologia. Successivamente a questa sentenza vi fu un grande dibattito, dato che si percepì chiaramente il rischio di pratiche difensive da parte dei medici psichiatri. Fece discutere, tra le altre cose, la scelta della riconducibilità della vicenda nel quadro del concorso colposo nel delitto doloso. Secondo Cingari, mancherebbe proprio l'elemento psichico del concorso colposo, che deve consistere, se non nella consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta, almeno nella consapevolezza di concorrere all'altrui fatto materiale. Inoltre, questa sentenza mostra tutta la difficoltà di accertamento insita nella c.d. causalità psichica: trattandosi per l'appunto di fattori psichici, quindi interni al soggetto, è

complicato applicare il modello condizionalistico, essendo particolarmente ostico fornire la prova negativa della assenza di fattori causali alternativi che avrebbero potuto concorrere o addirittura costituire una serie causale autonoma e indipendente; nel caso in questione, infatti, il paziente era venuto a conoscenza della morte di due ospiti della stessa struttura ai quali era legato proprio nel periodo immediatamente precedente all'omicidio e proprio tale situazione avrebbe potuto rappresentare un fattore causale alternativo in grado di determinare lo scompenso nell'organismo del paziente, spingendolo a compiere il gesto violento¹⁵², in luogo della improvvisa interruzione della terapia medica.

Le linee interpretative attuali seguite dalla giurisprudenza oscillano tra l'imputazione del mancato ricovero coattivo e l'affermazione della responsabilità per la mancata somministrazione di farmaci o l'inadeguata individuazione del dosaggio di una terapia. La posizione di garanzia rivestita dal medico viene interpretata estensivamente fino a coincidere con il dovere giuridico di impedire l'evento di cui all'art 40 comma 2 c.p., tanto da riconoscere la fattispecie di omicidio colposo anche nei casi di condotte commissive e non solo omissive¹⁵³.

¹⁵² CINGARI, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, Riv. it. Dir. e Proc. Penale, fasc. 1, 2009, pag 440

¹⁵³ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 215

Questo incrementa il rischio di scelte mediche che, piuttosto che rispondere all'esclusivo interesse del paziente, vengano effettuate per evitare possibili conseguenze penali, favorendo il ricorso a forme di contenimento fisico o di controllo farmacologico al di là del dovuto¹⁵⁴ e, quindi, il rischio del ritorno alla funzione di controllo sociale svolta dalla psichiatria pre-Riforma sembra molto concreto.

¹⁵⁴ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 204

CAPITOLO III

ANALISI EMPIRICA E PRIME PROPOSTE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. I costi della medicina difensiva secondo la Commissione Parlamentare di inchiesta sugli errori e i disavanzi sanitari della Camera dei Deputati. 2. L'indagine dell'Ordine provinciale di Roma dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri. 3.1. Contributi della psicologia alla riduzione della medicina difensiva. 3.2. Il Progetto di riforma del Centro Studi << Federico Stella >> sulla Giustizia Penale e la Politica Criminale. 3.3. La ricerca empirica del CSGP e i suoi risultati. 3.4. La proposta di modifica del codice penale e la definizione di colpa grave.

1. I costi della medicina difensiva secondo la Commissione Parlamentare di inchiesta sugli errori ed i disavanzi sanitari della Camera dei Deputati

Il 5 Novembre 2008, durante la XVI Legislatura, è stata deliberata l'istituzione di una Commissione Parlamentare di inchiesta sugli errori ed i disavanzi sanitari. L'art. 1 recita: "Ai sensi dell'articolo 82 della Costituzione, e' istituita una Commissione parlamentare di inchiesta, di seguito denominata «Commissione», con il compito di indagare sulle cause e sulle responsabilità degli errori sanitari nelle strutture pubbliche e private e sulle cause di ordine normativo, amministrativo, gestionale, finanziario, organizzativo e funzionale ovvero attinenti al sistema di monitoraggio e di controllo che, nelle regioni interessate dal decreto-legge 20 marzo 2007, n. 23, convertito dalla legge 17 maggio 2007 n.64, hanno contribuito alla formazione di disavanzi sanitari non sanabili autonomamente dalle regioni medesime, anche al fine di accertare le relative responsabilità."

L'art. 2 al 1 comma stabilisce che la Commissione è composta da ventuno deputati, nominati dal Presidente della Camera dei deputati e al 5 comma che "è istituita per tutto il corso della XVI legislatura"¹⁵⁵. La Relazione conclusiva è stata approvata il 22

¹⁵⁵ http://www.camera.it/_bicamerali/leg16/sanita/Delibera.htm

gennaio 2013 ed è divisa in tre parti.

Negli ultimi anni i procedimenti contro la classe medica sono aumentati, senza in realtà giungere spesso a conclusione, in quanto le condanne continuano ad essere un numero ridotto. La Commissione ha analizzato i dati delle procure (aggiornati a dicembre 2011). E' emerso che i procedimenti per lesioni colpose a carico del personale sanitario sono 901 e rappresentano circa l'1,68% sul totale dei 53741 procedimenti per lesioni colpose nelle circa 80 Procure oggetto di valutazione. I procedimenti per omicidio colposo a carico del personale sanitario sono 736, costituendo l'11,8% sul totale di 6586 procedimenti per omicidio colposo nelle Procure valutate. Da questi dati si evince una differenza notevole in percentuale tra i casi di lesioni colpose e l'omicidio colposo, ma ciò è spiegabile con il fatto che nel secondo caso l'evento imputato è la morte del paziente, quindi una situazione fattuale più evidente e rilevabile rispetto alle "semplici" lesioni. Dalla relazione risulta anche il numero bassissimo di condanne e un numero cospicuo di archiviazioni, che corrisponde a circa il 40 % del totale dei procedimenti relativi alle lesioni colpose riferibili all'attività medico-chirurgica, mentre si riduce l'incidenza delle archiviazioni per omicidio colposo che corrisponde al 35 %. Il maggior numero di condanne in sede civile, piuttosto che in sede penale, si spiega con il diverso livello di accertamento probatorio , per cui accertare che l'evento morte

sia scaturito dalla *malpractice* risulta più difficile. Anche se sono pochi in termini assoluti, i procedimenti per lesioni colpose (85) e i procedimenti per omicidio colposo (75), riferibili alla gravidanza e al parto risultano tuttavia più rilevanti in termini percentuali (circa il 10 %), a conferma del fatto che la ginecologia continua ad essere uno degli ambiti più colpiti dal fenomeno della medicina difensiva¹⁵⁶. Secondo il Presidente Nazionale della Società di Ginecologia e Ostetricia, una causa su 10 contro un camice bianco è proprio a carico di un ginecologo e per una polizza assicurativa i prezzi arrivano fino a 20 mila euro¹⁵⁷. I dati evidenziano che le procure in cui la media nazionale viene superata sono tutte al Sud, soprattutto in Campania e Calabria, anche se a bilanciare questo dato concorre la circostanza che alcune “eccellenze” (procure in cui la percentuale di sinistri è inferiore alla media nazionale) sono anch’esse nelle regioni meridionali (es. Bari, Caltanissetta, L’Aquila, Lecce).

Da aprile 2009 a dicembre 2012 sono stati 570 i casi di presunta malasanità esaminati dalla Commissione, in 400 dei quali si è avuta la morte del paziente. Dall’analisi risulta come molti degli episodi non siano da imputare ad un diretto errore del medico, quanto a disservizi, carenze, strutture inadeguate, lunghe attese al pronto soccorso. Gli eventi sono più frequenti nelle Regioni in

¹⁵⁶ http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=13023, 22 gennaio 2013

¹⁵⁷ http://www.quotidianosanita.it/lavoro-e-professioni/articolo.php?articolo_id=32416, 19 ottobre 2015.

disavanzo, sottoposte ai piani di rientro. Su 570 casi monitorati, 117 si sono verificati in Sicilia, 107 in Calabria, 63 nel Lazio, 37 in Campania, 36 in Emilia Romagna e Puglia, 34 in Toscana e Lombardia, 29 in Veneto, 24 in Piemonte, 22 in Liguria, 8 in Abruzzo, 7 in Umbria, 4 nelle Marche e Basilicata, 3 in Friuli, 2 in Molise e Sardegna, 1 in Trentino. Le Regioni che spendono di più non necessariamente hanno un'assistenza migliore, ma le riduzioni di bilancio e i frequenti tagli alla spesa rischiano di determinare un peggioramento quantitativo e qualitativo delle cure offerte. Secondo l'Upb (Ufficio Parlamentare del Bilancio), riguardo alla spesa sanitaria, tra il 2015 e il 2019 "nel quadro programmatico la riduzione complessiva potrebbe risultare di circa mezzo punto di Pil", pari a 8 miliardi. "Rimane l'incertezza sulla ripartizione dei precedenti tagli, già stabiliti fino al 2018 (con il decreto 66/2014 e la legge di stabilità 2015) e confermati per il 2019 dal ddl di stabilità". Infatti, prosegue l'Ufficio parlamentare di bilancio, "la parte che non è stata ancora attribuita alla sanità con il decreto 78/2015 andrà allocata e ripartita per il 2016 mediante intesa (...), e per gli anni successivi con le procedure sopra indicate per il nuovo contributo". Quindi, avverte il rapporto, "è possibile che la sanità sia fatta oggetto di nuovi tagli, in quanto tali procedure sembrano differenziarsi da quelle applicabili nel primo anno essenzialmente perché viene esplicitata la possibilità di intervenire

sul finanziamento al comparto sanitario".¹⁵⁸

Il Presidente della Commissione Palagiano, alla luce dei dati raccolti, ha affermato che i tagli alla sanità incidono inevitabilmente sull'aumento delle denunce. " Se si tagliano i posti letto e le ambulanze sono fuori uso perché le barelle vengono utilizzate come letti, ovviamente chi attende l'arrivo del 118 rischia di non vedere i soccorsi arrivare per tempo. Se si continua a tagliare il personale, si costringe chi resta a coprire turni sempre più lunghi e impegnativi, con conseguenze negative sul livello di attenzione. Se una Asl non ha budget, impiegherà mesi o anni per aggiustare una tac. E questi sono tutti casi che ci sono stati segnalati"¹⁵⁹.

Nella Relazione conclusiva viene dedicato un paragrafo alla medicina difensiva. Si calcola che l'incidenza di questo fenomeno sulla spesa sanitaria nazionale è del 10,5%, ossia un costo per lo Stato di 10 miliardi di Euro, pari allo 0,75 del Pil. Viene rilevato che negli ultimi anni l'attenzione dei mass media e dell'opinione pubblica nei confronti degli errori medici è aumentata, contestualmente all'aumento delle denunce, generando una sorta di circolo vizioso. Gli episodi di presunta malasanità riportati dai vari quotidiani e telegiornali sono ormai quasi all'ordine del giorno, e questo contribuisce a determinare inevitabilmente una

¹⁵⁸ <http://www.upbilancio.it/pubblicato-il-rapporto-sulla-politica-di-bilancio-2016/>, 27 novembre 2015

¹⁵⁹ http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=13023, 22 gennaio 2013.

sfiducia nella classe medica. Accade pertanto più frequentemente che, a fronte di casi infausti, i medici curanti siano esposti a denunce. Si sono così costituite associazioni come l'AMAMI (Associazione per i medici accusati di malpractice ingiustamente) e ARITMIA (Associazione ricerca italiana tutela medici ingiustamente accusati), che hanno l'obiettivo di contestare le *frivolous lawsuit*, ossia le denunce infondate¹⁶⁰. Nel documento finale della Commissione viene fatto riferimento anche ad una inchiesta effettuata dall'Ordine provinciali dei medici-chirurghi e degli odontoiatri di Roma, che sarà sviluppata nel prossimo paragrafo.

2. L'indagine dell'Ordine provinciale di Roma dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri.

Il 23 novembre 2010 è stata presentata la prima ricerca nazionale sul fenomeno della medicina difensiva realizzata dall'Ordine dei Medici-Chirurghi e Odontoiatri di Roma. Tale indagine è un'estensione a livello nazionale dell'analoga indagine a livello

¹⁶⁰ <http://www.upbilancio.it/pubblicato-il-rapporto-sulla-politica-di-bilancio-2016/>, 27 novembre 2015

provinciale realizzata dal medesimo Ordine nel 2008, dal titolo "La medicina difensiva in Italia in un quadro comparato: problemi, evidenze e conseguenze".

Il campione utilizzato è di tipo probabilistico, stratificato per classe d'età e area geografica, pari a 2.783 unità, rappresentativo di tutti i medici italiani attivi, in età fino a 70 anni, esclusi gli odontoiatri.

Analizzando il contenuto dell'indagine, si riscontra che per quanto riguarda la percezione del rischio, il 78,2% dei medici si sente più a rischio di subire una denuncia rispetto al passato, il 65,4% dichiara di sentirsi sotto pressione a causa della possibilità che ciò accada. E' interessante anche il dato secondo il quale l'85,5% dei medici si attiene alle linee guida, protocolli e standard, evidentemente nell'ottica di un eventuale procedimento contro di essi. Il 53% dei medici dichiara di prescrivere farmaci a titolo "difensivo". Tale percentuale aumenta per le visite specialistiche, arrivando al 73%. Il 71% dei medici prescrive esami di laboratorio e circa il 75,6% prescrive esami strumentali, sempre spinto da motivi legati alla medicina difensiva. Riguardo ai ricoveri la percentuale dei medici che li prescrive per le suddette ragioni è del 49,9.

Oltre al timore di una denuncia, gli altri fattori che possono indurre i medici ad adottare comportamenti di tipo difensivo sono: per il 65,8% dei medici il clima di diffidenza ormai diffuso tra

l'opinione pubblica verso questa professione, per il 57,9% eventuali iniziative della magistratura, per il 48,4% incide la pressione avvertita derivante da episodi di contenzioso vissuti non in prima persona, ma da colleghi, la necessità di prevenire e tutelarsi da sanzioni da parte delle strutture (per il 43,1% dei medici), per il timore di rovinarsi la carriera (27,8% dei medici), per paura di finire sui giornali o in televisione (17,8%), per la paura di perdere i pazienti (per il 10,6% dei medici), per il timore di critiche da parte dei colleghi (9,6% dei medici). Secondo l'Ordine dei Medici-chirurghi, l'incidenza percentuale dei costi della medicina difensiva sulla spesa del SSN è del 10,5% (farmaci 1,9%, visite 1,7%, esami di laboratorio 0,7%, esami strumentali 0,8%, ricoveri 4,6%). La spesa per la medicina difensiva generata dai soli medici privati sulla spesa privata è del 14%, mentre l'incidenza dei costi di questo fenomeno sulla spesa del solo SSN da parte dei medici pubblici è del 10,6%. Un altro dato che si ricava da questa indagine è che coloro che adottano maggiormente comportamenti di medicina difensiva sono i medici più giovani: nelle varie domande del questionario, le percentuali più alte si riscontrano sempre tra i medici fino ai 34 anni e quelli dai 35 ai 44 anni. Ad esempio, alla domanda "Nell'esercizio della tua pratica clinica, con quale frequenza ti è capitato di prescrivere farmaci e fare ricette in misura superiore a quella che ritenevi necessaria solo per non correre il rischio di un esposto o una

denuncia da parte dei pazienti?", la probabilità media è del 15,3% tra i medici fino ai 34 anni, e del 14,1% tra i medici dai 35 ai 44, mentre nei medici dai 45 ai 54 anni scende al 13%, e tra i medici dai 55 ai 70 anni è ancora più bassa, l'11,2%. Alla domanda "Con quale frequenza ti è capitato di prescrivere e richiedere esami strumentali in misura superiore a quella che ritenevi necessaria solo per non correre il rischio di un esposto o di una denuncia da parte dei pazienti?", le percentuali maggiori si riscontrano nuovamente tra i medici fino ai 34 anni e tra quelli dai 35 ai 44 (rispettivamente il 25,3% e il 25,9%)¹⁶¹.

3.1. Contributi della psicologia alla riduzione della medicina difensiva.

Un' indagine condotta da Alessandro Antonietti e Valentina Ferraro insieme a Paola Iannello e Anna Mottini ha cercato di individuare le possibili cause psicologiche che contribuiscono al fenomeno in questione.

Nell'analisi si è ipotizzato che la propensione a ricorrere al procedimento penale sia collegata al livello di informazione e

¹⁶¹ PIPERNO, *Chi si difende da chi? E perchè? I dati della prima ricerca nazionale sulla Medicina Difensiva*, Roma, Senato della Repubblica, 23 novembre 2010

istruzione che i soggetti hanno in materia medico-sanitaria. Così ai pazienti sono stati sottoposti tre casi in cui la descrizione degli eventi lasciava volutamente adito a dubbi circa la responsabilità medica. Ai pazienti poi è stato chiesto di compilare una Vengeance Scale (scala di vendicatività) di Stuckless e Goranson . I soggetti sono stati suddivisi in due gruppi (bassa e alta vendicatività) in base al punteggio totalizzato con la suddetta scala di vendicatività. Calcolando all'interno dei due gruppi la percentuale di soggetti propensi a intentare un'azione contro il medico, si deduce che nei due sottocampioni la percentuale è simile, a dimostrazione del fatto che non è evidentemente un tratto di personalità come la vendicatività a incidere sulla decisione di rivalersi contro il medico.

Si può ipotizzare allora che ciò dipenda dal grado di istruzione e conoscenza dei soggetti in ambito medico-sanitario. Ai partecipanti è stato sottoposto un questionario le cui risposte avrebbero fornito indicazioni circa il livello di competenza in questo ambito. Anche in questo caso i partecipanti sono stati divisi in due gruppi sulla base del livello di conoscenza (basso-alto) e la percentuale dei soggetti inclini ad adire le vie legali erano le stesse in entrambi i gruppi. Si conclude che non è il livello di conoscenza dell'ambito sanitario che determina la tendenza alla rivalsa contro i medici.

La terza ipotesi riguarda le credenze epistemologiche. Esse

consistono in ciò che ognuno di noi pensa in merito alle modalità di acquisizione della conoscenza, alle fonti del sapere, al grado di verità delle informazioni. Secondo Schommer, i soggetti si dividono in due categorie in base alla visione che hanno della conoscenza: c'è chi ha una visione "assolutista" e quindi pensa che le acquisizioni abbiano un carattere immutabile e stabile, e chi propende per una visione "relativista", e quindi ritiene che la conoscenza sia mutevole, cogliendone un aspetto problematico. Per valutare le credenze epistemologiche nell'ambito sanitario ai partecipanti è stato chiesto di fornire una valutazione da 1 a 5 circa alcune frasi, in base al loro grado di accordo su quelle affermazioni. Sommando i punteggi assegnati alle varie frasi, si ottiene una misura del grado con cui una persona appoggia una visione più assolutistica o una più relativistica. A questo si aggiunge un questionario che si chiama "Come conosco", nel quale l'intervistato deve immedesimarsi in una situazione specifica e fornire delle risposte circa i comportamenti che adotterebbe. Ad esempio:

"Da alcune settimane soffri di un disturbo che non hai mai avuto prima. Quasi ogni mattina, in un orario variabile da giorno a giorno, ti viene un improvviso capogiro, che ti costringe a sederti. Talvolta è accompagnato da un senso di debolezza alle gambe, quasi sempre da una sensazione di freddo al naso. Restando fermo/a per qualche decina di minuti il disturbo passa, ma ti

rimane la sensazione di avere la testa confusa, sensazione che sparisce solo dopo alcune ore."

1) Se tu volessi capire qualcosa del tuo disturbo, quale di queste cose faresti?

cerco informazioni sul disturbo

cerco delle occasioni per parlare del disturbo con qualcuno che ne soffre o abbia sofferto

cerco di riflettere sul disturbo e formulare delle ipotesi

Compilato il questionario, sulla base dei punteggi totali, è stato possibile dividere anche in questo caso i partecipanti in due categorie: coloro che condividono una visione del sapere medico contraddistinta dalla certezza e coloro che hanno una visione più relativista.

La percentuale di soggetti propensi ad adire le vie legali è risultata maggiore nei "relativisti". La conclusione è che ciò che contribuisce a determinare la tendenza dei soggetti a ricorrere al procedimento penale dipende dalla visione che la gente ha del sapere medico: coloro che lo vedono come mutevole e quindi privo di conoscenze certe e immutabili, diventano più propensi ad accusare il personale medico nel caso di evento infausto.

Altro contributo che può fornire la psicologia è quello dell'*outcome bias*, ossia l'errore cognitivo in cui si incorre quando si giudica una decisione passata sulla base del risultato raggiunto, piuttosto che sulla base dei presupposti che avevano condotto a

quella decisione. I risultati di esperimenti condotti avevano indicato che sul giudizio che si dà di una decisione medica incide proprio l'informazione aggiuntiva sull'esito positivo o negativo dell'operazione. In pratica, si tende a giustificare maggiormente il comportamento medico in caso di successo dell'operazione, rispetto al caso in cui l'operazione abbia un esito negativo, senza considerare che il bagaglio di conoscenze che aveva a disposizione il medico era lo stesso in entrambi i casi. La proposta è quella di far sì che i pazienti sviluppino una teoria della mente, ossia è opportuno che l'individuo sappia riconoscere che ciò che un soggetto conosceva in un tempo t_1 è diverso da ciò che l'individuo in questione viene a conoscere in un tempo t_2 , quando sono diventate disponibili altre informazioni. Per valutare l'efficacia di questa teoria, ad un gruppo di soggetti è stato proposto il caso di un paziente con dolore all'addome che, operato, muore a causa di un'infezione estesa agli organi interni. Ad un altro gruppo viene chiesto di considerare, prima di rispondere, quello che i medici conoscevano prima dell'operazione e ciò che essi hanno saputo solo in seguito. Il risultato è che, senza l'invito a prestare attenzione a ciò che era noto prima rispetto a ciò che era noto dopo, il 21% dei rispondenti si è dichiarato sicuro di intentare causa, mentre con la richiesta esplicita di considerare la differenza di conoscenza, la percentuale è scesa all' 11.

Un altro modo per indurre le persone a comprendere che non si

può giudicare una scelta a posteriori consiste nel farle riflettere su un caso che riguarda loro stessi in prima persona. Viene fornito un esempio: "Sei con un amico che ha un forte mal di testa. Non ha altri disturbi e tu hai delle compresse antidolorifiche che prendi quando hai mal di testa. Non avendo mai avuto reazioni avverse al farmaco, decidi di offrirlo all'amico. Quest'ultimo, dopo la somministrazione del farmaco, inizia a stare male. Al pronto soccorso dicono che la causa è una interazione tra la compressa e un cibo assunto dall'amico. Nessuno di voi sapeva prima di questo tipo di interazione, lo avete saputo dopo. Non è quindi colpa tua se l'amico è stato male."

In seguito a questo esempio, con l'invito a considerare la situazione dell'operazione e quella della reazione avversa, nessuno si è dichiarato sicuro di voler fare causa al medico. Concludendo, è l'idea che le persone hanno delle conoscenze medico/scientifiche che determina la tendenza a ricorrere a vie legali¹⁶². La soluzione proposta in questo articolo è quella di rendere le persone maggiormente consapevoli della provvisorietà della conoscenza in campo sanitario, e quindi anche della complessità delle situazioni che spesso il personale medico si trova a dover affrontare. Naturalmente, ciò non deve portare ad assumere un atteggiamento eccessivamente indulgente, privo di

¹⁶² ANTONIETTI, FERRARO, *Contributi della psicologia alla riduzione della medicina difensiva*, in Riv. It. Med. Leg. , fasc 3, 2014, pag 895 e ss.

qualsiasi giustificazione, ma l'obiettivo è proprio quello di far percepire che i medici non sono dei "taumaturghi", e che molte circostanze si prestano a diverse valutazioni e possibilità di intervento.

3.2. Il Progetto di riforma del Centro Studi << Federico Stella >> sulla Giustizia Penale e la Politica Criminale.

La crescita del fenomeno della medicina difensiva ha determinato una serie di studi approfonditi volti a comprendere nel dettaglio le cause e i costi economico-sociali generati. In questo ambito si inserisce il Progetto di Riforma del Centro Studi Federico Stella, che coniuga l'indagine empirica con un momento propositivo, per l'appunto il Progetto di riforma del codice penale.

La caratteristica innovativa di questo elaborato sta nell'approccio multidisciplinare, coinvolgente la scienza medica e la scienza giuridica, e multisetoriale, dato che il fulcro è rappresentato dall'ambito penale, ma esso non è l'unico campo preso in considerazione, trattando tra gli altri aspetti di diritto civile e

assicurativo. Come è chiarito nell'introduzione, quando si verifica un evento avverso la tendenza è quella di ritenere colpevole colui che lo ha concretamente cagionato, senza tenere in considerazione che spesso coloro che svolgono una professione sanitaria operano in un contesto strutturale e organizzativo carente, o quantomeno non ottimale. E proprio il riconoscimento di una responsabilità unicamente individuale costituisce uno dei motivi del ricorso a comportamenti difensivi¹⁶³. Sostanzialmente i punti fondamentali possono ridursi a cinque: 1) restringimento dell'area del penalmente rilevante nell'esercizio dell'attività sanitaria; 2) riformulazione delle norme procedurali relative all'acquisizione di elementi e dati tecnici attraverso una modifica delle disposizioni in tema di consulenza e perizia; 3) la proposta di una "giustizia riparativa" come strumento alternativo alla detenzione; 4) una nuova regolamentazione in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario; 5) una previsione di legge dedicata al "rischio clinico", per garantire una più efficace organizzazione delle strutture sanitarie, posto che le criticità esistenti sono spesso una causa o concausa degli eventi avversi¹⁶⁴. Questo rapporto è frutto di uno studio promosso dalla Società Italiana di Chirurgia (S.I.C.) e coordinato e diretto dal Prof.

¹⁶³

http://www.collegiochirurghi.it/public/legislazioni/Progetto_Riforma_Responsabilita_Penale_Prof_Forti.pdf

¹⁶⁴

http://www.collegiochirurghi.it/public/legislazioni/Progetto_Riforma_Responsabilita_Penale_Prof_Forti.pdf , pag 39

Gabrio Forti (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano-Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e Politica criminale). L'indagine empirica è stata diretta dal prof. Maurizio Catino e condotta con l'avv. Paola Cattorini e la dott.ssa Chiara Locatelli. Il prossimo paragrafo tratterà dei risultati delle indagini in maniera approfondita.

3.3. La ricerca empirica del CSGP e i suoi risultati.

La ricerca empirica è stata articolata in due parti: una di tipo quantitativo e una di tipo qualitativo. I dati sono stati raccolti tra luglio e novembre 2008.

Nella parte quantitativa è stato distribuito un questionario a circa 1000 medici appartenenti alla Società Italiana di Chirurgia. Al questionario hanno risposto 307 medici.

Nella parte qualitativa sono state effettuate 21 interviste a medici con diverse specializzazioni e appartenenti a differenti reparti: pronto soccorso, pediatria, anestesia, endocrinologia, urologia, chirurgia generale e d'urgenza, ginecologia e otorinolaringoiatria. Il questionario è composto da 9 domande. Per quanto riguarda le caratteristiche del campione di riferimento, la maggioranza degli intervistati ha un'età tra i 43 e i 52 anni (29,6%) e tra i 53 e i 62

anni (47,7%). La quasi totalità del campione è di sesso maschile (94,4%), nell'87,3% lavora in un ospedale pubblico, e in maggioranza sono medici specialisti (97,4%), direttori di presidio/dipartimento (52,6%), dirigenti (42,7%). Risulta che il 77,9% dei medici che ha risposto, ha dichiarato di aver adottato almeno un comportamento difensivo nell'ultimo mese. In particolare, coloro che sono più propensi a tenere questi comportamenti hanno un'età anagrafica e di servizio più bassa (ben il 92,3% dei medici tra i 32 e i 42 anni). E' interessante rilevare che tale dato è stato riscontrato anche nell'indagine dell'Ordine dei Medici-chirurghi di Roma, di cui si è parlato precedentemente. L'82,8% dichiara di aver inserito in cartella clinica annotazioni evitabili; il 69,8% afferma di aver proposto il ricovero di un paziente in ospedale anche quando non era necessario; il 61,3% dichiara di aver prescritto esami diagnostici in numero superiore al necessario; il 58,6% dichiara di aver consultato altri specialisti sebbene non fosse necessario; il 51,5% dichiara di avere prescritto farmaci superflui; il 26,2% ha escluso pazienti considerati "a rischio" da alcuni trattamenti. L'80,4% ha motivato i suoi comportamenti sulla base del timore di un procedimento legale; il 65,7% si sente condizionato da precedenti esperienze di contenzioso a carico dei propri colleghi; il 59,8% teme una richiesta di risarcimento; il 51,8% dichiara di essere condizionato da precedenti esperienze personali di contenzioso; il

43,5% esprime preoccupazione di una possibile pubblicità negativa da parte dei mass media.

Dal punto di vista qualitativo sono state condotte 21 interviste. Le interviste confermano i risultati del questionario. In particolare i comportamenti di medicina difensiva positiva sono considerati come una vera e propria prassi. Una delle risposte ricorrenti è infatti "La prescrizione di accertamenti superiori alla norma è una costante". Per quanto riguarda la forte influenza generata dai mass media, i 21 medici intervistati sono concordi nel ritenere nociva la modalità di informazione utilizzata, che si sostanzia nel dare una grande rilevanza ai casi di presunta malasanità, senza poi seguire la notizia nel tempo e senza dare notizia della conclusione dell'iter giudiziario, che la maggior parte delle volte si risolve con una assoluzione dei medici coinvolti. E' interessante notare come alcuni medici abbiano dichiarato nelle interviste che quando devono operare degli avvocati si sentono "già a disagio"¹⁶⁵ questo a conferma della delicata situazione che si è creata, del deterioramento del rapporto di fiducia che dovrebbe instaurarsi tra medico e paziente, e dell'urgenza di porvi un freno.

¹⁶⁵

http://www.collegiochirurgi.it/public/legislazioni/Progetto_Riforma_Responsabilita_Penale_Prof_Forti.pdf , pag 24

3.4. La proposta di modifica del codice penale e la definizione di colpa grave.

Il <<Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico>> ha l'obiettivo di trovare una soluzione per arginare il crescente fenomeno della medicina difensiva, attraverso una serie di riforme che riguardano principalmente l'ambito del diritto penale, per estendersi anche a campi ulteriori¹⁶⁶. Infatti il progetto consta di 4 Titoli: il primo intitolato "Principi generali"; il II "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n 271"; il III "Giustizia riparativa"; il IV "Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario".

L'art. 1 è intitolato <<Trattamento medico-chirurgico>> e stabilisce che il trattamento medico-chirurgico realizzato secondo le *leges artis* non è da considerarsi un fatto tipico offensivo

¹⁶⁶

http://www.collegiochirurghi.it/public/legislazioni/Progetto_Riforma_Responsabilita_Penale_Prof_Forti.pdf

dell'integrità fisica del paziente, accogliendo la tesi secondo la quale tale attività rientra tra quelle autolegittimate, in virtù della finalità di particolare rilevanza sociale, che ottiene un riconoscimento già negli art 13 e 32 della Costituzione. Da notare la limitazione ai soli <<esercenti una professione medico-chirurgica>>, in considerazione del fatto che le linee diagnostico-terapeutiche vengono dettate dal medico-chirurgo.

Il Titolo II propone una serie di modifiche che riguardano l'ambito penale e quindi specificamente l'argomento oggetto di questa tesi. Innanzitutto i soggetti cui si rivolgono le norme sono gli <<esercenti una professione sanitaria>>, ricomprendendo anche infermieri, tecnici laboratoristi e altri, dato che un'applicazione della norma limitatamente ai medici avrebbe rappresentato un ingiusto e irragionevole privilegio per tale classe professionale a discapito delle altre operanti nel medesimo ambito sanitario.

Viene chiarito che, nell'elaborazione del Progetto, si è preferito guardare all'elemento della colpa, con l'elaborazione di una definizione specifica di colpa grave e di una fattispecie peculiare di omicidio colposo, piuttosto che toccare l'architrave su cui poggia l'intera categoria dei delitti d'evento, che è il nesso di causalità. Perchè sussista quest'ultimo, bisogna dimostrare, sulla base di leggi scientifiche, che l'evento verificatosi sia una diretta conseguenza della condotta del soggetto e che senza tale condotta non si sarebbe realizzato. Dal punto di vista causale, ogni reato

d'evento, quindi non solamente l'omicidio e le lesioni, può dare solo due possibili esiti: o si accerta la sussistenza del nesso tra la condotta dell'imputato e l'evento, o l'evento stesso non è una conseguenza dell'azione o omissione del soggetto e in tal caso mancherà lo stesso elemento oggettivo del reato ipotizzato. Proprio per questo, sembrerebbe singolare un intervento normativo che escluda il collegamento tra condotta ed evento e quindi nel caso della responsabilità medica, tra la condotta del medico e la morte o le lesioni del paziente, anche perché realizzerebbe un ingiustificato trattamento di favore verso questa classe di professionisti, rispetto all'intero sistema di imputazione dell'evento.

La proposta contenuta nel Progetto consiste nell'introduzione di un nuovo articolo nel codice penale, il 590 *ter*, intitolato <<Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario>>. La previsione di una fattispecie autonoma muove dall'idea che un eccessivo sindacato da parte della giurisprudenza sull'attività medica possa incentivare gli atteggiamenti difensivi dei sanitari, che sarebbero spinti ad anteporre la propria "incolumità giudiziaria" alla cura del paziente¹⁶⁷. L'introduzione di una limitazione della responsabilità alla sola colpa grave ridurrebbe in questo modo i casi di rilevanza penale.

¹⁶⁷ D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in Riv It. Med Leg., 2014, pag 927

L'art. 2 al comma 1 prevede che <<L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli art 589 e 590 solo in caso di colpa grave>>; il 2 comma chiarisce il concetto di gravità della colpa <<Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento>>.

Nella sua prima elaborazione era prevista una formulazione diversa, nonché una punibilità a querela della persona offesa, ma nella seconda Tavola rotonda si è preferito tornare alla procedibilità d'ufficio per i reati in questione, motivandola con la necessità di controbilanciare la scelta di introdurre una fattispecie di colpa ad hoc nel settore medico e con il già accresciuto potere delle parti che si riverbera nella giustizia riparativa. La prima formulazione della norma stabiliva che <<la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria è inosservante di fondamentali regole dell'arte e ha realizzato un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente>>. La norma faceva riferimento a due criteri: l'inosservanza macroscopica delle *leges artis* e il concretizzarsi del rischio, ma è stato correttamente obiettato che il riferimento all'inosservanza di

"fondamentali regole dell'arte" avrebbe comportato una restrizione eccessiva e irragionevole del campo della responsabilità medica.

Come osservato da Roiati, «l'originalità del progetto di riforma risiede quindi, più che nella soluzione adottata, nella scelta di prevedere espressamente il limite della colpa grave nella sfera del penalmente rilevante e di esplicitarne il contenuto in un'apposita definizione, con conseguente superamento delle oscillazioni interpretative caratterizzanti la possibilità o meno di trasporre la norma di cui all'art. 2236 c.c. nel perimetro della colpa penale¹⁶⁸». Tuttavia, l'aver elaborato una definizione di colpa grave specificamente per il settore medico ha sollevato delle critiche che sono emerse anche nella Tavola rotonda. Una critica è che la colpa medica non può legittimare la previsione di una fattispecie ad hoc, in quanto esistono altre attività il cui svolgimento è ammesso dall'ordinamento, ma che sono altrettanto potenzialmente rischiose¹⁶⁹. Inoltre il Progetto non limita la colpa grave all'imperizia, come invece avviene per l'art 2236 c.c. nelle interpretazioni che ne affermano l'applicazione all'ambito penale, ma essa è estesa anche agli altri elementi della colpa generica¹⁷⁰. I

¹⁶⁸ ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012, pag 408

¹⁶⁹ M. ROMANO in *La Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in *Il Problema della medicina difensiva*, cit., pag 124, il quale invita ad accogliere il limite della colpa grave in termini di maggior dettaglio, che includano anche altre prestazioni d'opera le cui *leges artis* richiedano doti di particolare manualità, di prontezza, di rapidità di decisione e di esecuzione ecc...

¹⁷⁰ M. BERTOLINO in *La Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in *Il Problema della medicina difensiva*, cit., pag 149, secondo cui

dubbi sono principalmente quindi quelli di una violazione del principio di uguaglianza sostanziale. Secondo D'Alessandro, invece, questa proposta implica una chiara riduzione del perimetro di rilevanza penale della colpa medica, ma lungi dall'essere un trattamento di favore privo di giustificazione, consiste in una presa di consapevolezza delle peculiarità dell'attività medica e delle conseguenze negative che derivano dai comportamenti difensivi¹⁷¹.

Sono state proposte delle modifiche anche per quanto riguarda le modalità di nomina di periti e consulenti, dato che soprattutto nell'ambito della responsabilità medica la prova scientifica ha una rilevanza fondamentale in considerazione del carattere specialistico del sapere cui il giudice attinge nella ricostruzione del fatto¹⁷². Fiori ha individuato una tendenza, che ha definito di *medicina legale difensiva*, che si realizza quando i medici, in veste di periti o consulenti, nei procedimenti che vedono imputati dei loro colleghi, <<formulano pareri tecnici non obiettivi perché in preminenza ispirati, consciamente o inconsciamente, dal timore di conseguenze negative, professionali e/o personali, qualunque sia

l'art 590 *ter* rende legittimo << interrogarsi sull'opportunità di estendere questa presunta area di privilegio anche ad altre categorie di soggetti, non caratterizzati da quella discrezionalità tecnica che connota invece in termini propri coloro che svolgono l'attività medico-chirurgica>>.

¹⁷¹ D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in Riv. It. Med. Leg., 2014, pag 927 ss.

¹⁷² D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in Riv. It. Med. Leg., 2014, pag 927 ss.

la provenienza e la natura di tale rischio, vero o presunto>>>¹⁷³. I periti optano talvolta per delle posizioni accusatorie a causa della paura di perdere un filone professionale particolarmente redditizio, dell'insoddisfazione di molti giudici di fronte a pareri assolutori e ancora di più del condizionamento generato dai possibili attacchi dei media, come già acclarato dai risultati delle indagini precedentemente analizzate, che li spinge a dissociarsi dai colleghi indagati nel timore di esserne giudicati complici¹⁷⁴. Gli effetti distorsivi sul procedimento penale sono evidenti, in considerazione proprio del fatto che la valutazione della condotta medica si rivela essere il momento più delicato e i periti devono riconoscere l'adeguatezza o meno di tale comportamento rispetto alle *leges artis*, in assenza di criteri definitivi e assoluti. Da qui la proposta contenuta in questo Progetto nell'art.4 in cui si prevede che il giudice, a pena di nullità, <<affidi con ordinanza motivata l'espletamento della perizia a un collegio composto da uno specialista in medicina legale e da uno o più specialisti nelle singole materie oggetto del procedimento>>. La norma sancisce il principio di collegialità e della pluralità di competenze. Il primo principio è stato utilizzato per evitare che il perito o il consulente che non siano in possesso di un adeguato grado di specializzazione e competenza possano essere chiamati a fornire

¹⁷³ A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in Riv. it. med. leg., 1996, cit. pag 909

¹⁷⁴ A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in Riv. it. med. leg., 1996, cit. pag 905

una valutazione nel processo. Non di rado capita, poi, che la patologia afferisca a una pluralità di specializzazioni, quindi il criterio della pluralità di competenze garantisce la scelta di soggetti appartenenti a scuole di specialità medica differenti, con la presenza costante di un medico legale per poter creare un collegamento tra gli aspetti più strettamente medici e quelli giuridici¹⁷⁵.

Il Titolo III è dedicato alla giustizia riparativa e consta di ventuno articoli, suddivisi in tre capi. La proposta muove dall'obiettivo di giungere ad una riduzione del contenzioso giudiziario, attraverso strumenti alternativi al procedimento penale. L'approccio della *restorative justice* consiste nel coinvolgimento attivo della vittima, ricercando una composizione della controversia anche al fine di evitare l'esacerbarsi del conflitto medico-paziente, che negli anni ha contribuito all'aumento degli episodi di comportamento difensivo. I pazienti che credono di subire un danno dalla condotta medica si sentono doppiamente traditi, proprio in virtù del rapporto fiduciario che dovrebbe instaurarsi col professionista al quale si rimettono per la tutela della salute. La giustizia riparativa può garantire un confronto tra le parti incentrato sugli aspetti meno giuridici e più umanamente decisivi, a differenza del classico procedimento penale in cui il confronto

¹⁷⁵ D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in Riv. It. Med. Leg., 2014, pag 927 ss.

dialettico tra le parti difetta di questo aspetto.¹⁷⁶

La disciplina del Titolo III si ispira ai principi internazionali in materia, espressi nelle raccomandazioni delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa. Secondo la definizione delle Nazioni Unite con il termine *restorative justice* in criminal matters si fa riferimento a procedimenti nei quali « la vittima e il reo e, se opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità, lesa da un reato, partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore »». Il primo capo del Titolo III del Progetto ha carattere generale e disciplina principi e tipologie di programmi di giustizia riparativa. Il capo II prevede l'istituzione di una "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario" presso ogni distretto di Corte d'Appello e il capo III è relativo al funzionamento dei programmi di giustizia riparativa. Il dato caratterizzante la giustizia riparativa è il consenso: la scelta se parteciparvi, lo svolgimento, gli eventuali impegni futuri decisi dalle parti avvengono su base volontaria. Le sue peculiarità vengono garantite dalla disciplina, che esclude poteri ispettivi, coercitivi e sanzionatori in capo alla Commissione, che invece si ispira ai principi dell'art. 5, alla garanzia della confidenzialità e riservatezza dei programmi; è disposto l'obbligo per i mediatori e

¹⁷⁶ D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in Riv. It. Med. Leg., 2014, pag 927 ss.

gli altri esperti che intervengono in questi programmi di astenersi dal deporre su fatti appresi nell'esercizio delle loro funzioni; è prevista anche l'inapplicabilità ai mediatori e agli altri esperti delle disposizioni del codice penale in tema di omessa denuncia, rapporto, referto. Viene inoltre prevista la sospensione del procedimento penale <<dal momento in cui la Commissione riceve la comunicazione>> della notizia del reato <<fino al momento in cui il pubblico ministero riceve l'informativa>> sull'esito del programma riparativo, e l'inutilizzabilità <<nel procedimento penale e in ogni altro procedimento delle dichiarazioni rese da chi partecipa e [de]gli atti compiuti nel corso del programma di giustizia riparativa>>.

La Commissione deve avere le caratteristiche dell'indipendenza e dell'imparzialità ed opera sotto la vigilanza del Consiglio Superiore della Magistratura, che ne nomina i commissari e il presidente su proposta del Presidente della Corte d'Appello nel cui distretto ha sede la Commissione. Il suo operato dura sei mesi, prorogabili in caso di necessità per altri sei.

CAPITOLO IV

GLI SVILUPPI PIU' RECENTI IN RISPOSTA AL FENOMENO

SOMMARIO: **1.1.** *L'art. 3 del << Decreto Balduzzi >> : un tentativo di porre a freno il contenzioso.* **1.2.** *Caratteristiche e finalità delle linee guida.* **1.3.** *La sentenza Grassini: emblema dell'atteggiamento di cautela nei confronti delle linee guida.* **1.4.** *Violazione di linee guida e buone pratiche: una ipotesi di culpa sine culpa?* **1.5.** *Questione di legittimità costituzionale del c.d Decreto Balduzzi.* **1.6.** *Linee guida e protocolli.* **2.** *Normativizzazione e misura soggettiva della colpa medica.* **3.** *La Commissione sulla "responsabilità professionale e la medicina difensiva" del Ministro Lorenzin.* **4.** *Il DDL Gelli e la proposta di una fattispecie speciale di omicidio colposo e lesioni personali colpose in ambito sanitario.*

1.1. L'art. 3 del << Decreto Balduzzi >> : un tentativo di porre a freno il contenzioso

La materia della responsabilità medica è stata oggetto di un importante intervento normativo, che tocca sia l'ambito civile che l'ambito penale, consistente in un decreto legge del 13 settembre 2012 n° 158, convertito nella legge 8 novembre 2012 n. 189, conosciuta come << Legge Balduzzi >>.

L'aspetto centrale della legge, su cui si sono concentrate dottrina e giurisprudenza, è l'art. 3. Esso è intitolato "Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie", e l'aspetto più controverso della disposizione, oggetto di questa trattazione, risiede nel 1° comma che stabilisce: <<L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo>>.

L'intervento del legislatore è stato motivato dalla volontà di ridurre il contenzioso legale in ambito medico, attraverso la scelta dell'adesione alle linee guida che garantisce un comportamento non solo a priori meno esposto al rischio penale, ma anche

funzionale a logiche di risparmio: la circostanza che i medici tendano a conformarsi a dei parametri stabiliti rende meglio progettabile il servizio sanitario, quantomeno per quanto riguarda la razionalizzazione delle risorse¹⁷⁷. A beneficiarne sarebbe stata la classe medica, in quanto la restrizione della responsabilità penale dovrebbe consentire di colpire il fenomeno della medicina difensiva, determinando una maggiore focalizzazione sulle esigenze del paziente, invece che sulla pressione generata dal timore di doversi difendere in sede legale.

La legge Balduzzi, tuttavia, secondo molti, non è priva di difetti e talune scelte hanno acceso le discussioni tra la dottrina.

La prima scelta molto discussa della legge è il riferimento alla *colpa lieve*, una categoria che non è riconosciuta dal sistema penale, e della quale la legge in questione non dà una definizione.

La seconda scelta riguarda il riferimento alle << linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica >>.

Andando con ordine, ci si occuperà prima della colpa lieve e di tutti i quesiti che ha sollevato. Come già anticipato, nell'ambito penale non esiste alcun riferimento alla colpa lieve. L' unica distinzione che il codice penale contempla, riguarda la colpa generica e la colpa specifica, entrambe previste dall'art. 43, che comunque è relativo all'*an* della colpa, ossia individua i

¹⁷⁷ VALLINI, *L'art 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in Riv. It. Med. Leg., fasc.2, 2013, pag 735 ss.

presupposti in base ai quali si può qualificare una responsabilità per colpa, e non c'è alcun riferimento al *quantum*, cioè appunto alla gradazione della stessa. Nel decreto c.d. Balduzzi, la linea di confine tra penalmente rilevante e irrilevante è data proprio dalla distinzione tra colpa grave e colpa lieve¹⁷⁸. A questo punto, il legislatore avrebbe dovuto fornire una definizione di colpa lieve, proprio per aiutare gli interpreti ad individuare i comportamenti rilevanti e per consentire una chiara applicazione della legge nel senso della riduzione del contenzioso, cosa che invece non è stata fatta. Secondo Cembrani, si tratta di un'occasione persa, di una <<colpevole dimenticanza del legislatore che dimostra la sua fretteolosità nell'azione riformatrice¹⁷⁹>>. Mentre nella Proposta di Riforma del Centro Studi Federico Stella, come si è già visto in precedenza, è stata data una definizione del concetto di colpa grave, in questo caso non v'è alcuna spiegazione del termine e la mancata definizione non può non tradursi in una violazione del principio di legalità, dato che di fatto è rimesso al giudice stabilire il confine tra colpa lieve e colpa non lieve e quindi individuare i casi in cui sussiste una responsabilità penale e quelli in cui si passa al diritto civile¹⁸⁰.

¹⁷⁸ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 166

¹⁷⁹ CEMBRANI, *La "Legge Balduzzi" e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute*, in Riv. It. Med. Leg. fasc 2, 2013, pag 799 e ss.

¹⁸⁰ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 166

Secondo la dottrina maggioritaria, l'aver escluso la responsabilità penale nei casi di colpa lieve ha determinato una *abolitio criminis*, seppur parziale, perché si passa dall'ambito del diritto penale al diritto civile. Vi è anche chi sostiene, invece, che non si possa parlare di *abolitio criminis*, dato che la colpa lieve non attiene all'aspetto della misura oggettiva della colpa, bensì alla misura soggettiva, in particolare alla inesigibilità, e quindi si tratta di un giudizio che valuta le specifiche circostanze concrete in cui si trovava ad agire il soggetto¹⁸¹.

La rilevanza della colpa lieve è, però, subordinata alla osservanza delle <<linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica>>. Questo rappresenta il secondo aspetto controverso della nuova disciplina, ma sicuramente innovativo. Il prossimo paragrafo si occuperà delle linee guida in maniera più approfondita.

1.2. Caratteristiche e finalità delle linee guida

Una definizione comunemente accolta di linee guida è data

¹⁸¹ DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero perché non è possibile ragionare di medicina come fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in www.archiviopenale.it, 2014

dall'*Institute of Medicine* : <<Le linee guida contengono raccomandazioni finalizzate a migliorare l'assistenza ai pazienti, basate su una revisione sistematica delle evidenze e sulla valutazione di benefici e rischi di opzioni alternative>>.

Esse sono diventate ormai di comune utilizzo nell'ambito medico, ma hanno un'origine recente, strettamente connessa allo sviluppo della medicina e alle scoperte in questo campo. Fino agli inizi del XX secolo i pazienti erano infatti curati a domicilio e gli strumenti a disposizione del medico erano pochi, spesso frutto di conoscenze ancora obsolete . Peraltro, vi erano significative differenze tra le varie aree geografiche, al punto che ancora nel dopoguerra in dottrina si suggeriva di considerare il luogo di lavoro del medico per valutarne la colpa, nel senso che la difficoltà di accedere al sapere, data l'assenza a quel tempo di tecnologie di diffusione di massa , determinava una esenzione della responsabilità del medico del piccolo paese, che non era tenuto a conoscere le scoperte scientifiche più recenti, vista l'oggettiva difficoltà¹⁸².

I rapidi e fondamentali progressi raggiunti negli ultimi decenni - come l'urbanizzazione della popolazione, l'assistenza ospedaliera ormai diffusa ovunque, lo sviluppo delle tecnologie che ha permesso di diffondere le conoscenze mediche velocemente e

¹⁸² CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, pag 295.

capillarmente- hanno determinato una vera e propria rivoluzione anche nel modo di curare la popolazione. In seguito a ciò, a partire dagli anni Settanta, prima negli Stati Uniti e poi nel resto del mondo, si sono diffuse le linee guida, che rappresentano uno strumento per fornire standard di comportamento uniformi in ambito medico¹⁸³.

Un'accelerazione della diffusione si è avuta grazie all'avvento dell'*evidence based medicine* (EBM: medicina basata sulle evidenze). Essa viene comunemente definita come <<integrazione della miglior ricerca scientifica con l'esperienza del medico ed i valori del paziente>>. Secondo studi recenti, in realtà, solo un'esigua minoranza della casistica più comune soddisfa i più rigorosi criteri di ingresso in protocolli *evidence-based*, ossia basati su sperimentazioni cliniche controllate. Le "evidenze" sono ancora molto scarse, oltre al fatto che talvolta ci si imbatte in casi che presentano caratteristiche peculiari, ai quali gli standard dell'*evidence-based medicine* non si applicano. Viene, tuttavia, notato come proprio negli ambiti in cui le evidenze scientifiche appaiono insufficienti o lacunose l'esigenza di fornire degli standard cui i medici possano uniformarsi sembra ancora maggiore.

La *formalizzazione* della regola cautelare, ossia il passaggio da un

¹⁸³ PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in Riv. It. di Diritto e Proc. Pen. fasc 1, 2015, pag 311

regime prevalente di colpa generica ad un regime di prevalente colpa specifica, è una tendenza che si è registrata soprattutto nel settore del diritto penale del lavoro, in cui negli ultimi decenni sono state previste una serie di disposizioni speciali, che fungono da codificazione di regole cautelari. Nel settore sanitario questo processo di formalizzazione si manifesta proprio attraverso le linee-guida¹⁸⁴. In seguito alla utilizzazione sempre più frequente di queste nel settore medico, si è posta la questione se esse possano essere qualificate in termini di colpa generica o di colpa specifica. Bisogna precisare che il problema è meramente teorico e infatti la stessa giurisprudenza di legittimità non si è mai espressa sul punto¹⁸⁵. In ogni caso, a voler cercare una risposta, non tutti concordano sulla possibilità di ricondurle alle "discipline" di cui all'art. 43 c.p. , sebbene in esse rientrino anche le ipotesi di regolamentazioni provenienti da organismi privati che autodisciplinano la loro attività¹⁸⁶. E' chiaro che, per quanto le linee guida possano contenere indicazioni specifiche, in grado di sopperire al forte deficit di determinatezza della fattispecie colposa, esse sono comunque delle previsioni astratte, che poi devono essere concretizzate e quindi è inevitabile che siano

¹⁸⁴ DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, Torino 2012, pag 2

¹⁸⁵ PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, Riv. It. Dir. e Proc. Pen. , fasc.1, 2015, pag 311 e ss.

¹⁸⁶ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 142

inidonee a coprire tutti i rischi derivanti dalle peculiarità che la prassi può presentare. La dottrina maggioritaria ammette l'interferenza continua tra la colpa generica e la colpa specifica, proprio in considerazione della possibilità che il caso concreto se ne discosti, e che le linee guida stesse appaiano superate, vista la velocità dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche. In tali casi, infatti, tornerà ad espandersi la colpa generica¹⁸⁷.

Le linee guida sorgono per i motivi più disparati e negli anni sono diventate sempre più numerose, al punto che è complicato anche definirne il numero¹⁸⁸. Data la grande quantità, è possibile anche riscontrare la presenza di linee guida in contrasto fra loro; esistendo poi società scientifiche per ogni branca specialistica ed essendo frequente che ognuna di esse elabori delle proprie linee guida, può sorgere il problema di stabilire quali siano quelle più attendibili¹⁸⁹. Ne risulta un universo caotico, nel quale non esistono organizzazioni che vaghino la validità delle stesse o criteri

¹⁸⁷ PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, Riv. It. Dir. e Proc. Pen., fasc.1, 2015, pag 311 e ss.

¹⁸⁸ Ad esempio, stando ai dati riportati da K.Van Tassel, *Hospital Peer Review Standards and Due Process: Moving from Tort Doctrine Toward Contract Principles Based on Clinical Practice Guidelines*, cit. p. 1252, e da M.M. Mello, *of Swords And Shields : The Role of Clinical Practice Guidelines In Medical Malpractice Litigation*, cit., pag 653, solo negli Stati Uniti le linee guida attualmente applicate sarebbero più di milleseicento. Tale dato è messo in discussione da J.M. Finder, *The Future of Practice Guidelines: Should They Constitute Conclusive Evidence of the Standard of Care?* cit., p.72 che riporta un numero superiore a duemila.

¹⁸⁹ NOCCO, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica "nella "Legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in Riv. It. Med. Leg., fasc. 2, 2013, pag 781 e ss

univoci in base ai quali valutarne l'affidabilità. Secondo alcuni studi, anche i costi sono molto variabili: negli USA è stimato un range compreso tra i 50 e i 500.000 dollari. La spesa va anche valutata in base alla provenienza, poichè si richiede un maggior numero di risorse finanziarie per lo sviluppo decentralizzato di linee guida locali o interne alle singole strutture. Per far sì che una linea guida sia affidabile e adeguata, sono necessarie varie consultazioni e lo stesso procedimento deve essere rispettato anche per l'aggiornamento: in letteratura si ritiene che esse diventino obsolete dopo due anni, ma non è da escludere che, visto il rapido progresso delle conoscenze, già al momento del completamento la linea guida risulti superata¹⁹⁰.

Le *guidelines* sono divise in diverse categorie a seconda della loro finalità: vi sono le *standard of care guidelines*, ossia quelle che si prefiggono l'obiettivo di migliorare i risultati delle pratiche cliniche, e le *appropriateness guidelines*, che hanno una finalità principalmente economica e che antepongono le esigenze di razionalizzazione dei costi alla tutela della salute del paziente¹⁹¹.

Esempi rientranti in questa seconda categoria sono le prescrizioni relative alle dimissioni del paziente al termine del trattamento

¹⁹⁰ DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, Torino 2012, pagg 162-163

¹⁹¹ NOCCO, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica "nella "Legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in Riv. It. Med. Leg., fasc. 2, 2013, pag 781 e ss

ospedaliero o quelle nelle quali si invoca l'utilizzo attento e appropriato degli strumenti diagnostici, in modo da contenere i costi¹⁹².

Per quanto riguarda la provenienza delle linee guida, esse derivano: 1) da organismi governativi o da *network* internazionali e sovranazionali della più svariata natura; 2) da fonti governative nazionali; 3) da organismi regionali; 4) dalle Società scientifiche e dalle poche Associazioni che raggruppano professionisti di matrice culturale diversa (es: l'Associazione italiana di Psicogeriatria che accoglie, al suo interno, geriatri, psichiatri, neurologi e psicologi impegnati nella diagnosi e nella cura delle malattie dementigene).

Un esempio di linea guida derivante da *network* internazionali è un documento redatto dalla *RenalPhysicianAssociation* che fissa alcuni criteri generali che il nefrologo deve valutare prima di iniziare il trattamento di dialisi nella persona anziana over 75enne, e per scegliere tra le misure terapeutiche alternative.

Per quanto riguarda le linee guida prodotte da fonti governative nazionali, i soggetti istituzionali sono sostanzialmente due: il Ministero della Salute e l'Istituto Superiore di Sanità al cui interno è stato istituito il "Sistema nazionale linee guida" con decreto ministeriale del 30 giugno 2004. Questi due soggetti si sono

¹⁹² MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 130-131

dimostrati particolarmente attivi nella produzione delle linee guida: in pochi anni l' "Ufficio Qualità delle attività e dei servizi della Direzione Generale della Programmazione Sanitaria dei livelli essenziali di assistenza e dei principi etici di sistema" del Ministero della Salute ha elaborato 14 documenti. L'Istituto Superiore di Sanità ha, invece, prodotto 25 linee guida che trattano dei temi più disparati.

La situazione delle linee guida elaborate da organismi regionali è caratterizzata da una grande difformità: vi sono regioni come Toscana, Emilia Romagna e Piemonte che si sono impegnate nell'elaborazione, e altre che sono rimaste inerti.

Anche tra le Società scientifiche si registra una situazione piuttosto disomogenea, nel senso che si registrano organismi attivi nell'elaborazione delle linee guida (Associazione italiana degli Oncologi medici, Società italiana di Cardiologia, Società italiana di Nefrologia) e altri meno attivi.

Le linee sono caratterizzate da una diffusione altrettanto disomogenea, riscontrandosi un maggiore utilizzo tra il management sanitario rispetto a coloro che svolgono la professione medica in senso stretto: infatti questi ultimi, stando a diretto contatto con i pazienti, tendono a evitare di essere "ingabbiati" in rigidi schemi di azione, a differenza del management sanitario che talvolta le strumentalizza per ridurre i costi e razionalizzare l'allocazione di risorse. E proprio tale

tendenza ha spinto la dottrina a creare il termine "medicina c.d. procedurale", con cui si indica la tendenza a irrigidire la professione medica entro i confini tracciati dalle varie linee guida, antepoendo l'obiettivo di contenimento dei costi a quella che invece è (o dovrebbe essere) la finalità primaria, ossia la tutela della salute dei pazienti¹⁹³.

L'utilizzo delle linee guida, quando non si tratta di disposizioni con finalità meramente economiche, ha sicuramente dei vantaggi, perché come già detto, esse permettono di garantire standard di trattamento uniformi. Un autore afferma che esse <<recuperano quella determinatezza che invece viene sacrificata individuando la regola cautelare con un altro criterio, spesso utilizzato in giurisprudenza: l'agente modello, nel settore che qui interessa, il medico modello. Criterio alquanto vago, che si piega ad essere utilizzato sia in senso colpevolista che innocentista¹⁹⁴>>. Difatti è la sentenza che di volta in volta stabilisce quale sia il comportamento rientrante in quella categoria di agente modello, e che quindi si doveva esigere dal professionista. D'altro canto, bisogna sempre tener presente che il compito di chi svolge una professione sanitaria consiste nel fornire le cure più adeguate nel caso concreto e appunto la disciplina medica non può essere

¹⁹³ CEMBRANI, "La legge Balduzzi" e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute, in Riv. It. Med. Leg. fasc.2, 2013, pag 799 e ss.

¹⁹⁴ http://www.penalecontemporaneo.it/area/1-4-/34-/549-la_colpa_medica__non_solo_linee_guida/ 27 aprile 2011, di Paolo Piras

concepita come <<univoca applicazione di un univoco sapere su di un univoco materiale per un univoco scopo, come fa ad esempio il costruttore di macchine applicando in modo pressochè meccanico la scienza della meccanica al suo compito prestabilito¹⁹⁵>>. Il timore di parte della dottrina è quindi quello di giungere ad una "Medicina semplificata", che tratti tutti i pazienti allo stesso modo, senza tener conto delle peculiarità della condizione di ciascuno di essi¹⁹⁶. Nel prossimo paragrafo verrà esaminato più nello specifico come la giurisprudenza italiana ha accolto e valuta le linee guida.

1.3. La sentenza Grassini: emblema dell'atteggiamento di cautela nei confronti delle linee guida

La giurisprudenza, sia precedente alla legge del 2012, sia immediatamente successiva, dimostra una certa diffidenza verso l'utilizzo delle linee guida e soprattutto circa la loro equiparazione alle regole cautelari vere e proprie.

¹⁹⁵ JONAS, *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, trad. it. di Becchi e Benussi, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, 1997, 110 s.

¹⁹⁶ DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, Torino 2012, pag 142

Le ragioni di questo atteggiamento di cautela sono molteplici, riguardando la scarsa affidabilità di talune linee guida in quanto provenienti da associazioni o società scientifiche di dubbia credibilità, i possibili conflitti di interessi tra industrie farmaceutiche e ricercatori, l'esistenza di "scuole" differenti e di conseguenza di *guidelines* talvolta contrastanti, il rischio di un sapere cristallizzato, per cui le stesse possono diventare presto obsolete¹⁹⁷.

Emblematica nel senso di questa estrema cautela è la sentenza "Grassini" della Corte di Cassazione del 23 novembre 2010 n. 8254. La sentenza riguarda la vicenda di un paziente che era stato trasportato all'ospedale d'urgenza e sottoposto ad angioplastica coronarica perché colpito da infarto miocardico con grave insufficienza respiratoria. Nei giorni successivi veniva trasferito dal reparto di terapia intensiva a quello di cardiologia con diagnosi di <<edema polmonare, infarto miocardico acuto>>, con patologie preesistenti <<ipertensione arteriosa in soggetto fumatore>> e successivamente sottoposto ad ulteriori esami. Il nono giorno di ricovero il medico che si occupava delle cure post-operatorie decideva di dimmetterlo. La stessa notte delle dimissioni dall'ospedale il paziente veniva colto da dispnea e tosse e moriva a causa di un arresto cardiocircolatorio.

¹⁹⁷ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press. 2014, pag 150

Il primo giudice condannò il medico che si era occupato del decorso post-operatorio, nonostante lo stesso perito avesse riconosciuto che il paziente al momento delle dimissioni presentava un quadro clinico stabilizzato e che secondo le linee guida, il paziente era stato dimesso nel momento in cui era stata raggiunta la stabilizzazione del quadro clinico, per cui la decisione del professionista era perfettamente coerente con le stesse, anche perché nel caso in esame non esistevano elementi oggettivamente contrari alla dimissione. Tuttavia, nonostante il parere del perito, il giudice di primo grado aveva riconosciuto la colpa del medico. In appello la situazione fu ribaltata, con l'assoluzione dell'imputato, motivata con la necessità di dimostrare che nel caso concreto fosse opportuno discostarsi dalle linee guida in materia: in altre parole, che vi fosse una particolarità tale da configurare una situazione fuori dalla norma, situazione che, secondo il giudice dell'appello, non era dimostrata. La Corte di Cassazione, invece, annullava con rinvio la pronuncia, fornendo una motivazione che evidenzia tutta la prudenza e la diffidenza verso questo strumento di cristallizzazione delle conoscenze medico-sanitarie: «Il rispetto delle linee guida, assunto nel caso di specie quale parametro di riferimento della legittimità della decisione di dimettere dall'ospedale il B. e di valutazione della condotta del medico, nulla può aggiungere o togliere al diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate nè all'autonomia

ed alla responsabilità del medico nella cura del paziente. Nulla, peraltro, si conosce dei contenuti di tali "linee guida", nè dell'autorità dalle quali provengono, nè del loro livello di scientificità, nè delle finalità che con esse si intende perseguire, nè è dato di conoscere se le stesse rappresentino un'ulteriore garanzia per il paziente, ovvero, come sembra di capire dalla lettura della sentenza in atti, altro non siano che uno strumento per garantire l'economicità della gestione della struttura ospedaliera.>>.

L'idea sulle linee guida che la Cassazione esprime in questa pronuncia è abbastanza negativa, al punto che viene messa in dubbio la loro stessa finalità di fornire uno strumento utile per i medici nell'ottica della tutela della salute, ritenendole indirizzate più a esigenze di contenimento dei costi. La Corte invita i giudici di merito ad una maggiore riflessione su due punti: sull'efficacia e sull'effettiva valenza delle linee guida e sulla necessità di valutare la loro applicazione alla luce delle peculiarità del caso concreto e quindi invocando comunque un giudizio individualizzato e non una acritica adesione alle stesse¹⁹⁸.

Una visione altrettanto diffidente si riscontra anche nella sentenza della Cassazione del 22 novembre 2011, ove si ribadisce che <<spesso le linee guida sono frutto di scelte totalmente economicistiche, sono ciniche e pigre [...] Non sono da sole la

¹⁹⁸ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 158

soluzione dei problemi>> . In una sentenza del 18 febbraio 2010, n. 10454 la Suprema Corte ha affermato che, in una situazione di particolare gravità, il fatto che siano state osservate le linee guida o i protocolli non esclude il rimprovero per colpa. La sentenza n. 35922 del 19 settembre 2012 racchiude tutti i dubbi e le spinosità sollevati su questo argomento: le configura come <<strumento utile>> per il giudice, ma ribadisce la non vincolatività delle stesse, sia per garantire al medico il principio di libertà di cura, sia per la tendenza delle linee guida a perseguire finalità di riduzione della spesa¹⁹⁹.

1.4. Violazione di linee guida e buone pratiche: una ipotesi di culpa sine culpa?

Nel paragrafo precedente è stata evidenziata la prudenza della giurisprudenza pre-Balduzzi nell'utilizzo delle linee guida. Con il rilievo che il Decreto Balduzzi ha attribuito alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nell'accertamento della responsabilità medica, si è posto però il

¹⁹⁹ PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in Riv. It. di Diritto e Proc. Pen. fasc 1, 2015, pag 311

problema circa la natura di queste; in altri termini, se qualificarle come vere e proprie regole cautelari o meno. Sia dottrina che giurisprudenza si sono espresse mostrando oscillazioni, senza che si sia ancora giunti ad un risultato appagante²⁰⁰. Un esponente della dottrina, il Piras, in riferimento a questa disputa ha coniato l'espressione *in culpa sine culpa*, riferendosi alla contraddizione in cui si cadrebbe se si considerassero come delle regole cautelari. In quel caso, infatti, si configurerebbe la colpa proprio nonostante l'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche. Il decreto sembra intendere che "le linee guida non possono essere invocate per escludere la responsabilità penale del medico, se il paziente presenta un quadro clinico che, macroscopicamente, impone una condotta diversa da quella raccomandata dalle linee guida". Una situazione paradossale, anche perché ci si riferisce alla circostanza in cui un medico che "si attiene alle linee guida" , e che quindi tiene un comportamento conforme alle regole cautelari in esse contenute, le applichi ad un caso clinico differente, non coperto dalle stesse. E in questi casi, se la difformità del caso concreto non costituisce una situazione evidente e conclamata, allora non risponderà penalmente; in caso contrario si configurerà la colpa grave : in pratica è "come dire che il giudice che condanna per percosse, anziché per lesioni

²⁰⁰ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 170

l'autore di una ferita a sangue, si sta attenendo all'art. 581 c.p., che prevede appunto il reato di percosse. Sia il medico che il giudice, in questi casi, non si stanno in realtà attenendo ai relativi parametri valutativi, ma li stanno infrangendo"²⁰¹.

Secondo Manna, per verificare se questi assunti siano sostenibili, bisogna prima definire le regole cautelari. Esse non hanno una natura giuridica o prescrittiva in senso stretto, ma prevedono regole di condotta, volte a evitare conseguenze rischiose e pericolose nello svolgimento di certe attività. Comparando le linee guida e le buone pratiche con le regole cautelari, risulta pacifico che la finalità è la medesima. Questo non vale, tuttavia, per ogni linea guida, perchè, come visto ampiamente nella trattazione, esistono varie tipologie e non tutte hanno la finalità di tutela della salute²⁰².

Anche la giurisprudenza è intervenuta sull'argomento e la sentenza più famosa è quella del 29 gennaio 2013, ricorrente Cantore. In essa si stabilisce che <<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>>; ma più avanti viene chiarito come esse <<non danno luogo a norme propriamente

²⁰¹ PIRAS, *In culpa sine culpa- Commento all'art 3., 1 co., l. 8 novembre 2012, n 189*, in Dir. pen. contemporaneo, 26 novembre 2012

²⁰² MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 170

cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica²⁰³>>. In sostanza, la Corte di Cassazione sembra giungere alla conclusione che le linee guida non siano assimilabili a delle vere e proprie regole cautelari, bensì a delle "raccomandazioni", probabilmente sulla spinta della considerazione che, in caso contrario, verrebbe meno il presupposto stesso della colpa, e cioè l'inosservanza della regola cautelare, come appunto sottolineato dal Piras.

Tra coloro che dissentono dalla pronuncia in questione si registra Manna che afferma come le linee guida non possano non identificarsi con le regole cautelari medesime, anche perché altrimenti linee guida e buone pratiche finirebbero in un "limbo giuridico", venendo qualificate come semplici raccomandazioni, e la decisione sulla correttezza del comportamento del medico che si è adeguato o meno ad esse verrebbe rimessa in via esclusiva al giudice²⁰⁴.

L'oscillazione giurisprudenziale in materia è dimostrata dal fatto che in un'altra sentenza della Corte di Cassazione le linee guida sembrano essere poste sullo stesso piano delle regole cautelari. Infatti, quelle che contengono standard diagnostico-terapeutici e sono pertanto rivolte alla tutela della salute del paziente, piuttosto

²⁰³ Cass, sez IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Pres. Brusco, Rel. Blaiotta, imp. Cantore, in www.penalecontemporaneo.it

²⁰⁴ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 175

che a logiche economicistiche, assumono <<rilevanza come parametro per l'accertamento per gli eventuali profili ravvisabili nella condotta>>. La sentenza offre un ulteriore spunto di riflessione quando sostiene che le linee guida contengono solo regole di perizia e non hanno rilievo nel caso di comportamento negligente o imprudente²⁰⁵.

I due profili importanti che si ricavano sono la sostanziale equiparazione delle linee guida alle regole cautelari, confermata appunto dalla affermazione che esse assumono rilievo nel caso di comportamento imperito, e la non applicazione delle stesse nel caso si profili una colpa per negligenza o imprudenza.

Riguardo al primo profilo, le linee guida (naturalmente quelle che non si rifanno ad obiettivi economicistici) indicano come , ad esempio, debba essere effettuata una determinata operazione: il pancreas, laddove sia riscontrata una patologia, deve necessariamente essere individuato chirurgicamente previo scollamento dell'organo che ad esso sta innanzi, cioè il colon; per cui ogni medico, trovandosi a dover operare, non può che osservare tale procedura, salva la sussistenza di casi eccezionali, come la dislocazione del pancreas diversa da quella comune, che richiedono uno scostamento. In questi casi non può negarsi la loro riconducibilità a delle regole cautelari.

²⁰⁵ Cass. sez IV pen, sent 24 gennaio-11 marzo 2013 n. 11493, pres. Marzano, rel. Picialli

Sulla non applicazione delle linee guida nei casi di negligenza e imprudenza Manna esprime un parziale disaccordo, sostenendo che esse possano applicarsi anche a questi ultimi due profili di colpa, sebbene sia chiaro che l'accertamento della sussistenza della negligenza o dell'imprudenza non possa essere valutata solo basandosi sulle linee guida come parametro, dato che questi due concetti attengono maggiormente alle deviazioni del medico rispetto alla situazione richiesta nello specifico caso²⁰⁶.

Un altro autore, riconoscendo anch'egli la problematicità della disposizione circa il ruolo delle linee guida e il loro rapporto con le regole cautelari, ritiene che l'orientamento che si va affermando in dottrina e giurisprudenza sia sensato e condivisibile, salvo fare delle ulteriori precisazioni circa le situazioni concrete in cui la disposizione possa effettivamente essere applicata. Tale orientamento ritiene che la norma si applichi al caso in cui il professionista «<si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritigli 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 e alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta

²⁰⁶ MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in Riv. it. Dir.e Proc. Penale, fasc. 3, 2014, pag 1176 e ss.

sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore sia non lieve>> (Cass. pen., n 268/2013,cit.). Vallini poi integra il discorso, affermando che l'art. 3, 1 comma necessariamente postuli una pluralità di regole cautelari riferite al medesimo rischio, ossia quella rappresentata dalla linea guida, alla quale il medico decide di conformarsi, ed un'altra regola che imporrebbe un diverso comportamento e che invece viene contestualmente violata; altrimenti non si avrebbe una colpa di cui misurare la "gravità". A questo punto si possono configurare alcune ipotesi di *concorso* tra le varie regole cautelari: un concorso apparente, un concorso cumulativo e un concorso alternativo.

Il concorso è apparente quando il medico applica una linea guida che si riferisce ad un determinato ambito di rischio, che è però diverso dall'ambito di rischio del caso concreto che si è trovato a fronteggiare, al quale si sarebbe dovuta applicare una regola differente da quella esplicitata dalla linea guida. Il concorso è cumulativo quando le regole stabilite dalle linee guida non sono esaustive ma devono necessariamente essere integrate da altre regole non codificate. Il concorso è alternativo quando il contenuto della linea guida è volto ad evitare il concretizzarsi di un certo rischio, ma allo stesso modo anche delle regole cautelari differenti mirano allo stesso scopo. Secondo Vallini, si potrebbe fare una ulteriore distinzione, tra concorso alternativo apparente

ed effettivo. Il primo si ha quando il contenuto della linea guida è volto a fronteggiare quel determinato tipo di rischio, ma successive scoperte e conoscenze rendono quel contenuto superato, per cui devono essere seguite le regole alternative. Il concorso alternativo è effettivo quando tutti i precetti operativi, che siano positivizzati in linee guida o meno, hanno una idoneità precauzionale.

Chiarito il significato di ciascun tipo di concorso, si giunge alla conclusione che la disposizione del Decreto Balduzzi non si applica nel caso di concorso apparente, dato che in tal caso il medico commette un errore, applicando una linea guida ad un caso concreto che richiedeva l'adeguamento a *leges artis* differenti. Stessa conclusione vale per il concorso cumulativo, nel quale il medico ad esempio segua alla perfezione una linea guida nello svolgimento di un intervento chirurgico, ma provochi una lesione al paziente per un difetto di ordinaria attenzione. Come giustamente si chiede l'autore, perché mai un simile difetto di diligenza, prudenza o perizia dovrebbe essere valutato in maniera più benevola, applicando la disposizione dell'art 3 del decreto? L'unica ipotesi in cui potrebbe aver senso la disposizione dell'art 3, 1 comma è quella di un concorso alternativo: il professionista applica correttamente una linea guida che è volta proprio a evitare il prodursi di quel rischio, che però si concretizza ugualmente. Secondo il giudice, se il medico invece di attenersi a quella linea

guida, seppur valida, avesse applicato un'altra regola cautelare, l'evento non si sarebbe verificato. In questi casi, però, viene in soccorso la norma dell'art 3 che richiede la colpa grave, poichè l'aver seguito correttamente le linee guida fa sì che il medico si trovi in una situazione di "buona fede qualificata". Interpretata in questo modo, questa disposizione non apparirebbe come espressione di un trattamento privilegiato verso la classe medica, ma acquisirebbe una sua coerenza²⁰⁷.

1.5. Questione di legittimità costituzionale del c.d Decreto Balduzzi.

Il Tribunale di Milano il 21 marzo 2013 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art 3 della legge 8 novembre 2012 n. 189. Secondo il giudice, la disposizione censurata, prevedendo l'esclusione della responsabilità per colpa lieve del sanitario che si attiene alle linee guida e alle buone pratiche, introdurrebbe "una norma *ad professionem* delineando un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che

²⁰⁷ VALLINI, *L'art 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in Riv. It. Med. Leg., fasc.2, 2013, pag 735 ss.

commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi". L'ordinanza ritiene che siano, pertanto, stati violati vari articoli costituzionali, ossia gli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost.

In primo luogo, viene eccepita la violazione del principio di legalità/tassatività (artt. 3 e 25) motivato sulla base della mancata definizione del concetto di colpa lieve e della mancata definizione del concetto di <<linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica>>.

In secondo luogo è eccepita la violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza (art 3 Cost.), in quanto la nuova disposizione determinerebbe due forme di disparità: per eccesso, dato che possiederebbe un ambito di applicazione irragionevolmente esteso, riferendosi a tutti gli operatori sanitari e quindi anche a veterinari, farmacisti, biologi, psicologi ecc. ; per difetto, poichè l'applicazione della norma ai c.d. "sanitari dipendenti pubblici" produrrebbe una ingiustificata difformità di trattamento rispetto a tutti gli altri funzionari pubblici, per cui apparirebbe un trattamento privilegiato e irragionevole.

Le ultime due questioni sollevate dal giudice Giordano riguardano gli artt. 3, 24, 32,111 Cost. in quanto il fatto che la persona offesa non possa ricevere protezione in sede penale salvo che in caso di colpa grave, ma solamente in sede civile, provocherebbe un ingiustificato vuoto di tutela in sede penale, che a sua volta

determinerebbe un contrasto con la funzione rieducativa della pena, in quanto proprio il passaggio della colpa lieve al diritto civile comporta l'impossibilità di punire chi ha cagionato il reato con tale tipo di colpa e, quindi, si impedisce la rieducazione dell'autore del reato stesso.

La Corte Costituzionale con una ordinanza si è espressa dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano, dato che il giudice a quo ha ommesso <<di descrivere compiutamente la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio e, conseguentemente, di fornire una adeguata motivazione in ordine alla rilevanza della questione>>. Di fatto, a causa di questo vizio di forma, la Corte non si è mai espressa sulla legittimità dell'art. 3 del decreto.

1.6. Linee guida e protocolli.

Per quanto riguarda la distinzione tra linee guida e protocolli, essa è frutto di elaborazioni dottrinali, dato che non esiste una fonte normativa che chiarisca l'eventuale natura di entrambi. Secondo un primo orientamento, linee guida e protocolli si distinguono perchè le prime forniscono delle direttive generali,

mentre i protocolli forniscono indicazioni più dettagliate e vincolanti²⁰⁸.

Le linee guida sono "raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche"²⁰⁹, mentre i protocolli "indicano partitamente sequenze di comportamenti ben definiti da tenere in una attività diagnostica o terapeutica"²¹⁰.

In realtà, accanto alle suddette posizioni, un'altra parte di dottrina e la giurisprudenza tendono a sovrapporre i due istituti, non riconoscendo una diversità fra loro.

Anche la distinzione tra linee guida e buone pratiche non è chiara: secondo Di Landro, questo concetto di buone pratiche è il precipitato in lingua nostrana delle *best practices*, note nel mondo anglosassone ed ivi strettamente imparentate alle linee guida, sicchè l'espressione pare interpretabile come un'endiadi, perchè le prime altro non sono che una manifestazione pratica delle seconde²¹¹. Alle incertezze interpretative non viene incontro l'espressione <<accreditamento presso la comunità scientifica>>.

²⁰⁸ GIUNTA, *Medico (responsabilità penale del medico)*, in Id. (a cura di), *Dizionari sistematici di diritto penale*, Milano 2008, 876 ss

²⁰⁹ MARRA, *La colpa del medico*, in Cass. pen. 2012, p. 557

²¹⁰ CASTRONUOVO, RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in Belvedere- Riondato (a cura di) *La responsabilità in medicina*, cit. p 973.

²¹¹ DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (L.189/2012, c.d. "Balduzzi")*. *Le indicazioni del diritto comparato*, in Riv. It. Med. Leg., fasc 2, 2013, pag 833 e ss.

La definizione non allude ad un accreditamento formale, ma come, giustamente, fa notare Vallini, la comunità scientifica è divisa al suo interno, gli esperti esprimono idee e visioni diverse; quindi si pone il problema di capire a quale accreditamento si riferisca il legislatore e presso quale comunità scientifica²¹².

2. Normativizzazione e misura soggettiva della colpa medica

La diffusione delle linee guida ha cercato di garantire una uniformazione delle procedure mediche, fornendo degli strumenti che permettano ai medici di valutare e fornire le cure/terapie del caso senza eccessive divergenze nell'operato, in un processo definito di *normativizzazione* della colpa medica.

Sicuramente l'utilizzo delle linee guida ha degli aspetti positivi sulle cure, in quanto esse forniscono degli standards minimi di comportamento ai quali tutti gli operatori sanitari devono uniformarsi, indipendentemente dal contesto geografico in cui si trovino ad operare.

²¹² VALLINI, *L'art 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in Riv. It. Med. Leg., fasc.2, 2013, pag 735 ss.

Altro vantaggio è che le stesse permettono una maggiore celerità nella scelta da operare, piuttosto che andare a rivedere di volta in volta tutta la letteratura scientifica in materia.

Il risvolto negativo della medaglia è che (ovviamente riferendoci alle linee guida che contengono indicazioni volte alla tutela della salute e non a quelle che prospettano esigenze di riduzione dei costi) inevitabilmente esse non possono applicarsi quando il caso concreto richieda di agire diversamente: esse possono dettare direttive generali e astratte, ma dovrà necessariamente essere il medico a valutare la situazione che gli si profila; anzi l'operatore rischia di essere responsabile nel caso di una acritica adesione alle stesse.

In verità, da un lato, vi è il rischio di un appiattimento "pigro", che incentivi il ricorso a prassi difensive, nel senso che i medici siano tentati di conformarsi sterilmente alle indicazioni dei vari istituti o organismi che di volta in volta elaborano tali documenti, con l'intento di evitare il rischio di conseguenze legali nel caso di un evento infausto.

D'altra parte, però, sono gli stessi medici a rifiutare l'osservanza pedissequa delle linee guida, preferendo avere margini di libertà nelle scelte terapeutiche; altrimenti verrebbe svuotato di fatto il loro ruolo nel processo di cura del malato²¹³.

²¹³ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014, pag 172

In ogni caso questo processo di cristallizzazione delle *leges artis* rischia di ridurre il giudizio sulla responsabilità medica alla mera violazione dello standard oggettivo di cautela, non considerando il profilo della c.d. "misura soggettiva" della colpa.

La dottrina, specie quella più recente, evidenzia anche l'aspetto dell'individualizzazione del rimprovero per colpa. In verità la questione sull'esistenza e sul riconoscimento pacifico della misura soggettiva è ancora dibattuta e anche laddove si prospetta, si riscontrano impostazioni differenti: vi è quella che distingue la considerazione di elementi soggettivi sul piano della tipicità colposa (differenziata da quella dolosa) e un successivo giudizio individualizzato in sede di colpevolezza colposa, nel senso che si avrà una attenzione ad un giudizio personalizzato, rispetto ai profili già soggettivi riguardanti un fatto/autore inosservante di standard cautelari riferibili a protocolli formalizzati o ricavabili mediante parametri differenziali di figure modello²¹⁴; un'altra impostazione anticipa la collocazione degli elementi soggettivi già sul piano del fatto illecito.

Anche in sede processuale si ha la tendenza a non soffermarsi su questo aspetto, dato che una nozione di colpa "normativizzata", come rilevato, è di più facile gestione processuale, anche in virtù del fatto che spesso la difesa non allega l'insussistenza di tali

²¹⁴ CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave.*, in Riv. It. di Dir e Procedura Penale, fasc 4, 2013, pag 1723 e ss.

profili soggettivi della colpevolezza, che con ogni probabilità non avrebbero un grande peso nella valutazione fatta dai giudici.

In ogni caso, la misura soggettiva riguarda la possibilità in concreto del soggetto di tenere il comportamento atteso, valutando la *riconoscibilità del rischio specifico* e la *prevedibilità dell'evento* dannoso o pericoloso. Mantovani sostiene che <<il momento soggettivo della colpa consiste nella capacità soggettiva del singolo agente di osservare la regola cautelare oggettiva>>, ovvero <<nella *attribuibilità* di tale inosservanza al soggetto agente, dovendo avere egli la capacità di adeguarsi a tali regole e potendosi, pertanto, pretenderne da lui la osservanza>>. L'autore successivamente afferma che la rimproverabilità individuale debba essere accertata secondo il criterio della *prevedibilità e prevenibilità* in concreto, in base al parametro relativistico dell'agente modello. Tale parametro è distinto da quello oggettivo, che si riferisce alla prevedibilità e prevenibilità secondo la miglior scienza ed esperienza. Secondo Mantovani, infatti, la categoria degli agenti modello, pur rimanendo standardizzata, è suscettibile di relativizzarsi, adattandosi <<alla possibile presenza, nell'ambito dello stesso *genus*, di soggetti con diversi livelli di conoscenza e capacità per ragioni obiettive>>²¹⁵. Ad esempio, l'automobilista menomato o principiante non dovrà soddisfare gli stessi standard che si richiedono all'automobilista ormai esperto e normodotato.

²¹⁵ MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, CEDAM, pag 327

Per un giudizio colposo maggiormente individuale, ci si può quindi riferire a sotto-categorie di agenti modello che individuino dei soggetti con delle caratteristiche che siano le più vicine possibili all'agente reale.

Secondo un'altra dottrina, invece, per quanto il ricorso all'agente modello permetta di richiamare delle caratteristiche più peculiari, si tratta pur sempre di un giudizio astratto. Da qui l'esigenza di personalizzare il giudizio, attraverso «l' accertamento dell'attitudine del soggetto che ha in concreto agito ad uniformare il proprio comportamento alla regola di condotta violata²¹⁶».

Anche questa dottrina non individua quali siano le caratteristiche soggettive che rientrano nella misura soggettiva della colpa, ma, rispetto alla teoria elaborata da Mantovani che si riferisce alle sotto-categorie di agenti modello, il vantaggio di questa dottrina sta nell'includere, nel giudizio sulla misura soggettiva, anche caratteristiche non standardizzabili.

Di Landro prova a fare una ricognizione di tutte le possibili circostanze che possono rientrare nella misura soggettiva.

Fattore di carattere soggettivo-interno è la stanchezza. La rilevanza di questa circostanza viene spesso sottovalutata, riconducendola all'ipotesi della colpa per assunzione, soprattutto nel caso della circolazione stradale. La Cassazione è solita stabilire che «lo stato di spossatezza per lunga veglia avrebbe

²¹⁶ FIANDACA MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Zanichelli, pag 569

dovuto indurre il conducente a desistere dalla guida²¹⁷>>.

Nell'ambito medico, invece, la circostanza della stanchezza ha un riconoscimento maggiore, sebbene si tratti sempre di orientamenti minoritari. Un esempio che la dottrina richiama e che riguarda l'ambito medico, è quello di un sanitario operante in una clinica, indotto a un periodo di superlavoro da carenze organizzative, che commette un errore a causa dell'eccessiva pressione e stanchezza cui è sottoposto, proprio per sopperire alle mancanze della struttura. Egli avrebbe potuto astenersi dal continuare a svolgere la propria professione, con il rischio di possibili conseguenze a livello contrattuale, nonché di prevedibili danni ai pazienti in conseguenza della sospensione della sua attività²¹⁸. Ecco che in tal caso la stanchezza "scusa" l'operato del medico.

La giurisprudenza largamente prevalente in materia , come già detto, continua a non considerare quest'aspetto, valutando la sussistenza della responsabilità sulla base dell'esistenza della violazione di regole cautelari o della violazione di regole di colpa specifica rappresentate dai protocolli e dalle linee guida. Tuttavia, è da segnalare come sussista una giurisprudenza minoritaria che dà rilevanza all'aspetto della misura soggettiva, escludendo la responsabilità del medico << che omette di richiedere l'ecografia addominale in un caso di politraumatizzato della strada, sebbene

²¹⁷ Cass., sez IV, 20 maggio 2004, Oddo, in *Foro.it*

²¹⁸ DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, Giappichelli, 2012, p 241 e ss.

tale esame fosse prescritto nel protocollo di emergenza in casi del genere, qualora, alla luce delle condizioni oggettive in cui versava all'epoca la struttura sanitaria, l'esame medesimo non poteva essere effettuato>>²¹⁹. Altra possibile causa di esclusione della soggettività colposa è lo stato di agitazione/concitazione, naturalmente solo se tale stato non sia conseguenza di una precedente condotta scorretta dell'agente.

3. La Commissione sulla "responsabilità professionale e la medicina difensiva" del Ministro Lorenzin

La Commissione sulla "Responsabilità professionale e la medicina difensiva" è stata istituita per volontà del Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin ed ha il compito di fornire un supporto per l'approfondimento delle tematiche relative alla responsabilità medica e al problema sempre più pressante della medicina difensiva e l'individuazione di possibili soluzioni, anche normative.

Il Ministero ha anche pubblicato i dati relativi a questo fenomeno, che ne evidenziano la portata: la medicina difensiva incide sulla

²¹⁹ Trib. Urbino, 23 settembre 2003, n. 328, in *Ind. pen.*, 2006, 441

spesa sanitaria in misura pari al 10,5 % del totale. Le voci più significative riguardano:

- farmaci: 1,9% della spesa

- visite: 1,7 %

- esami di laboratorio: 0,7%

- esami strumentali: 0,8%

- ricoveri: 4,6%

Inoltre il 77,9% dei medici ha dichiarato di aver tenuto un comportamento di medicina difensiva nell'ultimo mese, che sale fino al 92 % nell'età 32-42 anni. Secondo le indagini riportate nel documento, il 78,2% dei medici ritiene di correre un maggiore rischio di procedimenti giudiziari rispetto al passato e il 65,4% ritiene di subire una pressione nella pratica clinica quotidiana a causa della possibilità di tale evenienza. Il 67,5% dichiara di subire l'influenza di esperienze di contenzioso legale capitate ai propri colleghi e il 59,8% ha timore di ricevere richieste di risarcimento. Inoltre il 51,8% risente di precedenti esperienze personali di contenzioso legale, il 43,5% esprime il timore di ricevere pubblicità negativa dai mass-media e il 15% teme di incorrere in sanzioni disciplinari. Il 58,6% dei medici ha chiesto il consulto di altri specialisti pur non ritenendolo necessario. Il 51,5% ha invece prescritto farmaci non necessari e il 24,4% ha prescritto trattamenti non necessari. Il 26,2% ha escluso pazienti a rischio da alcuni trattamenti, al di là delle normali regole di

prudenza e il 14% ha evitato procedure rischiose (diagnostiche o terapeutiche) su pazienti che avrebbero potuto trarne beneficio.

Infine il report riprende una recente indagine Agenas del 2014, effettuata su 1500 medici ospedalieri. Secondo questa indagine il 58% dei medici pratica medicina difensiva e per il 93% è destinata ad aumentare. Lo studio si spinge fino a individuarne le cause:

- per il 31% è colpa della legislazione considerata sfavorevole per il medico

- per il 28% incide il timore di essere citati in giudizio

- per il 14% il mutato rapporto medico-paziente: sono aumentate le richieste, le pressioni e le aspettative dei pazienti e dei familiari.

Si è chiesto agli intervistati di fornire possibili soluzioni per ridurre il fenomeno, ed esse sono per il 49% quella di attenersi alle evidenze scientifiche e per il 47% quella di riformare le norme che disciplinano la responsabilità professionale.

Tornando alla Commissione, ben si comprende, anche alla luce dei dati, l'importanza della funzione che le è affidata. Il Ministro Lorenzin ha dichiarato: "La medicina difensiva, sia positiva che negativa, è diffusa in maniera capillare e preoccupante tra gli operatori sanitari. Si parla di un costo di circa 10 miliardi di euro, cifre pesanti, perchè parliamo dello 0,75% del Pil. Quello che più mi preoccupa è che il 93% dei medici ritengano che la medicina difensiva sia destinata ad aumentare. Per questo dobbiamo trovare delle soluzioni valide per risolvere un fenomeno che incide sulla

spesa sanitaria in misura pari al 10% del Fondo Sanitario Nazionale." Il Ministro ha poi sottolineato come in questi anni sia stata approfondita la questione della *malpractice* con comparazioni con altri paesi per adottare riforme strutturali ad hoc. Successivamente è intervenuta la legge Balduzzi a provare a risolvere il problema o quantomeno a fornire strumenti in grado di attenuarne la portata. La Lorenzin ha mostrato la volontà di trovare una soluzione a questo fenomeno, per poter garantire ai pazienti il risarcimento in caso di danno grave e allo stesso tempo per garantire ai medici di poter svolgere la loro professione senza la pressione e il peso di dover ricorrere a comportamenti difensivi²²⁰.

Per questo motivo si è deciso di istituire la Commissione consultiva. Essa è composta da 24 esperti, provenienti dall'ambito medico-legale, quindi costituita da magistrati, avvocati, medici chirurghi e medici legali, che svolgono la loro funzione a titolo gratuito. Tra i membri occorre segnalare il professore Gabrio Forti, autore peraltro del Progetto di Riforma del Centro Studi Federico Stella; la Commissione è presieduta da Guido Alpa, presidente del Consiglio Nazionale Forense²²¹.

²²⁰

http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?menu=notizie&p=dalministero&id=1994, 27 marzo 2015

²²¹ http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?approfondimento_id=6040, 26 marzo 2015

4. Il DDL Gelli e la proposta di una fattispecie speciale di omicidio colposo e lesioni personali colpose in ambito sanitario

Il Ministro Lorenzin, nel presentare la Commissione sulla responsabilità professionale e la medicina difensiva, ha affermato che la Camera stava lavorando da due anni su sette proposte normative per arrivare ad un testo unico²²².

Il 28 gennaio la Camera ha dato il via libera al testo del ddl Gelli con 307 voti favorevoli e 84 contrari. Il provvedimento è così passato all'esame del Senato, dove il 16 febbraio è iniziato il dibattito presso la Commissione Igiene e Sanità. Grande soddisfazione è stata espressa dal relatore del testo per la maggioranza e responsabile sanità del PD, Federico Gelli, che tiene a dire che il provvedimento in questione "tende a ricostruire un nuovo equilibrio nel rapporto medico paziente. Questa legge risponde a due problematiche come il contenzioso medico legale, che ha causato un aumento sostanziale del costo delle assicurazioni per professionisti e strutture sanitarie, e il fenomeno

²²²

http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?menu=notizie&p=dalministero&id=1994, 27 marzo 2015

della medicina difensiva che ha prodotto un uso inappropriato delle risorse destinate alla sanità pubblica.²²³"

Il ddl incide anche nell'ambito civile, creando un doppio binario nel risarcimento del danno, ma ciò che interessa ai nostri fini è l'incidenza sul contenzioso in sede penale.

L'art 5 disciplina le "*Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*" : "Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Ai fini della presente legge, le linee guida sono inserite nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) e pubblicate nel sito internet dell'Istituto superiore di sanità."

L'art 6 è intitolato "*Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*": "Dopo l'articolo 590-bis del codice penale è inserito il seguente:

Art. 590-ter: Responsabilità colposa per morte o per lesioni

²²³

http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=35726, 28 gennaio 2016

personali in ambito sanitario: L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave.

Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge²²⁴."

Il ddl Gelli potrebbe rappresentare quindi un passo in avanti nella ricerca di una soluzione per questo fenomeno crescente. E' da segnalare una continuità con la Legge Balduzzi, nella scelta di riferirsi di nuovo alle linee guida nell'esecuzione della professione, nonché nella volontà di restringere il campo alla colpa grave. Vi sono, però, delle innovazioni, soprattutto nell'ottica di una maggiore chiarezza legislativa. Infatti, adesso si stabilisce che le linee guida alle quali i sanitari devono attenersi siano solo quelle elaborate da società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito dal Ministero della Salute. Le linee guida sono anche inserite nel Sistema Nazionale per le Linee guida e pubblicate sul sito dell'Istituto superiore di sanità. Si cerca in questo modo di dare un ordine all'ampio universo delle linee

²²⁴ <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato924610.pdf>

guida, cercando di risolvere così uno dei problemi che era stato rilevato, ossia il fatto che le linee guida e i protocolli potessero essere emanati dagli enti più disparati, per motivi che talvolta esulano dalla finalità di cura del paziente. Per la prima volta è il Ministero che si fa carico di attuare un'opera di selezione di questi documenti individuando quelli ritenuti affidabili e pertinenti. Altro aspetto da notare è che il ddl introduce un nuovo articolo nel codice penale, contenente una fattispecie speciale di omicidio e lesioni colpose in campo sanitario. Nella formulazione del testo di tale articolo viene chiarito espressamente come la limitazione della responsabilità per colpa grave sussista solo nel caso di imperizia e non vale quindi per le altre due ipotesi di colpa generica, per le quali la responsabilità continua a sussistere anche nel caso di colpa non grave.

Il progetto di legge in questione, tuttavia, ricade nello stesso errore del decreto Balduzzi, quando, trattando di *colpa grave*, non ne dà una definizione, rimettendo nuovamente alla giurisprudenza il compito di individuarne la portata.

Bisogna riportare le prime critiche al Ddl, provenienti dall' Anaa (Associazione medici e dirigenti del SSN), secondo cui esso conterrebbe << criticità giuridiche, metodologiche e culturali >>. Dal punto di vista civilistico viene censurata la scelta di passare alla responsabilità extracontrattuale per il medico, in quanto per la struttura sanitaria opera quella contrattuale. Si sottolinea una

situazione paradossale che si verrebbe a creare nei casi in cui il danneggiato chiami in causa contemporaneamente il medico e la struttura: l'azienda, in virtù della responsabilità contrattuale dovrebbe provare di aver adempiuto tutti gli obblighi, mentre il sanitario non sarà gravato dallo stesso onere, in quanto nella responsabilità extracontrattuale l'onere probatorio grava su chi ritiene di aver subito un danno.

Vengono sollevati dubbi di incostituzionalità anche sul nuovo articolo del codice penale introdotto dall'articolo 6 comma 2 del ddl, perchè viene criticata la scelta di collegare la sussistenza o meno della colpa grave al rispetto delle linee guida, in quanto queste ultime non potranno mai sollevare da responsabilità penale. Esse sono raccomandazioni alle quali il sanitario può adeguarsi ma dalle quali può anche deviare. Inoltre viene criticato lo strumento che il legislatore intende utilizzare per selezionare le linee guida: il decreto ministeriale non garantisce assolutamente l'indipendenza delle società scientifiche: secondo l'Anaaio si tratta di una delega in bianco a soggetti non scevri da conflitti di interessi²²⁵.

²²⁵http://www.anaao.it/contenuto.php?categoria=48&gruppo=6&contenuto_id=15924, 20 gennaio 2016.

CONCLUSIONI

L'obiettivo di questa tesi è quello di affrontare il tema della medicina difensiva, cercando prima di cogliere le possibili cause e successivamente di esaminare le varie proposte e soluzioni prospettate.

Come si evince dalla trattazione, non esiste una causa univoca del fenomeno, bensì una pluralità di fattori che incidono e contribuiscono alla sua diffusione.

Indubbiamente, gli orientamenti giurisprudenziali che tendono ad affermare la responsabilità, in virtù della posizione rivestita dal medico, senza valutare in concreto l'effettiva capacità impeditiva, condizionano non poco l'operato dei sanitari. Un settore dove queste criticità emergono chiaramente è quello della psichiatria. Nel corso degli anni si sono susseguite delle sentenze che hanno riconosciuto responsabile il medico psichiatra non soltanto nel caso di comportamenti autolesivi del paziente in cura, ma anche nel caso di comportamenti etero-aggressivi. Emblematica è una sentenza del 2007, nella quale si condanna il medico facendo ricorso al concorso colposo nel delitto doloso. Tale sentenza ha suscitato varie perplessità e critiche, che sono state affrontate nel

corso della trattazione, tra le quali rientra proprio l'accertamento della causalità psichica. Si sostiene che, entrando in gioco fattori psichici, e quindi personali, interni al soggetto, il modello tradizionale dell'accertamento causale entri in crisi, data l'oggettiva difficoltà di escludere la sussistenza di fattori causali alternativi, che si era prefigurato il paziente e che avevano potuto determinare il suo comportamento violento.

Anche nella dimensione plurisoggettiva, questa tendenza a far discendere la responsabilità dalla mera posizione di garanzia rivestita dal medico si riflette in un indirizzo secondo il quale <<ciascun sanitario non solo è responsabile del rispetto delle regole di diligenza e perizia connesse alle mansioni specificamente ed effettivamente svolte, ma deve costituire anche una sorta di garanzia per la condotta degli altri componenti e porre quindi rimedio agli eventuali errori altrui>>.

Altro fattore che incide sul ricorso ai comportamenti difensivi è rappresentato dalla tendenza ad attribuire la responsabilità ai sanitari preposti al trattamento anche in casi di carenze strutturali, non dipendenti da essi . Infatti, non sono pochi i casi in cui i medici si trovino a operare in situazioni in cui manchino le condizioni e gli strumenti necessari per far fronte ad un'urgenza, e tuttavia la giurisprudenza in tali circostanze ha raramente riconosciuto l'operare di una scusante, continuando a parlare di *obbligo di controllo, di segnalazione e di corretta informazione al*

paziente. Peraltro, anche la stessa struttura sanitaria tende a preferire il ricorso al <<capro espiatorio>>, per questioni di immagine ed economiche.

Anche il ruolo dei mass-media è diventato fortemente condizionante: secondo una indagine dell'Ordine dei medici e dei chirurghi di Roma, di cui si è trattato in maniera approfondita nella tesi, il 65,8% dei medici indica come una delle cause proprio il clima di diffidenza ormai diffuso tra l'opinione pubblica verso questa professione, e il 17,8% indica la paura di finire sui giornali o in televisione; secondo un'altra indagine condotta dal Centro studi Federico Stella, il 43,5% esprime preoccupazione di una possibile pubblicità negativa da parte dei mass media.

Le proposte per arginare il fenomeno non sono mancate; nella trattazione viene appunto ricordato il Progetto di riforma del Centro Studi <<Federico Stella>> sulla Giustizia penale e la Politica criminale.

La scelta del legislatore è stata quella di intervenire con il c.d. <<Decreto Balduzzi>>, convertito nella legge 8 novembre 2012 n. 189. Il fulcro della normativa è l'art. 3 che, come visto, stabilisce che <<L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella

determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo>>. La novità della disposizione si coglie sia nel riferimento alle linee guida, sia nel riferimento alla colpa lieve. Nel primo caso, il legislatore ha ritenuto che l'adesione da parte dei medici alle linee guida possa garantire un comportamento tendenzialmente meno esposto al rischio penale; la criticità sta nel fatto che l'universo delle linee guida è caotico. Esistono linee guida elaborate dagli organismi più disparati, spesso non scevri da conflitti di interesse, e per finalità diverse: alle linee guida che si prefiggono l'obiettivo di tutela della salute si aggiungono quelle che hanno sostanzialmente finalità economiche. Un punto di debolezza del decreto Balduzzi consiste proprio nel non aver selezionato le linee guida a cui attenersi, nè di avere individuato degli organismi preposti a tale compito. La scelta della colpa lieve ha, invece, sollevato critiche per via della mancanza di una definizione e , di conseguenza, del rischio di una applicazione poco chiara della norma.

Il ddl Gelli, che attualmente sta facendo il suo iter nel Senato, prova a superare le criticità del Decreto Balduzzi. La disposizione prevede al 1 comma che <<L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave>>. Il secondo comma stabilisce che <<Agli effetti di

quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge>>.

Sembrano essere stati fatti dei passi in avanti, dato che la norma ratifica espressamente l'orientamento giurisprudenziale prevalente sulla Balduzzi (principio della *culpa levis sine imperitia non excusat*), secondo il quale l'art. 3 dovrebbe applicarsi solo ai casi di imperizia e non ai casi di negligenza e imprudenza. Il dibattito era sorto per il fatto che il decreto Balduzzi non aveva fornito alcun appiglio normativo sulla questione e quindi l'applicazione alla sola imperizia era stata elaborata in via giurisprudenziale. Un altro aspetto positivo della nuova disposizione del ddl Gelli è quello di aver previsto che le linee guida alle quali i medici devono conformarsi <<siano iscritte in un apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministero della salute, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.>> (art.5). Il ddl supera, quindi, il problema della selezione delle linee guida rimettendo il compito al Ministero della salute. D'altro canto, non si può non avere qualche perplessità proprio riguardo alle linee guida, poichè se è vero che esse vengano iscritte nell'elenco dell'Istituto superiore di sanità, non si prevede alcunchè sulle modalità di elaborazione;

nulla togliere che intervengano nell'elaborazione società scientifiche e farmaceutiche sulla cui indipendenza si possa nutrire qualche dubbio.

In ogni caso, l'iter del disegno di legge è ancora in corso, sebbene si conti di approvarlo entro la fine del 2016. Sarà importante capire quale sarà la formulazione finale della normativa, e la speranza è che possa ridurre il contenzioso medico-legale e conseguentemente il fenomeno della medicina difensiva.

BIBLIOGRAFIA

ANTONIETTI A., FERRARO V., Contributi della psicologia alla riduzione della medicina difensiva, Rivista Italiana di Medicina Legale , 2014

BELFIORE E., Profili penali dell'attività medico chirurgica in équipe, Archivio penale, 1986

BERTOLINO M., in La Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto, in Il Problema della medicina difensiva , Ets, Pisa, 2010

BLAIOTTA R., I profili penali della relazione terapeutica, Cassazione penale, 2005

BLAIOTTA R., Causalità e colpa, diritto civile e diritto penale si confrontano, Cassazione Penale, 2009

CASTRONUOVO D., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave.*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2013

CASTRONUOVO D., RAMPONI L., *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in Belvedere A.- Riondato S. (a cura di) *La responsabilità in medicina*, Milano, 2011

CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958

CELANI F., VETRUGNO G., MARIOTTI V., *Medicina difensiva "negativa" vs Medicina difensiva "pro-positiva"*, Milano, 2012

CEMBRANI F., *La "Legge Balduzzi" e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute*, Rivista Italiana di Medicina Legale, 2013

CINGARI F., *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2009

D'ALESSANDRO F., *Contributi del diritto alla riduzione della*

medicina difensiva, Rivista Italiana di Medicina Legale, 2014

DE FRANCESCO G., *Diritto Penale- I fondamenti*, Giappichelli,
Torino, 2008

DE FRANCESCO G., *Note minime sulla responsabilità omissiva
nell'esercizio della professione medica, in Responsabilità penale e
rischio nelle attività mediche e d'impresa, volume a cura di
Bartoli*, Firenze University Press, 2010

DI LANDRO A., *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il
ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*,
Giappichelli, 2009

DI LANDRO A., *Dalle linee guida e dai protocolli
all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario.
Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli,
Torino, 2012

DI LANDRO A., *Le novità normative in tema di colpa penale
(L.189/2012, c.d. "Balduzzi"). Le indicazioni del diritto
comparato*, Rivista Italiana di Medicina Legale, 2013

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale, Parte Generale*,

Zanichelli

FIORI A., *La medicina legale difensiva*, Rivista italiana di Medicina legale, 1996

FIORI A., *Nuovi aspetti della responsabilità medica, in Gli esercenti le professioni sanitarie nel recente riassetto normativo. Interazioni e responsabilità nell'attuale cornice normativa delle Aziende Sanitarie*, Milano, 2003

FIORI A., *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?*, Rivista Italiana di Medicina Legale, 2007

GIUNTA F., *Medico (responsabilità penale del medico)*, in *Id. (a cura di), Dizionari sistematici di diritto penale*, Milano 2008

GIZZI L., in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa, volume a cura di Bartoli*, Firenze University Press, 2010

GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2013

GUIDI D., *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di Canestrari S., Giunta F., Guerrini R., Padovani T., Pisa, 2009

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

ILLICH I., *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Mondadori Editori, 2004

MANNA A., *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, 2014

MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, 2014

MANTOVANI F., *Diritto Penale, Parte Generale*, CEDAM

MANTOVANI F., *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena e la "crisi di solitudine" del diritto penale in DOLCINI, PALIERO (a cura di) Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006

MARIOTTI P., SERPETTI A., FERRARIO A., ZOJA R., GENOVESE U., *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Maggioli Editore, 2011

MARRA A., *La colpa del medico*, Cassazione penale, 2012

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

NEPPI MODONA G., *Legislazione penale in Il mondo contemporaneo, vol. I, tomo II, La nuova Italia*, Firenze, 1987

NOCCO L., *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica "nella "Legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2013

PALIERO V., RANDAZZO F., DANESINO P., BUZZI F., *"Cause e mezzi" della medicina difensiva: riflessioni medico-legali*, *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2013

PADOVANI T., *Diritto Penale, IX edizione*, Giuffrè, Milano, 2008

PEZZIMENTI C., *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2015

PIOGGIA A., *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2011

PIPERNO A., *Chi si difende da chi? E perchè? I dati della prima ricerca nazionale sulla Medicina Difensiva*, Roma, Senato della Repubblica, 23 novembre 2010

RISICATO L., *L'attività medica d'équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, Torino, 2013

ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Torino, 2012

ROMANO M. in *La Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in *Il Problema della medicina difensiva*, Ets, Pisa, 2010

SARDELLA I., *La diligenza professionale nella pratica medica*,

Rivista Italiana di Medicina Legale, 2012

VALLINI A., *L'art 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, Rivista Italiana di Medicina Legale, 2013

SITOGRAFIA

BERTOLLO S., *Attività medico-chirurgica: mancato consenso del paziente e rilevanza penale*, 23 febbraio 2009 ,

<http://www.altalex.com/documents/news/2009/02/22/attivita-medico-chirurgica-mancato-consenso-del-paziente-e-rilevanza-penale>

BUZZONI A., *Responsabilità medica in équipe: gli orientamenti giurisprudenziali*, 12 ottobre 2006,

<http://www.altalex.com/documents/news/2006/10/11/responsabilita-medica-in-equipe-gli-orientamenti-giurisprudenziali>

DI GIOVINE O., *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero perché non è possibile ragionare di medicina come fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, www.archiviopenale.it, 2014

GALLONE G., *Responsabilità professionale: trappole ed errori del ddl targato Gelli*, 20 gennaio 2016,

http://www.anaao.it/contento.php?categoria=48&gruppo=6&contenuto_id=15924

PIRAS P., *La colpa medica: non solo linee guida*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011

PIRAS P., *In culpa sine culpa- Commento all'art 3., 1 co., l. 8 novembre 2012, n 189*, www.dirittopenalecontemporaneo.it , 2012

RODRIQUEZ G., *Responsabilità professionale. Via libera dalla Camera al Ddl Gelli. Linee guida all'Iss, audit precluso alla magistratura e responsabilità extracontrattuale per i convenzionati*, 28 gennaio 2016 ,

http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=35726

Centro Studi <<Federico Stella>> sulla Giustizia penale e la Politica criminale dell'Università Cattolica di Milano, Progetto

di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico,

http://www.collegiochirurghi.it/public/legislazioni/Progetto_Riforma_Responsabilita_Penale_Prof_Forti.pdf

Ecco chi c'è nella Commissione sulla "responsabilità professionale e la medicina difensiva" , 26 marzo 2015,

http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?approfondimento_id=6040

Malasanità. La Relazione finale della Commissione di Inchiesta della Camera. Nel mirino 570 casi e 400 morti "sospette", 22 gennaio 2013, http://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=13023

Medicina difensiva. Ginecologi: "Basterebbe diminuirla del 50% per risparmiare 5 mld. Serve subito legge su responsabilità professionale" , 19 ottobre 2015 ,

http://www.quotidianosanita.it/lavoro-e-professioni/articolo.php?articolo_id=32416

Medicina difensiva e responsabilità professionale, insediata la Commissione Consultiva , 27 marzo 2015 ,

http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?menu=notizie&p=dalministero&id=1994

Pubblicato il rapporto sulla politica di bilancio 2016, 27 novembre 2015, <http://www.upbilancio.it/pubblicato-il-rapporto-sulla-politica-di-bilancio-2016/>

http://www.camera.it/_bicamerale/leg16/sanita/Delibera.htm

www.consultadibioetica.org

GIURISPRUDENZA

Corte Cost. , 28 novembre 1973, n.166, in *Foro it.*, 1974, I, c. 19

Cass. Napoli , 25.5.1871, in *Gazzetta dei tribunali*, XXIV, citata in *Foro.it.*, 1886, I, 714, nota 1-2

Cass., Sez I , 23 ottobre 1997, n. 11538, Geremia, in *Cass. pen.*,

1998

Cass. Sez IV, 13 giugno 1983, Duè, in *Giust. pen.*, 1984, II, 227

Cass., Sez IV, 12 aprile 1991, Lazzeri

Cass., Sez IV, 17 novembre 1999, n 554

Cass., Sez IV, 24 novembre 1999 n 13389, Tretti

Cass., Sez IV, 9 febbraio 2000 , n 631

Cass., Sez IV, 4 marzo 2004, n 10430, Guida, in *Cass. pen.*, 2004

Cass., Sez IV, 20 maggio 2004, Oddo, in *Foro.it*

Cass., Sez IV , 24 gennaio 2005, Miranda, in *C.e.d. Cass.*, n
231535

Cass. Sez IV, 25 settembre 2007 n. 44765

Cass, Sez IV, 11 ottobre 2007, Raso ed altri, in *C.e.d. Cass.* n
23789

Cass., Sez IV, 7 marzo 2008, Vavassori, in *C.e.d Cass.*, n 239605

Cass., Sez. IV, 5 aprile 2011, n 16328, in *Ced Cass.*, rv. 251960,
Ragiusan, 2011, 327, 205

Cass., Sez IV, 29 gennaio 2013, n. 16237

Cass., Sez IV , sent 24 gennaio-11 marzo 2013 n. 11493

App. Caltanissetta, 15 gennaio 2003, in *Foro.it.*, 2005, II, 621

Trib. Urbino, 23 settembre 2003, n. 328, in *Ind. pen.*, 2006, 441