

QUESITI

AVE GIOIA BUONINCONTI

La responsabilità del medico tra teoria e prassi: nodi vecchi e nuovi

SOMMARIO: 1. Considerazioni sul metodo. - 2. La questione del fondamento della liceità dell'attività medica. A) Il ricorso alle cause di giustificazione. - Rinvio. - B) Il ricorso alla categoria dell'obbligo. - 3. Gli obblighi pertinenti alla prestazione dell'attività medica: aspetti generali. - 4. La responsabilità medica: nodi sostanziali e processuali. - 5. Il decreto Balduzzi: i primi contrasti giurisprudenziali e le interpretazioni della dottrina. - 6. La responsabilità medica per prestazioni in *équipe*.

1. Considerazioni sul metodo

In un pregevole saggio Natalino Irti¹ mette a confronto con la consueta acutezza la scienza medica e la scienza giuridica. Irti sostiene che esse avrebbero un metodo comune il cui strumento sarebbe costituito dal fattore diagnostico. Il metodo comune consisterebbe nel fatto che ambedue le scienze partono dall'osservazione empirica per poi elaborare su di essa delle leggi di uniformità. Poste di fronte alla soluzione di un caso, la scienza medica e la scienza giuridica utilizzerebbero lo strumento della diagnosi tendente alla ricostruzione del fatto attraverso la sua sussunzione sotto leggi. Irti sottolinea, a questo punto, la diversità tra le due scienze: posto che le leggi di uniformità della scienza medica sono leggi descrittive mentre le leggi di uniformità della scienza giuridica sono leggi prescrittive. Di qui, Irti giunge al nucleo della questione e cioè alla cd. grande dicotomia tra essere e dover essere. Il caso clinico si differisce dal caso giuridico non perché si tratti di tipi o metodi di giudizio diversi, poiché alla base della ricostruzione il tipo e il metodo di giudizio sono analoghi e la soluzione del caso risulta come esito della diagnosi, sicché può essere resa con la formula del giudizio ipotetico: se A allora B. Però occorre ricordare la precisazione già sottolineata, dal momento che le leggi di uniformità della scienza medica sono leggi descrittive, mentre quelle della scienza giuridica sono leggi prescrittive. La correttezza della soluzione del caso clinico dipende dalla possibilità della sua ricognizione metodica e quindi dalla sua sussunzione sotto leggi naturali note che appartengono già alla scienza medica, oppure dalla possibilità della sua riconduzione alla sussunzione sotto leggi di probabilità statistica. Queste ultime devono essere tuttavia rappresentative di una elevata probabilità, in quanto l'accertamento diagnostico medico tende ad escludere l'incertezza e quindi non può attribuire attendibilità a probabilità statisti-

¹ IRTI, «Legge e caso», in *Diritto e clinica per la decisione del caso*, Atti del Seminario Internazionale di Studio, Padova, 27 e 28 gennaio 1999, Padova, 2000, 17 ss.

che che non siano vicine alla certezza². Rispetto alla soluzione del caso giuridico la diversità si evidenzia nel senso che le leggi prescrittive della scienza giuridica non appartengono alla stessa realtà dei fatti, bensì segnano l'orientamento o, più precisamente, il senso da dare ai fatti: nella ricostruzione giuridica dei fatti le leggi di uniformità si specificano come leggi di conformità. Da ciò deriva che quando dal passato (i fatti già accaduti) si passa ai fatti che continuano ad avvenire, la legge regola i fatti solamente nel “modo della durata”; se invece quei fatti non devono continuare ad avvenire o non devono più accadere nel modo in cui sono avvenuti in precedenza, la legge propone un nuovo modello di uniformità che funziona come modello di conformazione dei fatti. In tal guisa si propone la differenza tra la ricostruzione di ciò che accade in termini di essere e in termini di dover essere sicché la soluzione del caso giuridico diventa la conseguenza necessaria secondo leggi vigenti, leggi giuridiche e, quindi, prescrittive³.

In questa citazione del saggio di Irti, l'affermazione di una comunanza di metodo fra la scienza medica e la scienza giuridica postula che la soluzione del problema diagnostico è data dal ricorso al metodo della sussunzione sotto leggi. Tuttavia occorre fare una ulteriore osservazione. Quando si tratta di elaborazione di leggi di uniformità sulla base dell'osservazione empirica dei fatti, occorre tener presente che c'è differenza tra le leggi di uniformità che appartengono ad una scienza descrittiva e le leggi di uniformità che, invece, caratterizzano una scienza prescrittiva quale è quella giuridica. Dunque, mentre è corretto parlare di leggi di uniformità per una scienza descrittiva quale è quella medica, in cui nelle leggi di uniformità si sussumono casi che determinano una nuova tipologia emergente, dal punto di vista della scienza giuridica questo metodo si può meglio definire di normalizzazione dei casi piuttosto che di sussunzione sotto leggi di uniformità. Per le scienze giuridiche i casi concreti vengono riportati a “tipo” attraverso la loro normalizzazione che, è appena il caso di precisarlo, è cosa diversa dalla normatività della regola che viene applicata nella soluzione del problema giuridico. La normalizzazione,

² Sulle modulazioni di certezza della sussunzione sotto leggi, sempre importanti le considerazioni di STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000.

³ “Nel mondo dei fatti mi posso orientare quando, attraverso l'esperienza, ricavo le regole dell'accadere dagli atti, per cui ordino concettualmente i fatti e stabilisco delle derivazioni del tipo causa-effetto. Nel mondo delle norme l'orientamento è dato dal dovere, per cui la scelta operativa è prestabilita dalla stessa norma; l'adempimento del dovere è quindi la scelta operativa corretta, ma la verifica della correttezza della scelta non si raggiunge attraverso il riferimento al reale, bensì attraverso il confronto con la norma. Il collegamento tra dovere e norma esprime la caratteristica qualità della norma giuridica, quella di essere *vincolante*, di produrre cioè *l'obbligo* di conformazione alla scelta operativa prestabilita nella norma”. Così RAMACCI, *Corso di diritto penale*, a cura di Guerrini, Torino, 2013, 5.

caratteristica delle operazioni giuridiche, è appunto quella del senso che si imprime all'essere dei fatti concreti; di qui la possibilità di parlare anche per le leggi della scienza giuridica di leggi di uniformità, anche se si tratta più precisamente, di uniformità per normalizzazione. Quest'ultima conclusione non è applicabile al metodo della scienza medica e quindi solleva un interrogativo sulla totale identità dello strumento metodologico diagnostico, così come presentata nel saggio di Irti. Una cosa è infatti reperire nell'essere un fattore di uniformità, altra cosa è, invece, normalizzare l'essere per riportarlo a norma⁴.

2. La questione del fondamento della liceità dell'attività medica. A) Il ricorso alle cause di giustificazione - Rinvio

La considerazione che l'attività medica è invasiva della persona, nonché potenzialmente lesiva e dunque pericolosa, ha posto da tempo la questione del fondamento della sua liceità⁵. In un primo tempo la dottrina si era orientata verso un'applicazione all'attività medica dei principi ricavabili dalle cause di giustificazione. In particolare si era sottolineata la possibilità di applicare ad essa la previsione dello stato di necessità oppure quella del consenso. Questa doppia possibilità è stata fonte nel prosieguo di tempo della elaborazione di una costruzione in forza della quale l'applicazione in *bonam partem* per analogia dello stato di necessità e del consenso portava ad una sorta di "super-causa" di giustificazione creata *ad hoc* per l'attività medica e ricavabile appunto dai principi pertinenti alle due cause di giustificazione tipiche. Sono note le obiezioni che sono state rivolte verso l'elaborazione dogmatica delle cause di giustificazione non codificate; in generale, queste obiezioni si riportano alla drastica negazione dell'applicazione anche in *bonam partem* dell'analogia in materia penale, sicché su di esse è inutile qui insistere perché pertengono a

⁴ Nel commentare la sentenza delle Sez. un. n. 2437 del 2008, FIANDACA, (*Luci ed ombre della pronuncia a Sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Il Foro*, 2013, II, 5), dopo aver evidenziato che nell'attività medico-chirurgica, a prescindere dall'approccio 'analitico', e cioè quello che fonda il giudizio di tipicità sulla sola dimensione materiale-oggettiva, o sull'approccio 'unitario', e cioè quello che respingendo l'equiparazione bisturi-pugnale include nel giudizio di tipicità il contenuto di volontà e la direzione finalistica che solitamente ineriscono ad un trattamento conforme ai dettami della scienza medica, si chiede se sia "in giuoco una sorta di infallibile intuizione ermeneutica, dettata da non meglio definibili radici assiologiche dell'ordinamento giuridico, tali da neutralizzare comunque in rapporto all'intervento medico-chirurgico qualsiasi disvalore suscettibile di rilievo penalistico?" E conclude: "sono questi i tipi di interrogativi, cui ogni concezione (per dir così) intuizionistico-unitaria del reato da sempre non riesce a fornire risposte davvero tranquillizzanti."

⁵ MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2007, 269.

trattazioni diverse, alle quali conseguentemente si rinvia⁶.

Non può essere pretermessa, però, la considerazione di una particolare sentenza, quella delle Sezioni unite della Cassazione, n. 2437/2008, in forza della quale si sostiene che l'attività medico chirurgica possa essere resa lecita dal consenso presunto per la sua "beneficialità" nei confronti del malato. Questa pronuncia delle Sez. un. ha, infatti, ritenuto che l'attività medica costituisca un'utile gestione quando, in assenza di consenso, ma nel rispetto delle *leges artis* e con esito fausto, sia stata intrapresa una terapia che non rientrava (nel caso di specie si trattava di una terapia chirurgica) nell'ambito del consenso formulato dal paziente per altro intervento chirurgico, ma che, nel corso dell'intervento chirurgico iniziato col consenso, si è ritenuto indispensabile attuare in quanto una sua dilazione sarebbe stata nociva per la salute del paziente. In questo modo la soluzione giurisprudenziale del caso non soltanto ha fatto ricorso a una categoria di consenso la cui praticabilità è del tutto opinabile, quella del consenso presunto⁷, e ha trasformato surrettiziamente l'attività medica da prestazione d'opera a obbligazione di risultato, ma ha in qualche modo adombrato anche l'utilizzabilità dello stato di necessità sotto la

⁶ RAMACCI, *Corso di diritto penale* cit., 227 ss.; L'ID. precisa che "la dottrina favorevole all'estensione per analogia (cd. analogia *in bonam partem*) delle fattispecie scriminanti usa l'argomento che esse non sono norme penali, ma sono espressione di principi generali dell'ordinamento e aggiunge l'argomento della sanzionabilità penale come *extrema ratio*. Si tratta di ottimi argomenti che però producono l'indeterminatezza della materialità del fatto illecito e la considerazione dell'illiceità come una qualità trascendentale del fatto di reato piuttosto che come risultato del riscontro di fatto della presenza o dell'assenza di elementi descrittivi; dove per trascendentale si intende la qualità dell'ente reato denominata «illiceità» o «antigiuridicità», che risulta distinta e non coincidente con il «fatto» preveduto dalla legge come reato. L'esito finale - più che discutibile sul piano della legalità - è che un fatto incriminato da una precisa previsione di legge può essere ritenuto lecito senza una precisa disposizione di legge che lo scrimini (contro le statuizioni degli artt. 12 e 14 Disp. sulla legge in gen.)". Conformemente a tali premesse lo stesso RAMACCI, *I delitti di omicidio*, II, Torino, 1997, 19, sostiene che "la legge penale deve applicarsi soltanto al fatto conforme al tipo legale e ciò perché l'applicazione della legge penale a casi diversi da quelli in essa considerati, anche se simili, equivale alla creazione di una nuova legge, creazione che il nostro ordinamento riserva in modo assoluto al legislatore ordinario (riserva assoluta di legge, art. 25, co. 2, Cost.)". Sulla stessa linea PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2010, 35 e ss.: "... quando si prospetta l'analogia di una norma favorevole si prospetta in realtà non già il 'riempimento' di una 'lacuna', ma il sovvertimento di una disciplina legalmente stabilita" MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 72 ss., si interroga sulle reali possibilità applicative dell'analogia *in bonam partem* e, riflettendo sui diversi sistemi a legalità sostanziale e a legalità formale, conclude che "la nostra tradizione giuridica comprova come l'analogia *in bonam partem* e sia rimasta pressoché relegata sul piano delle affermazioni teoriche e, comunque, non abbia mai dato luogo a lamentate utilizzazioni arbitrarie".

⁷ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 248. L'A., pur aderendo alla rilevanza del consenso presunto (per analogia *ex art. 50 C.p.*), ne limita il fondamento, ponendo l'attenzione sulla ravvisabilità della *eadem ratio* dell'abbandono del proprio interesse contrastante che, a sua volta, necessita dei requisiti della utilità obiettiva al momento del fatto per l'avente diritto.

forma dell'urgenza medica. Può anche essere che questa pronuncia giurisprudenziale sia ispirata a motivi di giustizia sostanziale, ma il ricorso ad una sentenza delle Sez. un. dimostra che il problema giuridico era e rimane molto complicato e che la forzatura del ricorso alle cause di giustificazione risulta dalla presunzione del consenso e dallo scambio tra urgenza e necessità, che collide anche con l'essenziale revocabilità del consenso, cambi o meno la situazione in cui e per cui esso sia stato prestato. La strada da seguire è, allora, quella di ribadire che la condizione di legittimazione all'operato medico è rappresentata dal consenso di chi ha diritto alla propria salute, quale che sia l'esito, sempre che la prestazione rispetti le *leges artis*. Se, invece il consenso è presunto in forza del principio di "beneficialità", il medico può soltanto sperare nell'esito fausto, almeno se l'orientamento espresso dalla citata sentenza delle Sez. un. dovesse consolidarsi. Infine, il ricorso alle cause di giustificazione è improprio anche per un altro verso, perché, nelle cause di giustificazione gli interessi in conflitto pertengono a soggetti diversi e non a un unico soggetto, il paziente. Se mai, il meccanismo giustificativo potrebbe adattarsi all'obiezione di coscienza⁸ del medico conflittuale con il diritto alla salute del paziente⁹.

B) Il ricorso alla categoria dell'obbligo.

Recentemente, però, è sopravvenuta una nuova e consistente presa di posizione che sposta decisamente la questione del fondamento della liceità, introducendo per l'attività medica la categoria dell'obbligo. Questa impostazione¹⁰ vuole così tagliare i ponti con la questione del fondamento della liceità dell'attività medica, criticando globalmente l'utilizzabilità del meccanismo giu-

⁸ L. 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternità e sulla interruzione volontaria della gravidanza (art. 9). Più recentemente l'obiezione di coscienza è stata prevista dall'art. 16 L. 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

⁹ «Il confine avviene quindi tra la norma esterna, giuridica e quella interna, non giuridica. La prima dice 'fai' e comanda; la seconda dice 'non fare' e vieta. O si rispetta l'una o si rispetta l'altra: il conflitto è insanabile e sceglie come teatro di scontro la nostra interiorità. Un conflitto assiologico fra il valore tutelato dalla norma esterna e quello tutelato dalla norma interna. Un conflitto fra due titani. Sofferto. Ma la norma esterna ne esce alla fine perdente, perché quella interna proietta una luce assiologica abbagliante, che indica solo una via. Come nel tradizionale esempio di Antigone, che nella tragedia di Sofocle, seppellisce la salma del fratello contro la volontà del re. Immagine risalente di un conflitto umano senza tempo, a tinte romantiche». Così PIRAS, *Quando volere non è potere: in tema di obiezione di coscienza*, Nota a Cass., sez. VI pen., sent. 27 nov. 2012 (dep. 2 aprile 2013), n. 14979, M.P.F., Pres. De Roberto, Est. Fidelbo, **Note per L'Autore: indicare nome imputato**, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁰ LEONCINI, *Obbligo di cura e liceità dell'atto medico*, Roma, 2008.

ustificativo¹¹. L'argomento fondamentale è che il meccanismo giustificativo rappresenterebbe una carta in bianco rilasciata al medico, in quanto il medico stesso potrebbe scegliere caso per caso se intervenire o meno. Se si fa luogo, infatti, all'applicazione delle cause di giustificazione, tanto nel versante delle cause tipiche quanto in quello delle cause non codificate, non si può sfuggire all'*impasse* in forza della quale la giustificazione conferisce la facoltà, ma non l'obbligo di compiere il fatto¹². È pacifico, infatti, che per tutte le cause di giustificazione il consenso non obbliga a ledere il diritto altrui, ed ancora che non è obbligato a difendersi chi sia aggredito, e, infine e soprattutto, che lo stato di necessità da un lato tutela interessi di soggetti diversi e non interessi dello stesso soggetto, dall'altro è fonte pur sempre di una facoltà e non di un obbligo di commettere il fatto necessitato.

L'utilizzazione delle cause di giustificazione come *ratio* di liceità dell'attività medica è criticabile dunque, sotto il versante della struttura dell'illecito come impossibilità di applicare analogicamente in *bonam partem* degli elementi negativi tipici e sotto il versante della deontologia medica, perché se il medico avesse soltanto la facoltà e non l'obbligo di curare, non si comprenderebbe la ragione della sua punibilità per omissione di cure (dovute)¹³.

L'impostazione riferita trova sostegno in due indicazioni normative: la prima di rango costituzionale è ricavabile dall'art. 32 Cost., che sancisce il diritto individuale alla salute, anche in vista dell'interesse pubblico. Pertanto, la tutela della salute non costituisce un semplice interesse solidaristico, come tale affidabile alla buona volontà del medico che avrebbe soltanto la facoltà di curare, ma costituisce invece la fonte di un preciso obbligo. La considerazione svolta spiega anche perché l'attività medica necessiti dell'autorizzazione pubblica attraverso l'abilitazione statale, senza la quale l'attività del non abilitato non può essere considerata attività medica, in quanto è illecita¹⁴.

Un ulteriore argomento, che dimostra l'esistenza dell'obbligo di cura per il

¹¹ Formula riserve sul ricorso alle scriminanti per la soluzione del problema riguardante il fondamento di liceità dell'attività medica, anche MANNA, *Profili del trattamento medico chirurgico*, Milano, 1984, 114.

¹² LEONCINI, *Obbligo di cura*, cit., 105 ss.

¹³ LEONCINI, *Obbligo di cura*, cit., 139 «...l'affermazione della diretta derivazione della liceità dall'obbligo di cura...evidenzia...» che si tratta di «dovere diretto verso la persona nella sua irripetibile individualità...». L'ID. inoltre afferma che tale ricostruzione del fondamento di liceità corrisponde alla visione costituzionale in quanto valorizza «il ruolo della medicina nella sua duplice dimensione solidaristica e personalistica di 'servizio', e non di mera 'libertà' di esercitare la professione, o peggio, di 'potere' sulla persona del paziente». Su tale prospettiva v. anche INTRONA, *La responsabilità professionale nelle arti sanitarie*, Padova, 1955, 33.

¹⁴ Sul punto v. MINNELLA, *Professioni, arti e mestieri (Esercizio abusivo di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1991, XXIV, 1.

medico abilitato si ricava dallo stesso art. 32 Cost., laddove stabilisce l'obbligatorietà per legge di trattamenti sanitari,¹⁵ ad esempio quelli epidemiologici.

È evidente, però, che il discorso svolto non riguarda tutta l'ampia gamma delle prestazioni mediche¹⁶ sicché occorrono opportune precisazioni. Quella che si può trarre dalla disposizione dell'art. 23 Cost., per cui «nessuna prestazione personale può essere imposta se non in base alla legge» conferma la conclusione relativa ai trattamenti sanitari obbligatori, dove l'art. 23 è applicabile insieme all'art. 32 Cost. Bisogna, però, ancora verificare se sia possibile riportare l'attività medica a una fonte normativa di obbligo: attraverso la disposizione dell'art. 1372 c.c., in base alla quale il contratto di diritto privato ha forza di legge fra le parti, e attraverso le norme di diritto pubblico che disciplinano l'ordinamento sanitario statale.

Nella struttura dell'ordinamento sanitario statale l'obbligo di curare da parte del medico deriva dal rapporto di diritto pubblico che innesta il medico nell'esercizio di un'attività che è anch'essa sottoposte a regole di diritto pubblico per quanto riguarda i caratteri della prestazione. Nell'altra ipotesi, quella del contratto di diritto privato, l'obbligo del medico è elemento costitutivo dell'accordo tra le parti che può instaurarsi anche tacitamente. Colui che si reca in uno studio medico privato, perciò solo si pone in un rapporto contrattuale tacito, in quanto si dichiara disposto a pagare la parcella del medico per la sua prestazione di esperto; così anche tacitamente, si stabilisce nei confronti del medico l'obbligo di curare se accetta il paziente, e si costituisce nei confronti del paziente il consenso a atti di accertamento diagnostico sulla propria persona; il consenso può estendersi alla terapia successiva alla diagnosi, se l'informazione che il medico fornisce, convince il paziente che il rapporto costi-benefici è vantaggioso. Chiaro che qui il "consenso" agisce non come elemento fondante la liceità, ma come elemento del contratto che si costituisce tacitamente nel momento in cui il medico e il paziente dimostrano nei fatti la loro volontà e giungono all'accordo. Se le cose stanno in questi termini, e se cioè l'obbligo di cura si stabilisce come elemento fondante del rapporto medico malato, il medico con l'obbligo di cura è garante della salute del malato, o per meglio dire, è costituito garante della porzione di salute che il malato conferisce alle sue cure. Infatti, a seconda dei diversi tipi di malattia, è 'consentita' dal malato l'invasività e la potenziale lesività contingente, ma strettamente pertinente appunto al *quid* di salute che viene conferito, contestual-

¹⁵ L. 23 dicembre 1978, n. 833, Istituzione del servizio sanitario nazionale.

¹⁶ Per un'ampia panoramica sui vari tipi di attività medica v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 269 ss.

mente alla richiesta di stabilire un accordo per poter essere curato. Se in questo modo il medico è garante per la salute in quanto tale, egli diventa responsabile non soltanto per le sue azioni, ma anche per le sue omissioni.

Qualche precisazione è ancora necessaria perché se è vero che il consenso costituisce un atto abdicativo¹⁷, nel senso che il malato conferisce la propria salute o una porzione della propria salute al medico del quale richiede le cure, è vero anche che il malato deve dismettere anche i diritti connessi, ad esempio, alla inevitabilità di un'ispezione corporale che comporti anche il contatto intimo. Questo consenso è, e può essere, un consenso tacito, ma è ovvio che non si tratta di un consenso negoziale¹⁸, perché il contratto che si costituisce tra il medico e il malato nel momento in cui il malato richiede, in via privata, la prestazione d'opera da parte del sanitario, non ha per oggetto il consenso, ma ha come causa la prestazione sanitaria da una parte a fronte della richiesta di cure dall'altra che comporta il pagamento della parcella professionale. Il consenso, di per sé, è una "meta-volontà" che il paziente esprime, nel senso che è una volontà al di sopra della volontà contrattuale, che precede la volontà contrattuale ed è ad essa estranea; non inerisce alla natura del contratto, ma appunto rappresenta una condizione di legittimazione all'attività del medico.

3. Gli obblighi pertinenti alla prestazione dell'attività medica: aspetti generali

La prestazione dell'attività medica comporta la soggezione del sanitario a determinati obblighi che si possono distinguere in obblighi interni alla prestazione professionale e obblighi esterni. È interno alla prestazione professionale in primo luogo l'obbligo di informazione: esso consiste nella diagnosi che il medico deve eseguire, rispetto al caso clinico che si presenta, e nel conseguente annuncio della terapia che si preveda possa risolvere la patologia in atto. A questo obbligo di informazione segue un secondo momento che, appunto, determina la legittimazione dell'esecuzione della terapia annunciata. Sulla base dell'informazione ricevuta il malato deve esprimere il proprio consenso all'esecuzione della terapia annunciata e, in questo senso, si usa parlare di consenso informato. L'accertamento del consenso deve avvenire con le dovute cautele: è noto che molto spesso esso viene raccolto in un documento (molto spesso prestabilito e in genere prestampato), nel quale il malato consente a determinate attività medicali. È chiaro che deve sussistere una corrispondenza tra diagnosi, terapia annunciata e consenso: pertanto, non dovreb-

¹⁷ RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., 304.

¹⁸ LEONCINI, *Obbligo di cura*, cit., 70.

bero esistere dei moduli generici prestampati, ma dovrebbero, piuttosto, prevedersi moduli differenziati a seconda del tipo di attività sanitaria che deve essere prestata nei diversi casi¹⁹.

Altro obbligo interno, da parte del medico, è quello dell'esecuzione della terapia annunciata, sia essa una terapia clinica, o una terapia chirurgica, con le problematiche eventualmente attinenti all'attività medica in *équipe*, come si evidenzierà in seguito. Quando si tratta dell'esecuzione di una terapia clinica, evidentemente, questa deve essere vigilata dal sanitario nei modi della sua prestazione, nel caso in cui alcune modalità debbano essere necessariamente delegate ad altri o al malato stesso (ad es. la scansione dell'assunzione dei medicinali). La vigilanza del medico sulla terapia, quindi, dipende dal tipo di diagnosi clinica e dal tipo di patologia in atto, in quanto per alcune terapie è necessario l'intervento del medico perché non possono essere prestate da personale sanitario diverso, mentre per altre terapie è necessario il controllo sulla efficacia e sulla non nocività. Recentemente, da parte della normativa che ha liberalizzato la somministrazione di oppiacei come terapia del dolore in determinate patologie, è stato aggiunto un altro obbligo interno alla prestazione medica che consiste nella somministrazione di cure palliative²⁰. È bene sottolineare che le cure palliative non sono cure salvatrici né ripristinatorie della salute, ma costituiscono cure che eliminano o attenuano il dolore, che è una sintomatologia che può essere contrastata da prestazioni sanitarie. In forza della legge n. 38 del 2010 è riconosciuto il diritto del malato di chiedere le cure palliative²¹, a cui corrisponde un obbligo del sanitario di eseguire la prestazione richiesta anche se questa, come appunto nel caso degli oppiacei, ottunde le capacità intellettive del malato stesso; di qui la previsione di conflitti di coscienza derivanti dalle convinzioni religiose del sanitario: se la terapia ottunde le facoltà mentali, essa potrebbe impedire al malato una resipiscenza sulla vita vissuta e quindi, in proiezione soterologica, precluderebbe questa prospettiva salvifica; di qui la previsione per cui al medico è in generale consentita l'obiezione di coscienza (art. 22 Codice di deontologia medica), anche

¹⁹ La Cassazione (Cass. civ., Sez. III, 9 dicembre 2010, x., *Guida al diritto* 2011, 10, 53) ha infatti affermato che "Ai fini della responsabilità medica (ex art. 2236 C.c.), la completa e corretta informazione non è un dato che può desumersi dalla mera sottoscrizione di un modulo del tutto generico". È, dunque, necessario fornire in modo esaustivo "tutte le informazioni scientificamente acquisite sulle terapie che si vogliono praticare, o sull'intervento chirurgico che si intende eseguire, illustrandone le modalità e gli effetti, i rischi di insuccesso, gli eventuali effetti collaterali".

²⁰ L. 15 marzo 2010, n. 38, Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore. Sull'attenzione dell'Italia alle cure palliative v. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 249 e ss.

²¹ Sulle connessioni tra sedazione palliativa e l'eutanasia v. RAZZANO, *Dignità del morire*, cit., 266.

se nel caso di specie esso non è stato preso in considerazione²².

Tra gli obblighi esterni all'attività medica in senso proprio sono annoverabili innanzitutto l'obbligo di referto di cui all'art. 365 c.p., con la clausola di esonero prevista dal primo comma dello stesso articolo, e l'obbligo di riservatezza, la cui violazione è punita come rivelazione di segreto professionale dall'art. 622 c.p.; il relativo quadro è arricchito alla luce delle norme processuali, ai sensi dell'art. 200 c.p.p., in materia di *ius tacendi* e di facoltà di astensione, in quanto il sanitario non può essere obbligato a rivelare notizie apprese nell'esercizio della sua attività professionale²³.

²² L'obiezione di coscienza è stata ammessa, in linea generale per tutta l'attività medica, nel recente Codice di deontologia medica (18 maggio 2014): l'art. 22 intitolato «Rifiuto di prestazione professionale» sancisce che «il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico scientifici a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». Per inquadrare la problematica potrebbe essere utile operare una ricognizione dell'obiezione di coscienza così come trattata dalla Corte costituzionale seppure in relazione a settori del tutto diversi. Per es. si può ricordare la sentenza della Corte costituzionale (Corte cost., n. 196 del 1987) relativa al diniego di sollevare obiezione di coscienza da parte del giudice tutelare per l'interruzione volontaria della gravidanza di minorenne. Allora la Corte non ravvisò il contrasto degli art. 9 e 12 legge n. 194 del 1978 tra l'altro con l'art. 3 Cost. così motivando: «a ben vedere, trattasi di comporre un potenziale conflitto tra beni parimenti protetti in assoluto: quelli presenti alla realtà interna dell'individuo, chiamato poi, per avventura, a giudicare, e quelli relativi alle esigenze essenziali dello *ius dicere* (ancorché *intra volentes*). Orbene, a parte i contenuti di doverosità presenti nell'art. 54, co. 2, Cost., un indice rimarchevole, sia pure a fronte della libertà di associazione, emerge dal dettato del successivo art. 98, co. 3, là dove tale estrinsecazione di una fondamentale libertà individuale soffre per il magistrato di limitazioni, avuto riguardo al dover questi pronunciare, tra l'altro, proprio sulle questioni familiari. È peraltro, ancora, l'inamovibilità garantita al magistrato (art. 107) che come lo pone al riparo da qualsivoglia interferenza *ab externo*, così comporta - salvi i casi *ex artt.* 51 e 52 c.p.c. di sopravvenuto difetto nella neutralità propria del decidere - l'indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia, interesse d'ordine generale il cui rilievo costituzionale questa Corte ha ripetutamente riconosciuto (cfr. Corte cost., n. 1 del 1981). Il magistrato è tenuto ad adempiere con coscienza appunto (art. 4 L. 23 dicembre 1946, n. 478) ai doveri inerenti al suo ministero: si ricompongono in tal modo, nella realtà oggettiva della pronuncia, e i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare. È propria del giudice, invero, la valutazione, secondo il suo "prudente" apprezzamento: principio questo proceduralmente indicato, che lo induce a dover discernere - secondo una significazione già semantica della prudenza - *intra virtutes et vitia*. Ciò beninteso in quei moduli d'ampiezza e di limite che nelle singole fattispecie gli restano obiettivamente consentiti realizzandosi, in tal guisa, l'equilibrio nel giudicare». Nel caso in esame, però, a fronte del conflitto che potrebbe crearsi tra la coscienza del medico per motivi religiosi e il diritto del malato alle cure palliative la Corte sarebbe chiamata a decidere una questione collocabile, con espressione cara alla dottrina tedesca in un «*rechts freier Raum*» cioè in uno spazio fuori (libero) dal diritto?

²³ BORGOGNO, *Segreto professionale e Riservatezza. Profili penali e implicazioni sistematiche*, Roma 2012, 223 e ss. In particolare, per gli esercenti la professione sanitaria, v. 246 e ss. Inoltre, relativamente ai rapporti tra segreto professionale e attuale tutela della riservatezza (normativa sulla *privacy*), v. 51 ss.

4. La responsabilità medica: nodi sostanziali e processuali

Tornando ancora sull'obbligo di cure e sul connesso obbligo di garanzia, si deve ulteriormente sottolineare che da quest'ultimo deriva la componente omissiva della colpa medica. Il medico, infatti, è responsabile non soltanto per le sue azioni, ma anche per le sue omissioni, relativamente alla prestazione di cure. Occorre a questo punto precisare che la responsabilità del sanitario può essere sia una responsabilità civile sia una responsabilità penale. Una responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 o anche una responsabilità contrattuale e non aquiliana, ai sensi dell'art. 2236 c.c.

Per l'accertamento della responsabilità penale e della responsabilità civile è centrale il momento della causalità. Qui la situazione si divarica in quanto per l'accertamento della causalità in sede civile è valido il criterio del più probabile che non e, quindi, sulla base delle allegazioni delle parti, il giudice decide favorendo la parte che ha fornito argomenti convincenti anche solo al 51%²⁴. A questo criterio si aggiunge quello delle *chances* perdute, prevalentemente connesso all'attività omissiva, oppure al divario tra la terapia scientificamente più valida e quella che inizialmente è stata invece praticata. Inoltre, se si applica il criterio enunciato dall'art. 2236 c.c., il sanitario risponderebbe soltanto

²⁴ V. Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Guida al diritto* 2008, 6, 20, in particolare § 8.10: ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass., Sez. un., 11 settembre 2002, Franzese, in *questa Rivista*), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali *standars* delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale (in questo senso vedansi: Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 10; Id., Sez. III, 18 aprile 2007, n. 9238, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 4; Id., Sez. III, 5 settembre 2006, n. 19047, www.dirittoegiustizia.it; Id., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in *Giur. it.* 2006, 2, 281; Id., Sez. III, 21 gennaio 2000 n. 632, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 100). Anche la Corte di Giustizia CE è indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13 luglio 2006, n. 295, ha ritenuto sussistere la violazione delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore se "appaia sufficientemente probabile" che l'intesa tra compagnie assicurative possa avere un'influenza sulla vendita delle polizze della detta assicurazione; Corte giustizia CE, 15 febbraio 2005, n. 12, sempre in tema di tutela della concorrenza, ha ritenuto che "occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili"). Detto standard di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. *evidence and inference* nei sistemi anglosassoni).

di colpa grave nel caso di prestazioni tecniche di elevata difficoltà²⁵. Ferman-doci a questo punto, si può immediatamente constatare che l'affermazione della responsabilità in sede penale comporta, invece, un accertamento al di là di ogni ragionevole dubbio della colpevolezza del medico, ai sensi dell'art. 533 c.p.p.: ciò significa che si debbano escludere altre eziologie, oltre quella medica, e ritenere ciò sulla base di leggi scientifiche note oppure di leggi stati-stiche di alta probabilità. Dalle differenze in tema di convincimento del giudi-ce, in sede civile o penale, consegue la dinamica del rapporto tra l'azione pe-nale e quella civile²⁶. Nodo quest'ultimo che per l'elevato contenzioso in ma-teria di responsabilità sanitaria diventa un tema di primario interesse anche sul piano applicativo, oltre che teoretico.

Preliminarmente: sosteneva Carnelutti²⁷ che per restituire al processo penale la sua purezza bisognasse scaricare il processo medesimo della decisione in-torno alle conseguenze civili del reato e svincolare del tutto una dall'altra le due giurisdizioni. In effetti oggi, tanto il diritto positivo, nella specie il nuovo codice di procedura penale, quanto il cd. diritto giurisprudenziale sembrano procedere lungo questo solco. È lo stesso diritto positivo che stabilisce, ap-punto, normativamente, un valore specifico e vincolante al *decisum* del giudi-ce penale nel caso dell'efficacia della sentenza penale di condanna nel giudi-zio civile o amministrativo di danno (art. 651 c.p.p.). Per quanto riguarda la sussistenza del fatto, la commissione del fatto da parte del reo e l'illiceità pe-nale del fatto, il giudicato penale fa stato in sede civile per l'accertamento del-la responsabilità del sanitario e quindi su questi punti il giudice civile non può interferire²⁸. Analogamente l'art. 652 c.p.p. dispone l'efficacia della sentenza

²⁵ In relazione all'«annoso dibattito» sull'art. 2236 c.c., v. da ultimo ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶ Il nostro ordinamento prevede una serie di soluzioni esperibili dalla persona offesa dal reato che, come è noto, può non soltanto scegliere di costituirsi "parte civile" nel procedimento penale, in modo che il giudice penale possa decidere anche sulle conseguenze civili (artt. 74-75 c.p.p.), ma prevede altresì che la parte civile, in caso di assoluzione dell'imputato ed in assenza di ricorso da parte del procuratore generale, ricorra in Cassazione per l'annullamento della sentenza ai soli effetti civili (art. 622 c.p.p.).

²⁷ CARNELUTTI, *Crisi della giustizia penale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, 251.

²⁸ Sui rapporti tra la sentenza di assoluzione ed il giudicato civile ed in particolare sui rapporti tra gli artt. 75, 88, 652 c.p.p. v. Cass. civ., Sez. III, 12 marzo 2015, n. 4929, in www.dirittoegustizia.it: «il sistema dei rapporti tra la sentenza penale di assoluzione e il giudizio civile di risarcimento del danno risulta dal combinato disposto di tre norme: gli artt. 75, 88 e 652 c.p.p. Tali norme, per come costantemente interpretate da questa Corte, fissano una regola, una eccezione ed una eccezione all'eccezione, che ov-viamente fa risorgere la regola generale. 1.3. La regola è che la sentenza penale ha "effetto di giudicato" nel giudizio civile di risarcimento del danno quando ricorrano tre condizioni: (a) che la sentenza penale

penale di assoluzione nel giudizio civile o amministrativo di danno. In entrambi i casi, il privilegio da assegnare a un giudizio formulato al di là di ogni ragionevole dubbio si sposa all'attuazione del principio di economia dei giudizi oltre che all'intento di evitare eventuali contraddizioni di giudicati. Si deve rilevare, però, che sul piano dell'applicazione in sede giurisprudenziale civile emergono punti di frizione in relazione alle formule assolutorie ex art. 530 c.p.p., in particolare in merito ai limiti dell'efficacia preclusiva della sentenza assolutoria resa ai sensi del secondo comma. Ad esempio, è stato affermato che l'effetto preclusivo si limita ai fatti nella loro realtà fenomenica e, cioè, condotta, evento, nesso di causalità con esclusione di antigiuridicità, colpevolezza e di qualsiasi altra questione che, derivando dai fatti accertati, può assumere rilevanza ai fini della qualificazione giuridica dei rapporti controversi, da esaminare autonomamente in sede civile²⁹ mentre la giurisprudenza pe-

sia stata pronunciata in esito al dibattimento; (b) che il danneggiato si sia costituito parte civile, ovvero sia stato messo in condizione di farlo; (c) che in sede civile la domanda di risarcimento del danno sia stata proposta dalla vittima nei confronti dell'imputato, ovvero di altro soggetto che abbia comunque partecipato al giudizio penale nella veste di responsabile civile. Soltanto quando ricorrano congiuntamente tutte e tre queste condizioni si produce il c.d. effetto di vincolo, ovvero l'impossibilità per il giudice civile di ritenere inesistenti i fatti accertati dal giudice penale, ovvero di ritenere esistenti fatti dei quali sia stata esclusa la verità in sede penale. Ne segue che la sentenza penale di condanna non ha alcuna efficacia vincolante per il giudice civile quando: (a) sia stata pronunciata senza dibattimento; (b) la vittima non si sia costituita parte civile, né sia stata messa in condizione di farlo; (c) non vi sia coincidenza soggettiva tra le parti del processo penale e quelle del processo civile di risarcimento. L'eccezione alla regola appena riassunta è contenuta nell'ultima parte del primo comma dell'art. 652 c.p.p.. Essa prevede che anche quando la sentenza penale sia stata pronunciata in esito e dibattimento, e la vittima sia stata citata quale parte civile, il giudicato penale non vincola il giudice civile se questo sia stato adito dalla parte offesa "a norma dell'art. 72, co. 2, c.p.p.", vale a dire quando la vittima, per propria scelta, abbia deciso di non costituirsi parte civile, e di domandare il risarcimento del danno direttamente al giudice civile. Infine, l'eccezione all'eccezione si verifica quando la vittima del reato decida di domandare il risarcimento del danno dinanzi al giudice civile: (a) dopo essersi già costituita parte civile, oppure (b) dopo che sia stata già pronunciata la sentenza penale di primo grado. In questo caso il processo civile dovrà obbligatoriamente sospendersi, e la sentenza penale - in ossequio alla regola generale - avrà effetto di giudicato nel giudizio civile di risarcimento. Tutti i principi sin qui riassunti sono risalenti e pacifici nella giurisprudenza di questa Corte (in tal senso, tra le tante, Sez. 3, Sentenza n. 15112 del 17/06/2013, Rv. 626947; Sez. 1, Sentenza n. 319 del 09/01/2013, Rv. 624637; Sez. L., Sentenza n. 4519 del 21/02/2008, Rv. 602116; Sez. 3, Sentenza n. 15408 del 10/08/2004, Rv. 575929; Sez. 3, Ordinanza n. 1654 del 27/01/2005, Rv. 581220; Sez. L., Sentenza n. 4775 del 09/03/2004, Rv. 570908).

²⁹Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2003, n. 7765, in *Foro it.*, 2003, I, 2314; Id., Sez. III, 8 ottobre 1999, n. 11283, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2086. La sentenza evidenzia segnatamente due orientamenti: diverse pronunzie delle sezioni civili della Corte di cassazione affermano, al riguardo, che "in tema di rapporti tra il giudizio penale e quello civile, il giudicato penale produce gli effetti preclusivi previsti dall'art. 652 c.p.p. solo quando contiene un effettivo accertamento dell'insussistenza dei fatti o dell'impossibilità di attribuirlo all'imputato e non quando l'assoluzione sia motivata con la mancanza di sufficienti elementi di prova in ordine al fatto o all'attribuibilità di esso all'imputato". (Cass, Sez. III, 19 maggio 2003, n. 7765, cit.; Id., Sez. L., 13 dicembre 1996, n. 11162, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1740; Id., Sez. L., 30 marzo 1998, n. 3330, in *Foro it.*, 1998, I, 2913; Id., Sez. Lav., 20 aprile 2006, n. 9235, in *Giust. civ.*

nale che invece è orientata a ritenere la mancanza dell'interesse dell'imputato assolto *ex art. 530 co, 2, c.p.p.*, «atteso che tale formulazione relativa alla mancanza, alla insufficienza o alla contraddittorietà della prova non comporta una minore pregnanza della pronuncia assolutoria né segnala residue perplessità sull'innocenza dell'imputato: non può pertanto in alcun modo essere equiparata all'assoluzione per insufficienza di prove prevista dal codice di rito in vigore anteriormente alla riforma del 1988»³⁰. Questo contrasto di orientamenti fa sì che mentre la Cassazione penale ritiene che l'imputato «non può proporre ricorso in sede penale, contro la sentenza di assoluzione *ex art. 530, co. 2, c.p.p.* per difetto di interesse, in quanto la sentenza di assoluzione fa stato nel giudizio civile, la Cassazione civile, invece, ritiene che possa essere richiesto il risarcimento in sede civile, potendo fornire il danneggiato la prova mancante nel giudizio penale, essendo consentita al giudice civile l'autonoma valutazione e qualificazione dei fatti storicamente accertati dal giudice penale»³¹. Pertanto, *rebus sic stantibus*, un ulteriore ordine di problemi potrebbe derivare, in caso di assoluzione, dalle sentenze recanti un generico riferimento assolutorio all'art. 530 c.p.p., attraverso la menzione 'il fatto non sussiste', ma senza esplicitare se ai sensi del I o al II co., mentre la medesima formula compare in ambedue i co. Sembra opinabile che si possa ricorrere alla motivazione in merito alla condotta, all'evento e al nesso di causalità per precisare il dispositivo³² e altrettanto deve dirsi per l'ipotesi di una duplicazione del

Mass. 2006, 4). Un orientamento ancor più radicale della Cassazione civile ritiene che il vincolo derivante dal giudicato penale concerne i fatti nella loro realtà fenomenica e, cioè, condotta, evento, nesso di causalità con esclusione di antigiridicità, colpevolezza e di qualsiasi altra questione che, derivando dai fatti accertati, può assumere rilevanza ai fini della qualificazione giuridica dei rapporti controversi, da esaminare autonomamente in sede civile (*Cass.*, Sez. III, 19 maggio 2003, n. 7765, cit.; *Id.*, *Indicatore* Sez. III, 8 ottobre 1999, n. 11283, cit.).

³⁰ *Cass.*, Sez. II, 8 marzo 2011, P.G. in proc. Zandarin, in *Mass. Uff.*, n. 250048.

³¹ *Cass.*, Sez. II, 8 marzo 2011, P.G. in proc. Zandarin, cit.

³² Da ultimo *Cass.*, Sez. IV, 18 febbraio 2015, M.F., in *www.dirittoegiustizia.it*, nell'ottica della predetta strumentalità: «come precisato da questa Corte (cfr. *ex plurimis*, *Cass.*, Sez. II, 20 maggio 2008, n. 25530, PG in proc. Laini, in *Mass. Uff.*, n. 240649), innanzitutto si osserva che il dispositivo, che, attraverso la lettura in pubblica udienza, acquista rilevanza esterna prima della motivazione e indipendentemente da essa, non può essere modificato con la motivazione; pertanto in caso di difformità tra il dispositivo e la motivazione, il primo prevale sulla seconda, in quanto il dispositivo costituisce l'atto con il quale il giudice estrinseca la volontà della legge nel caso concreto, mentre la motivazione ha una funzione strumentale». Recentemente la Cassazione (Sez. III, 12 maggio 2015, n. 19537, Attardi, in *Mass. Uff.*, n. 263638) ha escluso la possibilità di integrare il dispositivo attraverso la motivazione: «L'omessa irrogazione di una pena prevista dalla legge nel dispositivo di una sentenza di condanna integra un errore di diritto e non un errore materiale, e, in quanto tale, non è rettificabile né con la procedura di correzione di cui all'art. 130 cod. proc. pen., né attraverso la motivazione della sentenza medesima, poiché trattasi di lacuna che determina l'incompletezza del dispositivo nei suoi elementi essenziali, a norma dell'art. 546, co. terzo, cod. proc. pen. (In applicazione del principio, la

processo in sede civile³³ per perplessità della formula assolutoria³⁴. Queste conclusioni sono confortate dal rilievo che la stessa Cassazione civile, con orientamento costante, afferma che «la sentenza penale di assoluzione per avere il giudice escluso il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento preclude l'azione civile per il risarcimento del danno, non essendo consentito al giudice civile ricostruire gli accadimenti in modo da postulare l'esistenza di detto elemento, ancorché sotto altra prospettiva»³⁵.

5. Il decreto Balduzzi: i primi contrasti giurisprudenziali e le interpretazioni della dottrina

Il tema della colpa medica e del suo accertamento suscita problemi di ordine strettamente tecnico-giuridico e altre questioni di ordine pratico, ma che si ripercuotono sullo svolgimento dell'attività sanitaria, come ad esempio l'esponentiale crescita del contenzioso che è all'origine della cd. medicina difensiva³⁶, la lievitazione dei costi per le polizze assicurative e il loro peso sulla spesa sanitaria tanto pubblica³⁷ che privata. Questo complesso di fattori ha indotto il legislatore ad intervenire per regolamentare la materia della colpa

S.C. ha annullato la sentenza d'appello nella parte in cui aveva inflitto, per il reato di violazione di sigilli, la pena pecuniaria, che il giudice di primo grado aveva omesso di irrogare in dispositivo ed aveva poi determinato in motivazione, dando atto che tale sanzione non era stata indicata in dispositivo per mero errore materiale)».

³³ CONSO, *Pluralità di sentenze nei confronti della medesima persona per il medesimo fatto*, in *Giur.it.*, 1950, 337 ss.

³⁴ Ad esempio l'Ord. Tribunale Nocera, Sez. II civ., 15 aprile 2014 (inedita). Rigetta l'eccezione del giudicato penale in quanto l'assoluzione "perché il fatto non sussiste" «produce gli effetti preclusivi previsti dall'art 652 C.p.p. solo quando contiene un 'effettivo' accertamento dell'insussistenza del fatto». Il giudice civile, adito dopo tre gradi di giudizio davanti al giudice penale, che in secondo grado aveva assolto con la formula perché il fatto non sussiste", a fronte del rigetto del ricorso effettuato ai soli fini civili in Cassazione, senza alcun rinvio alla Corte di Appello civile (Cass., Sez. IV, 16 aprile 2009, Mascolo, (inedita). Evidentemente il processo origina dalla mancata esplicitazione in dispositivo dell'art. 530, co. 1, c.p.p. È chiaro che il rigetto del ricorso della parte civile per l'annullamento agli effetti civili dovrebbe chiudere la questione. Diversamente, infatti, e cioè qualora la Corte di cassazione dovesse rinvenire la presenza di margini di illiceità nella sentenza di assoluzione, questa rinvierebbe, *motu proprio*, al giudice civile competente ai sensi dell'art. 622 C.p.p. (v. Cass., Sez. I, 15 novembre 2013, Braidotti, in *Mass. Uff.*, n. 25547) Incontrovertibilmente, dunque, l'assenza di rinvio da parte della Cassazione penale adita ai soli effetti civili, sta a significare normativamente una 'piena' assoluzione riferibile all'art. 530, co. 1, c.p.p. e non potrà, viceversa, riferirsi all'art. 530, co. 2, c.p.p. altrimenti si consentirebbe un'interpretazione *contra ius!*

³⁵ Cass. civ., Sez. III, 2 marzo 2001, n. 3006, in *Giust. Civ. Mass.* 2001, 379. La sentenza richiama Cass., Sez. III, 4 luglio 1997, n. 6036, in *Foro it.* 1998, I, 2915; Id., 10 giugno 1991, n. 6553, in *Giust. Civ. Mass.* 1991, fasc. 6; Id., 2 aprile 1984, n. 2160, *Giust. Civ. Mass.* 1984, fasc. 3-4.

³⁶ MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa 2014, 121ss.

³⁷ CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

del sanitario determinata da errore tecnico, uniformando il giudizio in sede civile e penale³⁸. Così, in forza del c.d. decreto-legge Balduzzi convertito in legge n. 189 del 2012, è stato stabilito che il sanitario non debba rispondere più per colpa lieve in sede penale. Quindi, in buona sostanza, l'orientamento del legislatore è stato quello di dar concretezza anche in sede penale al criterio fissato nell'art. 2236 c.c. che, ai fini della responsabilità contrattuale, ritiene colposo soltanto l'errore tecnico grave. L'art. 3, co. 1, legge citata stabilisce che: «l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento delle 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. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»³⁹.

I punti più significativi ed innovativi della nuova disciplina sono quelli dell'imputazione soggettiva, nella configurazione della colpa grave e della colpa lieve, nel contesto dell'attività medica, diversa dalla previsione generale, dell'art. 43 c.p., e della “valorizzazione” delle linee guida per le pratiche terapeutiche, finalizzate all'individuazione dei margini della colpa lieve⁴⁰. Si deve

³⁸ MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen econ.*, 2013, 91; DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *questa Rivista*, 2014, 1 ss. Si segnala sul tema BRUSCO, “Decreto Balduzzi” e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento? - Valutazioni critiche su alcuni aspetti della c.d. legge Balduzzi, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 742 e FORTI, “Decreto Balduzzi” e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento? - Il “quadro in movimento” della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate, *ivi*, 738.

³⁹ Per comprendere appieno la portata della nuova normativa è necessario fare preliminarmente un'osservazione sulle diverse formulazioni dell'art. 3 nella versione originale e nella versione modificata alla Camera dei Deputati e successivamente approvata al Senato. Nella versione originale l'art. 3 stabiliva che “fermo restando il disposto dell'art. 2236 c.c., nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie, il giudice, ai sensi dell'art. 1176 c.c., tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale”. In questi termini il legislatore positivizzava le posizioni giurisprudenziali consolidate nel tempo: la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria era così regolamentata dalla “Responsabilità del prestatore d'opera” dell'art. 2236 c.c., facendo risalire la natura della responsabilità della struttura sanitaria pubblica e del medico pubblico dipendente dal “contratto per contatto” (Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giust. civ.* 2009, 11, I, 2532). Nella versione definitiva, invece, si è fondata la responsabilità del sanitario, seguendo il precedente filone interpretativo giurisprudenziale, sulla responsabilità civile extracontrattuale previste dall'art. 2043 c.c.

⁴⁰ Si è giustamente rilevato (CIPRIANI, *La responsabilità medica e la legge Balduzzi*, in *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, a cura di Pezzano, Torino, 2014, 4) che “non si debba più parlare di ‘responsabilità del medico’ ma di ‘responsabilità medica’, da concepirsi come un vero e proprio ‘sottosistema’ della responsabilità civile”. La stessa A. osserva le ricadute pratiche della parziale

subito rilevare che tali direttive non costituiscono modelli legali precostituiti del tipo delle regole cautelari, la cui violazione configura la colpa specifica⁴¹. Le linee-guida «si collocano a mezza via tra regole etiche, direttive deontologiche e prescrizioni giuridiche. Non si tratta quindi di ordini calati dall'alto, categorici e definitivi, ma di suggerimenti, di indirizzi motivati ed intesi a tenere conto di tutte le istanze talora confliggenti, quali emergono dal mondo dei sanitari, dei pazienti, degli amministratori, dei giuristi»⁴². Le nuove disposizioni avrebbero dovuto sopire i contrasti dottrinali e giurisprudenziali relativi alla cd. colpa medica, prevedendo una esimente⁴³, nel caso in cui l'esercente si fosse attenuto alle linee-guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, salvo restando l'obbligo risarcitorio⁴⁴. La settorialità dell'intervento legislativo ha però suscitato sin dall'inizio dubbi sulla sua coerenza con i principi costituzionali⁴⁵. In particolare, mentre la Cassazione⁴⁶ non si è dimostrata critica verso il mutamento legislativo, in forza del quale si deve escludere la

decriminalizzazione della colpa medica 'lieve', nei processi pendenti, in applicazione della retroattività della norma più favorevole, ai sensi dell'art. 2 c.p. (*ibidem*, 7).

Inoltre, sul punto, v. PALAZZO, *Responsabilità medica, 'disagio' professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1063.

⁴¹ Le linee guida costituiscono, secondo la definizione dell'Institute of medicine, "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". Tuttavia, nelle prime sentenze emanate dopo il decreto Balduzzi, la Cassazione ha sostenuto che "le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro le istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiari contingenze..... L'ontologica 'terzietà' del sapere scientifico accreditato è lo strumento a disposizione del giudice e delle parti per conferire oggettività e concretezza al precetto ed al giudizio di rimprovero personale Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, in *Mass. Ull.*, n. 255105.

⁴² PORTIGLIATTI-BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 891.

⁴³ Sulla qualificazione giuridica della non punibilità del medico per colpa lieve, una parte della giurisprudenza civile si è pronunciata nel senso di qualificarla come esimente penale che tuttavia non elide l'illecito civile. (Cass. civ., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al diritto* 2013, 17, 25). Altra parte della giurisprudenza penale esclude, invece, che si possa configurare un'esimente. "Infatti, non si è in presenza di una giustificazione che trovi la sua base in istanze germinate in altre parti dell'ordinamento giuridico. Né può pensarsi ad una scusante, cioè ad una causa di esclusione della colpevolezza". (Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit.). Non si prende qui posizione sulla qualificazione giuridica, giusta quanto già anticipato nel paragrafo 2.

⁴⁴ V. Tribunale di Arezzo 14 febbraio 2013. Tale interpretazione della giurisprudenza si fonda sul presupposto che l'art. 3 Decreto Balduzzi, nel secondo periodo, abbia esclusivamente la funzione di non far venir meno l'obbligo di risarcire il danno, senza alcuna indicazione dei criteri da applicare nell'accertamento della natura della responsabilità risarcitoria.

⁴⁵ Sul punto DI GIOVINE, *In difesa del decreto Balduzzi*, cit.

⁴⁶ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit.

configurabilità di reato e, di conseguenza la responsabilità penale, in presenza di una colpa sanitaria soltanto lieve¹⁷, un *revirement* si è avuto con l'ordinanza del Tribunale di Milano del 21 marzo 2013, n. 124, che ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 3 legge n. 189 del 2012 per difetto di tassatività e violazione del principio di uguaglianza¹⁸.

In particolare, i punti evidenziati dal giudice milanese hanno riguardato l'utilizzo di termini non definiti quali "colpa lieve" e "linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica". L'introduzione del concetto di "colpa lieve", presente soltanto in via indiretta come "grado della colpa" tra i parametri indicati dal legislatore nell'art. 133 c.p. per la commisurazione della pena, costituirebbe, afferma l'ordinanza "il punto più debole della normativa in parola, in quanto lascerebbe ampia discrezionalità del giudice nella interpretazione ed applicazione di tale formula", sicché si paleserebbe «la necessità di tassativi, determinati, precisi parametri normativi, primari o sub primari, idonei a delimitare il '*discrimen*' della punibilità». Per quanto attiene le linee-guida da seguire, che nell'intento del legislatore dovevano costituire il superamento delle problematiche attinenti alla cd. "medicina difensiva", l'ordinanza osserva che così si determina in realtà una irragionevole ed iniqua discriminazione fra gli esercenti l'attività medica: «l'area di non punibilità è ingiustificatamente premiale per coloro che manifestano acritica e rassicurante adesione alle linee guida o alle buone prassi ed è altrettanto ingiustificatamente avvilente e penalizzante per chi se ne discosta con una pari dignità scientifica.....; con l'effetto perverso di ostacolare l'evoluzione del pensiero scientifico e la sperimentazione clinica».

Un ulteriore profilo, sottolineato dall'ordinanza di rimessione, riguarda l'ambito applicativo che si riferirebbe in maniera indiscriminata e irragionevolmente estesa «anche a soggetti privi del compito di adottare scelte terapeutiche e /o diagnostiche - quindi estranei al tema della medicina difensiva- che

¹⁷ Da precisare, tra l'altro che la Suprema Corte ha osservato che la previsione dell'art. 3 ha dato luogo nell'ambito *de quo* ad una "*abolitio criminis*" parziale degli artt. 589 e 590 c.p., avendo ristretto l'area del penalmente rilevante individuata da questi ultimi ed avendo ritagliato implicitamente due sottofattispecie, una che conserva natura penale e l'altra divenuta penalmente irrilevante (Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit.).

¹⁸ Il caso di specie riguardava un processo a carico di alcuni sanitari di un istituto ortopedico, imputati del reato di lesioni personali gravi e, durante lo svolgimento del processo, è entrata in vigore la nuova normativa Balduzzi, che secondo il giudice remittente delinea "un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi". Tale previsione sarebbe in contrasto con i principi costituzionali sanciti negli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111.

pur fanno parte della categoria degli operatori sanitari»⁴⁹. Dal punto di vista dei soggetti, si creerebbe, quindi, una disparità di trattamento tra l'operatore sanitario ed altra persona cooperante non dotata di tale qualificazione che, pertanto, risponderebbe anche per "colpa lieve"; ed ancora, tra il sanitario dipendente pubblico e altro funzionario pubblico, eludendo l'art. 28 Cost., in forza del quale, «tutti i funzionari dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili, amministrative degli atti compiuti in violazione di diritti». Ancora, non vi sarebbe tutela penale per la persona offesa nel caso di danno alla salute determinato dalla colpa lieve degli operatori sanitari perché «la persona offesa non può ricevere protezione alcuna in sede penale, ma soltanto in sede civile in base all'art. 2043 c.c.», con violazione dell'art. 27 Cost. in relazione al principio della funzione rieducativa della pena, in quanto «avere sostanzialmente depenalizzato la colpa lieve per gli operatori sanitari comporta l'impossibilità di punire chi ha cagionato un reato con colpa, rendendo concreto il rischio che la norma cautelare voleva evitare, ed in conseguenza non si consente la rieducazione dell'autore dello stesso».

La Corte costituzionale, con ordinanza n. 295 del 2013, ha dichiarato inammissibile la riferita questione di legittimità costituzionale per il motivo che «il rimettente non specifica la natura dell'evento lesivo, le modalità con le quali esso sarebbe stato causato ed il grado della colpa ascrivibile agli imputati e soprattutto, non precisa se, nell'occasione, i medici si siano attenuti - o quantomeno, se sia sorta questione in ordine al fatto che essi si siano attenuti - a "linee guida e a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" proprie del contesto di riferimento, cosicché possa venire effettivamente in discussione l'applicabilità della norma censurata»⁵⁰.

La Corte, pertanto, non è entrata nel merito delle questioni, ma sarebbe auspicabile che il legislatore precisasse le regole relativamente all'accertamento della responsabilità aquiliana, della responsabilità contrattuale e della illiceità penale, in quanto l'attuale inesistenza, in sede penale, di un concetto giuridico di colpa lieve basato su dati sicuramente normativi induce a perplessità in ordine alla tassatività della condotta prescritta.

Tornando all'esame dell'art. 3 decreto Balduzzi, la segnalata commistione tra

⁴⁹ La qualifica dell'infermiere quale autonomo "operatore sanitario" e non più mero "ausiliario" del medico si rinviene, infatti nelle leggi n. 42/1999 e 251/2000.

⁵⁰ Impossibile, secondo la Corte costituzionale, la rilevanza della questione sulla base dell'unica indicazione fornita dal giudice *a quo*, del riferimento ad "un processo nei confronti di alcuni operatori sanitari di un Istituto ortopedico, imputati del reato di lesioni personali gravi, cagionate ad un paziente «con colpa generica e per violazione dell'arte medica».

concetti civilistici e concetti penalistici, in particolare con riferimento alla non punibilità per colpa lieve (graduazione offerta prima dal solo diritto civile insieme alla *culpa lata* ed alla *culpa levissima*)⁵¹, si scontra con l'attuale formulazione della colpa che, secondo l'art. 43 C.p., ha un versante soggettivo, come assenza della volontà di commettere il fatto e uno oggettivo in quanto realizzazione dell'evento lesivo per la violazione di regole di cautela o di tutela. Infatti, pur nell'ampia varietà di forme della negligenza, dell'imprudenza e dell'imperizia, appare arbitrario riconoscere una differenziazione o graduazione di colpa identica ai parametri civilistici. D'altra parte, non si può non rilevare che da tempo la giurisprudenza civile, in tema di responsabilità medica, in particolare nei casi di prestazioni che implicino la soluzione di problemi tecnici particolarmente difficili, ha sostenuto che l'art. 2236 c.c., limitando la responsabilità del professionista ai soli casi di dolo o colpa grave, non trova applicazione per i danni ricollegabili a negligenza o imprudenza, dei quali il professionista risponde anche solo per colpa lieve⁵². Ed ancora che i criteri in base ai quali valutare la diligenza e la correttezza dell'esecuzione della obbligazione inerente all'esercizio dell'attività professionale (obbligazione di mezzo e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico si impegna alla prestazione della propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non al suo conseguimento)⁵³ sono quelli della diligenza del buon professionista (ai sensi dell'art 1176 c.c.), diligenza che nel caso di attività sanitaria comporta il rispetto e l'attuazione di tutte le regole, anche tecniche, e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica⁵⁴.

Alla luce delle risultanze della giurisprudenza, si può forse ipotizzare che l'ultimo provvedimento legislativo ha recepito gli orientamenti dei giudici civili in merito alle categorie di colpa lieve e di colpa grave, immettendole

⁵¹ Sulla questione i primi commenti della dottrina hanno criticato il riferimento dell'art.3 alla colpa lieve, anche se, in precedenza, autorevole dottrina (MANTOVANI, *Diritto penale* cit., 345) aveva sostenuto che sarebbe ormai superata la vecchia contrapposizione tra colpa civile e colpa penale, differenziandosi soltanto per la tipica graduabilità della prima e l'asserita impossibilità di graduazione della seconda. L'A. ricorda, a riprova della propria posizione, la graduabilità della colpa penale fornita da, gli artt. 133 e 61 n. 3, c.p., nonché l'assenza "di una differenza ontologica tra colpa penale e colpa civile, in quanto l'art. 2054 c.c. non configura una colpa a se stante, ma soltanto un'inversione dell'onere della prova".

⁵² Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 2007, n. 5846, in *Ragiusan* 2007, 281-282, 289.

⁵³ Sul punto v. NATALI, *A margine del Decreto Balduzzi*, in *www.questionegistizia.it*, L'A. precisa, in tema di causalità materiale e ricordando l'incidenza sul tema delle sentenze della Cassazione a Sez. un., nn. 577 e 582 del 2008, che tutte le "obbligazioni non sono di mezzi, ma mirano pur sempre e, dunque, hanno ad oggetto un risultato".

⁵⁴ Tribunale di Bari, 21 gennaio 2011, in *www.giurisprudenzabarese.it*.

nell'impianto penalistico esistente⁵⁵ e ciò al fine di produrre il restringimento dell'area di responsabilità del sanitario (senza preoccuparsi delle implicazioni concettuali derivanti dalle modulazioni della colpa). A tal proposito la dottrina ha già obiettato che il ricorso al parametro del "grado della colpa" previsto nell'art. 133 c.p. non è sufficiente. Infatti, se «l'art.133 c. p., enunciando gli elementi di cui il giudice deve tener conto nel valutare l'entità del reato, ha riguardo anche al 'grado della colpa', ciò vuol significare soltanto il riferimento ad una maggiore ovvero minore gravità dell'atteggiarsi colpevole, non già il riconoscimento di figure giuridiche autonome (quali '*culpa lata*', '*culpa levis*' e '*culpa levissima*') impossibili a delinearli»⁵⁶. Inoltre si deve rilevare che il grado della colpa appare non solo nelle previsioni relative agli elementi che afferiscono alla gravità del reato, ma anche in quelle attinenti alla qualificazione degli elementi circostanziali del reato, artt. 70 e 118 c.p. e quindi il 'grado' della colpa viene valutato prima insieme agli elementi previsti dall'art. 133 c.p. per stabilire la gravità del reato e poi anche in funzione circostanziale. Ciò dimostra che la graduazione della colpa pertiene alla quantificazione della pena e non ad un indice di livello che produce o esclude la rilevanza penale. Il problema sembra ridursi, pertanto, alla sovrapposizione della 'colpa grave' ex art. 2236 c.c. alla colpa ex art. 43 c.p., operata in ragione della particolarità della prestazione; diversamente, infatti, si giungerebbe all'elusione dell'obbligo risarcitorio da reato (ex art. 185 c.p.)⁵⁷.

L'art. 3 decreto Balduzzi, configura una imputazione colposa che recepisce la distinzione tra colpa generica e colpa specifica⁵⁸; ciò che cambia è il rapporto tra colpa civile e colpa penale, perché esso recupera parte del modello della prima⁵⁹. La particolarità della professione medica, pur consentendo in linea teorica dei percorsi prestabiliti, nella prassi necessita di una valutazione del caso concreto e di un adattamento del 'percorso normale', indicato dalle linee-guida, alla specificità della malattia e del malato⁶⁰. Pertanto le linee-guida e i protocolli non possono costituire parametri di tutela vincolanti e la loro os-

⁵⁵ La rilevanza penalistica del fatto ricollegabile ai criteri della colpa grave si rinviene esclusivamente per quanto attiene la bancarotta semplice secondo l'art. 217 Legge fallimentare e l'art 64 c.p.c. sulla responsabilità del consulente tecnico.

⁵⁶ BETTIOL-MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Padova 1986, 539.

⁵⁷ Ci sia consentito rinviare a BUONINCONTI., *La colpa nel diritto penale*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, a cura di Giusti, V, Padova 1999, 594.

⁵⁸ GALLO, *Colpa penale*, voce in *Enc. Dir.*, VII, 1960, 41.

⁵⁹ CASTRONUOVO, *La colpa 'penale'. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di Donini, Orlandi, Bologna 2013, 1726.

⁶⁰ Ad es. in alcune patologie infettive, normalmente si somministra un antibiotico, ma in rarissime forme infettive dell'intestino, l'antibiotico è controproducente, in quanto la somministrazione del farmaco non riesce a debellare la patologia producendone anzi l'espansione.

servanza da sola non può escludere la responsabilità medica⁶¹ e, quanto meno, può far residuare comunque una responsabilità civile del sanitario per colpa lieve⁶². Se si dichiara non vincolante il precetto delle linee-guida, si deve escludere che sulla loro inosservanza possa fondarsi la colpa cd. specifica, sicché la responsabilità del medico andrebbe rapportata alla sola colpa generica⁶³. Tuttavia, il riferimento alle linee-guida e ai protocolli praticato dall'art. 3 induce pur sempre ad operare una distinzione nell'ambito delle regole precauzionali la cui violazione determina imprudenza, negligenza e imperizia⁶⁴; potrebbe così configurarsi la responsabilità penale per imprudenza e negligenza, mentre per configurare la responsabilità penale per imperizia si dovrebbe accertare se il sanitario ha agito con colpa grave o colpa lieve: si tratterebbe, però di una distinzione scomoda in ambito penalistico, perché alla base di ogni reato colposo è ravvisabile un difetto non scusabile di diligenza, che si sostanzia «in un errore sulle condizioni di fatto dell'operare o sulle conseguenze della condotta»⁶⁵.

La distinzione, posto che normativamente ex art. 43 c.p. «il delitto è colposo quando l'evento...non è voluto e si verifica a causa di negligenza imprudenza

⁶¹ Per una serrata critica dell'apporto delle linee-guida, v. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶² In argomento v. PIRAS, *In culpa sine culpa*, *Commento all'art. 3, co. 1, l. 8 novembre 2012, n.189*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁶³ Sulla tendenza a traslare la responsabilità penale per colpa specifica in responsabilità per colpa generica v. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2015, 263. L'A. ritiene che «il tipo colposo, per definizione 'aperto', costituisce un terreno di indagine privilegiato in due macroaree: nel diritto penale del lavoro e nel contesto della responsabilità professionale derivante dall'esercizio di attività sanitarie.....Mentre i decreti degli anni 50' (nel diritto penale del lavoro) hanno favorito una positivizzazione delle cautele (e, perciò l'implementazione della colpa specifica), la successiva evoluzione, condizionata dall'incertezza che pervade i rischi della società post moderna, tende a tramandare regole cautelari che si 'flessibilizzano', aprendo il campo alla colpa generica...».

⁶⁴ GALLO, *Colpa penale*, cit.

⁶⁵ BETTIOL-MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, 521. Recentemente la giurisprudenza ha ravvisato, in tema di colpa professionale medica, che l'errore diagnostico si configura sia nel caso in cui, in presenza di uno o più sintomi di malattia il sanitario non rinquadri il caso clinico in una patologia nota alla scienza pervenendo, pertanto, ad un inquadramento erroneo, sia ancora nel caso in cui si ometta di eseguire o disporre controlli e accertamenti doverosi per una corretta formulazione della diagnosi per procedere ad una terapia adatta al caso concreto (Fattispecie in tema di omessa diagnosi differenziale in relazione ad un'ipotesi di omicidio colposo, Cass., Sez. IV, 4 luglio 2014, C., in *Mass. Uff.*, n. 261363). In senso conforme. Cass., Sez. IV, 17 gennaio 2013, Palmisano, in *Mass. Uff.*, n. 255102. Nel caso in cui il sanitario si trovi di fronte ad una sintomatologia idonea a porre una diagnosi differenziale, la condotta si può definire colposa quando non si proceda ad una diagnosi differenziale mantenendosi nell'erronea posizione diagnostica iniziale. E ciò vale non soltanto per le situazioni in cui la necessità della diagnosi differenziale sia già in atto, ma anche quando è prospettabile che vi si debba ricorrere nell'immediato futuro, a seguito di una prevedibile modificazione del quadro o della significatività del perdurare del quadro già esistente (cfr. Cass., Sez. IV, 12 luglio 2011, Ravasio, in *Mass. Uff.*, n. 251348; Id., Sez. IV, 29 novembre 2005, Campanile, *ivi*, n. 233238).

imperizia...» non appartiene al modello codicistico⁶⁶.

Si parla impropriamente di causalità della colpa: il concetto erroneo⁶⁷ è dedotto dalla formulazione di alcune fattispecie colpose (artt. 589, 590, 449 c.p.), e dallo stesso art. 43 c.p. nella definizione di delitto colposo⁶⁸. Ovvio che la colpa quale atteggiamento psicologico non può di per sé cagionare nulla; piuttosto, la causalità della colpa consiste nell'incidenza del comportamento colposo sulla verificazione dell'evento. Ed invero, in attività sottoposte a continui mutamenti derivanti dal progresso scientifico quale è in particolare l'attività medica, si producono interferenze tra il piano della causalità e quello della colpa, in quanto i criteri di accertamento tendono a sovrapporsi⁶⁹. I piani del nesso causale e della colpa devono rimanere distinti anche se essi sono logicamente consequenziali. È appena il caso di ricordare che nell'indagine causale vengono in rilievo le basi nomologiche note al momento del giudizio, mentre nell'indagine sulla colpa, vengono in rilievo soltanto le basi nomologiche note all'agente nel momento di realizzazione della condotta⁷⁰.

Precedentemente al decreto Balduzzi la giurisprudenza aveva rilevato che “nei reati colposi, ai fini della qualificazione della colpa è rilevante la distinzione tra gravità della colpa (connotato essenzialmente soggettivo) e l'entità dell'apporto causale (elemento prevalentemente oggettivo) in quanto gli elementi possono non coincidere, ben potendo una colpa lieve assumere pre-

⁶⁶ D'AURIA., *Causalità e colpa: una costante ed indebita sovrapposizione*, in *Dir. pen. proc.*, 751, 2014.

⁶⁷ MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 177 e ss.

⁶⁸ Per causalità della colpa si intende “il normativo che deve sussistere tra la violazione del dovere oggettivo di diligenza e l'evento effettivamente verificatosi: l'osservanza della regola precauzionale di condotta (qualunque ne sia la fonte) costituisce con elevata probabilità logica ed alta credibilità razionale, in termini di rassicurante certezza processuale, proprio la causa dell'evento concretamente verificatosi” (Tribunale di Pisa, 27 maggio 2011, B.P., in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*. Fattispecie in tema di tiroidectomia totale: il chirurgo è stato condannato, ai sensi dell'art. 589 c.p., per aver provocato alla paziente, nel corso dell'intervento, una lesione di continuo della parete tracheale).

⁶⁹ CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino 2004, 278.

⁷⁰ Sulla particolare problematica v. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino 2010, 45 e ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale* Milano 2009, 78 e ss. Si è precisato che: “la correttezza di un'impostazione che mantiene distinti i due livelli di imputazione trova conferma sotto un profilo essenziale: il momento originario del decorso causale giuridicamente rilevante può divergere dal momento in cui viene integrata la violazione della regola di cautela. Nell'ipotesi in cui il soggetto crea, con la propria condotta inosservante il pericolo che sfocia poi nel danno, i due momenti giuridicamente rilevanti tendono a coincidere, viceversa, nell'ipotesi in cui l'agente si trova a fronteggiare un pericolo che deriva da un'altra condizione originaria, il momento iniziale del decorso eziologico penalmente rilevante ed il momento su cui si basa il giudizio di colpa possono, senza alcun dubbio, risultare coincidenti”. MAZZA, *Il principio di precauzione nel diritto penale - Osservatorio penale*, in *www.osservatoriopenale.it*.

ponderante incidenza causale e viceversa...⁷¹; successivamente la giurisprudenza ha precisato che la colpa grave consiste nella ragguardevole deviazione dal modello di comportamento, fondando il giudizio sul *quantum* di divergenza della condotta del sanitario dalle accreditate istruzioni scientifico-applicative⁷². Chiari, però, gli inevitabili margini di discrezionalità lasciati al giudice nel caso concreto, perché è difficile superare l'*impasse* del richiamo alle circostanze concrete e alle capacità individuali quali elementi rilevanti ai fini del giudizio di attribuzione della responsabilità per colpa⁷³.

A mio avviso il decreto Balduzzi ha voluto, da un lato salvaguardare l'utilità sociale della professione medica, dall'altro ridurre il rischio di imputazioni nell'esercizio della stessa, che deve essere ridotto in relazione ai progressi scientifici del settore. A questo scopo doveva essere rivisitato non tanto il concetto di colpa quanto la distinzione tra colpa civile e colpa penale per trovare un punto di equilibrio tra le due.

Il decreto Balduzzi non limita la responsabilità medica ai casi di imperizia; sono ancora operanti, ai fini della misura soggettiva della colpa, i criteri della prevedibilità ed evitabilità⁷⁴. Le linee-guida ed i protocolli servono a caratterizzare per confronto i comportamenti attivi od omissivi che possono prevenire o all'opposto produrre eventi dannosi; le linee-guida formulano un criterio in continua evoluzione secondo le progressive conquiste della ricerca scientifico-

⁷¹ Tribunale Pisa cit. In senso conforme Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2011, Michellini, in *Guida al diritto*, 2012, 5, 68; Id., Sez. IV, 25 febbraio 2010, Rossi, in *www.altalex.com*.

⁷² Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, cit.

⁷³ Sulla limitazione della legge Balduzzi al solo profilo dell'imperizia v. ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia* in *Diritto penale contemporaneo.it*. L'A., criticando la suddetta restrizione, auspica che la giurisprudenza prosegua nella strada tracciata di recente dalla Cassazione (Cass. pen., Sez. IV) che include nell'operatività dell'art. 3 legge n. 189 del 2012 anche il parametro della diligenza. Si deve ricordare che in contesti di incertezza scientifica si è formulato il principio di precauzione, che pur in assenza di una univoca definizione, si sostanzia, comunque, in una limitazione di rischi potenziali ed ipotetici. Ciò comporta l'emersione di un nuovo tipo penale che ingloba un dovere di precauzione deputato a trasformare i rischi socialmente avvertiti in particolari contesti di evoluzione scientifica. In argomento v. RUGA PIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, II, 2006, 1743 e ss.; MARTINI, *Incetenza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa*, Firenze 2010, 579 e ss.; PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1077 e ss.

⁷⁴ Si parla di misura soggettiva della colpa "al fine di raggiungere il più possibile la personalizzazione dell'addebito colposo: atteso che il chirurgo modello, cioè l'agente ideale è comunque un'entità astratta che si pone su un piano oggettivo, di talché, una volta accertata sul piano oggettivo la violazione della regola cautelare, occorre sul piano soggettivo accertare l'esigibilità del comportamento conforme alla regola cautelare da parte dell'agente che si trova concretamente ad agire (cd. doppio grado della colpa...)", Tribunale Pisa cit.

tecnologica dei singoli rami della moderna medicina. Pur tuttavia l'allineamento a questi parametri preventivi non esclude di per sé solo la responsabilità per colpa in quanto relativi ad una prassi sanitaria consolidata, perché è bilanciato dal criterio dell'evitabilità che, proiettandosi nella concretezza del caso, tiene conto della specificità del malato, della malattia e delle reali possibilità a disposizione del sanitario.

In definitiva, dall'avvicinamento operato dal decreto Balduzzi fra responsabilità civile e responsabilità penale si può concludere che la colpa lieve produce la sola responsabilità aquiliana con esclusione anche della responsabilità contrattuale *ex art.* 2236 c.c. Anche così, però, qualche problema residua, ad esempio in relazione al richiamo alla responsabilità aquiliana da intendere come responsabilità da fatto illecito o extracontrattuale oppure in senso "atecnico" anche in assenza di contratto tra medico e paziente⁷⁵. Si parla anche di responsabilità "da contatto sociale"⁷⁶ da parte di chi ritiene che il decreto Balduzzi avrebbe riaffermato «le regole consolidate per la responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria da contatto sociale⁷⁷, sicché

⁷⁵ Sulla interpretazione del richiamo all'art 2043 c.c. in senso "atecnico" v. Tribunale di Arezzo, 14 febbraio 2013, in www.scuolagiuridica.it; Tribunale di Cremona, 19 settembre 2013, 19 settembre 2013 in www.altalex.com; e Tribunale di Rovereto, 29 dicembre 2013, in www.penalecontemporaneo.it. In senso contrario, cioè che il richiamo all'art. 2043 C.c. costituirebbe "una indicazione legislativa (di portata indirettamente/ implicitamente) interpretativa, volta a chiarire che, in assenza di un contratto concluso con il paziente, la responsabilità del medico non andrebbe ricondotta nell'alveo della responsabilità da inadempimento/inesatto adempimento (comunemente detta "contrattuale"), bensì in quello della responsabilità da fatto illecito comunemente detta "extracontrattuale"; così Tribunale di Varese 29 dicembre 2012.

⁷⁶ Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit. La Suprema Corte ha superato la risalente opinione della giurisprudenza che la responsabilità della struttura era da qualificarsi come da inadempimento contrattuale, mentre la responsabilità del medico pubblico dipendente doveva essere inquadrata nell'art. 2043 c.c., realizzando un sistema di responsabilità cd. a doppio binario. Per circa venti anni, infatti, la giurisprudenza, costantemente, aveva continuato a qualificare extracontrattuale la responsabilità del medico ospedaliero per i danni arrecati ai pazienti, malgrado l'istituzione del S.S.N., non ravvisando nella legge istitutiva n. 833 del 1978, la fonte di un'obbligazione 'legale' *ex art.* 1173 c.c., in capo al singolo medico che avesse eseguito la sua prestazione in virtù del rapporto organico con la struttura sanitaria (*ex pluris* Cass. civ., 13 marzo 1998, n. 2750 in *Foro it.*, 1998, I, 3521 e *Id.*, civ., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, 1115). Successivamente, a partire dalla sentenza Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332, la Cassazione aveva rifiutato tale orientamento.

⁷⁷ Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Ragiusan*, 2014, 357-58, 204. In senso conforme Tribunale di Bari, 14 febbraio 2014, in www.iusexplorer.it. Per quanto attiene allo specifico richiamo della norma all'art. 2043 c.c. la Cassazione ha sostenuto che tale richiamo "non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve" v. Cass. civ., Sez. VI, ord. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Resp. civ. e prev.* 2014, III, 803. Viceversa, alcune pronunce di merito hanno evidenziato, immanzitutto, sul presupposto della non ipotizzabilità di un diverso regime di responsabilità del medico e della struttura, che l'art. 3 cambierebbe 'il diritto vivente' gettando 'alle ortiche' l'utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale Trib. Torino,

in assenza di una responsabilità penale, il richiamo legislativo a un obbligo di risarcimento del danno non equivale a richiamare un'intera disciplina e il riferimento all'art. 2043 c.c. è del tutto neutro rispetto alle regole applicabili e consente di continuare ad applicare i criteri propri della responsabilità contrattuale»⁷⁸. Finora la responsabilità della struttura sanitaria trovava il proprio fondamento nel cd. contratto di ospitalità: in base a tale contratto la struttura ha l'obbligo di fornire al paziente l'assistenza sanitaria che prevede, oltre alla prestazione medica, anche una serie di obblighi accessori cd. di protezione. Su tali presupposti si distingueva il rapporto struttura sanitaria-paziente dal rapporto medico-paziente, con profili di responsabilità che prescindevano dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli sanitari, in base ai parametri fissati dall'art. 1218 c.c.⁷⁹. Sotto altra angolazione interpretativa, in ordine al riferimento all'art. 2043 c.c., alcuni Tribunali hanno fatto ricorso ad una «interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.», in forza della quale nulla impedirebbe di ritenere che, nel caso di una responsabilità medica anche per colpa lieve, potrebbero essere esperibili sia l'azione *extra* contrattuale da sola o, in alternativa, con quella contrattuale da contatto sociale, secondo il generale principio della cumulabilità dei due rimedi⁸⁰. Secondo questi indirizzi, il riferimento al risarcimento *ex art.* 2043 c.c. previsto dal decreto Balduzzi scinde le due responsabilità, del sanitario e della struttura, ferma restando la responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata che rimane comunque di tipo contrattuale (art. 1218 c.c.)⁸¹, per quanto attiene la responsabilità

26 febbraio 2013. Precedentemente il Trib. di Varese (26 Novembre 2012, n. 1406) aveva affermato che «il legislatore sembra consapevolmente e non per dimenticanza suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come è noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno». Per altro giudice il richiamo dell'art. 3 non sarebbe innovativo, in quanto il rinvio all'art. 2043 c.c. andrebbe riferito esclusivamente al giudice penale nel caso di esercizio dell'azione civile in sede penale, così Trib. Rovereto 29 dicembre 2013.

⁷⁸ Trib. di Arezzo 14 febbraio 2013, cit. Posizione quest'ultima, peraltro ribadita recentemente dall'ordinanza della Cassazione del 17 aprile 2014, n. 8940, cit.

⁷⁹ Cass. civ., Sez. III, 13 gennaio 2005, n. 571, in *Danno e Resp.*, 2005, 5, 563.

⁸⁰ Tribunale Brindisi, 18 luglio 2014, in *Guida al dir.*, 2014, 44, 23. Il giudice ha precisato che «con l'uso della locuzione con valenza eccezionale, è fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.» il legislatore - il cui intento era quello di regolamentare i soli profili penali - non ha espressamente ed univocamente limitato i rimedi risarcitori esperibili, prevedendo, cioè, che, a fronte delle suddette condotte, fosse esperibile solo il rimedio aquilano, per contro, l'eventuale adesione ad un modello di responsabilità (quello *ex art.* 2043 c.c.) diverso da quello consacrato, in via interpretativa, ovvero quello contrattuale, richiedendo una previsione espressa ed esplicita (del tipo: «il medico risponde solo *ex art.* 2043 c.c.). V. anche Tribunale di Milano, Sez. I, 17 luglio 2014, in *Resp. civ. prev.*, 2015, I, 172.

⁸¹ L'obbligo di adempiere le prestazioni contrattuali per la struttura sanitaria può derivare o dalla legge istitutiva del S.S.N., sia dalla conclusione del contratto atipico di «ospitalità» o «assistenza sanitaria» con la sola accettazione del paziente presso la struttura.

del sanitario, questa va ricondotta ai parametri dell'art. 2043 c.c. (anche se il paziente è venuto in 'contatto' con il medico presso una struttura sanitaria) con ovvie ricadute relativamente all'inversione dell'onere probatorio (a carico del paziente) e dei termini di prescrizione. Inoltre, si può ipotizzare un risarcimento in solido del danno ai sensi dell'art. 2055 c.c., nel caso di richieste nei confronti del medico e della struttura. Tale conclusione sembra in linea con la *ratio* del decreto Balduzzi, ma la Cassazione recentemente ha ribadito che «anche qualora manchi un rapporto di subordinazione o di collaborazione tra clinica e sanitario, sussiste comunque un collegamento tra i due contratti stipulati, l'uno tra il medico e il paziente, e l'altro tra il paziente e la casa di cura, contratti aventi a oggetto il primo prestazioni di natura professionale medica, comportanti l'obbligo di abile e diligente espletamento dell'attività professionale e, il secondo, prestazioni di servizi accessori di natura alberghiera, di natura infermieristica, ovvero aventi ad oggetto la concessione in godimento di macchinari sanitari, di attrezzi e di strutture edilizie specificatamente destinate allo svolgimento di attività terapeutiche e/o chirurgiche»⁸². Ne segue che la responsabilità del sanitario andrebbe ricondotta al disposto dell'art. 1218 c.c., in caso di inadempimento o inesatto adempimento dell'obbligazione gravante anche sul singolo operatore sanitario. Tale contrasto giurisprudenziale forse meriterebbe l'intervento delle Sezioni unite.

6. La responsabilità medica per prestazioni in *équipe*

L'individuazione di una responsabilità per colpa si ripropone, con maggiore difficoltà di soluzione, per l'attività medica svolta in *équipe*⁸³.

È un dato di fatto che attualmente molte prestazioni mediche vengano svolte, contemporaneamente, o in maniera collegata, da una pluralità di persone anche specialiste di diversi settori⁸⁴. Ciò coinvolge evidentemente il confronto

⁸² Cass. civ., Sez. III, 13 gennaio 2015, n. 280, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Id., Sez. VI, 17 aprile 2014, n. 8940, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 3, 803; in senso conforme Id., Sez. III, 26/02/2013, n. 4792, in *Guida al diritto* 2013, 15, 49.

⁸³ È necessario distinguere fra "la responsabilità medica in ambito di *équipe* chirurgica in senso stretto e responsabilità medica in fase diagnostica, prognostica e terapeutica realizzata da più sanitari in un contesto ospedaliero o extra ospedaliero", PARODI-NIZZA, *La responsabilità del personale medico e paramedico*, Torino 1996, 490.

⁸⁴ La Cassazione ha ampliato il significato dell'attività medica in *équipe* facendo riferimento non soltanto alle ipotesi di intervento congiunto di più medici in favore di un solo paziente, ma anche a quelle ipotesi nelle quali l'intervento terapeutico avviene in tempi diversi, da parte di più medici, ognuno dei quali con specifici compiti. Cass., Sez. IV, 24 gennaio 2005, Miranda, in *Mass. Uff.*, n. 231535 (fattispecie relativa alla morte di un neonato, avvenuta nelle immediatezze del parto per una crisi respiratoria). Sono stati ritenuti responsabili del fatto il ginecologo, che aveva seguito la donna prima e durante il parto, per non essersi accorto della sofferenza fetale e non aver fatto ricorso al parto

con i principi di autoresponsabilità⁸⁵ e di affidamento⁸⁶ e impone di valutare la primazia dell'uno o dell'altro ai fini della conclusione giuridica in termini di cooperazione colposa⁸⁷.

Riguardo alla responsabilità medica in *équipe* occorre distinguere tra responsabilità orizzontale e verticale⁸⁸. La responsabilità orizzontale, anche di vari specialisti di settori diversi, implica l'obbligo di conoscere l'operato altrui e di vigilare per rilevare gli errori altrui emendabili dal professionista medio anche non specialista⁸⁹.

operativo per via laparatomica; ugualmente è stato ritenuto responsabile il medico non ginecologo, intervenuto in aiuto in sala operatoria, per non aver diagnosticato la situazione di asfissia del feto).

⁸⁵ Secondo il principio di autoresponsabilità ciascuno *risponde dell'inosseranza delle rispettive regole cautelari e, perciò, può e deve potere contare sull'altrui osservanza*, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 343. Sull'argomento v. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, e le relative problematiche in termini di art. 113 c.p. e principio di autoresponsabilità.

⁸⁶ Come è noto il principio di affidamento è stato enucleato per distinguere la responsabilità colposa nell'inevitabile interazione tra condotte diverse e si fonda su un atto di reciproca fiducia circa l'osservanza delle regole cautelari incombenti su ciascun consociato, non potendo comportare, a meno di non voler paralizzare la società, il dovere del soggetto agente di prevedere l'eventuale altrui condotta colposa. Questo criterio consente, anche in presenza di attività forzosamente concorrenti, di conciliare il dovere di previsione tipico della responsabilità per colpa, con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.). Tale principio incontra delle eccezioni derivanti dalla situazione concreta.

⁸⁷ L'art 113 c.p. come è noto ha la funzione di incriminare le condotte di cooperazione atipiche rispetto alla previsione legislativa che incrimina la fattispecie colposa monosoggettiva. La cooperazione necessita soltanto dell'unificazione cosciente e volontaria della propria all'altrui condotta che appare in violazione di regole di cautela e di tutela, intese ad evitare un prevedibile evento di danno. Infatti, poiché la tipicità del fatto colposo è data, stante il concetto normativo di colpa dalla violazione del dovere oggettivo di diligenza correlato al prevedibile ed evitabile evento di danno, non è necessario che la condotta di ciascuno dei cooperatori sia viziata dalla medesima violazione di regole. È pacifico in dottrina che il reato concorsuale è un reato di struttura unitaria nel quale l'azione tipica è costituita dall'insieme degli atti dei singoli partecipi, laddove tali atti sono, nello stesso tempo atti loro propri ed atti comuni a tutti gli associati, dei quali, perciò, ciascuno risponde interamente. Il carattere unitario del reato concorsuale si basa, sotto l'aspetto oggettivo sull'evidente connessione causale degli atti dei singoli compartecipi e, sotto l'aspetto soggettivo, sul nesso finalistico esistente fra tali atti, intesi dai singoli autori, come parti di un tutto unitario.

⁸⁸ Sul punto v. FERRANTI, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, Napoli, 2005, 20 e ss.

⁸⁹ Questa valutazione rigorosa, ma aderente ai principi estensivi della responsabilità ai sensi dell'art. 113 c.p., ha comportato, ad esempio, il riconoscimento della responsabilità del chirurgo per il decesso del paziente che, nonostante presentasse sindrome dolorosa, veniva prematuramente dimesso senza avere eseguito le opportune indagini diagnostiche. Il medico, infatti, che partecipi alla visita collegiale non può essere esonerato da responsabilità ove ometta di differenziare la propria posizione, rendendo palesi i motivi che lo inducano a dissentire dalla decisione presa dal Direttore del reparto di dimettere il paziente (Cass., Sez. IV, 19 aprile 2013, Benincasa, in *Mass. Uff.*, n. 255463). Ancora, secondo giurisprudenza risalente (Cass., Sez. IV, 16 giugno 2005, Malinconico, in *Cass. pen.* 2006, 2834), è stato ritenuto che l'allontanamento prima dell'esito lesivo, ma non giustificato da altra urgenza, non esima da responsabilità il sanitario che si è allontanato, il che comporta che, dal punto di vista giuridico, si è

La responsabilità verticale specifica che l'obbligo di controllo si estende, contro il principio di affidamento, alla previsione di errori altrui nei rapporti di tipo gerarchico o nei rapporti con paramedici quali ad esempio gli infermieri. Non vi sarebbe responsabilità per fatto altrui del sanitario, ma si tratterebbe, invece, più rigorosamente, di responsabilità del sanitario per fatto proprio, consistente nella violazione dell'obbligo di vigilanza che incombe su chi è gerarchicamente preposto.

Al principio di affidamento si oppone la percezione (o la percettibilità) di un errore altrui. La dottrina in argomento ha rilevato la relatività del principio di affidamento⁹⁰ e la giurisprudenza, accogliendo tali rilievi, ha enucleato il principio di affidamento cd. temperato⁹¹: l'operatività del principio di affidamento cessa nel caso di aspetti non specialistici oppure nei casi di rischio per la salute del paziente derivato da difetti di coordinamento; in tal caso la percezione del rischio in capo ad un qualsiasi membro dell'*équipe* determina un obbligo secondario di controllo dell'attività altrui, che può arrivare anche ad attivarsi in sostituzione per correggere l'altrui condotta colposa. Il sanitario non ha, di regola, un dovere di controllo e verifica sull'operato del superiore, ma in concreto esso può sorgere se sono percepite o avvertite circostanze eccezionali.

Il decreto Balduzzi, rivalutando le linee guida, i protocolli, le *checklist*⁹², ha aperto la strada per la riduzione della responsabilità medica in *équipe*, poiché

disapplicato in quest'ultima ipotesi, il principio dell'affidamento. Infatti, il principio, pur delimitando il dovere di diligenza, non opera in maniera incondizionata. Esso incontra delle eccezioni derivanti dalla situazione concreta che rendeva prevedibile l'altrui violazione di diligenza o da uno specifico obbligo di controllo o sorveglianza nei confronti di terzi: la 'posizione di garanzia' che in questi casi il soggetto assume è posta infatti a salvaguardia dell'altrui incapacità o scorrettezza.

⁹⁰ In argomento v. tra i tanti AMBROSETTI-PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro di équipe*, Torino 2003; PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, in *Criminalia*, 2009, 591; BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova 2013.

⁹¹ La giurisprudenza, per la riconoscibilità dell'errore altrui, ha individuato i requisiti della 'evidenza' e 'non settorialità'. Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2011, Fantozzi, in *Mass. Uff.*, n. 251432.

⁹² La *checklist* è uno strumento di guida per l'esecuzione dei controlli, quale supporto dell'*équipe* operatoria: il suo scopo è quello di favorire in modo sistematico l'aderenza all'implementazione degli *standard* di sicurezza raccomandati per prevenire la mortalità e le complicanze post-operatorie. Essa era stata costruita dall'OMS, sulla base delle raccomandazioni *Guidelines for surgery* per la sicurezza in sala operatoria. Successivamente la *checklist* è stata sperimentata in alcuni ospedali di diversi Paesi e il Ministero della salute ha provveduto a stilare, sulla base di tali indicazioni, una propria *checklist* relativa al nostro Paese, aggiungendo ai 19 *item* previsti dall'OMS un ulteriore *item* riguardante il controllo del piano per la profilassi del tromboembolismo venoso. La *checklist* prevede tre fasi (*sign in, time out, sign out*), contenente 20 *item* con i controlli da effettuare nel corso dell'intervento chirurgico e le relative caselle da contrassegnare dopo l'avvenuto controllo.

Sull'argomento v. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

sono previste la ripartizione dei compiti e la frammentazione delle varie attività.

Conclusivamente: l'accertamento della responsabilità medica per colpa dopo il decreto Balduzzi fa leva sulle conoscenze scientifiche che sono alla base delle linee-guida per dare maggiore certezza all'operato del medico e in qualche modo trasferisce la colpa generica per imperizia nell'ambito della colpa specifica⁹³. Tuttavia, anche in presenza di parametri obiettivi è necessario tener conto «che la scienza - e perciò la prova scientifica - rimane statutariamente fallibile e col paradosso della sua fallibilità vanno fatti costantemente i conti pur nell'anelito di certezza, nella consapevolezza che qualsiasi inferenza riveste comunque un carattere probabilistico e che anche il progresso tecnologico e il metodo scientifico più avanzato o connotato da scarsi margini di errore è in grado di offrire risposte, nel processo, solo in termini di probabilità»⁹⁴. Nella soluzione del caso concreto la discrezionalità del giudice deve essere supportata da parametri scientifici riconosciuti secondo la migliore scienza ed esperienza⁹⁵ che rendono meno impenetrabile lo scudo protettivo che pure il legislatore offre ai sanitari. Si è, infatti, in un settore nel quale possono essere in gioco benessere o malessere, salute o malattia e addirittura vita o morte. Se la richiesta di certezza costituisce la specifica eticità⁹⁶ del diritto, da quanto emerge da queste seppur sommarie notazioni sono tanti i nodi ancora irrisolti: sempre che non si tratti della classica fatica di Sisifo.

⁹³ V. nota n. 62. Lo stesso A., dopo aver evidenziato l'apertura al campo della colpa generica, afferma che «l'innovazione legislativa», e cioè il decreto Balduzzi, «risponde ad un'esigenza di modernizzazione che esalta il ruolo delle "comunità epistemiche". Si incide, questa volta, proprio sulla regola conformativa (la tipicità) per il tramite di una tangibile opera di 'privatizzazione' ... Tuttavia, la riforma, pure afflitta da una stesura imperfetta, ambisce (meritoriamente) ad una diversa redistribuzione dei poteri: restituisce, infatti, centralità al diritto conformativo (alla regola di comportamento), intervenendo sul 'tipo' colposo, che viene 'riempito' di contenuto 'positivizzati' dalle 'comunità epistemiche, così da ridurre gli spazi di discrezionalità del giudice penale ...». (PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale cit.*, 264.

⁹⁴ CANZIO, *La valutazione della prova scientifica tra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *questa Rivista*, 2011.

⁹⁵ MASSA, *Le sezioni unite davanti a 'nuvole od orologi': osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.* 2002, 3661: «Se la nostra conoscenza non può mai darci conferma della validità delle nostre teorie, che sono necessariamente provvisorie ed approssimative, destinate ad essere superate, essa può invece dimostrarci la 'falsità di alcuni assunti che risultano in contrasto con i dati del mondo sensibile».

⁹⁶ LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, Milano, 1968.