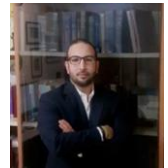


La responsabilità penale medica e sua evoluzione giurisprudenziale. Profili giuridici ed economici

Specialità e professioni a colloquio

Antonio Capasso

Dottore in giurisprudenza, Cultore della materia Università Federico II Napoli



Antonio Capasso

Corrispondenza a:

Dott. Antonio Capasso
Dottore in giurisprudenza
Via G. Marconi 38
83047 Lioni (AV)
Tel/fax: 0827-42093
e-mail: capassoant@hotmail.it

ABSTRACT

L'articolo ha ad oggetto l'evoluzione normativa e giurisprudenziale della responsabilità penale medica dagli anni '70 alla legge Gelli-Bianco del 2017. Successivamente si snoda attraverso il contributo delle ultime importanti sentenze in materia fino alle decisioni della Cassazione a Sezioni Unite del 2018, per concludersi infine, con un'analisi economica sull'aumento del contenzioso giudiziario in materia registratosi negli ultimi anni.

PAROLE CHIAVE: responsabilità penale medica, legge Gelli-Bianco, sentenza Mariotti

ABSTRACT

The article deals with the regulatory and jurisprudential evolution of medical criminal responsibility from the 70s to the Gelli-Bianco law of 2017. Subsequently it winds through the contribution of the last important judgments of the subject up to the decisions of the Supreme Court with United Sections of 2018, finally to conclude with an economic analysis on the increasement of the legal disputes registered in recent years.

KEYWORDS: medical criminal responsibility, Gelli-Bianco law, judgement Mariotti.

1. Responsabilità penale del medico: dagli anni '70 alla legge Gelli

In generale la responsabilità penale del medico (1) è quella forma di responsabilità che può derivare a tale professionista o ad altri sanitari in connessione con lo svolgimento della propria prestazione professionale nel caso in cui, al ricorrere di precisi requisiti da un suo determinato comportamento, attuato mediante errore ed omissione, derivino lesioni di una certa gravità o addirittura il decesso del paziente.

La disciplina della responsabilità penale del medico è stata sottoposta negli ultimi anni a due importanti interventi di modifica: dapprima per opera della legge n. 189/2012, nota come legge "Balduzzi", e successivamente per merito della legge n. 24/2017, nota come legge "Gelli", che ha completamente innovato i confini di rilevanza penale del comportamento dei sanitari.

E' proprio all'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto con la recentissima riforma, che occorre oggi guardare per poter individuare i casi in cui sia possibile addebitare al medico una responsabilità colposa per morte o lesioni personali del paziente.

La definizione della colpa professionale dei sanitari costituisce "una delle questioni più tormentate e controverse in tema di colpa punibile" (2).

La nostra giurisprudenza, è da sempre alla ricerca di un limite alla colpa del sanitario, un limite che possa tuttavia risultare al contempo funzionale anche all'esigenza di un'efficace tutela della salute del paziente (e, in tempi più recenti, funzionale altresì alle esigenze di contenimento della spesa pubblica in ambito sanitario).

Fino ai primi anni Settanta, tale limite era sbilanciato in netto favore della classe medica, nei confronti della quale la giurisprudenza si esprimeva in termini ampiamente benevoli, al punto che l'esclusione della colpa medica costituiva la regola, mentre il suo riconoscimento l'eccezione, riservata ai soli casi più plateali ed estremi (3).

Sul piano tecnico-normativo, il fondamento di una siffatta benevolenza era rinvenuto, come è noto, in una disposizione del codice civile, e segnatamente nell'art. 2236 c.c., il quale – sotto la rubrica "Responsabilità del prestatore d'opera" – così dispone: "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave".

L'applicabilità del limite della colpa grave (4) in sede penale era sostenuta in forza di ragioni di coerenza e di unità dell'ordinamento giuridico: veniva evidenziata, infatti, la potenziale contraddizione in cui si sarebbe caduti considerando penalmente rilevante una condotta che, in ambito civilistico, sarebbe risultata, invece, lecita.

Questo orientamento favorevole ad applicare l'art. 2236 c.c. in sede di valutazione della colpa penale per imperizia del medico ottenne, nel 1973, l'autorevole avallo della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione della legittimità costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., degli artt. 42 e 589 c.p., "i quali consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa particolare".

La Corte costituzionale con sentenza n. 166/1973 ritenne, infatti, non fondata la questione, con una motivazione, a tratti poco chiara e non convincente. All'interno di tale motivazione, tuttavia, vi è un'affermazione di grande rilievo, la quale fornisce la chiave di lettura della lunga storia giurisprudenziale della "ricerca di un limite" alla responsabilità medica per colpa: "la particolare disciplina in tema di responsabilità penale desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) c.p., in relazione all'art. 2236 c.c., per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile, n. 917) «di

fronte a due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in casi di insuccessi, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista».

Negli ultimi anni, sulla controversa questione della colpa medica, è intervenuto il Legislatore con la legge Balduzzi (5) (legge 8 novembre 2012, n. 189) che nel suo definitivo art. 3 ha così disposto: "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'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

La norma si pone innanzitutto l'obiettivo di contrastare il distorto fenomeno della cd. medicina difensiva, ovvero il rifiuto del medico nell'esecuzione di interventi non ordinari per paura di conseguenze giurisdizionali sul suo operato; inoltre si riduce ulteriormente l'ambito della colpa grave, entro la quale si vuole contenere la responsabilità penale dell'operatore sanitario, qualora vengano rispettate le indicazioni provenienti dalla comunità scientifica accreditata (6).

Si tratta così di una sostanziale esenzione dalla responsabilità penale (cosiddetta depenalizzazione) nel caso in cui il medico tenga un comportamento adeguato alle linee guida ed alle buone pratiche, che anche sul versante civilistico, comporta una riduzione del danno risarcibile, nei termini indicati dagli artt. 1226 e 2056 del codice civile.

Tuttavia la giurisprudenza successiva sul valore scriminante delle linee guida e buone pratiche accreditate ed il dibattito casistico sui casi di ricorrenza della colpa lieve, hanno indotto il Legislatore ad un nuovo intervento in materia, con la legge Gelli-Bianco (n.24/2017) che ha abrogato l'art 3 della precedente legge Balduzzi ed ha apportato modifiche al codice penale, inserendo una norma. In particolare, con la più recente riforma, si è avuta l'introduzione nel codice penale dell'articolo 590 sexies, rubricato "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario", che, dopo aver sancito in generale che se i fatti previsti dagli articoli 589 e 590 del c.p. sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria si applicano le pene ivi previste, specifica che "qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto" (7). Analizzando la norma si rileva che viene eliminato ogni riferimento al grado della colpa, con soppressione di qualsiasi riferimento alla colpa lieve e rinvio generico all'imperizia del sanitario e al rispetto delle linee guida previste dalla legge o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali. E' evidente l'intento di combattere in maniera più radicale il fenomeno della medicina difensiva e di supportare il lavoro della magistratura, introducendo fattispecie di reato tassative e definizioni chiare e dettagliate.

2.L'art 590 sexies nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione

Proprio sulla norma di recente introduzione, in giurisprudenza è sorto un aspro dibattito, che ha determinato il recente intervento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione con una sentenza che ambisce a fare chiarezza, anche sotto il profilo intertemporale, sul perimetro applicativo del nuovo art. 590–sexies c.p.

L'intervento si era reso necessario per la non felice formulazione della norma, che aveva dato spazio a interpretazioni difformi e a un significativo contrasto in seno alla stessa Cassazione. Poco dopo la sentenza Tarabori del giugno 2017, infatti, la medesima Quarta Sezione, in una diversa composizione, aveva completamente ignorato il precedente, sposando, nella sentenza Cavazza del successivo mese di ottobre, una ricostruzione radicalmente difforme della nuova causa di non punibilità, portando allo scoperto differenze di vedute e dubbi interpretativi tali da disorientare tanto i giudici quanto gli operatori sanitari.

Risulta, così, necessario richiamare i termini essenziali del problematico rapporto tra le due pronunce della Quarta Sezione, evidenziando le principali divergenze, emerse in particolare con riferimento alla punibilità (o meno) del c.d. errore esecutivo e ai possibili dubbi di legittimità costituzionale di un'interpretazione letterale della norma.

La prima sentenza (Tarabori), ha preso le mosse proprio dall'interpretazione letterale della norma; questa porterebbe a escludere la punibilità "anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento tipico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata". Si è così prospettata una lettura che – partendo dalle coordinate normative (in particolare dall'art. 5) e dalle finalità della legge (soprattutto in tema di linee guida) – riconosce al medico, tenuto ad attenersi alle raccomandazioni (sia pure con gli adattamenti propri di ciascuna fattispecie concreta), la sola "pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli", sulla base di "un inedito inquadramento precettivo, focalizzato sulle modalità di svolgimento dell'attività sanitaria e di accertamento della colpa", che offre al giudice "precise indicazioni in ordine all'esercizio del giudizio di responsabilità".

Ai fini del nuovo art. 590-sexies, dunque, occorre riferirsi a eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate sulla base di quanto stabilito all'art.5 e appropriate rispetto al caso concreto, in assenza di plausibili ragioni che suggeriscano di discostarsene radicalmente; così le raccomandazioni generali dovranno essere "pertinenti alla fattispecie concreta", previo vaglio di adeguatezza, e cioè della loro corretta attualizzazione nello sviluppo della relazione terapeutica, con particolare riguardo alle contingenze del caso concreto.

Entro queste coordinate, secondo i giudici, l'agente avrà diritto "a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione". Questa prospettiva, tesa a valorizzare il momento soggettivo a discapito di qualsiasi automatismo, sminuisce il riferimento testuale all'osservanza delle linee guida quale "causa di esclusione della punibilità", non assumendo rilievo, ai fini della non punibilità, quelle condotte mediche che, "sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo", come appunto i casi conclamati di errore (per imperizia) nell'esecuzione delle (corrette) direttive.

Nell'affrontare il rapporto tra vecchia e nuova disciplina, rispetto ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017, si reputa che, da un raffronto strutturale, la legge Balduzzi, nell'elaborazione maturata nei pochi anni di vigenza, si presenti in termini di maggiore favore rispetto al nuovo articolo 590-sexies c.p., quantomeno riguardo alla limitazione di responsabilità ai soli casi di colpa grave, di talché, ove pertinente, essa troverà ancora applicazione, ex art. 2, c.p., rispetto ai fatti anteriori, quale norma più favorevole.

Vi è poi una chiosa finale in cui, nella sentenza, si torna ad invocare il recupero e la valorizzazione, in chiave penalistica, dell'art. 2236 c.c., quale regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, in peculiari contesti e "situazioni tecnico-scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall'urgenza", che "implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione".

Diversamente, la seconda sentenza (Cavazza) – che muove da un'ipotesi di colpa per imperizia nella concreta esecuzione di un intervento – individua proprio nell'imperita applicazione di linee guida adeguate e pertinenti il terreno d'elezione della causa oggettiva di non punibilità dell'art. 590-sexies c.p., lasciando residuo il caso di attuazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto, quale unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell'imperizia sanitaria (imperizia in eligendo).

Si giunge a tale esito passando per una selezionata disamina di punti fermi e criticità della nuova disciplina, che porta a prospettare un'interpretazione improntata alla massima valorizzazione della lettera e delle finalità

della legge, in base alla quale si esclude che possa ancora attribuirsi alla colpa grave “un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell’ambito di operatività della causa di non punibilità”, ribadendosi che “con il novum normativo si è esplicitamente inteso favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile”.

Proprio a quest’ultimo scopo, il legislatore avrebbe introdotto una “causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia, la cui operatività è subordinata alla condizione che dall’esercente la professione sanitaria siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, e che dette raccomandazioni risultino adeguate alla specificità del caso concreto”. Si profila, in sostanza, una causa di non punibilità che assume tratti oggettivi, collocata al di fuori dell’area di operatività del principio di colpevolezza.

Da ciò se ne ricava che: a) l’unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell’imperizia sanitaria può essere individuata nell’assestamento di linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto; b) non sarà punibile il medico che seguendo linee guida adeguate e pertinenti pur tuttavia sia incorso in una ‘imperita’ applicazione di queste; c) siffatta imperizia non punibile deve essersi verificata “nella fase esecutiva dell’applicazione e non nel momento della scelta della linea guida, giacché in tale evenienza non ci si troverebbe in presenza della linea guida adeguata al caso di specie.

Ricostruiti i passaggi motivazionali dei due provvedimenti, appaiono evidenti le discrasie, accentuate da un sintomatico deficit di comunicazione (manca, nella seconda pronuncia, qualsiasi richiamo o menzione al precedente maturato in seno alla medesima Sezione).

Nell’obiettivo comune di dare un significato pratico intelligibile al rebus racchiuso nell’infelice formulazione dell’art. 590-sexies c.p., la sentenza Cavazza orienta la ricostruzione a una rigida aderenza alle intenzioni del legislatore, mentre nella sentenza Tarabori, i giudici, probabilmente troppo condizionati dalla preoccupazione di ‘salvare’ la nuova fattispecie dai dubbi di legittimità costituzionale alimentati dall’interpretazione letterale (senza però sollevare questione di legittimità costituzionale), finiscono per prospettare una lettura alternativa talmente restrittiva da rendere problematica l’individuazione di un residuo margine di applicabilità del nuovo articolo.

È proprio alla luce di ciò che il Presidente del Collegio della Quarta Sezione cui un processo per colpa medica era stato assegnato ha sollecitato, d’ufficio, l’assegnazione del ricorso alle Sezioni unite, segnalando i dubbi interpretativi suscitati dalla legge n. 24 e soprattutto il significativo contrasto insorto nella giurisprudenza della Sezione, con le rilevanti implicazioni applicative che ne scaturiscono e che rendono necessario l’urgente intervento delle Sezioni unite.

Si giunge così al cospetto delle Sezioni unite (le cd. Mariotti, dal nome del ricorrente, sentenza n.8770 del 22 febbraio 2018), chiamate a dirimere, nell’udienza pubblica del 21 dicembre 2017, la conflittuale questione del margine applicativo del novum normativo, oltre ai profili di diritto intertemporale. La sentenza, acuta nell’analisi e apprezzabile nella ricerca di una soluzione di compromesso, non manca, come tutte le decisioni di rilievo, di suscitare qualche riserva.

Andando con ordine, nelle motivazioni, dopo avere attentamente ricostruito dapprima i risvolti processuali e quindi evoluzione e problematiche della colpa medica, si procede a un primo tentativo di inquadramento ‘sistematico’ del nuovo art. 590-sexies c.p., alla luce dei referenti normativi che lo precedono nella legge n. 24 (artt. 1, 3 e 5); norme, queste, che costituiscono uno dei valori aggiunti della novella, nell’ottica di una migliore delineazione della colpa medica, poiché pongono a servizio del fine principale dell’intervento legislativo – la sicurezza delle cure unitamente ad una gestione consapevole e corretta del rischio sanitario – un metodo nuovo di accreditamento delle linee-guida.

Un passaggio significativo della decisione, che fissa punti fermi condivisibili, concerne in particolare le linee guida, che ambiscono ora, anche grazie agli introdotti meccanismi di razionalizzazione, accreditamento e

pubblicità, a costituire non solo, per i sanitari, un contributo autorevole per il miglioramento generale della qualità del servizio, essendo, tutti gli esercenti le numerose professioni sanitarie riconosciute, chiamati ad attenervisi (...), ma anche, per il giudizio penale, indici cautelari di parametrizzazione, antepoendosi alla rilevanza delle buone pratiche clinico-assistenziali”.

Non manca un opportuno richiamo alla loro natura, finalità e cogenza; non discostandosi “dalle condivisibili conclusioni maturate in seno alla giurisprudenza delle sezioni semplici della Cassazione”, come riprese e aggiornate (“a seguito della procedura ora monitorata e governata nel suo divenire dall’apposita istituzione governativa, e quindi tendente a formare un sistema con connotati pubblicitici”) dalla sentenza Tarabori (sul punto specifico, peraltro, non disattesa dalla successiva sentenza Cavazza), si conviene che esse costituiscono “un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un’accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti”.

Duplici il piano sul quale se ne apprezza e se ne ribadisce l’utilità: i) quale “guida per l’operatore sanitario, sicuramente disorientato, in precedenza, dal proliferare incontrollato delle clinical guidelines”, posto oggi in condizione “di assumere in modo più efficiente ed appropriato che in passato, soprattutto in relazione alle attività maggiormente rischiose, le proprie determinazioni professionali”, con gli evidenti vantaggi che ne possono scaturire “sul piano della convenienza del servizio” e su quello “della malpractice in generale”; ii) come “plausibile risposta alle istanze di maggiore determinatezza che riguardano le fattispecie colpose qui di interesse”, in virtù della loro configurazione “con un grado sempre maggiore di affidabilità e quindi di rilevanza derivante dal processo di formazione”.

La dettagliata ricostruzione dei termini del contrasto giurisprudenziale porta i giudici, dopo avere ammesso che entrambe le pronunce contengono “molteplici osservazioni condivisibili”, a stigmatizzare l’assenza di una sintesi interpretativa complessiva capace di restituire l’effettiva portata della norma in considerazione. Per uscire dall’impasse, si rende allora necessario, ad avviso dei giudici, uno sforzo ermeneutico ulteriore, volto a contemperare, oltre al contributo della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, sia la “lettera della legge” che le “circostanze anche non esplicitate ma necessariamente ricomprese in una norma di cui può dirsi certa la ratio”.

Entrando nel dettaglio del contrasto, quanto alla sentenza Tarabori, viene salutato con favore l’aver fatto emergere i “limiti applicativi” della causa di non punibilità di cui all’art. 590-sexies c.p.; limiti che hanno portato a escludere “qualsiasi forma di appiattimento dell’agente su linee-guida che a prima vista possono apparire confacenti al caso di specie” e ogni conseguente “ipotesi di automatismo fra applicazione in tale guisa delle linee-guida ed operatività della causa di non punibilità”, eliminando così ogni sospetto di contrasto “col principio costituzionale di libertà della scienza e del suo insegnamento (art. 33 Cost.), come pure di quello dell’assoggettamento del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.)”.

Viene poi segnalato un duplice errore nel quale la stessa pronuncia incorre: non avere saputo (o voluto) rinvenire “alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità”, prospettando una “interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare”, da un lato; non avere tratto le opportune conseguenze dalla segnalata “confusione della formulazione legislativa” e dalla sua “incongruenza interna”, sollevando questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità, dall’altro.

Alla sentenza Cavazza, poi, viene riconosciuto il merito di avere preso sul serio la lettera della legge; un po’ troppo sul serio, però, visto che, “nel valorizzarla in modo assoluto, cade nell’errore opposto perché attribuisce ad essa una portata applicativa impropriamente lata”, che amplifica i dubbi relativi alla potenziale “violazione del divieto costituzionale di disparità ingiustificata di trattamento rispetto ad altre categorie di professionisti che parimenti operano con alti coefficienti di difficoltà tecnica”.

Dapprima, si sottolinea come la scelta legislativa di prevedere una “inedita causa di non punibilità per fatti da ritenersi inquadabili (...) nel paradigma dell’art. 589 o di quello dell’art. 590 c.p.” appaia “esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile”, coerente con l’obiettivo di “porre un freno alla medicina difensiva e quindi meglio tutelare il valore costituzionale del diritto del cittadino alla salute”. E proprio a tal fine si è ritagliato “un perimetro di comportamenti del sanitario direttamente connessi a specifiche regole di comportamento a loro volta sollecitate dalla necessità di gestione del rischio professionale” che, “pur integrando gli estremi del reato, non richiedono, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la sanzione penale, alle condizioni date”. A differenza di quanto accadeva con la legge Balduzzi, non si opera oggi in senso derogatorio rispetto ai principi generali che governano la colpa penale, quanto piuttosto “sul terreno della specificazione, ricorrendo all’inquadramento nella non punibilità, sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concorrenti”.

Inoltre, si ritiene che i dubbi sollevati in relazione alla possibile disparità di trattamento rispetto ad altri professionisti esposti alla gestione di non meno rilevanti rischi si riducano sensibilmente, in considerazione tanto della non irragionevolezza di tale scelta (anche grazie alla “delimitazione enucleata dallo stesso precetto”), coerente con l’orientamento manifestato dalla Corte costituzionale nella risalente sentenza n. 166 del 1973 e nell’ordinanza n. 295 del 2013, quanto della riduzione della platea dei soggetti che possono avvantaggiarsene, vista la limitazione ai soli comportamenti che causano uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e 590 c.p., e della stretta connessione con la ratio ispiratrice della riforma, l’esigenza cioè di arginare la medicina difensiva “e con essa il pericolo per la sicurezza delle cure”.

Presupposto affinché l’art. 590-sexies c.p. possa operare è che il sanitario, pur attenendosi a linee-guida ‘qualificate’, accreditate e adeguate al caso di specie, abbia cagionato per imperizia l’evento lesivo o mortale.

Si tratta di un presupposto del tutto coerente con la constatazione che “le fasi della individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate sono articolate al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso giustifica ed è compatibile tanto con l’affermazione che le linee-guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con la contestuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva per la realizzazione di uno degli eventi”. A ulteriore conferma, si invoca ancora una volta l’elaborazione giurisprudenziale maturata con riferimento alla legge Balduzzi e in particolare la sentenza Cantore, nella quale è attentamente scrutinato il passaggio dal corretto inquadramento del caso, accompagnato dalla selezione delle pertinenti direttive di massima, alla fase del necessario adattamento alle peculiarità della situazione concreta.

Una volta esclusa la non punibilità con riferimento al momento selettivo delle linee-guida (dato il tenore inequivoco, sul punto, della novella), l’attenzione va necessariamente focalizzata, assieme all’esigenza di enucleare opportuni temperamenti in grado di superare dubbi di compatibilità costituzionale, sulla loro fase attuativa.

Si declina, a questo punto, una sorta di decalogo per l’esercente la professione sanitaria che, se rispettato, innalza il livello della colpa per imperizia punibile al verificarsi di eventi avversi.

Nel dettaglio, occorre dunque che il medico sia: i) accurato e prudente nel seguire l’evoluzione del caso sottopostogli; ii) preparato sulle *leges artis*; iii) impeccabile nelle diagnosi (anche differenziali); iv) aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; v) capace di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino.

In tali evenienze – nel caso in cui “tale percorso risulti correttamente seguito e, ciononostante, l’evento lesivo o mortale si sia verificato con prova della riconduzione causale al comportamento del sanitario” – il residuo dell’atto medico “connotato da errore colpevole per imperizia” non sarà punibile, potendosi ritenerlo ancora attestato nel perimetro delle linee guida, in virtù di uno scostamento da esse “marginale e di minima entità”.

La conclusione che se ne ricava è nel senso che, in definitiva, la colpa dell'esercente la professione sanitaria può essere esclusa in base alla verifica dei noti canoni oggettivi e soggettivi della configurabilità del rimprovero e altresì in ragione della misura del rimprovero stesso. Ma, in quest'ultimo caso – e solo quando configurante colpa lieve-, le condizioni richieste sono il dimostrato corretto orientarsi nel campo delle linee-guida pertinenti in relazione al caso concreto ed il progredire nella fase della loro attuazione, ritenendo l'ordinamento di non punire gli adempimenti che si rivelino imperfetti.

In coerenza con tale soluzione, vengono quindi affermati, come prassi, i principi di diritto (che meglio sembrano precisare le conclusioni contenute nella Notizia di decisione), in base ai quali "l'esercente la professione sanitaria risponderà, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- a) se l'evento si è verificato per colpa(anche "lieve") da negligenza o imprudenza;
- b) se l'evento si è verificato per colpa(anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;
- c) se l'evento si è verificato per colpa(anche "lieve") da imperizia nell'individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;
- d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.

In un apprezzabile sforzo di chiarificazione, vengono poi analizzati nel dettaglio i rapporti intertemporali tra l'art. 590-sexies c.p. e l'abrogato art. 3, co. 1 della legge n. 189 del 2012, al fine di individuare, ex art. 2, co. 4 c.p., la legge più favorevole.

Schematizzando, con riferimento ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della nuova legge:

1) rispetto alle condotte mediche connotate da negligenza o imprudenza lieve, andrà considerata più favorevole la legge Balduzzi, che in caso di osservanza di linee-guida o buone pratiche accreditate contemplava la non punibilità della colpa lieve;

2) rispetto alle condotte realizzate con imperizia, occorre distinguere:

a) se l'errore – da imperizia lieve – ricade sul momento selettivo delle linee-guida, e cioè su quello della valutazione della loro appropriatezza, ancora una volta andrà ritenuta più favorevole la precedente normativa, ai sensi della quale tale errore non era punibile, a differenza di quanto previsto oggi dall'art. 590-sexies;

b) se invece l'errore determinato da imperizia lieve si colloca nella sola fase attuativo/esecutiva, esso andrà esente da punibilità sia per la nuova sia per la vecchia disciplina.

Riepilogando, la lettura offerta dalle Sezioni unite: a) conferma che non è invocabile la nuova causa di esclusione della punibilità in alcuna ipotesi colposa connotata da negligenza o imprudenza; b) reintroduce, nei casi d'imperizia, una gradazione della colpa, distinguendo casi e responsabilità, di talché: b1) si risponderà per imperizia sia grave sia lieve quando manchino o siano state individuate o scelte erroneamente linee guida o buone pratiche (inadeguate alle specificità del caso concreto); b2) si risponderà solo per imperizia grave nel caso in cui l'errore nell'esecuzione sia accompagnato dalla corretta scelta e dal rispetto di linee-guida o buone pratiche, adeguate al caso concreto, tenuto conto "del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico".

L'aumento del contenzioso giudiziario negli ultimi anni. Considerazioni conclusive.

Dopo aver registrato una breve panoramica sul tessuto normativo e giurisprudenziale in tema di colpa medica, la riflessione deve concentrarsi sul dato economico.

Come messo in evidenza da recenti ricerche(8), negli ultimi anni si è registrata un'impennata dei processi penali relativi a casi di responsabilità medica, tra l'altro dovuta anche al fatto che la parte civile (il paziente o i suoi eredi) mira ad ottenere un ristoro economico – tramite gli strumenti del processo penale, a torto o a ragione ritenuti più rapidi, più efficaci e meno onerosi di quelli offerti dal processo civile – delle proprie aspettative di salute rimaste frustrate; il contenzioso penale avviato a carico del medico ha, in tal modo, anche ricadute economiche sulle strutture sanitarie e sulle società assicuratrici.

In effetti, i sorprendenti passi in avanti compiuti dalla medicina negli ultimi decenni se, da un lato, hanno accresciuto le possibilità di sconfiggere malattie e superare disabilità, dall'altro lato hanno pure alimentato aspettative talora miracolistiche nei pazienti di ottenere la guarigione e, di pari passo, hanno incrementato la loro indisponibilità psicologica ad accettare eventuali esiti infausti dell'intervento terapeutico. Per altro verso occorre considerare che, grazie ad un'evoluzione socio-culturale degli ultimi decenni e ad una maggiore accessibilità di informazioni in ambito sanitario (anche se, purtroppo, non sempre si tratta di informazioni debitamente controllate), il paziente è ormai non più succube di fronte alla figura di un medico onnisciente e infallibile, ed è pertanto più predisposto a criticare l'operato del medico, facendo valere, all'occorrenza, tali ragioni di critica anche attraverso l'attivazione di un contenzioso giudiziario.

Inevitabili sono, pertanto, le ricadute negative a carico del medico di tali nuove dinamiche, destinate a produrre uno stato di angoscia e preoccupazione, capace di ripercuotersi sul piano personale, sulle scelte professionali e, non ultimo, sulla sua situazione patrimoniale. Per giunta, occorre considerare che il medico, inserito in complesse strutture sanitarie, è spesso l'ultimo anello di una lunga catena organizzativa, ma è il solo, dei vari anelli di tale catena, a doversi confrontare direttamente con il paziente: il medico rischia, di conseguenza, di essere chiamato a rispondere anche di disfunzioni che, in realtà, prescindono dalla sua persona e dal suo operato (si pensi, ad esempio, ad una difettosa organizzazione dei turni, ad un sottodimensionamento del personale, alla mancata predisposizione o al mancato aggiornamento di protocolli e check list, o ancora alla carenza di macchinari evoluti presso l'ospedale in cui il medico opera). Da un'indagine condotta dalla Commissione Parlamentare d'inchiesta sugli errori sanitari del 2016, risulta che il 95% dei procedimenti penali per lesioni personali colpose a carico di esercenti le professioni sanitarie si conclude con un proscioglimento, mentre in sede civile le richieste di risarcimento vengono accolte solo nel 34% dei casi. Ciò che preoccupa i medici non è, però, l'esito del procedimento giudiziario, ma la richiesta del risarcimento stesso. I dati raccolti indicano quanto segue: il 78,2% dei medici ritiene di correre un maggiore rischio di procedimenti giudiziari rispetto al passato, il 68,9% pensa di avere tre probabilità su dieci di subirne. Il 65,4% ritiene di subire una pressione indebita nella pratica quotidiana a causa della possibilità di subire un processo. Gran parte dei medici ricorre dunque alla medicina difensiva a causa del clima attuale presso la pubblica opinione (65,8%), o a causa di eventuali iniziative della magistratura (57,9%), o per le esperienze di contenzioso di altri colleghi (48,4%), o ancora per la necessità di prevenire sanzioni comminate da strutture e servizi di appartenenza (43,1%), o per il timore di una compromissione della carriera (27,8%), o per vedere la propria immagine professionale negativamente riportata dai "media" (17,8%).

BIBLIOGRAFIA

1. FIANDACA G. – MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, Zanichelli, Bologna, 2014. Fiandaca G. – Musco E., Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona, Zanichelli, Bologna, 2013.
2. BATTAGLINI, La colpa professionale dei sanitari, in Giust. pen., 1953, II, p. 503, conferma la perenne attualità del problema della colpa medica, problema che si può sintetizzare in una brevissima formula: “ricerca di un limite”.
3. , IV Sez., sentenza del 06.03.1967: “la colpa del sanitario deve essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché nell’arte medica l’errore di apprezzamento è sempre possibile. Pur tuttavia la esclusione di colpa professionale medica trova un limite nella condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all’esercizio della professione medica”
4. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte generale, 16ª ed., Milano, 2003.
5. ROTOLO, “Medicina difensiva” e giurisprudenza in campo penale: alcuni cenni a proposito di un rapporto controverso”, in Dir. pen. proc., 2012, p. 1259.
6. FORTI, M. CATINO, F. D’ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO (a cura di), Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico, Pisa, 2010.
7. CUPELLI, L’art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione costituzionalmente conforme dell’imperizia medica (ancora) punibile in Diritto Penale Contemporaneo del 1 marzo 2018.
8. BRUSCO, Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica, in questa Rivista, 14 luglio 2016, p. 1 ss.