



SCOZZARI E ASSOCIATI
AVVOCATI

XVII CONGRESSO SEZIONE CAMPANO SICILIANA SOCIETÀ ITALIANA DI

NEFROLOGIA.

INTERVENTO AVV. GIUSEPPE SCOZZARI

LA RESPONSABILITÀ PENALE, CIVILE ED ERARIALE

XVII CONGRESSO
SEZIONE CAMPANO SICILIANA
SOCIETÀ ITALIANA DI NEFROLOGIA

Noto (SR) 9-11 Maggio 2019
Grand Hotel Sofia

Seguici su

 [Scozzari e Associati](#)

 [Studio Legale Scozzari e Associati](#)

 [scozzari_e_associati](#)

PALERMO Via Cordova, 95 – 90143 Palermo – T +39 091 342807 - F +39 091 6260621

AGRIGENTO Via Unità d'Italia, 2/A – 92100 Agrigento - T/F +39 0922 619323 - T +39 0922 080339

MILANO Via Molino delle Armi, 31 – 20123 Milano - T +39 02 39811217 – F +39 02 84960920

Mail: giuseppescozzari@scozzarieassociati.it

Pec: avvocatogiuseppescozzari@postacertificata-avvocati.it

Sito: www.scozzarieassociati.it



SCOZZARI E ASSOCIATI
AVVOCATI

XVII CONGRESSO SEZIONE CAMPANO SICILIANA SOCIETA'
ITALIANA DI NEFROLOGIA.
INTERVENTO AVV. GIUSEPPE SCOZZARI
LA RESPONSABILITA' PENALE, CIVILE ED ERARIALE.

§ 1. PREMESSA:

La tematica della colpa professionale del medico rappresenta una di quelle questioni maggiormente dibattute dalla letteratura giuridica penalistica e civilistica.

Oggi a differenza degli anni '70 il medico sente su se stesso non solo il peso della vita del paziente, ma anche per converso il fondato timore che quel paziente, a cui deve salvare la vita, si trasformi nel suo carnefice giudiziario, ossia colui che lo perseguiterà perché non felice e\o soddisfatto per non avere riavuto - dopo l'intervento del medico - la giovinezza e\o la perfetta resurrezione\restaurazione di ciò che aveva prima. Il paziente oggi difficilmente si accontenta, ma i parenti del paziente ancor meno speranzosi che in fondo in fondo da un errore medico possa nascere una cospicua anticipazione di eredità.

Molteplici i casi di parenti di moribondi che ancor prima che il loro caro spirasse avevano in mano il numero dell'avvocato tempestivamente chiamato ed in alcuni casi precipitato al capezzale del morente oppure a consolare gli afflitti parenti.

Tutto questo non è tratto da un romanzo di Pirandello né di Martoglio, ma sono spezzoni di vita vissuta.

In questo contesto non dobbiamo mai scordarci delle grandissime responsabilità deontologiche non solo della classe a cui appartengo, ma anche della vostra classe medica, spesso e troppe volte sensibile alle sollecitazioni di Procuratori della Repubblica bramosi di inchiodare il medico impenitente.

Allora cosa fa il medico per tentare di prevenire azioni che potrebbero in fondo rovinare la propria carriera e la propria vita? Approccia ad un "medicina difensiva", spesso esagerata, sprecona, inutile ai fini terapeutici ma utile a futura memoria processual-penalistica.



Con l'ingresso della "medicina difensiva" negli ospedali e nelle strutture variamente pubbliche i sanitari spesso si trovano innanzi veri e propri rebus diagnostici, dalla "fausta" risoluzione del rebus dipende anche la carriera del medico. Le scelte, in tal modo, sono mosse dalla preoccupazione di evitare procedimenti penali e cause civili dall'esito infausto, in altri termini il medico ha la necessità di difendersi dal paziente, curandolo contemporaneamente.

Tutto ciò non sempre è facile anche perché l'analisi che il medico dovrà pur fare in quei minuti, secondi, anche ore per carità, rispetto alle scelte medico-diagnostiche, gli impongono delle valutazioni che attraversano (i) il grado della colpa, (ii) cosa prevedono e quale la valenza hanno nel caso che sta trattando le linee guida e le *best practice*, (iii) la valutazione dei singoli profili di colpa nel caso di lavori di *équipe*.

Tutto ciò rende complicato la vita del medico.

§ 2. DALL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE ALLA LEGGE GELLI-BIANCO NEL DIRITTO PENALE

Il legislatore per anni non ha avvertito l'esigenza di legiferare in materia specifica in materia di colpa medica.

E così gli ambiti di rilevanza penale delle condotte sono stati elaborati, come spesso avviene in caso di lacune legislative, dalla giurisprudenza di legittimità che, in una prima fase, cominciò a **limitare la responsabilità penale del medico**, con riferimento ai delitti di omicidio colposo e di lesioni colpose, **alle sole ipotesi di colpa grave**, in conformità a quanto previsto dalla disciplina civilistica di cui **all'art. 2236 c.c.** secondo cui "*se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*"¹.

La **colpa grave**, in particolare, veniva ravvisata, in ambito sanitario, nell'errore inescusabile dovuto alla mancata applicazione di tutte quelle cognizioni scientifiche generali e fondamentali attinenti alla professione, o a difetto di quel minimo di abilità

¹ Cfr. tra le tante: Cass. pen., sez. IV, 21 ottobre 1970, in R. it. D. proc. Pen. 1973, p. 259; Cass. pen., sez. IV, 17 aprile 1971, in C. pen. 1972, p. 1669.



e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali che il medico deve saper maneggiare con destrezza².

A partire dagli anni '70, ed in particolare a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale con la sentenza n. 166/1973³, la giurisprudenza ha man mano abbandonato la benevolenza per la classe medica affermando che la limitazione di responsabilità penale alla sola colpa grave vale soltanto per le ipotesi di colpa dovuta ad imperizia, mentre per l'imprudenza e per la negligenza varrebbero i normali criteri di valutazione della colpa penale di cui all'art. 43 c.p. (che ai fini dell'imputazione di un fatto ritengono sufficiente anche una colpa lieve).

In seguito anche la giurisprudenza di legittimità si è discostata, in ambito penale, dalla regola indicata dall'art. 2236 c.c.⁴, e attenendosi all'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale, ha applicato l'imputazione della colpa grave, ex art. 2236 c.c., ai soli casi di imperizia.

L'atteggiamento benevolo della giurisprudenza nei confronti della classe medica, intorno agli anni '80, si ridimensionò a tal punto da tramutarsi in senso diametralmente opposto rispetto a quanto accadeva in passato.

Ed infatti, in quegli stessi anni la giurisprudenza non applicava più, nelle ipotesi di colpa medica, il disposto di cui all'art. 2236 c.c. in virtù del principio di autonomia del diritto penale nei confronti del diritto civile, prevedendo la responsabilità del

² Cfr. tra le tante: Cass. pen., sez. IV, 16 febbraio 1987, in Giust. Pen. 1988, II, p. 106; Cass. pen., sez. IV, 25 maggio 1987, in C. pen. 1989, p. 218.

³ Corte Cost., Sent. n. 166/1973: *"la esenzione o limitazione di responsabilità non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti un minimo di prudenza o negligenza. Anzi è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza di giudizio del magistrato è direttamente proporzionale alla difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità"*.

⁴ Cass., sez. IV penale, sent. 23 marzo 1995 n. 5278, in Guida al Diritto, n. 28 del 1995, p. 72) per la quale: *"In tema di colpa professionale, quando la condotta colposa incida su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, costituzionalmente e penalmente protetti, i parametri valutativi debbono essere estratti dalle norme proprie al sistema penale e non da quelle espresse da altro ramo del diritto, quali l'articolo 2236 c.c.. Tuttavia detta norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico quando il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà, **non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza** cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia"*



medico anche in ipotesi di colpa lieve sulla base dei normali canoni di cui all'art. 43 c.p.⁵.

Ciononostante, con l'avvento del nuovo millennio la giurisprudenza in numerose pronunce è ritornata sui propri passi, dando nuovamente rilievo alla disposizione di cui all'art. 2236 c.c..

La Cassazione, in particolare, ha ridato rilevanza del disposto di cui all'art. 2236 c.c. facendo in modo di considerare la stessa quale norma civilistica da prendere in considerazione come massima d'esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'imperizia del medico in situazione emergenziali o quando il caso implichi la soluzione di problemi di speciale difficoltà.

Conseguentemente, è ritornato in auge quell'atteggiamento paternalistico della giurisprudenza nei confronti della classe medica.

In un processo penale per responsabilità medica occorre un *quid pluris* al fine di accertare la colpa del sanitario, occorre cioè che venga accertato in dibattimento il nesso di causalità tra la condotta posta in essere dal sanitario e l'evento morte. Tale accertamento risulta particolarmente difficoltoso allorquando si tratti di responsabilità per omissione.

Si pensi al caso, finito di recente sui banchi della Suprema Corte di Cassazione⁶, di un ostetrico che nel corso di un parto ometteva di porre in essere quelle condotte previste dalle linee guida di riferimento e per l'effetto cagionava alla nascita la paralisi dell'arto superiore sinistro, con indebolimento permanente della funzione prensoria.

Orbene, in casi come quello appena esposto la giurisprudenza e la dottrina hanno avuto modo di interrogarsi, e tutt'oggi s'interrogano sulle modalità di accertamento del nesso di causalità. Sul punto, rappresenta un caposaldo la pronuncia della Suprema Corte, nota come sentenza Franzese, la quale ha chiarito che in materia di responsabilità professionale medico - chirurgica, al fine di individuare la sussistenza del nesso di causa tra la condotta del sanitario e l'evento dannoso occorre svolgere il

⁵ In tal senso si veda: Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 1987, in Giust. Pen. 1988, II, p. 105; Cass. pen., sez. IV, 8 novembre 1988, in C. pen. 1990, p. 245; Cass., sez. IV penale, sent. 23 marzo 1995 n. 5278 (in *Guidaldir.*, n.28 del 1995, p.72).

⁶ Cfr. Cass. sez. IV, sent. n. 19386/2019



c.d. giudizio controfattuale, ossia fare ciò che non è stato fatto, condotto alla stregua di regole di esperienza e leggi scientifiche, finalizzato proprio ad accertare se la condotta omessa dal medico avrebbe impedito il verificarsi dell'evento o lo avrebbe ritardato in epoca posteriore⁷.

Il legislatore nel 2012, al fine di porre un freno ad un siffatto contesto d'incertezza, è intervenuto con la **L. 8 novembre 2012, n. 189, c.d. legge Balduzzi**, la quale all'art. 3 comma 1 stabiliva che *“l'esercente la professione sanitaria, che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. [n.d.r. disciplinante la responsabilità extracontrattuale da fatto illecito]. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Orbene, il legislatore, con la legge Balduzzi, ha positivizzato in una norma un requisito fino ad allora non espressamente riconosciuto dall'ordinamento penale, ossia le **cc.dd. linee guida e best practice** accreditate dalla comunità scientifica. Tuttavia, il rispetto delle linee guida non aveva una assoluta efficacia liberatoria da ogni responsabilità. E ciò perché poteva essere riconosciuta la responsabilità penale del medico anche nel caso in cui si fosse attenuto alle linee guida, allorché invece avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato. In sostanza, la legge Balduzzi rendeva penalmente irrilevanti condotte sanitarie lievemente colpose tenute in situazioni non particolarmente complicate con osservanza delle linee guida, nonostante permanesse in tali casi una responsabilità civile per gli eventuali danni arrecati al paziente.

Dal disposto di cui all'art. 3 della Legge Balduzzi emergeva, inoltre, che la responsabilità penale del sanitario potesse essere affermata esclusivamente nei limiti della **colpa grave**, e quindi soltanto quando la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica ed immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario. In caso contrario, l'osservanza delle linee guida avrebbe escluso *ipso iure* la responsabilità penale del sanitario.

⁷ Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 30328/2002 - Franzese.



Sin dalle prime applicazioni della legge Balduzzi, però, l'esclusione di responsabilità per colpa lieve veniva limitata dalla giurisprudenza solo all'ipotesi di colpa per imperizia, escludendo quindi le ipotesi di colpa per mera negligenza o imprudenza⁸. Tuttavia, una tale interpretazione prestò il fianco a numerose critiche, dovute anche alla formulazione laconica ed in parte indeterminata della disposizione.

In particolare si osservò che la lettera della norma non operava distinzione alcuna in merito alle forme della colpa, posto che la peculiare valutazione in ordine alla sua "gravità" veniva subordinata esclusivamente all'osservanza di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (*ubi lex voluit, lex dixit*). Peraltro, una tale limitazione non considerava che le stesse linee guida potevano prevedere anche regole cautelari improntate a diligenza o prudenza, come ad esempio in tema di dimissioni del paziente, parto cesareo elettivo e così via.

Inoltre, sebbene la distinzione tra **diligenza, prudenza e perizia** poteva ritenersi semplicemente delineata in via teorica, non era altrettanto così nella prassi, atteso che tali profili si intersecano e sovrappongono nella dinamicità delle regole cautelari e nei loro molteplici adattamenti alle peculiari esigenze del singolo caso concreto.

Cosicché la giurisprudenza, prendendo spunto dai suddetti rilievi, cominciò ad affermare l'idea per la quale il limite di responsabilità introdotto con la legge Balduzzi potesse trovare applicazione anche in riferimento ad ipotesi di colpa per negligenza⁹.

In particolare la Suprema Corte di Cassazione aveva avuto modo di pronunciarsi su un caso di **isterectomia per via laparoscopica**, in cui era stata determinata accidentalmente una lesione dell'uretere della paziente con conseguente formazione di una fistola dalla quale discendeva la necessità di ulteriori interventi chirurgici che comportavano lesioni personali della durata di 276 giorni e l'indebolimento permanente della parete addominale e della funzione renale. In tal caso la Corte, pur trattandosi di negligenza con colpa lieve, in applicazione del Decreto Balduzzi, aveva annullato la condanna emessa dal giudice del merito.

⁸ In tal senso: Cass. pen., Sez. IV, 24 gennaio 2013 (dep. 11 marzo 2013), n. 11493, *Pagano* - Pres. Marzano, Est. Piccialli, Imp..

⁹ In tal senso si veda Corte di cassazione, sent. 9 ottobre - 17 novembre 2014, n. 47289.



Infine, una delle maggiori problematiche originate dal decreto Balduzzi riguardava il richiamo alle **cc.dd. "linee guida"**, alle quali il legislatore non provvide a dare una ben precisa definizione. La giurisprudenza di legittimità, al fine di colmare tale lacuna legislativa, richiamò più volte la nozione mutuata dalla comunità scientifica statunitense in ossequio alla quale le linee guida sono "*«raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche»*¹⁰, che pur non vincolando in modo assoluto le scelte di comportamento del medico, avevano comunque determinato un progressivo ridimensionamento dei margini di discrezionalità nell'accertamento della colpa (e del parametro dell'agente modello), a tutto vantaggio della certezza del diritto e della determinatezza della fattispecie. Tuttavia, nessun riferimento alla suddetta definizione si trovava nella legge.

La letteratura giuridica, quindi, s'interrogò sulla natura delle linee guida. In particolare ci si chiedeva se le linee guida e le best practice fossero delle vere e proprie regole cautelari codificate, formalizzate, la cui inosservanza desse vita ad una colpa specifica del medico¹¹; o delle regole di mero orientamento per il medico, utilizzabili dal giudice per selezionare la condotta doverosa¹²; o delle fonti di cognizioni delle cc.dd. *leges artis*¹³.

Gran parte di tali dubbi derivavano in primo luogo dalla stessa natura della scienza medica, per la quale non sempre è possibile trovare una soluzione terapeutica in una regola di condotta standard; in secondo luogo dalla fonte delle linee guida, infatti nella prassi queste possono essere elaborate da istituzioni ed organi pubblici, da associazioni, società ed enti privati non necessariamente scientifici o sanitari.

Peraltro, l'ossequioso rispetto delle linee guida, da parte del sanitario, contrastava con il principio della libera valutazione e scelta nella cura del proprio paziente.

¹⁰ *Institute of Medicine, Guidelines for clinical practice: from development to use, Washington DC 1992.*

¹¹ Cfr. Riscato, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in D. pen. proc. 2013, p. 200.

¹² In tal senso la giurisprudenza dominante: Cfr. Cass. pen. sez. IV, 14.11.2007, n. 10795.

¹³ Cfr. Castronuovo - Rampioni, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in Belvedere - Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, Milano 2011, p. 974.



Per le sopra esposte considerazioni la giurisprudenza successiva al decreto Balduzzi, continuò a non considerare le stesse linee guida come vere e proprie regole cautelari, proprio a causa della mancanza di coerenza ed idoneità ad offrire standard legali precostituiti. Quindi, l'utilizzo delle linee guida previste dalla legge Balduzzi finì coll'essere ridimensionato dalla giurisprudenza come parametro alternativo *all'homo eiusedm professionis et conditionis* al fine di valutare la correttezza o non della condotta del medico.

Alla luce di quanto sopra esposto risultò evidente che il legislatore non raggiunse l'obiettivo prefissato dal decreto Balduzzi, così dopo meno di cinque anni dalla legge Balduzzi, il tema della responsabilità sanitaria è stata oggetto di un nuovo intervento riformatore **con la legge n. 24 del 2017, nota come legge Gelli-Bianco.**

La riforma della responsabilità penale del medico ad opera della legge Gelli-Bianco si poneva l'obiettivo di superare le incertezze interpretative e applicative sorte con la legge Balduzzi a causa del deficit di determinatezza cui era intrisa, cercando, in particolare, di aumentare le garanzie e le tutele per la classe medica, e di assicurare maggiormente ai pazienti il diritto alla salute, nonché la possibilità per gli stessi di essere risarciti in tempi più rapidi e certi.

La legge Gelli-Bianco, a tal fine, contiene una disciplina che regola la produzione delle linee guida rilevanti per legge. L'art. 5 della legge cit.¹⁴, rubricato

¹⁴ 1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

2. Nel regolamentare l'iscrizione in apposito elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche di cui al comma 1, il decreto del Ministro della salute stabilisce: a) i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale; b) la costituzione mediante atto pubblico e le garanzie da prevedere nello statuto in riferimento al libero accesso dei professionisti aventi titolo e alla loro partecipazione alle decisioni, all'autonomia e all'indipendenza, all'assenza di scopo di lucro, alla pubblicazione nel sito istituzionale dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti, alla dichiarazione e regolazione dei conflitti di interesse e all'individuazione di sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica; c) le procedure di iscrizione all'elenco nonché le verifiche sul mantenimento dei requisiti e le modalità di sospensione o cancellazione dallo stesso.

3. Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo



infatti “buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida”, individua la funzione e i contenuti delle linee guida nelle finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale.

Inoltre, sempre all’art. 5 della legge cit. si prevede che le linee guida vengano elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute; e che le stesse siano integrate nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) previa verifica da parte dell’Istituto Superiore della Sanità.

In sostanza, le linee guida cui i medici devono attenersi per andare esenti da responsabilità, sono esclusivamente quelle selezionate dalle principali istituzioni sanitarie: Ministero della salute ed Istituto superiore della sanità, atteso che queste hanno adeguata conoscenze tecniche ed imparzialità per garantire il diritto alla salute costituzionalmente garantito.

Le linee guida previste dalla riforma, quindi, rilevano non solo in senso precettivo, indicando al medico la condotta o le condotte da seguire, ma fungono anche da limite alla responsabilità penale colposa.

Ma il *dictum* maggiormente innovativo della riforma è contenuto all’art. 6, che per un verso abroga il primo comma dell’art. 3 del D.L. n. 158/2012; per altro verso introduce al codice penale l’art. 590 *sexies*¹⁵.

Orbene, in primo luogo può essere osservato che l’abrogazione di quanto disposto dal decreto Balduzzi pone nell’irrilevanza la questione relativa ai criteri di

Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con la procedura di cui all’articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L’Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni.

4. Le attività di cui al comma 3 sono svolte nell’ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

¹⁵ Il testo: “Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

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.”



distinzione fra colpa grave e colpa lieve, atteso che il nuovo art. 590 *sexies* non fa distinzione alcuna in ordine alla gradazione della colpa.

In secondo luogo, ossia relativamente al n. 1 dell'art. 6 della legge 24/2017, può essere osservato che, il primo comma del nuovo articolo 590 *sexies* c.p. sia privo di un contenuto innovativo. Difatti, appare evidente che la norma non fa altro che ribadire l'applicabilità degli articoli 589 e 590 alle ipotesi di colpa medica.

Il *novum* legislativo, invece, è rappresentato dal comma secondo dell'art. 590 *sexies* c.p..

Infatti, il legislatore con la riforma Gelli-Bianco ha introdotto nel nostro ordinamento una **ipotesi di non punibilità** della condotta imperita del medico ancorandola: (i) alla verifica dell'evento a causa d'imperizia; (ii) al rispetto delle linee guida; (iii) all'adeguatezza delle linee guida in relazione alla specificità del caso concreto.

Tuttavia, la formulazione dell'art. 590 *sexies* c.p. è stata oggetto di notevoli critiche dai commentatori della riforma.

È stato osservato, in particolare, che i presupposti affinché possa sussistere la nuova causa di non punibilità siano tra loro incompatibili e ciò in quanto non può ravvisarsi imperizia qualora il sanitario abbia scelto le linee guida adeguate al caso specifico e le abbia in concreto rispettate. Conseguentemente, risulta assai difficile trovare un ambito applicativo alla causa di non punibilità prevista dal secondo comma dell'art. 590 *sexies* c.p..

L'ambiguità della disposizione di cui all'art. 590 *sexies* c.p., ha poi determinato il proliferare di diversi orientamenti giurisprudenziali tanto da rendere necessario l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Cassazione.

Secondo un primo orientamento¹⁶, rappresentato dalla **cd. sentenza Tarabori-De Luca**, è palese anzi "drammatica" (usando le parole della sentenza cit.) l'incompatibilità fra i requisiti necessari per la sussistenza della nuova causa di non punibilità. I giudici della Cassazione, infatti, cogliendo le doglianze dei primi commentatori della riforma, hanno affermato che mai potrebbe sussistere imperizia nell'ipotesi in cui il sanitario abbia rispettato le linee guida e le stesse siano adeguate alla specificità del caso concreto. Si pensi al caso per cui al fine di assalire un certo

¹⁶ Cfr. Cass., sez. IV, sent. 20 aprile 2017 (dep. 07.06.2017), n. 28187 (Tarabori - De Luca).



quadro infettivo venga somministrato un determinato farmaco secondo linee guida (adeguate al caso concreto), ma ciononostante si verifichi l'evento infausto. Ebbene, «per uscire dall'*impasse*, una prima possibile soluzione potrebbe essere quella di un'interpretazione letterale della fattispecie, che porta 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 topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata"; esempio paradigmatico quello di un chirurgo che *"imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un'arteria con effetto letale"*. Secondo la Cassazione, una soluzione siffatta, oltre che vulnerare il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e palesare seri dubbi di legittimità costituzionale, si pone in contrasto con i principi che governano la responsabilità penale, a partire da quello di colpevolezza, declinato nelle ineludibili coordinate dell'accertamento colposo (prevedibilità ed evitabilità dell'evento e causalità della colpa) che non consentono "l'utilizzazione di direttive non pertinenti rispetto alla causazione dell'evento, non solo per affermare la responsabilità colpevole, ma neppure per escluderla"»¹⁷.

Per tali ragioni la Cassazione ha affermato che si ha punibilità del sanitario se in giudizio si fa questione d'imperizia, se il sanitario ha rispettato le linee guida e se nel caso concreto non vi erano ragioni per discostarsene.

Con un secondo orientamento, invece, fatto proprio nella **cd. sentenza Cavazza**¹⁸, i giudici della Suprema Corte, oltre a ribadire nuovamente l'incompatibilità logica tra i requisiti previsti dall'art. 590 sexies c.p. ai fini dell'operatività della causa di non punibilità, hanno interpretato la suddetta norma nel senso che la stessa opera in relazione alle ipotesi di **imperizia** che si manifesta nella fase esecutiva delle linee guida, che però siano adeguate al caso concreto. Secondo una siffatta interpretazione

¹⁷ Cfr. <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5482-la-legge-gelli-bianco-e-il-primo-vaglio-della-cassazione-linee-guida-si-ma-con-giudizio>

¹⁸ Cfr. Cfr. Cass., sez. IV, sent. 19 ottobre 2017 (dep. 31.10.2017), n. 50078 (Cavazza).



il sanitario, ad esempio, andrebbe esente da responsabilità penale nell'ipotesi di un intervento chirurgico per l'installazione di un by-pass ad una valvola cardiaca del paziente, secondo le accreditate linee guida, ma nella fase esecutiva il medico tagliasse un'arteria con esito letale per il paziente.

In un contesto di cotanta incertezza, è giunta la pronuncia chiarificatrice delle **Sezioni Unite della Cassazione**¹⁹, le quali, innestandosi sul principio posto dalla sentenza Cavazza, hanno affermato che si ha non punibilità quando l'evento è causato da imperizia lieve nella fase esecutiva delle linee guida.

Ad ogni modo, comunque si voglia interpretare, la disposizione di cui all'art. 590 sexies c.p. **rimane assai oscura**, con conseguente pregiudizio del principio della certezza del diritto intesa anche come prevedibilità delle decisioni giudiziarie, con conseguente rischio di **violazione del diritto alla salute, del principio di libertà terapeutica e del diritto di autodeterminazione del paziente.**

Per rendersi conto di come ciò sia possibile si pensi al medico il quale, particolarmente zelante ed attento all'aggiornamento professionale, apprende una nuova tecnica d'intervento maggiormente efficace di quelle sino a quel momento conosciute, ma non ancora recepite dalle linee guida. In ipotesi come questa il sanitario verrebbe a trovarsi di fronte ad un dilemma: a) seguire quanto previsto dalle linee guida e beneficiare eventualmente dell'esclusione di responsabilità; b) applicare una tecnica aggiornata e con maggiori possibilità di salvare il paziente ma non beneficiare di siffatta esenzione di responsabilità.

Ebbene, il quesito non può che restare irrisolto atteso che il nostro legislatore ha dato prova di non riuscire a delineare una disciplina chiara e lineare della responsabilità medica.

¹⁹ Cfr. Cass., SSUU, sent. 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, ric. Mariotti. La Massima: L'esercente la professione sanitaria risponde, 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 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 nella 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.



§ 3. I CRITERI DI VALUTAZIONE DELLA COLPA NEL CASO DI LAVORI DI ÈQUIPE.

Gran parte delle prestazioni medico chirurgiche vengono oggi eseguite non più da un solo professionista, ma da una pluralità di soggetti inseriti all'interno di strutture complesse ed organizzati secondo il principio della divisione del lavoro.

Preso atto di tale realtà, nell'ipotesi di esito infausto dovuto a condotte colpose dei sanitari, possono sorgere delicati problemi di ripartizione della responsabilità fra i vari componenti dell'équipe intesa in tutte le sue accezioni (di reparto, chirurgica ed in senso lato, ossia che coinvolge medici che cooperano in modo non contestuale cioè interventi eterogenei in fasi diverse del trattamento sanitario).

In particolare, si pone il problema di stabilire se ed a quali condizioni il singolo soggetto possa rispondere delle condotte colpose poste in essere da altri componenti.

Le maggiori problematiche possono essere ravvisate (i) nei rapporti tra medici legati da vincoli di subordinazione e (ii) nei rapporti tra medici non gerarchicamente ordinati.

La giurisprudenza, per quanto attiene la responsabilità del subordinato per il fatto colposo del superiore, ha assunto un atteggiamento particolarmente rigoristico, riconoscendo la penale responsabilità del subordinato sia nelle ipotesi in cui questi abbia materialmente cagionato l'evento lesivo eseguendo una direttiva o un ordine del superiore, sia quando l'evento lesivo sia direttamente cagionato da una condotta del superiore alla quale il subordinato abbia collaborato con accondiscendenza²⁰.

Per converso, la dottrina ha assunto una posizione critica e più articolata facendo in particolare leva sugli argomenti della misura di vincolatività dell'ordine impartito dal superiore, nonché della manifesta riconoscibilità dell'errore.

Secondo la dottrina, infatti, **sul subordinato incombe un dovere di disobbedienza** in presenza di un ordine manifestamente errato del superiore, mentre non sarebbe rimproverabile il comportamento del subordinato che si sia limitato a dare esecuzione a un ordine del superiore che non appaia manifestamente errato.

²⁰ Cfr. ex plurimis Cass., sez. IV, 18.1.2000; Cass., sez. IV, 22.7.1996, Cortellaro; Cass., sez. IV, 15.7.1982, Faenza.



Specularmente, si pone il problema della responsabilità del superiore per il fatto colposo del subordinato. In tali ipotesi il problema centrale è rappresentato dall'esatta individuazione dei **limiti dei doveri vigilanza che gravano sul sovraordinato**. Sul punto la giurisprudenza non ha mai fornito una soluzione univoca, chiara e bene delineata, anzi molto spesso è stata contraddittoria.

Inoltre, la giurisprudenza, nei rapporti tra personale medico e paramedico, ha privilegiato un approccio ancora più rigoristico, al punto da rendere **nulla l'operatività del principio di affidamento: sul medico incomberebbe sempre l'obbligo di un costante controllo dell'operato dell'ausiliario paramedico.**

In merito, invece, ai rapporti tra medici non gerarchicamente ordinati la dottrina più accreditata è solita distinguere: (a) rapporti tra medici che lavorano nello stesso reparto; (b) rapporti tra medici che appartengono alla stessa specialità ma non lavorano nella stessa sede; (c) rapporti tra medici di differente specialità.

In particolare:

- Rapporti medici stesso reparto: le maggiori problematiche riguardano il c.d. **passaggio di consegne**, ragion per cui la giurisprudenza ha osservato che l'affidamento del medico successivo nell'operato del precedente può avere efficacia scriminante "a patto che perdurino le stesse condizioni e non invece in presenza di un mutamento delle stesse a causa di nuovi elementi sintomatici non esistenti in precedenza - e pertanto non rilevati dai colleghi precedentemente intervenuti - ma insorti successivamente nell'arco di tempo garantito con la propria assistenza²¹".
- Rapporti medici stessa specializzazione ma di diversa sede: la questione che ha maggiormente impegnato gli studiosi del settore riguarda la **c.d. cooperazione per consulto**. La giurisprudenza sul punto tende, generalmente, ad affermare la responsabilità di entrambi i sanitari coinvolti nel fatto lesivo²².
- Rapporti medici di diversa specializzazione: la questione che più maggiormente si presenta agli onori della cronaca e nei tribunali riguarda i rapporti tra **chirurgo ed anestesista**.

²¹ Cfr. Cass., sez. IV, 02.03.1999, Maresi, in riv. It. Leg., 1999, 516.

²² Cfr. Cass. sez. IV, 06.06.1981, Faraggianna, in giust. Pen., 1982, III, 634.



La giurisprudenza in proposito non sembra affatto unanime, ed infatti secondo un primo orientamento, più rigoristico, tra specialisti in differenti discipline sussiste un **dovere di controllo reciproco**²³. Si pensi all'ipotesi in cui durante un intervento per asportazione delle tonsille di una piccola paziente, questa perde la vita a causa di una crisi respiratoria; in un caso del genere sono stati ritenuti responsabili sia l'anestesista, per aver omesso la necessaria vigilanza ai fini della prevenzione di possibili complicazioni post operatorie, sia il chirurgo capo équipe per essersi affidato alla vigilanza dell'anestesista e non aver controllato di persona l'operato di quest'ultimo - tra l'altro incaricato subito dal chirurgo stesso di seguire un altro intervento.

Secondo un diverso orientamento, invece, le sfere di responsabilità dei due sanitari vanno tendenzialmente ritenute autonome²⁴. Secondo tale orientamento, infatti, *"l'anestesista è deputato a controllare lo stato di insensibilità del paziente alla operazione chirurgica, la sua reazione e la sicurezza dal punto di vista respiratorio e cardiocircolatorio, mentre non ha nessuna competenza, e quindi nessun incarico, di controllare la presenza di tamponi nella cavità soggetta all'operazione. Non risponde, pertanto, delle conseguenze lesive conseguenti ad un processo infettivo ricollegabile a un tampone dimenticato nel corpo del paziente"*.

Pur riconoscendo che resta difficile individuare criteri generali in un ambito in cui la casistica concreta si presenta estremamente varia, alcune considerazioni appaiono doverose; infatti, va osservato che la presenza di una articolata disciplina legislativa dei **compiti affidati all'anestesista**, contenuta all'art. 1 della legge 5.8.1954, n. 653, sembrerebbe giustificare una sfera autonoma di responsabilità dei sanitari in questione, basata sulla circostanza che ormai la legislazione e la prassi sembrano orientate verso un progressivo affrancamento dell'anestesista dalle dipendenze del chirurgo.

²³ Cfr. Cass., sez. IV, 14.06.2000, n. 1410.

²⁴ Cfr. Cass., sez. IV, 30.10.1984, Passatelli, in cass. pen. 1985, 2233.



§ 4. LA RESPONSABILITÀ DEL SANITARIO NEL DIRITTO CIVILE.

La responsabilità del sanitario implica anche rilevanti questioni sul piano del diritto civile. Volendo circoscrivere le questioni di maggior rilievo pragmatico circa la responsabilità civile del sanitario, queste riguardano in particolare (i) la natura della responsabilità del medico e della struttura sanitaria; (ii) l'individuazione degli obblighi gravanti sul sanitario circa il consenso informato del paziente.

Nell'ambito dell'attività medico chirurgica, infatti, si è soliti distinguere la responsabilità gravante sulla struttura sanitaria da quella del singolo medico che ha materialmente cagionato il danno al paziente.

È di qualche settimana fa la notizia divulgata dal nuovo quotidiano di Puglia, nel cui titolo è dato leggersi *“In sala operatoria per un'ernia, ne esce con un testicolo in meno: condannati medico e casa di cura”*.

In particolare si trattava di un intervento “consigliato ed eseguito celermente”, per curare un'ernia inguinale che si è trasformato in un incubo per il paziente, il quale risvegliandosi dall'anestesia si è ritrovato senza un testicolo²⁵.

Ebbene, in casi come quello appena esposto la legge n. 24 del 2017, nota come legge Gelli-Bianco, in particolare l'art. 7 della legge, disciplina la responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria, prevedendo un trattamento differenziato: la prima risponde delle condotte colpose o dolose a titolo contrattuale; mentre il sanitario risponde ai sensi dell'art. 2043 c.c., e quindi a titolo extracontrattuale, qualora questi operi all'interno della struttura e sia venuto a contatto col paziente in assenza di uno specifico rapporto contrattuale con lo stesso; mentre lo stesso risponde secondi i canoni della responsabilità contrattuale qualora lo stesso abbia assunto una specifica obbligazione contrattuale direttamente nei confronti del paziente.

Il diverso regime di responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) implica, in particolare, un conseguente diverso regime probatorio ed un diverso termine di prescrizione. Infatti, qualora ricorra una responsabilità contrattuale il diritto del creditore (nel caso di specie il paziente) si prescrive in dieci anni, e questi per far

²⁵ Cfr https://www.quotidianodipuglia.it/lecce/testicolo_intervento_medico_casa_di_cura_lecce-4440657.html



valere il proprio diritto ha il solo onere di allegare la fonte dell'obbligazione e l'inadempimento della controparte. Invece, qualora ricorra una responsabilità extracontrattuale del sanitario, il diritto del paziente si prescrive nel termine di cinque anni e l'onere probatorio è maggiormente appesantito dal fatto che il paziente avrà l'onere di allegare e provare il fatto illecito, il nesso di causa fra la condotta e l'evento, ed il danno.

La seconda questione di maggior interesse relativa alla responsabilità civile del sanitario riguarda gli oneri di acquisizione del consenso informato del paziente da parte del sanitario.

Il consenso del paziente, infatti, rappresenta l'espressione del principio di autodeterminazione del paziente, il quale ai sensi dell'art. 32 cost. ha anche il diritto di evitare di sottoporsi a trattamenti sanitari salvo quelli previsti come obbligatori dalla legge. Nell'ipotesi di omessa informazione del paziente da parte del sanitario sussiste una responsabilità di questi che tendenzialmente viene qualificata come responsabilità contrattuale.

Ora poniamo l'ipotesi di una domanda di risarcimento del danno avanzata da un paziente nei confronti della struttura sanitaria e del medico a seguito di un intervento chirurgico di splenectomia, dopo che allo stesso era stata prospettata solo la necessità di asportazione di una cisti.

Orbene, in ipotesi come quella appena esposta si discute se la responsabilità per omessa informazione del medico possa configurarsi indipendentemente dall'esito fausto o infausto dell'intervento.

Sul punto la giurisprudenza maggioritaria afferma che il diritto all'autodeterminazione del paziente è un diritto autonomo e pertanto slegato dall'esito dell'intervento, e ciò in ragione dell'obbligo del sanitario d'informare il paziente si estende anche prevedibili conseguenze del trattamento cui sottopone il paziente²⁶.

²⁶ Cfr. ex plurimis Cass., sentenza n. 10423/19 e depositata il 15.04.2019.



§ 5. LA RESPONSABILITÀ ERARIALE DEL SANITARIO.

La responsabilità del sanitario per errore commesso nello svolgimento delle proprie funzioni ha anche rilevanti ripercussioni in sede erariale, qualora il sanitario rivesta la qualifica di pubblico dipendente.

In particolare la disciplina della responsabilità erariale dell'esercente la professione sanitaria è contenuta all'art. 9 della legge Gelli-Bianco.

La norma testé citata prevede la disciplina dell'azione di rivalsa o c.d. di responsabilità amministrativa della struttura sanitaria nei confronti del sanitario.

Per meglio comprendere la tematica una premessa pare doverosa!

L'art. 28 della Costituzione prevede che la responsabilità civile del dipendente pubblico si estende all'amministrazione di appartenenza, e ciò in ragione di una maggiore tutela dei diritti dei singoli cittadini danneggiati dall'azione del dipendente.

Quindi, nell'ipotesi di una richiesta del danno da parte del paziente nei confronti del medico ben potrebbe essere estesa alla struttura sanitaria, alla quale deriverebbe un danno c.d. indiretto. E proprio nell'ipotesi in cui sia la struttura sanitaria pubblica a ristorare il danno subito dal paziente che deriva la responsabilità erariale nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, purché quest'ultima abbia comunicato entro 45 giorni al sanitario l'instaurazione del giudizio civile o l'avvio delle trattative stragiudiziali con il danneggiato.

Il legislatore ha altresì previsto nella succitata norma che la struttura sanitaria ha il diritto di esercitare l'azione di rivalsa entro il termine di un anno dall'avvenuto pagamento del risarcimento.

§ 6. CONCLUSIONI

La tematica della responsabilità del sanitario in tutte le sue sfaccettature penali, civili ed erariali presenta ancora, nonostante i diversi interventi legislativi succedutisi, notevoli lacune e contraddizioni, che non danno ai medici quella serenità che dovrebbe caratterizzare l'attività medica considerata nella sua fondamentale importanza; dall'altro ai pazienti che abbiano effettivamente subito un danno a causa



SCOZZARI E ASSOCIATI
AVVOCATI

dell'errore, causato per colpa o dolo del sanitario, a vedersi concretamente ed in tempi più celeri ristorato il diritto leso.

Ma v'è di più!

Uno dei problemi che la classe medica dovrebbe tentare di risolvere va ricercato all'interno dei propri ordini, considerato che qualsiasi tipo di procedimento (penale, civile ed erariale) necessita di consulenti che sono sempre appartenenti alla classe medica. Molto spesso nei tribunali si assiste a massacri da parte dei consulenti dei giudici e dei pubblici ministeri nei confronti dei colleghi dottori che si trovano al di là della barricata come imputati o come chiamati a risarcire eventuali danni conseguenti a pazienti che ormai molto spesso hanno trovato una facile fonte di arricchimento al ricorrere di un qualsivoglia errore medico, dovuto anche al crescente atteggiamento rigoristico nei confronti della classe medica. Occorrerebbe in altre parole trovare, all'interno della classe medica, canoni di equilibrio, correttezza e soprattutto lealtà deontologica che spesso manca.

Non da meno gli avvocati istigatori di denunce penali infondate e cause civile peregrine ma questo è un tema in altro convegno.

Noto 10 maggio 2019

Giuseppe Scozzari