



**APPUNTI LUISS**

# Penale delle scienze mediche

---

Appunti

S.C.

[Selezionare la data]

## Diritto Penale delle Scienze mediche

### Lezione del 18 febbraio 2013

---

#### INTRODUZIONE

Storicamente si aveva una visione “paternalistica” del rapporto medico-paziente: la classe medica si sentiva l’unica in grado di decidere per il paziente. Lo stesso consenso informato veniva visto come mera formalità.

Oggi è proprio sul mancato o inesatto consenso del paziente che si può ravvisare una responsabilità penale del medico. È elemento decisivo per delineare obblighi e mancanze del medico nell’ambito della sua posizione di garanzia.

Il tema della posizione di garanzia rileva per:

- Ripartizione dei doveri e della responsabilità all’interno dell’equipe medica
- Rilevanza del principio di affidamento non solo nel rapporto con il paziente ma all’interno della stessa equipe(es. primario-specializzando)
- Successione di medici curanti nella posizione di obbligo

Alleanza terapeutica: accordo e adesione del paziente alla proposta terapeutica del medico. La ovvia maggiore preparazione scientifica non può portare a prevaricare la volontà del paziente.

Con “salute” no si intende solo l’integrità fisica ma anche benessere psicofisico e percezione di se, ad esempio terapie come l’amputazione, che comportano miglioramento dell’integrità, ma possono pregiudicare le relazioni sociali tanto da far preferire al paziente di non agire.

#### FONTI

Art. 32 COST. unico diritto espressamente qualificato come fondamentale.

Diritto ad essere curati (co.1) e diritto di rifiutare le cure (co.2), salvo t.s.o., che però non può arrivare a ledere la dignità.

Rileva ad esempio per la fecondazione assistita e il diritto di fine vita.

Art. 13 COST. garantisce in modo assoluto(doppia riserva) la libertà personale.

Solitamente riferito alla detenzione, può ben riferirsi a cure mediche che invadano la sfera della libertà personale contro la volontà del soggetto.

Decisivo per il rifiuto dei trattamenti, laddove dubbio su carattere medico o meno degli stessi (es. Nutrizione e idratazione artificiali: se non medico non rifiutabile in base all’art. 32, ma il quadro cambia se letto in base a 13)

Artt. 5,6,7,8, convenzione di Oviedo (1997): fase di limbo poiché manca il deposito della ratifica ma offre comunque un canone interpretativo

Carta di Nizza (2000)

Dichiarazione universale su bioetica

Art. 8 CEDU

- L. Istitutiva Servizio Sanitario Nazionale
- L. su Trattamento Sanitario Obbligatorio
- Codice di Deontologia Medica: riformato recentemente (1998,2006) conseguentemente a sentenze.  
Art. 35.1: no attività diagnostica o terapeutica senza consenso.  
Art. 38.1 rispetto volontà e dignità  
Art. 38.3 se non in grado di esprimere volontà si tiene conto delle precedenti dichiarazioni.  
Se violazione del codice responsabilità colposa per colpa specifica.

- Pareri del comitato Nazionale della Bioetica

MEDICINA DIFENSIVA

Conseguenza delle incertezze dovute all'evolversi della scienza medica e relative all'aumento delle denunce contro i medici.

Atteggiamento dei medici volto a creare documentazione preventiva per evitare la responsabilità: continui controlli e prove diagnostiche più per autodifesa che per necessità terapeutica con conseguente esborso per il paziente (sanità privata) o per lo stato (sanità pubblica).

#### ACCERTAMENTO DELLA COLPA. PROBLEMI.

- Incidenza colpa grave (art. 2236 c.c.) ci si chiede il canone sia esportabile anche nella responsabilità penale. L. 189/2012 art. 3.1 colpa lieve esclusa
- Rilievo dei protocolli e delle linee guida: colpa generica o specifica? Imprudenza o imperizia troppo indeterminate. L'obiettivo di determinatezza è però fallito poiché non è individuabile con certezza il soggetto che le ha emesse e create per un obiettivo più economico che dell'interesse del paziente. Il rispetto delle stesse non esclude perciò automaticamente la colpa poiché non devono essere applicate quando debba prevalere la tutela massima della salute del paziente. Disorientamento della classe medica: vanno rispettate o meno? Poi non si può biasimare la medicina difensiva
- Codice deontologico: qualificazione degli "interventi inutili" senza alcun riguardo all'interesse e volontà del paziente
- Omessa diagnosi differenziale
- Particolari figure mediche. Es. cardiocirurgo (>rischio) e psichiatra (atti aggressivi del paziente)
- Farmaci off label: farmaci somministrati per indicazioni terapeutiche diverse da quelle del bugiardino . es. antidepressivi per finalità dietetiche o effetti collaterali benefici per altre patologie.
- Responsabilità per trattamento arbitrario(senza o contro consenso): prevaricazione che vanifica la portata della "parità" tra medico e paziente. In tal caso la responsabilità non è ancorata all'esito infausto ma sussiste anche laddove buon esito.  
Es.: concordata operazione minimamente invasiva per un tumore, poi complicazioni hanno reso necessaria l'asportazione della vescica: responsabilità del medico per lesioni dolose. Poi morte: omicidio preterintenzionale. Fortunatamente unica condanna per omicidio.
- Interventi a natura sperimentale: non permettono prevaricazioni della volontà del paziente.

#### *Lezione del 21 Febbraio 2013*

---

Ricordiamo che circa l'elemento soggettivo, vi è stata una importante modifica risalente al 2012 che ha riguardato l'esplicito riconoscimento della rilevanza delle linee guida in materia di responsabilità colposa del medico. Con questa norma si cerca di arginare la problematica relativa alla rilevanza dei protocolli e delle buone pratiche mediche, arginando altresì la pratica della cosiddetta medicina difensiva.

La disciplina della **medicina difensiva** involve tutte le problematiche relative ai profili di accertamento dell'illecito (nesso di causalità, posizione di garanzia); l'obiettivo prioritario si sposta dall'attenzione alle condizioni del paziente alla precostituzione di una valida strategia di difesa contro eventuali errori medici.

Le linee guida in realtà hanno assunto un ruolo bivalente: per un verso, l'aver seguito le linee guida poteva avere un valore esimente; per altro verso, non sono mancati casi in cui l'ossequio delle stessa ha costituito la base per il rimprovero a titolo di colpa (nella misura in cui nel caso di specie il medico avrebbe dovuto discostarsene, si pensi a linee guida finalizzate ad obiettivi diversi da quelli relativi alla salute del paziente, come ad esempio esigenze di economia sanitaria).

→ **Cass. pen., IV sez. penale, 19.09.2012, n. 35922**, precedente al decreto succitato. *Si dice che un adeguamento alle linee guida non esclude né determina una responsabilità colposa: è evidente che il medico è tenuto ad esercitare le proprie scelte sulla base delle contingenze concrete; la verifica del rispetto delle linee guida deve essere affiancata semmai da una perizia specifica che accerti la situazione di fatto.*

Successivamente a tale pronuncia, il *decreto legislativo 189/2012* stabilisce che "Il medico che si attiene alle linee guida non risponde penalmente per colpa lieve". Si tratta di una norma che da' luogo ad una serie di perplessità relativa all'applicabilità nei casi di imperizia, negligenza o imprudenza. La giurisprudenza, di fatti, aveva

precedentemente escluso che fosse sufficiente l'ossequio alle linee guida e ciò ha indotto un ulteriore interrogativo: il rispetto di queste norme attiene ai criteri di prudenza, di diligenza o di perizia? Cambia molto, solo all'imperizia è riconducibile la colpa lieve. Se un medico non prende in considerazione la possibilità di discostarsi dalle linee guida, si può parlare di diligenza/negligenza? Se invece il medico erri nel valutare il quadro clinico del paziente che porti all'applicazione pedissequa delle linee guida laddove non ve ne sarebbe bisogno, si può parlare di imperizia (e dunque di colpa grave)?

La massima di cui si parlava contiene un'altra tematica molto interessante quale la rilevanza della volontà del paziente (cfr. trattamento medico arbitrario). In alcuni casi si è ritenuto che l'aver operato contro la volontà del paziente può dar luogo ad una imputazione per lesioni personali dolose (ex. 592), addirittura ci sono stati casi di imputazione a titolo di omicidio preterintenzionale inteso come misto di dolo e responsabilità oggettiva, nella misura in cui all'operazione fosse seguita la morte del paziente (pur come evento non preveduto dall'agente ma solo causalmente riconducibile al suo agire). A seguito delle rimostranze della classe medica, contro tale esasperato rigore, la giurisprudenza ha reagito attuando la misura sanzionatoria: si è per esempio passati ad ipotizzare responsabilità a titolo di violenza privata (art. 610 c.p.), applicando nel caso di decesso non già la responsabilità per omicidio preterintenzionale ma come morte/lesione come conseguenza di altro reato (art. 588); addirittura si è parlato di lesioni COLPOSE, non più dolose, per non aver chiesto il consenso del paziente o non averlo informato del rischio di intervento.

Nei casi di esito infausto dell'operazione che non siano riconducibili ad un errore medico in senso stretto, può ipotizzarsi comunque una forma di responsabilità per omicidio preterintenzionale o colposo. (Di ciò parleremo in seguito)

- Altri casi problematici vertono sulla tematica **dell'accanimento terapeutico**: nei casi in cui non sussistesse possibilità di recupero fisico l'accanimento terapeutico era vietato dalle linee guida (il caso di specie riguardava la donna malata di tumore che voleva passare più tempo coi figli, vedi Carmona). Una norma sul divieto di accanimento terapeutico è una norma modale? E' poi finalizzata a impedire la morte del paziente? Non sembrerebbe.
- Parleremo poi dell'utilizzo dei farmaci per scopi diversi da quelli previsti, segnatamente dell'utilizzo fuori etichetta o **Off Label**. Sul punto sarà molto interessante l'evoluzione giurisprudenziale successiva al caso Franzese sul nesso di causalità.

Con la **Cass. Pen. IV sez. 14.01.2013 n. 1716** si palesa la necessità di rintracciare oltre ogni ragionevole dubbio la causa dalla patologia e non soltanto il nesso condizionalistico. E' chiaro che non sempre è agevole distinguere tra omissivo trattamento e trattamento inadeguato, ciò involve tecnicamente una distinzione tra fatto omissivo e fatto commissivo. Nel caso di reato omissivo sarà molto più facile l'imputazione della responsabilità medica.

La seconda parte del corso si riferirà alle tematiche della bioetica. Si tratta di profili anche di natura extra giuridica che implicano valutazioni di natura morale, etica, religiosa. Si pensi ad esempio alla procreazione assistita che impone la valutazione della legge 40/2004 in una prospettiva diacronica, anche su scala internazionale. L'impatto ideologico della legge in questione si è andato a scontrare con la portata costituzionale di alcuni principi che ha portato all'individuazione di limiti significativi, sia da parte della Corte Costituzionale che dalla Corte di Strasburgo (che ha assunto posizioni molto forti anche in riferimento ad altre legislazioni come quella austriaca). Analoga rilevanza avrà la tematica del "fine-vita": si tratta di una tematica che ha avuto ampio risalto anche in termini mediatici (Welby-Englaro, due casi diversi in quanto il primo, seppur fisicamente impedito, era assolutamente in grado di autodeterminarsi/ nel secondo caso Eluana Englaro versava invece in uno stato vegetativo permanente sebbene da un punto di vista fisico avesse una certa stabilità clinica. In questo ultimo caso è intervenuta una pronuncia della cassazione civile che ha affrontato la possibilità di accordare l'eutanasia ad un soggetto che non sia in grado di manifestare le proprie volontà, desumendo una volontà in tal senso sulla scorta delle precedenti abitudini di vita). E' chiaro che tali casi hanno sollecitato un grande dibattito in tema di bioetica laica piuttosto che bioetica cattolica (Fornero). Da un punto di vista giuridico, la problematica riguarda l'ambito di applicazione di un diritto considerato come fondamentale, quello alla salute (art. 32) nel suo risvolto negativo, ossia la possibilità di rifiutare i trattamenti medici (soprattutto nei casi in cui tale volontà sia desunta o desumibile solo in via presuntiva ed indiretta, non certa ed univoca). Il richiamo all'articolo 32 della Costituzione è significativo in termini di liceità della condotta del medico, consente di invocare la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere (per

esempio se lo facesse un familiare non si applicherebbe la scriminante). In casi come quelli in esame è ipotizzabile non solo una condotta commissiva ma anche una condotta omissiva (nel caso di consenso, non c'è l'obbligo del medico di impedire l'evento morte), in questi frangenti non viene in considerazione la rilevanza della scriminante ma appare sufficiente la non anti-giuridicità del fatto ( nel caso Welby il fatto viene considerato tipico e accompagnato da elemento soggettivo). Altre particolarità riguardo i requisiti del consenso ( informato, libero, tipico e attuale). Sul punto è utile richiamare anche la tematica del Testamento Biologico che potrebbe essere uno strumento idoneo a superare queste problematiche di sorta. Oggi è stata superata la lettura tradizionale in materia di amministrazione di sostegno: questa figura dovrebbe tutelare gli interessi del soggetto solo in ambito patrimoniale, anche se successivamente, forzando il dato civilistico, se n'è estesa l'applicabilità anche in campo penale-medico. La forzatura è evidente: si tratta di diritti diversi da quelli patrimoniali (sono diritti personalissimi); si è detto che tale istituto si sarebbe potuto applicare non solo in caso di patologie con decorso medico prevedibile. Altro capitolo fondamentale riguarda la sperimentazione clinica. Si tratta di quella disciplina che si occupa di individuare nuove frontiere di cura per patologie tradizionalmente incurabili o nuove. Si tratta di cure che molto spesso non hanno margini di sicurezza, sebbene importantissime per il progresso scientifico. Le regole giuridiche per questo tipo di attività si sono rese indispensabili, tre sono i problemi: ricognizione delle fonti normative, limiti di liceità dell'esercizio della sperimentazione, conseguenze penali per il medico che violi la normativa di riferimento. Strettamente affine è la tematica degli Xeno-Trapianti, laddove, mancando una specifica disciplina normativa, si tende ad applicare il principio comunitario di "precauzione" (è necessaria una sospensione di tutte quelle attività il cui esito non sia certo in termini di sicurezza per la salute umana). L'ultimo profilo riguarda la tematica degli studi neurologici circa la capacità di intendere e di volere degli interessati. Il contributo delle neuroscienze riguarda la possibilità di procedere alla lettura degli impulsi neuronali che possono integrare una forma alternativa di capacità di azione e di volizione. Ci sono state delle recenti pronunce sul tema. Lo sviluppo degli strumenti diagnostici ha qui costituito un veicolo della verità processuale, per esempio attraverso forme di perizia che sia finalizzata ad affermare o ad escludere la responsabilità penale.

### ***Lezione del 28 febbraio 2013***

---

In materia di diritto alla salute dobbiamo confrontarci con una pluralità di fonti.

Oggi esamineremo l'art. 32 Cost, in collegamento con l'art. 13.

L'art. 32 è importante anche perché è l'unico diritto che la Costituzione qualifica espressamente come 'fondamentale', e vi si può ritrovare l'essenza di molti altri diritti previsti dalla Costituzione. Proprio in virtù dell'entrata in vigore della Costituzione si è mutata l'impostazione ideologica alla base del Codice Rocco, ponendo in secondo piano la tutela, primaria sotto il regime fascista, dei beni pubblici a favore della tutela della persona.

La salute risulta primaria e fondamentale proprio perché da essa discende la possibilità di esercitare tutti gli altri diritti personali, e comporta una serie di conseguenze di carattere giuridico soprattutto nella sua accezione negativa: la Corte Costituzionale lo ritiene inalienabile, intrasmissibile, inviolabile e indisponibile e irrinunciabile. Le conseguenze riguardano in primo luogo il fatto che debba essere riconosciuto e attribuito non soltanto ai cittadini italiani ma anche a quelli stranieri, e in secondo luogo la regolamentazione dell'accesso alla salute, soprattutto in rapporto alle situazioni economiche e soggettive.

Il diritto alla salute può scomporsi in una serie di pretese negative e positive:

pretesa di tipo negativo a che i terzi si astengano da comportamenti pregiudizievoli per la salute dei singoli individui, con la corrispettiva pretesa al riconoscimento della predisposizione da parte dello Stato di strutture idonee a garantire il diritto di essere curato.

Pretesa negativa di non essere costretti a subire trattamenti, con la pretesa positiva di poter rifiutare terapie. Infine una pretesa 'collettiva' a che l'individuo abbia cura della sua salute, in quanto potrebbe ledere la salute pubblica (in questo ambito rilevano i t.s.o. come vaccinazioni obbligatorie o altre terapie su soggetti che potrebbero mettere in pericolo la salute pubblica).

“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.”

Abbiamo dunque una prima lettura coincidente con l'assenza di malattie e lesioni fisiche, ma è necessario affiancargli una valutazione integrata dalla presa in considerazione del benessere psico-fisico, in un'accezione dunque globale che bilanci benessere fisico e psichico. Nel 2007 la Corte Cass. (recepisce 282/2002 Cost.) stabilisce che la salute debba essere intesa come coinvolgente in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé. L'Organizzazione Mondiale della Sanità fa riferimento ad uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non come assenza di malattia.

Queste definizioni hanno risvolti pratici sul diritto penale, in quanto per valutare se l'esito di una terapia sia infausto o meno dovremo aver riguardo non solo all'integrità fisica ma al benessere, estensivamente inteso. La possibilità di inglobare nel concetto di lesione un peggioramento psichico, va combinato con l'art. 5 c.c. che può sicuramente riferirsi ad eventuali lesioni e menomazioni dello stato di salute inteso in questa ampia accezione. Le SS.UU. nel 2008 hanno anche riconosciuto un diritto al risarcimento nel caso di lesioni non solo fisiche ma anche danno biologico ed esistenziale.

Strettamente connesso è anche il diritto alla 'salubrità dell'**ambiente**', con riferimento alla qualità della vita umana. Tutto questo fa sì che il riconoscimento della salute come diritto soggettivo perfetto, che possa essere fatto valere senza un ulteriore intervento legislativo, può riferirsi anche a danni all'ambiente che si siano riverberati sulla salute dell'individuo.

A livello costituzionale dobbiamo segnalare anche l'art. 117, che ha operato una ripartizione dei compiti tra Stato e Regione stravolgendo la precedente disciplina. Oggi, la tutela dell'ambiente (2 co. Lett. S) è rimessa allo Stato, ma la C. Cost. l'ha interpretata, insieme alla connessa tutela della salute, come spettante anche alle Regioni.

Nel primo comma dell'art. 32 viene stabilito il diritto ad essere curati. 1977 la C. Cost. afferma che l'infermo ed il malato hanno la dignità di legittimo utente di pubblico servizio ed hanno dunque pieno diritto a ricevere cure in senso ampio, esercitabile nei confronti delle strutture pubbliche o private purché sia in grado di sostenerne i costi (solo nel caso della sanità privata, per le pubbliche non è necessario essere in stato di indigenza per essere curati gratuitamente. Vi sono poi dei correttivi nel caso in cui la privata offra operazioni diagnostiche migliori che siano indispensabili per l'individuo. La libertà di scegliere le prestazioni è comunque subordinata ad una prescrizione del servizio sanitario nazionale). Il concetto di indigenza, richiamato espressamente dall'art. 32, non va inteso in termini assoluti come concetto di 'povertà', ma deve essere inteso come 'indigenza medica': sono perciò ammessi alle cure gratuite tutti coloro che di volta in volta non sono in grado di pagare o contribuire al pagamento di specifiche cure eccessivamente onerose, in rapporto alle specifiche esigenze del singolo, e tuttavia indispensabili per la loro salute. (pensiamo alle malattie rare, di cui si deve necessariamente fare carico il sistema nazionale.) In ogni caso, quale che ne sia la portata (ricevere cure, ricevere cure gratuite, ricevere cure gratuite, se indigenti, anche nelle strutture private) è un tipico diritto a prestazioni impositive nei confronti dei pubblici poteri, tale che lo Stato deve garantire un adeguato sistema di strutture accessibili su tutto il territorio nazionale dal cittadino e dallo straniero, nonché a fornire la possibilità di garantirlo degnamente anche a strutture private. In ossequio a ciò la L. 833/1978 sul servizio sanitario nazionale, introdotta con l'obiettivo di porre fine alla disparità di trattamento da Regione a Regione rispetto al diritto alla salute, assicurando la globalità delle prestazioni, l'eguaglianza fra i destinatari ed una espansione capillare su tutto il territorio.

La C. Cost. successivamente lo descrive come diritto condizionato, dall'attuazione che il legislatore ne dà, nel bilanciamento con altri diritti e dagli ostacoli che il legislatore incontra in tale attuazione. Le linee guida sono infatti improntate a criteri di economicità, ma comunque il medico deve, in determinati casi disattenderle.

È stato riconosciuto che la tutela degli altri interessi economici, laddove abbiano un peso assolutamente preponderante comporterebbero un esercizio irragionevole della discrezionalità legislativa, che deve sempre assicurare livelli minimi di assistenza sanitaria, disciplinati nel rispetto del riparto di competenze tra Stato e Regione. I livelli essenziali standard provengono dalla dottrina, soprattutto amministrativa: sarebbe un livello che si colloca su un piano superiore rispetto al minimo, poiché deve assicurare un'esistenza libera e dignitosa al malato e alla sua famiglia, con correlativo potere di far valere in via giurisdizionale una responsabilità dello Stato in caso di omissione di tali livelli standard (casi eclatanti, es. terapia Di Bella). In realtà il bilanciamento con la finanza pubblica può risultare favorevole alla tutela della salute, garantendo un servizio più adeguato, evitando sprechi e mala gestione.

Nel suo risvolto negativo, l'art. 32 è da leggere come possibilità di rifiutare un trattamento medico. "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana." Vi è ovviamente un'esigenza di bilanciamento con interessi della collettività, ma in ogni caso tale obbligo di sottoporsi a trattamento non può

violare la dignità umana, esclusi quindi trattamenti inumani o sacrificio di uno per salvarne tutti (io e Lodi non siamo d'accordo).

### *Lezione del 4 Marzo 2013*

---

*“Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.”*

Dopo aver analizzato il primo comma dell'art. 32 Cost. ci occupiamo del risvolto negativo del diritto alla salute, disciplinato dal secondo comma, che sancisce la possibilità per ciascun individuo di rifiutare le cure a cui ha diritto in forza del primo comma.

Abbiamo assistito ad un forte dibattito, soprattutto dell'opinione pubblica (es. Englaro, Welby) sulla portata effettiva di questa disposizione, in particolare con riguardo alle fattispecie dell'omicidio del consenziente (579 cp) e dell'istigazione o aiuto al suicidio (580 cp). Ci si chiede in particolare se possano rifiutarsi cure senza le quali si metterebbe a serio repentaglio la vita umana, dovendosi in questo caso operare un necessario bilanciamento tra il diritto alla salute e il diritto alla vita (diritto, quest'ultimo non esplicitato, ma desumibile dall'intero sistema costituzionale che pone al centro l'individuo (se è morto, non può godere degli altri diritti riconosciuti)).

Tale diritto a rifiutare le cure è soggetto a limitazione nel caso in cui la legge preveda un t.s.o., ma siamo di fronte ad una riserva di legge rinforzata, visto l'obbligo per il legislatore di non travalicare i limiti del rispetto della persona umana.

Per quanto riguarda il primo problema, e cioè il bilanciamento tra vita e autodeterminazione, dobbiamo innanzitutto stabilire se la prima sia un bene disponibile o meno. Nel caso in cui si ritenga la vita un bene indisponibile non potranno riconoscersi rifiuti 'totalizzanti' delle cure e viceversa; laddove si opti per una visione 'intermedia' sarà ammissibile il rifiuto di trattamenti medici anche se ciò provocasse un rischio per la vita, ma solo all'interno della categoria dei trattamenti medici (non sarebbe ammissibile ad es. somministrazione di veleno o altra operazione attiva per cagionare la morte), esulando l'eutanasia attiva.

Il dibattito nasce dall'esistenza nel nostro ordinamento di norme come l'art. 579 e il 580, che postulano l'indisponibilità del bene vita. Questa lettura appariva coerente con il regime fascista, che vedeva la vita umana al servizio della società in quanto presupposto di alcuni obblighi nei confronti della Stato (tasse, servizio militare, etc.) e che riteneva una violazione di tale 'patto' le fattispecie in esame. Con l'avvento della Costituzione però, il primato concesso all'individuo e al suo completo sviluppo personale sembra aprire la strada ad un diritto di esprimersi in una società democratica che possa spingersi fino al rifiuto di trattamenti medici vitali. In realtà la *ratio* alla base della disposizione in esame era, nell'immediato dopoguerra, quella di evitare la barbarie cui si aveva assistito sotto il regime nazista (pensa a Mengel) con la sottoposizione di tutti quei poveri ebrei a trattamenti sperimentali contro il loro consenso, ma ciò non osta a che la disposizione assuma oggi un carattere più ampio, che valorizzi a pieno la volontà del singolo.

Per quanto riguarda il rifiuto dei trattamenti, si pongono numerosi casi problematici: il primo riguarda il rifiuto di trasfusioni di sangue per motivi religiosi (i Testimoni di Geova, selezione naturale?). In molti casi i testimoni di geova si dotano di medagliette, tesserini e quant'altro per far sapere ai medici, in condizioni di urgenza, che sono contrari alle trasfusioni. Tali messaggi devono però essere chiari (non basta il foglietto con scritto 'no sangue'), poiché IN DUBBIO PRO VITA. Nei casi urgenti e dubbi inoltre, il medico può fare ricorso alla scriminante ex art. 54cp dello stato di necessità. (chissà perché si animano tanto per salvarli).

Altra ipotesi discussa si ha quando il paziente si trovi in stato vegetativo e non possa dunque esprimere il proprio consenso, con conseguente difficoltà probatoria. Per ovviare al problema è nata la prassi di nominare un amministratore di sostegno, negli stadi iniziali delle malattie degenerative, che prenda decisioni in nome e per conto del paziente, ma tale procedura aveva raggiunto livelli di espansione spropositati, arrivandosi addirittura alla nomina pro futuro per possibili e del tutto eventuali malattie, essendo il tizio assolutamente sano al momento della nomina. Tale ultima prassi è stata smentita e frenata dalla Cassazione il mese scorso.

Passiamo ora ad analizzare le disposizioni della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina (1996), che contiene la disciplina dei presupposti che giustificano l'intervento medico. Tale Convenzione, attuata con l. 195/2001 non è però mai stata ratificata (scelta soprattutto politica) e non esplica perciò alcuna forza vincolante nel nostro

ordinamento, offrendo soltanto un importante canone interpretativo, ripreso dalle Corti nei casi Englaro e Welby e dalla Corte Costituzionale nella sent. 438/2008.

**L'art. 5** stabilisce che l'esecuzione di un trattamento medico presuppone sempre il consenso espresso del paziente capace. Questa disposizione comporta problemi di accertamento della capacità ad es. nei casi del paziente 17enne che non abbia ancora una formale capacità di autodeterminazione o nei casi in cui sul consenso influiscano elementi religiosi o di superstizione.

Nel caso del paziente incapace la legittimazione andrà cercata altrove: l'art. 6 stabilisce che in questi casi il trattamento dovrà essere eseguito a beneficio del paziente, previa autorizzazione del legale rappresentante (la Convenzione rinvia, per quanto riguarda la fissazione del limite di età a partire dal quale il consenso è efficace, alla normativa dello Stato contraente). Il co. 3 dello stesso articolo si occupa della situazione dell'infermo che per quanto possibile deve essere coinvolto nella procedura di autorizzazione. L'autorizzazione è revocabile e sottoponibile al vaglio critico nel caso se mutano le condizioni interne, in tal caso si avrà l'obbligo di interrompere il trattamento medico.

Per quanto riguarda l'ulteriore requisito e cioè che l'intervento sia svolto nell'interesse del paziente incapace, in molte sentenze si parla di best interest desumibile sulla base delle vita del paziente ipotizzando il suo eventuale pensiero, poi vaglio di ragionevolezza del giudice sul coerente sviluppo degli indici presi in considerazione. Tale interesse non sempre coincide con l'interesse alla prosecuzione della vita, in quanto deve aversi riguardo al caso soggettivo.

Nel caso di perdita di coscienza l'art.9 conferisce peso decisivo a manifestazioni di volontà anticipate, anche se manca una disciplina a livello interno (è il problema del testamento biologico: ddl non approvato ma applicabile art.9). nel caso Englaro mancava una manifestazione anticipata scritta ma è stata posta in essere una valutazione ex post su base presuntiva.

Diverso è il caso delle infermità psichiche: in questi casi anche in assenza del consenso, del paziente o del legale rappresentante, la convenzione fa riferimento alla legge dello stato membro. La l.833/78 art.33ss stabilisce che t.s.o. finalizzati alla cura delle infermità psichiche sono ammissibili anche se non vi sia consenso, cercando comunque di coinvolgere il paziente nella decisione (esigenze di cura e risocializzazione).

L'art.8 disciplina quelle situazioni di emergenza in cui sia impossibile acquisire il consenso (si pensi alla temporanea incoscienza o alla non reperibilità immediata del legale rappresentante). In tutti questi casi, operando il principio in dubbio pro vita, sarà legittimo l'intervento medico, potendosi applicare l'art.54cp. tuttavia l'applicazione in via interpretativa dell'art.8 non può travalicare i limiti degli artt. 5 e 6 e cioè dovremmo trovarci di fronte ad una impossibilità concreta, non bastando l'allegazione della sola presunta impossibilità. Non sarà inoltre giustificabile (né ex 54 né ex 8) un trattamento basato su ragioni di urgenza davanti ad un esplicito dissenso, come rilevato infatti dalla dottrina, la coazione del paziente dissenziente non è mai proporzionale al pericolo richiesto dall'art.54. uno scostamento dalla volontà espressa si può avere tuttavia ad esempio nei casi di progresso scientifico: il trattamento migliore vanifica il precedente bilanciamento operato dal paziente e potrebbe permettere al medico di superare il dissenso provando la non attualità del bilanciamento viste le nuove chance.

## **Lezione 07 Marzo 2013**

---

### *Responsabilità penale del medico*

In ambito medico c'è un altissimo rischio penale, si concentrano infatti numerose istanze di tutela, tra cui ovviamente quelle relative alla salute. Si è sviluppato a riguardo un filone dottrinale e giurisprudenziale in materia di applicabilità dei principi di parte generale che ha accertato nel tempo la scarsa aderenza degli stessi. Due sono i filoni giurisprudenziali:

1. *responsabilità per colpa professionale* (omicidio colposo, lesioni integrati da condotte colpose che non abbiano impedito l'aggravamento di una situazione patologica/che abbiano cagionato l'evento morte) → in tali casi alla base c'è già un quadro patologico conclamato.
2. *responsabilità per mancata acquisizione del consenso*, ovviamente ci si riferisce al trattamento medico arbitrario che prescinde da una colpa professionale in senso stretto se non collegato al tema del consenso.

### **-Responsabilità per colpa professionale-**



**AZIONE O OMISSIONE: L'ineliminabile componente omissiva dell'illecito colposo**

Una questione preliminare in materia attiene all'individuazione di un confine tra condotta attiva e condotta omissiva (cioè, la condotta medica è attiva o omissiva?) anche ai fini del rapporto di causalità. Una componente omissiva è di per sé fisiologica ma ciò non attiene propriamente al tema della causalità, bensì della colpa in senso stretto (→ es. *circolazione stradale, automobilista che investe un pedone, naturalisticamente è una condotta attiva, da un punto di vista della colpa ha invece omissivo di fermarsi in presenza di un semaforo, è un fatto omissivo*). Un trattamento medico errato, per esempio, può essere letto sia come omissione del trattamento corretto che come commissione di un trattamento inadeguato.

**Es.)** Un medico, visitando un paziente, gli somministra un trattamento non conforme all'ars medica. / Dimissione di un paziente dal reparto ospedaliero nei casi in cui si sarebbero resi necessari altri trattamenti.

→ Il criterio discrezionale tra le due ipotesi è individuato nel ritenere che la condotta addebitata al medico sia **COMMISSIVA** allorché questi abbia introdotto un ulteriore fattore di rischio, nuovo. Sarà **OMISSIVA** nei casi in cui si contesti di non aver contrastato un fattore di rischio già presente.

**Es.)** Un medico di pronto soccorso che non riconoscendo la portata della patologia gli prescrive un farmaco inadatto conduca il paziente alla morte. E' una condotta omissiva per non aver praticato i trattamenti adeguati ad evitare l'evento. / Nel caso in cui il farmaco abbia introdotto un fattore nuovo di rischio, la responsabilità darà di tipo commissivo. ( *Sentenza Cass. pen. 2005, la conclusione non muterebbe anche se si ponesse l'accento su determinate cautele nell'esecuzione dell'intervento → cioè sarà una componente omissiva che si innesta su condotte attive, determinando un nuovo decorso causale che sfocia nell'evento lesivo*).

**-INSOMMA BISOGNA VERIFICARE SE E' STATO INTRODOTTO UN NUOVO FATTORE DI RISCHIO-**

Altrettanto rilevante è poi il tema dell'accertamento del nesso di causalità, nell'ottica della *SS.UU Franzese* (2002). La sentenza in esame supera la logica percentualistica dell'accertamento, operando una distinzione in due fasi:

- a) il giudice in prima battuta deve individuare la legge scientifica di copertura che accerti il rapporto di probabilità statistica tra condotte del tipo ed eventi del tipo di quelli in concreto posti in essere ( *probabilità scientifica*).
- b) il giudice dovrà poi escludere che l'evento concreto potesse essere ricondotto a fattori causali alternativi ( *probabilità logica*).

Come sappiamo, anche in presenza di fattori percentuali bassi, se si raggiunge una buona probabilità logica di verifica dell'evento nel caso concreto. Ciò è particolarmente vero anche in materia di trasmissibilità del virus HIV, come ci ricorda il nostro *Fiandaca*.

→ Ci sono in realtà dei problemi probatori che riguardano soprattutto il tema dell'allocatione dell'onere probatorio

**Es.** *X somministra al paziente un determinato farmaco. Pochi giorni dopo il paziente muore per arresto cardio-circolatorio. Studi scientifici dimostrano che questa patologia era potenzialmente inclusa tra gli effetti collaterali del farmaco, nel 5% dei casi. Assumiamo anche che la somministrazione del farmaco fosse inadeguata nel caso di specie.*

In tali casi l'accusa dovrebbe assolvere il medico in relazione alla fase processuale dell'accertamento della probabilità scientifica mentre, nel secondo momento della probabilità logica di verifica dell'evento, il pm dovrà dimostrare che tutte le ipotesi esplicative alternative appaiano assolutamente implausibili.

*A contrario*, laddove queste ipotesi non siano implausibili, sorgendo il ragionevole dubbio bisognerà conformarsi alle regole processuali dell'articolo 533 cpp. **Sotto il profilo del nesso causale**, qualora si accerti preventivamente che l'arresto cardiocircolatorio non sia riconducibile in maniera certa alla somministrazione del farmaco, la responsabilità dovrà essere esclusa perché il fatto non sussiste.

Le ipotesi omissive creano invece maggiori problematiche di accertamento, posto che è più difficile escludere fattori alternativi.

*Torniamo all'esempio originario e supponiamo che il medico non abbia diagnosticando una grave patologia in atto, non adottando dunque alcun presidio terapeutico. Qualche giorno dopo il paziente crepa. Il problema*

è qui verificare se possa ritenersi preliminarmente sussistente il nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento morte.

Come si accerta la causalità? Ci sono ulteriori passaggi argomentativi

- 1) Verificare se il medico fosse titolare o meno di un obbligo giuridico di impedire l'evento (art. 40 cpv).
- 2) Ricostruire fattualmente il decorso degli avvenimenti per accertare in esito a quale decorso patologico si sia verificato il decesso.
- 3) Indicare con precisione quale fosse la condotta doverosa
- 4) Accertare se, qualora la condotta fosse stata posta in essere, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento ( considerato sempre *hic et nunc*)

1. In primo luogo bisogna accertare la sussistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento morte. Non è sufficiente essere un medico, l'ascrizione della responsabilità penale omissiva per posizione di garanzia presuppone due elementi:

- a) **fonte formale che attribuisca la posizione di obbligo** [ di solito è individuata nell'articolo 1 del d.lgs ? che individua un obbligo di tutela della salute dei cittadini o anche in una fonte contrattuale stipulata nel caso specifico]  
Si escludono i casi di rapporti medici occasionali, per esempio i pareri forniti in occasione di rapporti di amicizia, di parentela, ma al di fuori di uno specifico incarico professionale.
- b) **l'effettiva presa in carico da parte del garante del bene giuridico protetto.** Serve ad inquadrare fattualmente il caso. Per esempio è esclusa la posizioni di garanzia del medico che sia chiamato ad intervenire ed ometta di recarsi nel domicilio del paziente → non sarebbe omesso impedimento dell'evento ma semmai di omissione di atti d'ufficio (*art. 328 c.p.*) / Così anche nel caso in cui il medico non intervenga nei casi in cui non sia il servizio ( potrà aversi semmai omissione di soccorso o abbandono di minore o incapace)

2.

In seguito il giudice, con l'apporto di consulenti e periti, dovrà ricostruire la causa di verificazione dell'evento. Questo accertamento, in via preliminare, deve essere svolto a prescindere dalla valutazione della correttezza del comportamento del medico (cioè bisogna sempre capire di che morto è morto il paziente). E' un momento prodromico per poi determinare quale sarebbe stato il comportamento medico appropriato.

### Lezione 14 Marzo 2013

(segue lezione del 7 Marzo) Abbiamo visto che l'accertamento della responsabilità medica è scandito in due momenti: la verifica della percentuale del rapporto di causalità e la verifica della probabilità logica di verificazione dell'evento nel caso concreto.

1. Il terzo passaggio riguarda la verifica della condotta doverosa omessa, una fase prodromica all'ultimo passaggio che attiene alla verifica del che cosa sarebbe accaduto se la condotta fosse stata posta in essere.

*Es.* Un paziente è colpito da una infezione → il giudice dovrà verificare che cosa l'agente modello (il medico) avrebbe fatto nel caso di specie: avrebbe potuto riconoscere i sintomi? avrebbe disposto degli ulteriori accertamenti? Nella pratica in realtà le contestazioni hanno carattere generico, senza alcuna verifica della condotta doverosa omessa.

*Es.* Responsabilità dello psichiatra. Tribunale di Ravenna 2003, un paziente, con tendenze conclamate al suicidio, viene sottoposto a trattamento sanitario volontario e non obbligatorio. Si suicida. Quale relazione tra profilo causale e profilo oggettivo della colpa?

- a. La posizione di garanzia rispetto agli atti auto aggressivi del paziente c'è.
- b. Il secondo elemento è anche verificato, la causa della morte è certo il suicidio.
- c. Il medico avrebbe dovuto comportarsi diversamente? Avrebbe dovuto prevedere un TSO?
- d. La condotta doverosa omessa avrebbe impedito l'evento? Sì.

Questa ultima verifica contro fattuale perde di significato laddove non si possa sulla base dell'evidenza scientifica affermare con certezza quale fosse la condotta doverosa. Se la buona pratica *medico-psichiatrica* però dimostra che il trattamento praticato (quello volontario) risulti corretto, ammissibile nel margine di rischio che comunque lascia, diventerebbe ultronea una verifica successiva della condotta che il medico avrebbe dovuto adottare ai fini dell'impedimento dell'evento (NEL SENSO CHE NON SAREBBE INDISPENSABILE L'ACCERTAMENTO DELLA CONDOTTA DOVEROSA). Questo però non vuol dire che se ci sono delle prassi mediche come le linee guida, queste debbano essere osservate pedissequamente senza alcun margine di discrezionalità del medico.

4. L'ultimo passaggio consiste nel compimento del giudizio contro fattuale onde verificare se, ipotizzandola come compiuta, la condotta omessa avrebbe impedito l'evento.

*Es. Se il medico avesse somministrato al paziente il siero antitetanico, si sarebbe impedita la morte?*

Circa la verifica dell'effettiva incidenza della condotta omessa, emergono di nuovo tutte le difficoltà di cui si è parlato in materia di causalità. La difficoltà principale è data dal fatto che solo in una minima percentuale di casi si potrà affermare che un determinato intervento avrebbe certamente evitato l'evento. Ci si potrà esprimere solo in termini di probabilità statistica, basata su dati empirici o epistemologici. Per esempio sarà difficile dimostrare se il caso concreto si colloca nell'area impeditiva dell'evento o nella percentuali di casi in cui ciò non si sarebbe potuto impedire.

→ Da qui l'importanza della sentenza francese.

Un primo momento della verifica percentuale del rapporto di causalità è un secondo che riguarda la verifica della probabilità logica. Vi è una struttura bifasica nell'accertamento del nesso causale composto dai due momenti anzidetti.

Questo meccanismo funziona nell'ambito della causalità commissiva e pone problemi in merito alla causalità omissiva. Quest'ultimo si scompone nelle seguenti fasi:

- Verifica dell'obbligo di garanzia del medico nei confronti del paziente, la posizione di garanzia deve essere formale in merito alla fonte (normativa quadro di servizio sanitario nazionale o nei singoli contratti che possono regolamentare l'attività professionale tra medico e paziente) e il secondo elemento attiene ad un profilo fattuale, ossia di avere il medico accettato l'incarico.
- Ricostruzione della dinamica dei fatti, quale sia la causa reale dell'evento avverso in merito alla salute del paziente (aggravamento o morte). Ci si deve rapportare non ad un generico evento ma verificare la causalità tra la condotta e l'evento *hic et nunc*.
- Verifica della condotta doverosa-omessa. Ci si deve chiedere quale sia la condotta doverosa prevista dagli statuti comportamentali del medico e verificare cosa sarebbe successo se la condotta fosse stata messa in atto.

Caso: paziente colpito da infezione ed il giudice dovrà verificare (medico dotato di conoscenze specialistiche) che cosa avrebbe fatto un agente modello in presenza di una tale malattia (diagnosi o altri accertamenti). Nella prassi la contestazione è molto generica. Si fa riferimento a più contestazioni (colpa generica e colpa specifica) in riferimento alle condotte non tenute dal medico. I pm dovrebbero tenere conto dell'esatta individuazione della condotta doverosa omessa prima di formulare una determinata contestazione. Senza invocare una generica omissione di terapia corretta.

L'individuazione della condotta doverosa omessa deve sempre precedere la contestazione a titolo colposo.

Caso II: medico ritiene che la terapia migliore sia quella in regime di trattamento sanitario volontario domiciliare con due sedute settimanali associate alla somministrazione di farmaci antidepressivi. Il paziente ciò nonostante si

era suicidato. Innanzitutto si deve verificare la posizione di garanzia. Rispetto agli atti auto-aggressivi sussiste in capo al medico. L'aspetto più problematico riguarda il terzo momento, ossia stabilire come e se il medico avrebbe dovuto comportarsi diversamente, ad esempio se avesse dovuto disporre un trattamento sanitario obbligatorio sul presupposto che, in tal caso, con le ulteriori limitazioni (ad. Esempio legando il paziente al letto), di certo l'evento non si sarebbe verificato. Questa verifica controfattuale perderebbe di significato laddove non si potesse affermare sulla base delle nostre conoscenze del momento storico nel caso di specie che lo psichiatra si sarebbe dovuto comportare diversamente. Se le pratiche mediche non hanno dato direttive in merito al tipo di trattamento sanitario da eseguire, si può accettare un minimo rischio di verifica dell'evento, vista anche la correttezza del trattamento del medico. L'ulteriore accertamento ex post della condotta doverosa omessa non avrebbe senso. L'evento derivante dal trattamento deve essere verificato ex ante rispetto alle pratiche mediche corrette stabilite.

Si riprende il caso I dell'infezione: dobbiamo chiederci che cosa avrebbe dovuto fare il medico e se avrebbe evitato l'evento.

Il siero antitetanico da somministrare avrebbe inciso sul decorso degli avvenimenti neutralizzando i fattori che hanno poi condotto alla morte del paziente.

Sul giudizio controfattuale, sulla condotta doverosa-omessa, vengono a galla le difficoltà dell'accertamento in merito al livello probabilistico. In particolare solo in una percentuale minima dei casi un determinato intervento seppur doveroso avrebbe potuto evitare l'evento verificatosi. Le valutazioni dei consulenti potranno affermare che se il medico avesse somministrato al paziente- infetto la dose Z del farmaco F vi sarebbe stata una data percentuale che la evoluzione della malattia si sarebbe arrestata e non avrebbe portato all'esito letale. Come ci dobbiamo comportare dinanzi a questi elementi fondati su studi clinici che hanno regolarità statistiche basate su dati empirici che non offrono valori assoluti?

Non si può stabilire ex ante se il paziente si colloca nell'area coperta dalla percentuale oppure nella parte non coperta. Quindi se fosse stata efficace ad evitare il danno/morte o meno.

Si punisce il medico non per un evento ma solo per non avere diminuito il rischio di verifica di un evento anche in presenza di un coefficiente molto basso. A fronte di queste critiche (in particolare di Federico Stella), non vi era garanzia su un accertamento basato su percentuali basse. La cassazione mutò orientamento in alcune pronunce della 4 sezione arrivando a richiedere ad un accertamento quasi prossimo alla certezza. Un'esigenza di garanzia che portava ad affermare che solo laddove vi fosse stata la conoscenza del medico, l'evento non sarebbe verificato.

Ciò però comportava una scomparsa della responsabilità medica in assenza di certezze assolute che mancano nell'ambito della scienza medica. Serviva una posizione di mediazione tra esigenze garantiste e quelle di effettività. Ecco che interviene la sentenza Franzese. Il giudice si può accontentare di probabilità basse ma solo a condizione che questo primo giudizio sia accompagnato sulla esclusione di ogni altro fattore causale alternativo che avrebbe verificato l'evento. Così si raggiunge una certezza processuale sufficientemente ragionevole. Questa soluzione consente di mediare tra istanze di diverso tipo. Tuttavia presenta alcuni problemi in presenza della causalità omissiva. Perché è proprio la struttura dell'accertamento bifasico che sembra inadeguata per la causalità omissiva. Infatti una volta stabilito sulla base della scienza medica che la condotta doverosa omessa avrebbe avuto un certo livello percentuale di successo (farmaco antitetanico 60% di evitare l'evento) non ha più senso chiedersi se l'evento hic et nunc si sia verificato rispetto ad altri fattori causali alternativi. Infatti già si sa la causa della morte con certezza, non si possono introdurre altri fattori che possano avere determinato l'evento incidendo sul livello di probabilità di riconduzione dell'evento a quella condotta. L'unica domanda riguarda la presumibile efficacia impeditiva della doverosa condotta (somministrazione del siero). Si può rispondere solo con un livello percentualistico di efficacia impeditiva della somministrazione del siero. Al di là di questo dato percentuale è impossibile andare. Allora a questo punto il secondo punto della sentenza Franzese è precluso (credibilità razionale). Perciò possiamo affermare che il problema della causalità omissiva non è stato risolto, come attestato dal fatto che oggi ci sono continue oscillazioni all'interno della sezione IV della Cassazione rispetto all'accertamento della causalità. Siamo tornati ad una fase pre-franzese nella quale ritorna il dilemma sul quale poi la stessa sentenza si era innestata: ossia ci si può accontentare del semplice accertamento che la condotta doverosa omessa avrebbe ridotto le chances di verifica dell'evento lesivo oppure di richiedere, tornando all'accertamento rigoroso pre-franzese, che è necessario accertare che la condotta omessa avrebbe certamente o quasi evitato il prodursi dell'evento lesivo. (esigenza di garanzia, by Stella).

Caso III: responsabilità psichiatra, sentenza 6 novembre 2003, per omesso impedimento di suicidio del paziente in luogo esterno rispetto al luogo di cura dove il paziente era ricoverato. Un caso diverso dal Caso I. il paziente era affidato ad un accompagnatrice senza avvertirla degli istinti suicidi del paziente. In questa sentenza la formula della certezza processuale viene utilizzata sul fatto che se il medico avesse informato l'accompagnatrice, l'evento non si sarebbe verificato non potendo equiparare il comportamento dell'accompagnatrice ad una causa sopravvenuta da solo idonea a provocare l'evento. Si invoca l'art. 41 del c.p. ma sono solo semplici congetture perché non vi è certezza rispetto ad un probabile decorso causale derivante dalla informativa all'accompagnatrice. Non si ha certezza di questo decorso causale di eventi!!! Magari la distrazione della donna si sarebbe comunque verificata. In realtà ciò che viene rimproverato al medico sarebbe soltanto il non aver diminuito il rischio che il paziente uscito dalla clinica con permesso con l'accompagnatrice potesse approfittare dei margini più allentati di sorveglianza impostigli.

### *Lezione del 11 Marzo 2013*

---

*Caso: il giudice di I grado condanna un medico, responsabile di un determinato reparto, per avere omesso diagnosi e cure che se effettuate correttamente avrebbero diminuito il rischio d'evoluzione della patologia infettiva letale.*

In merito all'accertamento del nesso di causalità si profilano 2 principali indirizzi:

- teoria d'imputazione obiettiva, NO!
- Teoria condizionalistica, in base al brocardo latino "conditio sine qua non" (di Stella). Questa teoria prevede l'accertamento del nesso causale ogniqualvolta che un determinato antecedente se eliminato fa venire meno un determinato evento. Ma questa tesi si presentava lacunosa nei casi in cui le regole di successione di eventi sono sconosciute. Perciò è stato introdotto il correttivo della sussunzione sotto leggi scientifiche (le quali possono essere universali oppure statistiche o probabilistiche). Secondo le regole statistiche un antecedente è condizione di un evento solo in una determinata percentuale dei casi.

In materia omissiva l'accertamento della causalità è invertito rispetto all'accertamento in materia di reati commissivi: si deve ipotizzare la condotta doverosa e verificare che se venga compiuta avrebbe evitato l'evento verificatosi. Come si capisce?

Prima della sentenza Franzese vi erano tre distinti orientamenti:

- teoria dell'imputazione obiettiva, in base al quale l'evento è provato quando la condotta aveva aumentato (in caso di condotta attiva) o diminuito (in caso di condotta omissiva) il rischio di verificazione dell'evento.
- Teoria 2, in base al quale l'accertamento deve essere prossimo alla certezza per verificare il nesso causale. Ciò avviene quando la condotta rientra nel novero degli antecedenti che con probabilità molto elevata (prossima alla certezza) determina l'evento del tipo di quello verificatosi.
- Teoria 3, attribuibile alla Sez. IV della Cassazione, in base al quale si richiede un serio ed apprezzabile grado di probabilità di successo dell'evento.

La sentenza Franzese accomuna le scelte interpretative tra dottrina e giurisprudenza. Il procedimento logico parte dalla distinzione tra probabilità statistica, la quale verifica la successione tra fenomeni e individua il livello di probabilità in base al quale un antecedente è causa di un evento (in linea astratta regola il legame tra antecedenti ed eventi), e probabilità logica, ossia quella che individua il grado di credibilità razionale di applicazione di quella legge di copertura nel caso concreto (si deve verificare se il caso concreto possa essere disciplinato da tale legge di copertura). In base a questa pronuncia il procedimento dell'accertamento del nesso di causalità prevede tre distinti passaggi. L'accertamento non riguarda la percentuale ma deve effettuarsi in concreto. Si escludono tutti i passaggi alternativi di altri antecedenti causalmente produttivi dell'evento.

I passaggi sono i seguenti:

- Il nesso causale può essere ravvisato quando alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica si accerti che ipotizzandosi come realizzata

la condotta doverosa impeditiva dell'evento questo non si sarebbe verificato ovvero si sarebbe verificato in epoca posteriore o con minore intensità lesiva;

- Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto così che all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto o elevato grado di credibilità razionale.
  - L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio. Ossia, la credibilità razionale va accertata oltre ogni ragionevole dubbio, ossia l'assenza di cause alternative di produzione dell'evento ex art. 530 cpp.
- Probabilità statistica, si deve verificare la successione tra funzioni

### La sentenza Franzese

1. Accertamento della posizione di garanzia
2. Accertamento dell'aumento del rischio

La condotta doverosa omessa avrebbe impedito l'evento oltre ogni ragionevole dubbio?  
( diminuzione del rischio → responsabilità obiettiva

Teoria condizionalistica o della “*condicio sine qua non*”

E' necessario prevedere dei correttivi :

1. eventi eccezionali → causalità adeguata
2. conoscenza del rapporto di causalità → SUSSUNZIONE SOTTO LEGGI SCIENTIFICHE  
statistiche o universali

Nella responsabilità medica per quanto riguarda la condotta omissiva è necessario accertare innanzitutto la posizione di garanzia, successivamente – attraverso un giudizio contro fattuale – supporre come realizzata la condotta omessa onde verificare se ciò avrebbe evitato l'evento.

### **Ci sono tuttavia dei problemi**

- a. leggi probabilistiche
- b. duplice giudizio fattuale ipotetico

### **Prima della sentenza Franzese c'erano varie teorie :**

- a. teoria dell'aumento del rischio
- b. livello di accertamento prossimo alla certezza dell'antecedente (quale livello è necessario?)
- c. Livello di probabilità: serie ed apprezzabili possibilità di successo.

Probabilità →

1. statistiche: verifica della successione tra fenomeni. Individua il livello di probabilità in base al quale una condotta è antecedente di un evento.
2. logica: individua il grado di credibilità razionale di applicazione della legge scientifica nel caso concreto.

L'accertamento della causalità va effettuato in concreto, non solo nella percentuale frequentistica astratta. La credibilità razionale sussiste solo quando si possano escludere tutte le cause che non siano state in grado di generare l'evento, escludendo tutti i fattori alternativi ( es. HIV 0,002% x rapporto)

La giurisprudenza continua ad applicare la teoria obiettiva dell'aumento /diminuzione del rischio (es. tempestività diagnosi tumori → nei casi di esposizione a sostanze come l'amianto non c'è una legge scientifica

che attesti il grado di rischio. Ciò produce una crisi epistemologica della colpa ( GIULIA MA CHE CAZZO SCRIVI?)

Esame

1. Teoria condizionalistica
2. Correttivo della sussunzione sotto leggi scientifiche
3. Natura omissiva della resp. medica → duplice livello normativo-ipotetico (natura normativa della colpa omissiva)
4. Accertamento probabilità statistica
5. Accertamento credibilità logica → fattori causali alternativi di produzione dell'evento
6. Applicazione della credibilità logica nella prospettiva dell'articolo 533 c.p.p. (oltre ogni ragionevole dubbio)

TESTO SENTENZA → VEDI BENE PUNTO 9, CONSIDERATO IN DIRITTO SUI PASSAGGI DELL'ACCERTAMENTO

### *Lezione del 18 Marzo 2013*

---

#### Caso Greco

Cass. Pen. IV sez., 10 Maggio 2012 (dep. 8 giugno)n. 22247

Cerca su penale contemporaneo del 31 gennaio.

Bisogna verificare innanzitutto verificare se il mancato adeguamento alle linee guida sanitarie sarebbe valso ad impedire l'evento-morte dei neonati.

Sebbene non siano state adottate le misure adeguate, anche in caso di condotta doverosa sarebbe residuo un rischio di contagio pari al 10-32%.

Alla luce delle perizie successivamente svolte emergeva proprio questa alea ineliminabile di rischio, che si associava al fatto che i bambini erano anche nati prematuri. Tenuto conto dell'impossibilità di assicurare l'assoluta sterilizzazione degli ambienti ospedalieri, il giudice di primo grado concludeva per l'assoluzione per insussistenza della prova che l'evento-morte fosse causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari.

- Il pm propone ricorso per cassazione contestando la logicità della motivazione nella parte in cui aveva dato fatalisticamente dato per ineluttabile la contaminazione patogena. Inoltre la fonte dell'infezione era certamente nosocomiale.
- Le parti contestavano anche gli esiti della perizia in sede di incidente probatorio, sottolineando che non necessariamente i neonati sarebbero deceduti per il loro stato di prematuri.

La Cassazione conferma l'esito del giudizio di primo grado ritenendo che, pur affermata l'origine nosocomiale della sepsi, emergeva che i germi che avevano dato causa al decesso fossero "ubiquitari", cioè si trovano dappertutto, ad esempio anche nell'acqua utilizzata per la sterilizzazione degli ambienti, dei presidi e dei degenti.

L'elemento ulteriore che viene aggiunto allo schema della Franzese è l'importanza di conoscere, in tutti sui aspetti scientifici, il momento iniziale, l'evoluzione ed il decorso dell'eventuale patologia per poter poi, attraverso il giudizio contro fattuale, individuare la condotta doverosa omessa (→ *rispetto ad un fattore patogeno che può essere contratto ovunque, manca la possibilità di muovere un rimprovero specifico per una condotta che non si sa se abbia avuto o meno efficacia causativa dell'evento morte* ).

Non è quindi possibile, nel caso in esame, formulare oltre ogni ragionevole dubbio un giudizio di esistenza del nesso causale.

- La Cassazione ritiene che non sia invece troppo convincente la motivazione di merito in cui si dice che anche ove fosse stato adottato il presidio preventivo, l'evento morte sarebbe stato comunque possibile nell'alea di rischio del 10-32% a causa della condizione di prematuri dei neonati.

*“In tema di ricostruzione del rapporto di causalità è certo che devono essere vagliati i fattori causali alternativi, la cui esistenza porterebbe ad escludere il nesso eziologico tra condotta ed evento. Tuttavia, non basta che siano prospettati in termini generici e possibilistici: deve esserci un riscontro probatorio che testimoni la possibile esistenza di tali fattori. Devono esserci elementi di concreta possibilità, essendo necessario che quell'accadimento alternativo divenga concretamente probabile alla stregua delle acquisizioni processuali.”*

### **QUESTA SENTENZA E' IMPORTANTE PER DUE MOTIVI**

1. **BISOGNA AVERE CONTEZZA PRECISA NON SOLO DEL DECORSO MA ANCHE DEL MOMENTO INIZIALE DELLA PATOLOGIA**, DELLA CAUSA DELL'EVENTO (BISOGNA CONOSCERE IN TUTTI I SUOI ASPETTI FATTUALI E SCIENTIFICI IL DECORSO PATOLOGICO) PER POTER POI EFFETTUARE IL GIUDIZIO CONTRO FATTUALE SULLA CONDOTTA DOVEROSA OMESSA.

2. LE POSSIBILI **IPOTESI ALTERNATIVE** DEVONO ESSERE SUPPORTATE DA ELEMENTI DI CONCRETA POSSIBILITA', NON POSSONO ESSERE GENERICHE E POSSIBILISTICHE. L'ANCORAGGIO PROBATORIO CHE PORTI DA UNA GENERICA POSSIBILITA' AD UNA SPECIFICA PROBABILITA' DEVE ESSERE IMPRESCINDIBILMENTE RIMESSO ALL'ORGANO GIUDICANTE. IL GIUDICE DEVE VALUTARE MINUZIOSAMENTE LA POSSIBILE INTERFERENZA DI POSSIBILI FATTORI CAUSALI ALTERNATIVI (ciò non accadeva nel caso in esame, tant'è che la Cassazione censura la decisione del giudice di merito per illogicità della motivazione in punto *de qua*).

### **Alcune critiche → Piras, Diritto Penale Contemporaneo**

(Cupelli non è d'accordo)

Secondo Piras la legge di copertura invocata fornisce margini probabilistici non coincidenti rispetto a quelli individuati dal Ministero della Salute. Si dice che nel giudizio di merito l'indicazione probabilistica si riferisce non ad una fonte certa ma all'esperienza dei singoli periti. In ogni caso anche il 30% è un livello medio-basso, inidoneo a fondare una valutazione causale (anche se dopo la Franzese questa affermazione viene confutata, previo accertamento delle peculiarità del caso concreto). Nel caso di specie è mancato l'accertamento delle dinamiche causali effettive. Ci sono tre elementi che avrebbero fatto optare per una sentenza di condanna e di riconducibilità all'alea salvifica della probabilità:

1. spazio-temporale, le morti avvengono nello stesso posto
2. i neonati sono tre, è una manifestazione epidemica, non casuale.

La mancata individuazione dello specifico momento o fattore di contagio non è rilevante nella misura in cui si possa affermare che il verificarsi dell'evento sia sicuramente riconducibile ad una mancanza di cautela.

Cupelli non è d'accordo: pare che l'autore voglia ricondurre il giudizio di colpa ad una "colpa generica ed apodittica", onnicomprensiva. Questo non va bene perché non si può affermare che tutto l'ambiente nosocomiale era idoneo al contagio, senza individuare il concreto motivo di rimprovero degli imputati (anche perché se non sappiamo quale sia la condotta posta in essere/ omessa non possiamo individuare quella doverosa omessa). L'esatta individuazione della causa del contagio è poi indispensabile per l'accertamento della responsabilità soggettiva in materia di colpa (concretizzazione del rischio).

*Lezione del 21-25 Marzo 2013*

*Lezione del 04 Aprile 2013*

---



## 1. Il ruolo delle linee guida nella responsabilità medica dopo il decreto Balduzzi

Siamo nell'ambito del dibattito sull'accertamento della colpa medica, specificamente il difficile compito di accertamento della violazione delle regole cautelari (che comportano quell'incertezza applicativa che poi si risolve nella c.d. tecnica della medicina difensiva). Questa difficoltà di accertamento induce molto spesso alla ricostruzione della colpa in termini di colpa specifica, piuttosto che di colpa generica ( il che serve sia al giudice in sede di accertamento, sia ai sanitari in termini di svolgimento della loro funzione).

Le linee guida hanno carattere più generico, sono di norma predisposte a livello di organismi nazionali; i protocolli hanno una valenza più settoriale, possono essere adottati dalle singole Asp o a livello regionale.

La posizione della giurisprudenza circa il valore delle linee guida e dei protocolli è ondivaga, e ciò perché se è vero che questi documenti nascono con finalità garantistiche (se il medico rispetta le l.g/p non potrà essere ritenuto in colpa) ma finiscono col creare ulteriori margini di opinabilità ed incertezza ( le linee guida ed i protocolli scontano alcuni profili di ambiguità: non si sa bene da chi provengano [società internazionali, organismi di settore in cui possono comunque esserci delle forti contrapposizioni di pensiero che si traducono in linee differenti] e non possono essere interpretate come assunti inconfutabili, è necessaria una contestualizzazione nel caso concreto, secondo coscienza e diligenza del sanitario interessato). Inoltre le linee guida nascono anche da esigenze economiche di contenimento della spesa pubblica sanitaria: c'è il rischio che questa necessità si risolva però nella violazione del diritto del paziente alle migliori cure mediche.

In una recente sentenza del 2012, n. 19552 stabilisce che *“l'adeguamento o il mancato adeguamento non esclude la colpa medica in quanto le disposizioni delle linee guida sono valutazioni effettuate in astratto, il sanitario deve operare nel rispetto della situazione concreta attraverso una adeguata contestualizzazione delle scelte terapeutiche”*. Vi è una sorta di cauta diffidenza, calando le disposizioni nel caso concreto per vedere se non sia il caso di discostarsene. Inoltre le linee guida possono facilmente diventare obsolete, richiedono dunque un costante aggiornamento.

In definitiva, invece di aumentare il tasso di certezza della scienza medica, questa prassi incentiva insicurezze che inducono sempre più frequentemente al ricorso alla medicina difensiva.

### Il Decreto Legge Balduzzi

Si tratta di una disciplina che ha cercato di dare alcune risposte in materia. L'articolo 3 della legge di conversione stabilisce che il sanitario che sia attiene a linee guida non risponde per colpa lieve. Il che pone alcuni ulteriori problemi: non è così netta la distinzione tra colpa grave e colpa lieve ( che non accoglie la mera trasposizione del corrispondente concetto civilistico, l'articolo 43 parla di colpa in generale) e ciò fa sorgere ulteriori dubbi in termini di tassatività. Inoltre la norma limita la responsabilità dell'esercente professioni sanitarie alle sole ipotesi di colpa grave laddove rispetti linee guida e protocolli: ciò a dire che la responsabilità sorge solo ove fosse evidentissima la necessità di discostarsi dai protocolli. In sostanza (come si vedrà dalla sentenza del 2013) si ha una de criminalizzazione delle fattispecie colpose in esame, con conseguente applicazione dell'articolo 2, relativamente a quelle condotte che si pongono in linea con le prescrizioni contenute in linee e protocolli.

- QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE, Tribunale di Milano, nel 2013.

**1. Il principio di ragionevolezza e tassatività.** ( art. 3 e 33 della Costituzione) Il legislatore sembra aver ricavato l'area di non punibilità trapiantando in funzione esimente un'area di colpa che dal codice penale viene utilizzata per la quantificazione della pena, non per l'esclusione della colpa. Il legislatore inoltre conferma la responsabilità civile per illecito extracontrattuale ma, se avesse voluto escludere del tutto la rilevanza della colpa lieve, essa avrebbe dovuto venir meno anche in ambito civilistico! Inoltre si tratterebbe di una causa di non punibilità in senso stretto non di una esimente, viene meno la pena non l'antigiuridicità.

C'è il rischio che tale disciplina burocratizzi il ruolo del medico a discapito della salute del paziente, inibendo e atrofizzando la ricerca scientifica e la libertà terapeutica in quanto confina la libertà di azione del sanitario solo

all'interno di ciò che sia stato definitivamente conclamato, bloccando così l'evoluzione del pensiero scientifico e dell'evoluzione clinica.

**2. Divieto di analogia** (Art. 3 Cost). anche nella parte in cui si consente l'applicazione indiscriminata dalla norma a tutti gli esercenti professioni sanitarie, non solo i medici. C'è una eccessiva dilatazione della sfera soggettiva dei destinatari che contrasta con il carattere eccezionale e non analogico della norma. Inoltre la norma non fa riferimento ai reati contro la persona, ma a qualsiasi reato colposo (es. attività radiologica, trattamento iperbarico che provochi un incendio o un disastro, sarebbe esente? Il veterinario che provochi un'epidemia? ).

**3. Disparità di trattamento** ( Art. 3 Cost.)

Cosa accade nel caso in cui l'evento lesivo accada per semplice cooperazione colposa dell'esercente professioni sanitarie? Per esempio se il soggetto responsabile non è un sanitario, non beneficerebbe del regime previsto dalla legge anche nel caso in cui abbia posto in essere la medesima condotta.

**4. Tassatività** ( Art. 25 Cost.)

Si ripropongono i dubbi di tassatività e determinatezza nella definizione del concetto di linee guida e protocolli. Si tratta di mere raccomandazioni per le quali la legge non offre alcun criterio di determinazione per orientare l'interprete (quali sono le fonti? quali sono i dati di raccolta dei dati? quali sono i metodi scientifici adottati? quali sono i criteri di pubblicità utilizzati per rendere edotti i sanitari? )

### *Lezione del 8 Aprile 2013-04-08*

---

#### **Consigliere Blaiotta**

Il tema della responsabilità medica occupa una parte preponderante dell'esperienza del reato colposo. Mentre nel caso di responsabilità dolosa è possibile individuare tracce materiali percettibili del fatto di reato, nei reati colposi questa dimensione tende ad essere più sfuggente, tanto da parlarsi di reati di natura "normativa". La colpa non esiste nella dimensione del soggetto agente, bensì dell'organo giudicante. Questa astrattezza crea numerosi problemi di compatibilità con altri criteri dell'ordinamento, come ad esempio la colpevolezza. I problemi di determinatezza di solito vengono risolti con il ricorso alla categoria della colpa "specificata", laddove la regola cautelare è predeterminata legislativamente. La colpa specificata si presta a diverse letture: fino a qualche tempo fa l'evento era considerato come condizione obiettiva di punibilità, solo di recente si arriva ad affermare che nell'evento debba essersi verificato il rischio che la norma mirava ad evitare. Ci sono però, diversamente dalla colpa generica, dei criteri di garanzia maggiori, dovuti all'esistenza di criteri di comportamento o di condotta predeterminati a monte. Lo strumento che di norma viene utilizzato nella colpa medica è dato dai presidi scientifici di cui la modernità dispone → per dare un contenuto specifico al sapere scientifico vengono utilizzati degli strumenti di governo del rischio terapeutico: linee guida, protocolli, check list, strumenti che da tempo fanno parte della prassi normativa, anche a seguito della famosa legge Balduzzi.

- Le **linee guida** non sono propriamente regole cautelari, sono un sapere scientifico condensato in suggerimenti che hanno la finalità di fornire delle indicazioni in grado di orientare le scelte terapeutiche o diagnostiche.

Le linee guida hanno diverse fonti: alcune nascono all'interno di società scientifiche, altre all'interno di associazioni assicurative o sanitarie. A seconda della fonte muta il livello di oggettività di affidabilità delle indicazioni. Di solito le linee guida sono periodicamente aggiornate in base all'evoluzione delle scienze.

- I **protocolli** e le **check list** si differenziano dalle linee guida, hanno valore maggiormente prescrittivo.

L'osservanza delle linee guida assume grande rilievo in sede processuale, sebbene in tempi recenti siano nati in giurisprudenza orientamenti contrastanti nei casi in cui, ad esempio, il terapeuta si fosse attenuto alle linee guida ma fosse stato ritenuto comunque responsabile.

*Es. Una persona colpita da infarto veniva ricoverata e sottoposta alle cure del caso. I cardiologi, verificando che i marcatori biologici si erano normalizzati, avevano ritenuto che l'infarto si fosse risolto e dunque, conformemente*

*alle linee guida, procedevano alle dimissioni del paziente. Il paziente 24h dopo muore e il sanitario viene condannato. Perché? Nel caso di specie il medico aveva ommesso di valutare il quadro clinico del paziente (obeso, con valori alti) che avrebbero richiesto uno scostamento dalle linee guida in vista della sua salute.*

Le linee guida sono insomma delle indicazioni di massima, dei suggerimenti, potranno verificarsi due situazioni: i casi in cui il sanitario dovrà adattare la disciplina alle condizioni del paziente e i casi in cui dovrà semplicemente disattenderle

## LA LEGGE BALDUZZI

L'articolo 3 della legge in esame stabilisce che l'esercente una professione sanitaria che si attiene alle linee guida/buone pratiche terapeutiche scientificamente accreditate risponde penalmente solo per colpa grave. E' una svolta epocale perché il carattere lieve o grave della colpa traccia la linea di demarcazione tra lecito e illecito.

### **Cos'è la colpa grave?**

L'ars medica è di per sé inidonea a fornire un criterio univoco di colpa, storicamente la colpa era intesa come una macroscopica violazione delle regole terapeutiche. La regola era quella dell'impunità, la punibilità era l'eccezione. Tale interpretazione aveva una importante base teorica: (*Crespi*) nel codice civile l'**articolo 2236** limita l'addebito civile nei confronti del professionista nei casi in cui ci siano stati problemi tecnico scientifici di particolare complessità. Poiché l'ordinamento deve avere una sua coerenza, se il giudice civile esclude la responsabilità civilistica, perché questa norma non deve applicarsi anche nell'ambito del processo penale che ha senza dubbio una funzione afflittiva e stigmatizzante sicuramente maggiore? Questo approccio è stato accolto dalla giurisprudenza di legittimità e ciò in conformità di quell'afflato paternalistico del rapporto da paziente e sanitario, in una prospettiva di tipo ideologico piuttosto che giuridico. Col tempo si ritenne ingiustificato questo trattamento benevolo nei confronti del professionista, sino a che la questione non arriva alla Corte Costituzionale che tuttavia finisce col considerarlo ammissibile, anche in virtù della necessità di controbilanciare eventuali "rappresaglie" nei confronti del sanitario.

### **DUNQUE LA COLPA RIMANEVA LIMITATA ALL'IMPERIZIA !**

Tale ricostruzione perde di attualità negli anni Ottanta, in corrispondenza con l'accantonamento della visione paternalistica. Cessano di esistere zone di favore o di benevolenza, tramonta l'idea stessa dell'unicità della giurisdizione. Tuttavia, poiché l'ars medica è di per sé complessa, il giudice dovrà sempre tenerne conto in sede di valutazione della colpevolezza.

La *Legge Balduzzi* aggiunge qualcosa in più a tale orientamento giurisprudenziale. Certo la norma non è formulata in maniera chiarissima, da più anni si invoca una normativa completa che costituisca uno statuto del trattamento terapeutico.

Insomma le linee guida sono solo indicazioni di massima, la legge fornisce uno scudo limitato al terapeutica che si sia dimostrato attento alle disposizioni da seguire. Se il suo comportamento è in linea generale aderente al codice scientifico che regola quell'atto medico, non potrà ritenersi in colpa → ci sarà un meccanismo di imputazione soggettiva diverso da quello ordinario.

- **Come si fa a stabilire la linea di confine tra colpa lieve e colpa grave?** Certo i criteri forniti dalla norma non sono affatto precisi, ma d'altronde questa non è una novità nel diritto penale, si pensi all'elaborazione teorica della categoria del dolo eventuale. Diciamo però che c'è una vasta letteratura giuridica precedente.
- **Disposizioni Civilistiche**

Si stabilisce che si applicano le disposizioni del 2043 c.c. e per la quantificazione del danno dovrà tenersi conto dell'osservanza delle linee guida e della sussistenza della colpa (senza che abbia rilievo il carattere grave o lieve della stessa).

Ci sono due interrogativi irrisolti

1. In ambito civile la disciplina della responsabilità medica è oggetto di una giurisprudenza altamente creativa. Secondo la Cassazione la responsabilità in esame non è responsabilità contrattuale, ma extracontrattuale.

*Lezione del 11 Aprile 2013*

---

**Sentenza Cass. Pen. n. 16237/ 2013****IL CASO**

Un medico veniva condannato per omicidio colposo a danno una paziente. Si contestava la violazione di una regola cautelare di non precedere a profondità superiore ai tre centimetri ma si escludeva la responsabilità per il fatto di non aver trasferito la paziente in una struttura più idonea. La Corte d'Appello invece affermava la rilevanza anche del secondo profilo di responsabilità.

**IL RICORSO**

Si argomenta che non ci sarebbe stata la violazione di alcuna regola cautelare in quanto non esistono parametri rigidi per predeterminare la profondità della laparotomia.

Ci sarebbe poi un difetto di motivazione in ordine alla natura della colpa: non si è distinto tra imprudenza e imperizia. Si sarebbe omessa poi una adeguata ponderazione della ricostruzione scientifica del caso.

Nelle more del processo è poi intervenuta la modifica legislativa apportata dal legge Balduzzi che ha apportato una parziale decriminalizzazione delle fattispecie colpose (abolito con revoca delle sentenze precedenti o successione leggi nel tempo?).

**LA CORTE**

La Cassazione accoglie il ricorso in relazione all'ultimo motivo proposto, in relazione al punto 3.pag. 4. →colpa commissiva in relazione alla lesione dei vasi sanguigni.

C'è poi un commento alle modifiche della Legge Balduzzi, redatto proprio da Blaiotta.

---

**IL PROBLEMA DEI PRINCIPI DI LEGALITA' e TASSATIVITA' (pag. 9ss.)**

Esiste una tendenziale rivalutazione delle linee guida e protocolli che siano conformi all'evoluzione del sapere scientifico. Non hanno natura cautelare ma "hanno a che fare con le forti istanze di determinatezza. Prosegue a pagina 10. La fiducia che si ripone nella colpa specifica non può essere enfatizzato.

In sostanza il giudice con l'ausilio degli esperti fornisce l'adeguata interpretazione dell'ars medica. Il perito non è più l'arbitro che decide l'esito dell'accertamento, ma deve limitarsi ad esporre i risultati appresi.

La "Colpa senza colpa", antitesi logica posta in evidenza da Piras. Si tratta di una contraddizione soltanto apparente, dice la Cassazione. Insomma l'osservanza/inosservanza delle linee guida non è sufficiente per l'affermazione della responsabilità del terapeuta.

---

### **Lezione del 15 Aprile 2013**

---

- **LA MEDICINA DIFENSIVA**

Per *medicina difensiva* si intende la tendenza, molto diffusa tra i terapeuti, di prevenire eventuali conseguenze giudiziarie interconnesse alla propria attività professionale, predisponendo tutti gli accorgimenti sanitari del caso, sebbene non assolutamente indispensabili in funzione delle esigenze terapeutiche del paziente.

Ci sono due accezioni di medicina difensiva: la prima ha una componente positiva perché consiste nella predisposizione di tutti gli accorgimenti previsti dalle prassi mediche; la seconda invece ha una valenza negativa, si riferisce ai casi di possibile esito infausto del trattamento medico che induce il terapeuta ad astenersi dall'operare. ( → vedi sentenza su materiali didattici).

Il centro studi F. Stella ( "*RESPONSABILITA' DEL MEDICO, ERRORE E MEDICINA DIFENSIVA*") si è occupato dell'analisi comparatistica delle dimensioni qualitative e quantitative del fenomeno della medicina difensiva, elaborando da ultimo un progetto definitivo di 34 articoli.

L'indagine si è svolta attraverso la divulgazione di una serie di questionari ai terapeuti, accompagnata da circa 21 interviste a soggetti specializzati. E' emersa una forte propensione alla medicina difensiva: il 77% degli intervistati hanno ammesso di aver fatto ricorso a forme di medicina difensiva nell'ultimo mese; il 69% ha proposto il ricovero di pazienti in realtà gestibili in sede ambulatoriale; il 58,6% ha chiesto il consulto di altri specialisti pur non ritenendolo necessario; il 14% ha evitato procedure diagnostiche rischiose su pazienti che avrebbero potuto trarne beneficio.

Le cause di tale approccio sono individuate nel timore di un contenzioso legale, sia civile che penale o anche il timore di incorrere in sanzioni disciplinare ( una percentuale abbastanza bassa).

### **QUALI SONO LE PRINCIPALI LINEE DI INTERVENTO?**

**1. Definizione normativa del trattamento medico-chirurgico**

**2. Limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave**

### 3. Modifica della disciplina processuale di selezione e nomina dei consulenti e dei periti.

4. Introduzione di programmi di giustizia ripartiva in ambito sanitario.
  5. Nuovo assetto della responsabilità civile e della copertura assicurativa.
  6. Valorizzazione delle unità di gestione del rischio clinico.
- 

1. Il trattamento medico chirurgico viene definito come un trattamento adeguato alle finalità terapeutiche da perseguire, posto in essere da un sanitario, conforme alle regole dell'arte medica. Ci si ispira al modello di codice penale portoghese del 1962 ma manca un riferimento al requisito del consenso. Vi è però una valorizzazione della adeguatezza sociale dell'attività medica allo scopo di ridurre gli episodi di medicina difensiva. I trattamenti sanitari devono inoltre tener conto non solo dell'integrità fisica, ma anche della salute mentale.

2. Importante, in tale ottica, è la proposta di inserimento dell'articolo 590ter c.p., morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario → c'è il primo riferimento al concetto di colpa grave: *" la colpa è grave quando ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzandosi nell'evento"*

C'è dunque la prima proposta di limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave, senza che ciò rappresenti una depenalizzazione o un privilegio di categoria per i sanitari.

L'articolo in esame è stato concepito come una norma pilota, atta ad introdurre una risposta ragionevole per limitare gli effetti della medicina difensiva. Per la prima volta si fa riferimento alle condotte "grandemente inosservanti di regole dell'arte ( anche non fondamentali)" nonché alla creazione e alla successiva concretizzazione del rischio medico. Si introduce una procedibilità d'ufficio.

3. Per quanto concerne la selezione dei periti del giudice, lo studio si sofferma sulla necessità di introdurre l'obbligo di ricorrere ad un collegio di esperti, con ordinanza motivata a pena di nullità, coinvolgendo tanto gli Ordini dei Medici, tanto le associazioni o società scientifiche maggiormente accreditate. Indispensabile è poi ritenuta la presenza di un medico-legale e di più specialisti delle singole materie oggetto del procedimento.

4. Per quanto concerne i programmi di giustizia ripartiva, si tratta di sperimentazioni che tendono ad alleggerire il contenzioso medico. L'opzione di fondo del progetto è quella di riconoscere una efficacia estintiva, rispetto all'illecito disciplinare, alla realizzazione di condotte volontarie e di tipo riparatorio (ristorative justice). Vi è anche la previsione di forme di mediazione, di ascolto della persona offesa, della riparazione indiretta.

Si propone anche l'introduzione di previsioni in materia assicurativa che rendano obbligatoria la copertura ai fini della responsabilità civile, attraverso l'istituzione di un Fondo di solidarietà a carattere indennitario, per i danni non riconducibili a colpa della struttura.

5. L'Unità di gestione del rischio clinico è una struttura volta ad individuare le aree di rischio, realizzando attività volte alla gestione dello stesso, anche attraverso l'interazione con la Commissione di giustizia ripartiva e con le Assicurazioni sanitarie. Ai componenti dell'unità non devono applicarsi le norme in tema di obblighi di fiducia gravanti sui p. ufficiali e i loro atti sarebbero inutilizzabili ai fini processuali, ma funzionali esclusivamente a prevenire la possibilità di disagi strutturali che possano dar luogo ad eventi avversi.