



Procura della Repubblica distrettuale di BOLOGNA

(Ufficio del Procuratore della Repubblica Giuseppe AMATO)

“La responsabilità civile e penale del medico, Incontro di studio organizzato dalla Scuola Superiore della magistratura” (Scandicci, 8-10 luglio 2019)

“Struttura dell'imputazione, correlazione del fatto contestato e fatto ritenuto in sentenza alla luce dell'articolo 590 *sexies* c.p.” (Scandicci, 9 luglio 2019, ore 11)

Giuseppe Amato- Procuratore distrettuale di Bologna

Il tema della responsabilità penale del sanitario per la morte di un paziente si deve affrontare, con attenzione ed equilibrio, valorizzando le situazioni di acclarata responsabilità, ma evitando un indiscriminato terrorismo giudiziario, foriero, a tacer d'altro, di incertezze operative e di un ingiustificato ricorso a metodiche tipiche della c.d. medicina [solo] difensiva [per il medico], ma incapace di un adeguato approccio alla malattia del paziente.

Si noti anzi a proposito della deprecabile [ma spiegabile] prassi di metodiche mediche solo difensive l'importante indicazione normativa contenuta nell'articolo 9 *quater* del decreto legge 19 giugno 2015 n. 78, convertito in legge, con modifiche, dalla legge 6 agosto 2015 n. 125, dedicato alla “riduzione delle prestazioni inappropriate”, con sanzioni per il medico e finanche del paziente cui la prestazione è posta a totale carico.

Del resto, questo approccio “laico” al tema deve partire da un dato di fatto ineludibile: la obbligazione del medico, specie a fronte di una condizione patologica grave, è comunque una obbligazione di mezzi e non di risultato, onde sarebbe un errore stabilire l'equazione morte del paziente/risponsabilità del medico. Ci sono del resto ineliminabili e imprevedibili rischi in ogni intervento medico, in ordine ai quali un addebito di colpa non è articolabile.

Questo approccio non è sempre “seguito”, come attestato dalla lettura delle decisioni della Corte di cassazione.

E' frequente leggere sentenze di annullamento per pronunce liberatorie insostenibili.

Ma è frequente leggere decisioni che, anche in caso di condanna per taluno dei sanitari imputati, consentono di apprezzare un numero stravagantemente alto di [altri] imputati che – infine assolti- hanno però dovuto subire, ingiustificatamente, il processo di merito, nei diversi gradi.

E un numero non trascurabile di sentenze di condanna viene comunque annullato – con rinvio o senza- in sede di legittimità.

E' una situazione che dimostra il non sempre adeguato approccio al tema della responsabilità del medico, a volte fin dal momento della contestazione.

Se l'imputazione non coglie il *proprium* dell'addebito colposo è estremamente difficile che si possa comunque arrivare alla condanna.

E' vero, infatti, che vi è quell'orientamento pacifico secondo cui, in tema di reati colposi, non sussiste la violazione del principio di correlazione tra l'accusa e la sentenza di condanna **se la contestazione concerne globalmente la condotta addebitata come colposa (se si fa, in altri termini, riferimento alla colpa generica), essendo quindi consentito al giudice di aggiungere agli elementi di fatto contestati altri estremi di comportamento colposo o di specificazione della colpa, emergenti dagli atti processuali e quindi non sottratti al concreto esercizio del diritto di difesa** e secondo cui, analogamente, non sussiste la violazione dell'anzidetto principio anche **qualora, nel capo di imputazione, siano stati contestati elementi generici e specifici di colpa ed il giudice abbia affermato la responsabilità dell'imputato per un'ipotesi di colpa diversa da quella specifica contestata, ma rientrante nella colpa generica, giacchè il riferimento alla colpa generica, anche se seguito dall'indicazione di un determinato e specifico profilo di colpa, pone in risalto che la contestazione riguarda la condotta dell'imputato globalmente considerata, sicchè questi è in grado di difendersi relativamente a tutti gli aspetti del comportamento tenuto in occasione del fatto di cui è chiamato a rispondere, indipendentemente dalla specifica norma che si assume violata.**

Si tratta, però, di un orientamento che, oggi, deve fare i conti con l'articolo 590 *sexies* c.p., che circoscrive con attenzione gli specifici profili di colpa su cui può articolarsi l'addebito penale.

Ed è proprio questo il tema che si vuole affrontare.

**

Intanto si impone una premessa concettuale.

L'intervento della Procura in caso di morte di un paziente: l'autopsia giudiziaria.- A ben vedere, quando la Procura della Repubblica, è investita di una "morte" [anche "ospedaliera"] non sempre lo è in maniera pertinente e corretta. E va evitata la "bulimia" giudiziaria che importa l'intervento del PM in difetto delle condizioni di legge.

E' opportuno allora inquadrare giuridicamente il tema delle **autopsie giudiziarie**, onde evitare il rischio, sempre possibile, che, in caso di morte di una persona, **il cadavere venga messo ingiustificatamente a disposizione dell'autorità giudiziaria, pur in difetto delle condizioni di legge, che, lo ricordo, sono rappresentate dalla sussistenza di un "sospetto di reato" (cfr. articolo 116 disp. att. c.p.p.).**

Le ipotesi tipiche sono rappresentate dai decessi sulla pubblica via o in abitazione senza assistenza o presenza di terzi.

Analogia situazione si verifica nel caso di morti avvenute presso un struttura sanitaria poco dopo il ricovero del paziente per una causa accidentale, comunque non riconducibile a terzi, ovvero nel caso di morti in ambito ospedaliero dove al massimo si pone un dubbio sulla eziologia della morte.

Il “sospetto di reato” che legittima ad investire l’autorità giudiziaria, come è ovvio, significa sussistenza di un *fumus* adeguatamente riscontrato -in termini obiettivi- della commissione di un reato (ad esempio, presenza di lesioni sul corpo possibilmente riconducibili ad azione aggressiva altrui; presenza di lesioni conseguenti ad incidente stradale riconducibile eziologicamente a terzi; circostanze fattuali che depongono per un errore medico, ecc.).

Di tale sospetto il medico deve dare motivata giustificazione nell’atto con cui rimette il cadavere alla autorità giudiziaria, per poter consentire al pubblico ministero di turno di adottare le opportune determinazioni (nel caso, rimettere il cadavere a disposizione del medico necroscopo o dei familiari ovvero disporre la messa a propria disposizione del cadavere per l’autopsia o la visita esterna).

Sospetto di reato, non significa, invece, “dubbio sulle cause della morte”.

Infatti, laddove, in assenza di sospetto di reato, il medico chiamato a constatare la morte abbia dubbi sulle cause della medesima deve procedere secondo quanto dettagliato nel regolamento di polizia mortuaria (dpr 10 settembre 1990 n. 285), investendo il medico necroscopo, che procederà a riscontro diagnostico (cfr. articolo 4 del dpr n. 285 del 1990): è il medico necroscopo che, in tale evenienza, ha il compito di accertare la morte, redigendo il certificato di morte.

E’ fin troppo ovvio che, qualora nel corso di tale riscontro, dovesse – solo allora- sorgere il sospetto che la morte sia dovuta a reato, sarà il medico settore a sospendere le operazioni e darne –solo allora- dettagliata e immediata comunicazione all’autorità giudiziaria (articolo 45 del dpr n. 285 del 1990).

La prassi di investire l’autorità giudiziaria, oltre che *contra legem*, implica un ingiustificato esborso per l’Erario dovendosi procedere a visite esterne e/o ad autopsia con incarico conferito a consulenti del pubblico ministero.

Ciò che risulta, oltre tutto, foriero di ingiustificati ritardi nella messa a disposizione dei familiari per la sepoltura, in ragione degli incombeni resi necessari per la corretta applicazione delle norme del codice di procedura penale in tema di nomina del consulente del pubblico ministero e dei successivi avvisi di legge.

Ma è situazione che a volte ingiustificatamente può far partire un procedimento penale a carico dei sanitari che hanno avuto in cura il paziente poi deceduto nell’assenza di anche un generico dubbio di responsabilità.

**

Il PM si deve occupare della morte di un paziente se gli viene prospettato il dubbio della colpa del sanitario [dal sanitario dell’anatomia patologica ovvero in generale dal nosocomio] ovvero se vi è una formale denuncia da parte del paziente.

E come detto, in caso di “segnalazione” da parte del nosocomio, può e deve pretendersi l’indicazione del *fumus* della responsabilità, non bastando il generico dubbio sulle cause della morte, che va sciolto in sede amministrativa.

**

La causa della morte.- Il tema dell'intervento del PM solo in presenza di un sospetto di reato, e non in caso di generico dubbio sulle cause della morte, si spiega anche con la considerazione che, logicamente pregiudiziale all'accertamento della "colpa" del sanitario, è l'accertamento [certezza] sulla causa/eziologia della morte.

E' tema su cui si deve incentrare l'accertamento tecnico, nei termini di cui si dirà.

**

L'iscrizione.- Ciò detto, si impone una ulteriore precisazione.

Se pure a seguito di una denuncia dei familiari o del nosocomio, il PM deve occuparsi del decesso di un paziente, **non è conseguenza necessitata quella in forza della quale all'eventuale autopsia debba necessariamente procedersi indagando uno o più o tutti i sanitari che quel paziente hanno avuto in cura.**

Anzi, una prassi di tal genere, basata solo su una sorta di **responsabilità di posizione** è da ritenere illegittima.

Infatti, **all'autopsia, atto tipicamente irripetibile, deve procedersi normalmente a modello 44 [allorquando non emergano già, all'evidenza, elementi soggettivi di possibile responsabilità], avendo cura di specificare nel verbale di conferimento dell'incarico che si procede, appunto, nell'assenza di un quadro indiziario soggettivamente indirizzato.**

Ciò è legittimo e doveroso e non fonda alcun rischio di inutilizzabilità futura dell'atto, perché compiuto nell'assenza del detto quadro indiziario soggettivo e quindi senza dover procedere ai correlativi avvisi.

Va infatti ricordato che, secondo assunto pacifico, qualora il PM debba procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili ai sensi dell'articolo 360 c.p.p., ricorre l'obbligo di dare l'avviso al difensore solo nel caso in cui al momento del conferimento dell'incarico al consulente **sia già stata individuata la persona** nei confronti della quale si procede mentre tale obbligo non ricorre nel caso che la persona indagata sia stata individuata solo successivamente all'espletamento dell'attività peritale [Sezione I, 25 febbraio 2015, B.]. Nessun dubbio, quindi, che i risultati degli accertamenti autoptici non ripetibili **saranno poi utilizzabili nei confronti di soggetti che al momento del conferimento dell'incarico non erano ancora indagati per assenza di elementi indiziari a carico** [cfr. Sezione IV, 21 giugno 2012, Forlani ed altro].

Ma tale *modus agendi* è legittimo e doveroso anche perché evita ingiustificate ed arbitrarie iscrizioni a modello 21 a carico di sanitari sulla base del solo fatto specifico che questi si siano occupati della cura del paziente, ma con condotte almeno nell'immediato *ex se* non significative per fondarvi, in uno con l'assunzione di una posizione di garanzia [circostanza essenziale, ma di per sé non bastevole], anche un profilo di colpa causalisticamente rilevante ai fini del decesso [di cui, come detto, si sconosce ancora la causa].

Una iscrizione a modello 21 sarà fatta solo se in esito all'autopsia e avuto il riscontro delle indagini eventualmente delegate potrà formularsi un addebito soggettivamente indirizzato.

Per l'effetto, si procederà da subito a modello 21 solo se tale ipotesi di addebito possa formularsi *ab initio* in termini indiziari processualmente spendibili [ad esempio, allorquando l'ipotesi della

responsabilità di uno o più sanitari emerga *per tabulas* dalle modalità del decesso come sottoposte all'attenzione del PM].

Inaccettabile, per converso, sarebbe la prassi sciatta e ingiustificatamente lesiva del diritto di difesa di iscrivere “a pioggia” tutti i sanitari interessatisi del paziente, senza acritica selezione e previa individuazione delle condotte tenute e del rilievo causale colpevole ai fini del decesso.

Questo ragionamento assume rilievo decisivo quando soprattutto si discute di “responsabilità omissiva”.

Diversamente, in caso di “responsabilità commissiva” è già da subito più semplice – ai fini dell’iscrizione eventuale a modello 21- l’individuazione del sanitario in ipotesi responsabile [quello che ha eseguito l’intervento; quello cui si addebiti di avere provocato l’emorragia, ecc.].

**

Il consulente.- Diventa allora essenziale l’apporto del tecnico.

A tal proposito, si deve solo ricordare che la nomina del consulente presuppone inevitabilmente l’iscrizione del fascicolo a modello 44 o 21, non essendo praticabile procedere a spese nell’ambito di un fascicolo iscritto a modello 45: gli esborsi finalizzati alla verifica di una “non notizia di reato”, non afferendo ad un procedimento penale, non possono rientrare tra le spese di giustizia recuperabili ai sensi dell’articolo 5 del dpr n. 115 del 2002 [cfr. circolare Ministero della giustizia-DAG- Direzione generale della Giustizia penale in data 11 novembre 2016, pur se nella circolare, al § 11, si ammette che la previsione ordinamentale di attività istituzionale del PM esterne al contesto strettamente processuale possa comporre la necessità di svolgere attività onerose, facendosi in proposito proprio l’esempio dell’accertamento delle cause della morte, quando si tratti dell’unico atto praticabile per stabilire se la notizia del rinvenimento attenga o no ad un fatto costituente reato; anzi, nella circolare, nell’ammetersi tale possibilità, si ritiene che l’espletamento degli accertamenti onerosi a modello 45 sia prassi preferibile e più corretta rispetto a quella di procedere a iscrizioni “strumentali”, nei modelli 21 o 44, di fattispecie criminose neppure evocate dai dati disponibili].

Incarico collegiale.- La consulenza tecnica, come è noto, in caso di responsabilità professionale deve essere effettuata **in forma collegiale**, con cioè il conferimento dell’incarico **ad un medico specializzato in medicina legale e ad uno o più specialisti della disciplina interessata** [cfr. articolo 15, comma 1, della legge n. 24 del 2017: “Nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, l’autorità giudiziaria affida l’espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi e che i consulenti tecnici d’ufficio da nominare nell’ambito del procedimento di cui all’articolo 8, comma 1, siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell’ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi”].

Vale però osservare che l'osservanza della disposizione non è prevista a pena d'invalidità, potendosi desumere dalla norma citata il solo desiderio legislativo di professionalità.

Ciò significa che **in caso di autopsie “esplorative”** - in cui cioè manca un reale spunto che possa guidare alla individuazione dello specialista di una determinata materia - nulla esclude che ci si possa limitare alla nomina del solo medico legale: in tale evenienza, infatti, si tratta principalmente e necessariamente di individuare la causa della morte, non ci sono indizi soggettivi che possono radicare la responsabilità di un sanitario specialista [si procede appunto a modello 44], ci si muove finanche in via di ipotesi di ricostruzione di una possibile *malpractice* sanitaria: di guisa che **sarebbe finanche difficile individuare la “materia” di specializzazione rispetto alla quale dovrebbe individuarsi lo specialista da affiancare al medico legale.**

In tale evenienza, nulla esclude – dopo l'autopsia- una estensione dell'accertamento con il coinvolgimento di uno specialista, a quel punto individuato con precisione.

Incidente probatorio.- A tal proposito, **allorquando la consulenza tecnica “esplorativa”, svolta appunto a modello 44, abbia fatto emergere poi profili soggettivi di responsabilità, quell'approfondimento “collegiale” che si rendesse necessario è da sviluppare prescegliendo la strada dell'incidente probatorio.**

Del resto, è statisticamente significativo il rilievo che all'effettuazione di una consulenza tecnica da parte del pubblico ministero si accompagna costantemente lo svolgimento di una consulenza di parte, con l'ulteriore conseguenza che il contrasto di opinioni viene poi risolto dal giudice conferendo l'incarico ad un perito.

Se ciò è vero, allora è opportuno che fin da subito, in presenza di un *fumus* soggettivo di responsabilità [e quindi di una contestazione provvisoria], si coltivi quale scelta preferibile quella di attivare fin da subito lo strumentario garantito della perizia, facendone richiesta in sede di incidente probatorio. Ciò anche perché, molto frequentemente, i consulenti tecnici “sforano” [magari attraverso proroghe successive, debitamente autorizzate] il termine **dei 60 giorni** per il deposito dell'elaborato peritale (conseguendone che ben potrebbe argomentarsi la richiesta di incidente probatorio richiamando il disposto **dell'articolo 392, comma 2, c.p.p.**).

In sede di incidente probatorio, nulla vieta, ovviamente, al pubblico ministero di nominare un proprio consulente tecnico [anche se, per vero, la terzietà del perito nominato dal giudice dovrebbe indurre a ritenere normalmente soddisfacente il contributo tecnico da questi fornito]. In tale evenienza, la nomina dovrà essere sempre “formalizzata”, preferibilmente con atto autonomo di nomina; la nomina in udienza [astrattamente consentita dall'articolo 225 c.p.p.] nel caso dovrà essere riportata nel verbale di udienza, con tutte le indicazioni necessarie, per poter poi giustificare la successiva liquidazione.

**

Il quesito tecnico.- E' essenziale la congruità del quesito da sottoporre al consulente/consulenti [ovvero al perito, in caso di incidente probatorio].

Il quesito deve avere di mira ovviamente il tema della **causa della morte e della riconducibilità di questa eziologicamente alla condotta – omissiva o commissiva- del sanitario.**

Ma il quesito deve avere di mira poi il tema della **colpa**, avendo riguardo alla disciplina di cui all'articolo 6 della legge 8 marzo 2017 n. 24 [c.d. legge "Gelli- Bianco"], che, radicalmente innovando la materia della responsabilità penale del medico, ha introdotto nel codice penale l'articolo 590 *sexies* del Cp, dedicato alla responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, il cui testo recita: " 1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto."

La causa della morte.- Il primo, ineludibile accertamento che deve essere chiesto al consulente è quello dell'accertamento della "**causa**" dell'**evento lesivo**.

Infatti, non è dubitabile che il mancato accertamento certo ed inequivoco della "causa" dell'evento lesivo (morte o lesione del paziente) impedisce, *tout court*, di articolare un qualsivoglia addebito colposo (specie quando si discuta di responsabilità omissiva) a carico del sanitario.

Quindi, solo se si è in grado di conoscere in tutti i suoi aspetti fattuali e scientifici il momento iniziale e la successiva evoluzione della malattia ("causa" della morte o delle lesioni), è poi possibile analizzare la condotta del medico ai fini dell'addebito di responsabilità, affrontando le questioni del nesso causale tra la condotta del medico e l'evento lesivo e, poi, il profilo soggettivo della colpa.

Infatti, se non si conosce la "causa" dell'evento lesivo è certamente impossibile individuare una condotta doverosa, pur in ipotesi omessa, che tale evento, di eziologia ignota, avrebbe dovuto impedire.

In altri termini, l'accertamento della "causa dell'evento" costituisce il primo, inevitabile passaggio nello sforzo interpretativo del giudice, nel senso che, se rispetto a tale accertamento non si raggiunge la certezza, è inutile approfondire oltre, non potendosi comunque pervenire ad un giudizio di responsabilità "al di là di ogni ragionevole dubbio": ai fini dell'affermazione di colpevolezza, infatti, la sussistenza del nesso di causalità (quale elemento costitutivo del reato) deve essere verificata in termini di certezza, con la conseguenza che l'eventuale dubbio al riguardo deve risolversi a favore dell'imputato e condurre ad una formula assolutoria (Sezione IV, 6 giugno 2006, Giacobini; Sezione IV, 9 febbraio 2006, Vescio).

In questa prospettiva, è particolarmente significativa la sentenza della Sezione IV, 25 maggio 2005, Lucarelli, che ha annullato con rinvio **la sentenza di condanna per omicidio colposo pronunciata nei confronti del primario di un reparto nel quale si erano verificati plurimi decessi di pazienti per epatite fulminante, proprio sull'assorbente rilievo che il giudice di merito aveva mancato di individuare con certezza la modalità di trasmissione del virus e di insorgenza della malattia risultata letale**, cosicché non aveva saputo motivare in modo convincente l'addebito colposo omissivo, articolato, nella decisione di condanna, sulla pretesa omissione, riconducibile all'imputato, della condotta di vigilanza e di controllo sull'osservanza, da parte del personale del reparto, delle precauzioni universali atte a prevenire il contagio durante lo svolgimento delle pratiche assistenziali e terapeutiche.

Il nesso causale.- Solo se si accerta con certezza la causa della morte o dell'evento lesivo] è poi possibile **il secondo passaggio ricostruttivo: quello dell'accertamento del nesso causale tra la condotta – commissiva o omissiva- del medico e la morte [o l'evento lesivo].**

E' tema rispetto al quale vanno distinte le ipotesi della causalità commissiva e della causalità omissiva: nella prima viene violato un divieto, mentre nella seconda è un comando ad essere violato, nel senso che si omette la condotta dovuta: ciò valendo anche in tema di responsabilità medica, **laddove è ravvisabile la causalità commissiva, quando al sanitario si addebita l'adozione di un comportamento terapeutico errato,** pur se inevitabilmente caratterizzata anche dall'omissione del comportamento terapeutico corretto, mentre è ravvisabile la causalità omissiva, quando si addebita l'omissione di diagnosi o di intervento [Sezione IV, 16 giugno 2011, Proc. Rep. Trib. Reggio Calabria ed altro in proc. Luvarà].

La causalità commissiva.- Quando si discute della responsabilità "commissiva" del medico (che riguarda, esemplificando, l'ipotesi del medico che sbaglia terapia o esegue malamente l'intervento chirurgico), il tema presenta aspetti di minore complessità, dovendosi giudicare della congruità e pertinenza di un'attività "positiva" ed obiettivamente apprezzabile posta in essere dal medico nei confronti del paziente.

Qui il medico, viola a ben vedere un divieto, e il giudizio controfattuale, teso a dimostrare il nesso causale, deve essere effettuato ponendosi **la domanda se, ipotizzando come non avvenuta la condotta commissiva incriminata, l'evento lesivo si sarebbe egualmente verificato, in termini di alta credibilità razionale, ossia al di là di ogni ragionevole dubbio.**

La causalità omissiva.- L'accertamento della possibile responsabilità penale del medico per la morte o le lesioni subite dal paziente presenta, invece, aspetti molto delicati quando l'addebito è costruito come ipotesi di responsabilità "omissiva".

Ciò che si verifica quando al medico si addebita non tanto un intervento positivo sbagliato, bensì piuttosto **l'inerzia ingiustificata, l'attendismo colpevole, la mancata prestazione delle cure doverose, l'omessa od erronea diagnosi, tali da avere, in ipotesi, determinato l'evento letale.**

Si verte, qui, nella particolare ipotesi della **omissione impropria,** giacchè, diversamente che nella omissione propria, dove il reato si perfeziona solo con la mera omissione della condotta dovuta, nel caso di interesse alla condotta omissiva segue un evento, la cui verifica integra la consumazione del reato: l'evento lesivo per il paziente.

In altri termini, nei reati omissivi impropri o commissivi mediante omissione (che si contrappongono appunto a quelli omissivi propri, nei quali il reato si perfeziona con la mera omissione della condotta dovuta) la causalità tra l'omissione e l'evento di danno o di pericolo si configura come una costruzione giuridica (articolo 40, comma 2, del Cp, dove, non a caso, si usa la locuzione "equivale": non impedire equivale a cagionare) e ipotetica fondata su **un giudizio controfattuale ipotetico (se l'intervento omissivo fosse stato adottato, si sarebbe evitato il prodursi dell'evento?),** dove si costruisce l'imputazione dell'evento come violazione di un obbligo di garanzia, avente come contenuto, a sua volta, quello di agire e di impedire il verificarsi dell'evento.

Si tratta di una causalità ipotetica, perché, a differenza di quella commissiva, caratterizzata dall'azione del soggetto (che qui non esiste) non trova una sua giustificazione diretta nella concatenazione di fatti materiali esistenti nella realtà ed empiricamente verificabili.

Quindi, è diversa la regola probatoria utilizzabile ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità tra la condotta e l'evento realizzatosi.

Nella causalità omissiva **il giudizio controfattuale rilevante ai fini dell'accertamento del nesso di causalità va compiuto dando per avvenuta la pretesa condotta impeditiva dell'evento e chiedendosi se, posta in essere la medesima, l'evento sarebbe ugualmente avvenuto in termini di elevata credibilità razionale, ossia al di là di ogni ragionevole dubbio.**

La difficoltà della ricostruzione giudiziale.- Nell'ipotesi dell'addebito omissivo la difficoltà dell'apprezzamento giudiziale risiede nel fatto che la ricostruzione della responsabilità passa inevitabilmente attraverso un giudizio "prognostico" (che come tale può presentare notevoli ambiti di incertezza o di opinabilità) su quelli che sarebbero stati gli esiti (in ipotesi positivi) dell'intervento doveroso e corretto che si sarebbe potuto e dovuto pretendere dal sanitario.

A tal fine, a guidare il percorso logico imposto al giudice soccorrono però i principi affermati nella notissima sentenza delle **Sezioni unite della Cassazione 10 luglio 2002, Franzese**, che è veramente il "caposaldo" della giurisprudenza in tema di responsabilità omissiva del medico.

Secondo le Sezioni unite può pervenirsi al giudizio di responsabilità solo quando, **all'esito del ragionamento probatorio, che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e "processualmente certa" la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica".**

Causa della morte e ipotesi alternative.- In tema di ricostruzione del nesso causale, accertamento, parimenti ineludibile, che il giudice deve porre in essere è quello sulla eventuale sussistenza di "ipotesi alternative" (rispetto alla condotta colposa addebitata al sanitario) prospettate o prospettabili al fine di inficiare la tenuta logico-giuridica dell'affermato giudizio di responsabilità [in questo senso è la citata sentenza Franzese, laddove sottolinea come ai fini del ragionamento probatorio deve anche escludersi l'interferenza di "fattori alternativi"].

In proposito, non è revocabile in dubbio che il giudice di merito chiamato a giudicare della possibile responsabilità del sanitario, proprio quando deve affrontare la tematica del nesso eziologico tra la condotta addebitata al medesimo e l'evento dannoso per il paziente, non può che verificare anche e necessariamente **l'eventuale emergenza di "fattori alternativi" (rispetto alla condotta del sanitario) che possano porsi come causa dell'evento lesivo, tali da non consentire di poter pervenire ad un giudizio di elevata credibilità razionale ("al di là di ogni ragionevole dubbio") sulla riconducibilità di tale evento alla condotta del sanitario.**

Anche questo è un accertamento fondamentale. Infatti, a ben vedere, la processualmente riscontrata presenza di "fattori alternativi" cui possa ricondursi l'evento *sub iudice* impedisce di potere ritenere

dimostrato, al di là di ogni ragionevole dubbio, il nesso eziologico tra la condotta del sanitario e l'evento incriminato perché introduce un dubbio irrisolvibile sulla causa di questo (*ergo*, sulla causa della morte o delle lesioni del paziente).

Va però precisato che per assumere rilievo tali "fattori alternativi" non basta che siano prospettati e/o prospettabili in termini generici e possibilisti, ma devono avere un supporto probatorio adeguato, tale cioè da minare il giudizio di certezza sulla riconducibilità dell'evento alla condotta del sanitario.

In questi termini, ineccepibilmente si è pronunciata la Cassazione (Sezione IV, 19 giugno 2006, Talevi), che ha così affermato, con chiarezza, che, in occasione della ricostruzione del rapporto di causalità, a fronte di una spiegazione causale del tutto logica, siccome scaturente e dedotta dalle risultanze di causa correttamente evidenziate e spiegabilmente ritenute, la prospettazione di una spiegazione causale alternativa e diversa, capace di inficiare o caducare quella conclusione, non può essere affidata solo ad una indicazione “meramente possibilista” (cioè, come accadimento possibile dell’universo fenomenico), ma deve connotarsi di elementi di concreta probabilità, di specifica possibilità, essendo necessario, cioè, che quell’accadimento alternativo, ancorché pur sempre prospettabile come possibile, divenga anche, nel caso concreto, *hic et nunc*, concretamente probabile, alla stregua, appunto, delle acquisizioni processuali.

Il tema della colpa.- A questo punto, risolte le problematiche della causa dell’evento lesivo e del nesso causale tra questo e il comportamento commissivo od omissivo del sanitario, si pone quella della “colpa” del sanitario, che va ricostruita avendo riguardo al disposto dell’articolo 590 *sexies* c.p., introdotto dalla legge n. 24 del 2017, come interpretato dalla giurisprudenza..

Fondamentale per cogliere il significato normativo dell’articolo 590 *sexies* c.p., è la sentenza delle **Sezioni unite della Cassazione, 21 dicembre 2017- 22 febbraio 2018 n. 8770, Mariotti.**

In sintesi.

Il medico risponde:

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

Quindi: il medico è esente da responsabilità se ha correttamente individuato le linee guida, adatte al caso concreto, ed è risultato in colpa [lieve] per [sola] imperizia nella fase esecutiva/attuativa delle linee guida.

In estrema sintesi: vi è l’esonero di responsabilità penale del sanitario per la morte o le lesioni personali derivanti dall’esercizio di attività medico-chirurgica solo se ed in quanto questi abbia

agito in ossequio alle raccomandazioni delle linee-guida o delle buone pratiche clinico-assistenziali, pertinenti al caso concreto, sbagliando [per colpa lieve] solo nel momento attuativo di tali raccomandazioni.

Nessun esonero, invece, per il sanitario imprudente o negligente, ma anche per il sanitario che abbia sbagliato per “colpa grave”.

**

Negligenza e imprudenza.- La negligenza/imprudenza nella condotta del sanitario importano il giudizio di responsabilità.

Negligenza: trascuratezza, difetto di attenzione, sottovalutazione [di dati anamnestici, degli esiti delle analisi]

Quindi, esemplificando, la disposizione non potrebbe trovare applicazione se il paziente ha avuto una reazione avversa ad un farmaco, nonostante l'intolleranza risultasse in cartella, che però è stata letta velocemente dal medico prescrivente: qui non entrano in discussione le linee guida, ma solo la negligenza che ha caratterizzato la condotta del medico.

Imprudenza: scelta avventata e inutilmente rischiosa nella diagnosi o nell'intervento . Più precisamente: l'imprudenza consiste nella realizzazione di un'attività positiva che non si accompagni nelle speciali circostanze del caso a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce di impiegare a tutela dell'incolumità e degli interessi propri ed altrui [Sezione IV, 20 marzo 2015, Rota ed altro].

Proprio perché l'imprudenza presuppone un'attività positiva, essa non è ravvisabile nel caso dell'omessa o incompleta diagnosi, dove, semmai, può discutersi di negligenza o imperizia [Sezione IV, 26 aprile 2018, Masoni].

La normativa limitativa della responsabilità non potrebbe invocarsi in caso di addebito a titolo di imprudenza: esemplificando nel caso in cui il fondamento della colpa del sanitario sia individuato non nella violazione delle linee guida ma in una “imprudente” manovra dallo stesso posta in essere durante l'inserimento della guida metallica di un catetere vascolare, manovra caratterizzata da un uso eccessivo - quindi imprudente- della forza a fronte di una situazione di pervietà che avrebbe dovuto indurre a modalità più prudenziali.

La soluzione è corretta: anche perché è concettualmente da escludere che le linee guida e le buone prassi possano in qualche modo prendere in considerazione comportamenti professionali connotati da tali profili di colpa.

**

Colpa nella scelta delle linee guida/errore diagnostico o terapeutico.- La responsabilità è poi da ravvisare in caso di **errore diagnostico**, che porta con sé la mancata individuazione delle linee-guida pertinenti al caso di specie.

L'errore diagnostico si configura **non solo quando, in presenza di uno o più sintomi di una malattia, non si riesca ad inquadrare il caso clinico** in una patologia nota alla scienza o si **addivenga ad un inquadramento erraneo ma anche qualora si ometta di eseguire o disporre controlli ed accertamenti doverosi, ai fini di una corretta formulazione della diagnosi.** D'altronde, allorché il sanitario si trovi di fronte a una sintomatologia idonea a condurre alla formulazione di una diagnosi differenziale, la condotta è colposa allorquando non si proceda alla stessa e ci si mantenga invece nell'erronea posizione diagnostica iniziale, senza svolgere ulteriori accertamenti per verificare la possibilità di una **diagnosi alternativa** [Sezione IV, 22 giugno 2018, Parte civile Ambrosi ed altri in proc. Franceschini ed altro; Sezione IV, 10 gennaio 2013, Caimi ed altri; Sezione IV, 25 febbraio 2010, Serra].

L'ipotesi più delicata di errore diagnostico è proprio quello che insiste su una non considerata diagnosi differenziale, rispetto alla quale, nel dubbio, il medico avrebbe dovuto svolgere altri accertamenti

L'errore diagnostico in effetti non sembra scriminato per la ragione che da esso consegue la mancata individuazione delle linee guida/buone prassi adeguate al caso concreto.

Analogo ragionamento deve farsi in caso di **errore terapeutico**: perché anche in questo caso, ancora più evidentemente, il medico ha colposamente non individuato il corretto percorso terapeutico e, con ciò, le linee guida adatte al caso di specie.

**

La colpa in fase esecutiva.- E' scriminata invece la condotta del medico che abbia correttamente formulato la diagnosi e scelto le linee guide pertinenti, ma poi per colpa [lieve] abbia errato nella fase esecutiva.

E' il caso del medico che nel corso dell'intervento, correttamente individuato come solutivo della problematica, sbaglia nella fase esecutiva, derivandone una complicanza che non è in grado di risolvere [ad esempio, la lesione della trachea in caso di intervento di tonsillectomia].

**

Linee –guida e buone prassi.- Si deve quindi chiedere al consulente – tra l'altro- di **approfondire il tema delle linee guida e delle buone prassi clinico assistenziali [che dovranno essere specificamente indicate in consulenza] che il medico avrebbe seguito o avrebbe dovuto seguire, avendo riguardo alla specificità del caso concreto.**

Il tema dell'individuazione delle “linee guida” da applicare al caso concreto è importante e delicato allo stesso tempo.

Non solo perché il consulente deve individuarle e verificarne la adeguatezza al caso concreto.

Ma anche perché dovendosi trattare linee-guida "come definite e pubblicate ai sensi di legge" [l'articolo 590 *sexies* del Cp richiama, infatti, l'articolo 5 della stessa legge n. 24 del 2017, che detta un articolato *iter* di elaborazione e di emanazione delle linee-guida] **ad oggi si deve fare i conti dello scarsissimo numero di linee guida approvate con tale metodica e inserite nel SNLG [Sistema nazionale per le linee guida].**

Finora, tra le pochissime, di effettivamente utile abbiamo l'elaborato relativo alle linee – guida in tema di “Emorragia *post partum*: come prevenirla, come curarla”, che riguarda la Ginecologia [cfr. LG sul sito dell'ISS].

Si può allora fare riferimento alle linee guida elaborate prima del riordino, ritenendole come “buone prassi clinico-assistenziali”?

Sul punto è intervenuta la Cassazione: in materia di responsabilità professionale del medico, il disposto dell'articolo 590 *sexies*, introdotto dalla legge 8 marzo 2017 n. 24 [c.d. legge Gelli-Bianco] è subordinato, nella sua operatività all'emanazione di linee-guida "come definite e pubblicate ai sensi di legge".

La norma richiama, infatti, l'articolo 5 della stessa legge, che detta un articolato *iter* di elaborazione e di emanazione delle linee-guida, onde – si sostiene- in mancanza di linee-guida approvate ed emanate mediante il procedimento di cui al citato articolo 5, non può farsi riferimento all'articolo 590 *sexies* del Cp, se non nella parte in cui questa norma richiama le “buone pratiche clinico-assistenziali”.

Ne deriva che la possibilità di riservare uno spazio applicativo all'articolo 590 *sexies* del Cp è ancorata all'opzione ermeneutica consistente nel ritenere che le linee-guida attualmente vigenti, non approvate secondo il procedimento di cui all'articolo 5 della legge n. 24 del 2017, possano venire in rilievo, nella prospettiva delineata dalla norma in esame, come buone pratiche clinico-assistenziali.

Ebbene, tale soluzione è parsa alla Cassazione non agevole ove si consideri che le linee guida differiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali, sostanziandosi in raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a offrire indicazioni utili ai medici nel decidere quale sia il percorso diagnostico-terapeutico più appropriato in specifiche circostanze cliniche: esse consistono, dunque, nell'indicazione di standards diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica, a garanzia della salute del paziente e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, e, quindi, si sostanziano in qualcosa di molto diverso da una semplice buona pratica clinico-assistenziale

[Sezione IV, 22 giugno 2018, parte civile Ambrosi ed altri in proc. Franceschini ed altro].

A nostro avviso, la carenza dell'amministrazione non può risolversi in danno del medico: per l'effetto, un tema da affrontare è senz'altro anche quello delle linee-guida “ante” riforma, che possono e debbono essere considerate valido ausilio per il medico e valere nell'ottica della non punibilità quali “buone prassi”, ove risultino comunque adeguate al caso concreto [cfr. per utili spunti, Sezione IV, 21 marzo 2019, Hannouchi].

Del resto, le linee-guida ante riforma, proprio perché comunque accreditate dalla comunità scientifica rappresentano una regola di condotta importante per il medico, che non può essere trascurata [si tratta pur sempre di raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione per coadiuvare medici e pazienti nel decidere

quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche: Sezione IV, 5 novembre 2013, Lioiutila].

**

Adeguatezza al caso concreto.- Tema da devolvere al consulente è anche quello della adeguatezza al caso concreto delle [eventuali] linee guida o buone prassi cui il medico abbia improntato la sua condotta.

L'adeguatezza al caso concreto testimonia due cose, di cui l'AG deve tenere conto.

La prima che rimane sempre uno spazio notevole per la valutazione discrezionale del giudice pur a fronte della rappresentata adesione della condotta del medico alle linee-guida/buone prassi, perché il giudice deve apprezzare – magari col conforto del consulente- l'adeguatezza al caso concreto della condotta del sanitario.

La scelta normativa non può certo vulnerare l'apprezzamento del giudice nel senso che le linee guida rappresentano certamente uno strumento per valutare la condotta del sanitario e quindi per "misurarne" la perizia, **ma non eliminano la discrezionalità insita nel giudizio di colpa, perché il giudice resta libero di valutare se le circostanze concrete esigessero una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee guida.**

Sono le situazioni, per intenderci, del sanitario che abbia operato una scelta "incompleta" per non avere tenuto conto di fattori di comorbidità che avrebbero richiesto il ricorso a **più** linee-guida regolatrici delle diverse patologie concomitanti o comunque la visione integrata del quadro complessivo, ovvero, ancora, del sanitario che non abbia fatto la scelta radicale, impostagli dalle circostanze del caso, di **discostarsi** dalle linee-guida in ragione della peculiarità della situazione del paziente.

Un tema di non punibilità per preteso rispetto di linee-guida non potrebbe inoltre mai porsi allorché risultasse accertata l'inadeguatezza di tali linee-guida allo specifico caso perché risulti che si tratta di **linee guida o di prassi ispirate solo ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente** [le aziende sanitarie devono, a maggior ragione in un contesto di difficoltà economica, ispirare il proprio agire anche al contenimento dei costi ed al miglioramento dei conti, ma tali scelte non possono in alcun modo interferire con la cura del paziente: l'efficienza di bilancio può e deve essere perseguita sempre garantendo il miglior livello di cura, con la conseguenza del dovere del sanitario di disattendere indicazioni stringenti dal punto di vista economico che si risolvano in un pregiudizio per il paziente] [cfr. Sezione IV, 24 gennaio 2013, Pagano].

In altri termini, le linee guida/prassi sono rilevanti nel sistema della legge per fondare l'esonero da responsabilità del sanitario, ma non sono "la legge" e soprattutto possono essere sindacate dalla AG proprio per la verifica della loro adeguatezza al caso concreto; in questa ottica, non potrà tenersi efficacemente conto né delle linee-guida frutto di scelte totalmente economicistiche, né di quelle obsolete o inefficaci, non potendosi accettare che in tal modo venga attribuito una patente di legittimità a comportamenti sciatti o disattenti, occorrendo invece avere riguardo alle linee guida virtuose e scientificamente accreditate [Sezione IV, 22 novembre 2011, parte civile in proc. Di Lella].

Il secondo rilievo riguarda stavolta lo stesso sanitario: che deve scegliere la cura più adeguata al caso concreto.

Ed allora il riferimento pedissequo alle linee –guida non può essere un alibi per il sanitario **né può risolversi nella mortificazione professionale del medico che ritenga di discostarsene motivatamente per prescegliere la migliore soluzione curativa per il paziente.**

Di questa conclusione è consapevole lo stesso legislatore allorquando appunto evoca la necessità che le linee guida devono pur sempre essere adeguate alla specificità del caso concreto.

Ma questa conclusione indica con chiarezza che il medico deve sempre ispirare la sua condotta – in modo motivato- alla scelta della migliore cura per il paziente.

Tanto è vero che sarebbe in colpa se si limitasse ad una acritica e aspecifica alle linee-guida senza cogliere che la specificità del caso concreto gli avrebbe dovuto imporre di discostarsene in tutto o in parte.

Le linee guida, infatti, come già detto, non sono la legge, dovendosi conservare l'autonomia valutativa sia del medico [il quale deve scegliere sempre e sola la migliore cura per il paziente] sia [come si è visto anche] del giudice.

Di grande rilievo, in proposito, è la giurisprudenza della Cassazione, che si è pronunciata sul significato delle linee-guida, con affermazioni tuttora valide.

Si è in proposito sostenuto che, in tema di responsabilità medica, le linee guida - provenienti da fonti autorevoli, conformi alle regole della miglior scienza medica e non ispirate ad esclusiva logica di economicità - possono svolgere un ruolo importante quale atto di indirizzo per il medico; esse, tuttavia, avuto riguardo all'esercizio dell'attività medica che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assurgere al rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma dell'articolo 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline), non essendo né tassative né vincolanti e, comunque, **non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la migliore soluzione per il paziente.** D'altro canto, **le linee guida, pur rappresentando un utile parametro nell'accertamento dei profili di colpa riconducibili alla condotta del medico, non eliminano la discrezionalità giudiziale insita nel giudizio di colpa; il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze concrete esigano una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee guida.** Pertanto, qualora il medico non rispetti le linee guida il giudice deve accertare, anche con l'ausilio di consulenza preordinata a verificare eventuali peculiarità del caso concreto, se tale inosservanza sia stata determinante nella causazione dell'evento lesivo o se questo, avuto riguardo alla complessiva condizione del paziente, fosse, comunque, inevitabile e, pertanto, ascrivibile al caso fortuito [Sezione IV, 11 luglio 2102, parte civile in proc. Ingrassia]

L'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida, quindi, non esclude né determina automaticamente la colpa.

Ed allora, sarebbe buona norma chiedere [anche] al consulente **se, in assenza del ricorso “formale” del medico alla linea-guida di settore [esistenti o no], questa scelta sia stata motivatamente spiegata e giustificata, in termini tali da avere comunque fornito una soluzione terapeutica consapevolmente non aderente alle indicazioni delle linee-guida [in ipotesi**

esistenti], ma comunque ragionevole rispetto alle specificità del caso concreto, onde l'evento lesivo si è realizzato in assenza di colpa, perché inevitabile.

**

Colpa grave.- Un tema che va devoluto è poi quello della eventuale **gravità della colpa**, che in ipotesi abbia caratterizzato il discostamento della regole dell'arte nel momento dell'esecuzione dell'attività imposta dalle linee guida pur in ipotesi correttamente individuate.

E' tema di rilievo anche alla luce della sentenza delle Sezioni unite Mariotti.

Vi è “colpa grave”, come è noto, nel caso di una “**deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato**” [cfr., efficacemente, Sezione IV, 15 aprile 2014, Cavallaro], ossia dell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria [cfr. in termini Sezione IV, 27 novembre 2013, X.; nonché Sezione IV, 19 gennaio 2015 parte civile Donatelli ed altri in proc. Marasco ed altri]. Detto altrimenti, come precisato in parte motiva dalle Sezioni unite Mariotti, **vi è colpa grave** “**quando l'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente**”.

E ciò con la ovvia precisazione che l'apprezzamento del grado della colpa deve essere effettuato attraverso la considerazione della professionalità del sanitario e delle circostanze del caso concreto: tenendo cioè conto delle specifiche condizioni dell'agente del suo grado di specializzazione; della problematicità o equivocità della vicenda; della particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; della difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; del grado di atipicità e novità della situazione; dell'impellenza; della motivazione della condotta; della consapevolezza o meno di tenere un condotta pericolosa [così, ancora le Sezioni unite, in parte motiva].

Le conclusioni delle Sezioni unite sul punto sono condivisibili. Infatti, in presenza di “colpa grave”, sarebbe oltremodo difficile ipotizzare come sussistenti le condizioni concorrenti previste per l'impunità del sanitario, ossia sembra difficile conciliare il grave discostamento del sanitario dal *proprium* professionale con il rispetto delle buone pratiche clinico assistenziali, e, soprattutto, decisamente, che possa conciliarsi la colpa grave con un giudizio positivo di adeguatezza delle linee guida al caso concreto.

Valutazione della colpa grave.- Il rilievo della colpa grave concerne il profilo dell'imperizia [perché per la negligenza e l'imprudenza è rilevante anche la colpa lieve]: invece, nell'imperizia nella fase esecutiva il rimprovero può aversi solo in caso di colpa grave.

A tal proposito, deve ricordarsi che la più recente giurisprudenza, dopo una serie di incertezze, ha ritenuto che, proprio in tema di colpa professionale del medico, il principio civilistico di cui all'articolo 2236 cod. civ. che assegna rilevanza soltanto alla colpa grave può trovare applicazione in ambito penalistico come regola di esperienza cui attenersi nel valutare

l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza, in quanto la colpa del terapeuta deve essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto.

Mentre non sussistono i presupposti per parametrare l'imputazione soggettiva al canone della colpa grave ove si tratti di casi non difficili e fronteggiabili con interventi conformi agli standard [Sezione IV, 22 novembre 2011, parte civile in proc. Di Lella].

Colpa grave e consulenza.- Attenzione.

Il profilo del grado della colpa può essere devoluto al consulente nella parte in cui si tratti di verificare il quantum dello scostamento dell'agire del medico rispetto alle indicazioni delle linee-guida/buone prassi.

Ma è poi il giudice a dover approfondire il tema e calarlo nella dimensione concreta, apprezzando le circostanze del caso concreto [anche urgenza dell'intervento, ed anche apparato strutturale a disposizione] e il grado di specializzazione del sanitario.

**

La contestazione.- Svolta, se necessario, l'autopsia e eseguiti tutti gli accertamenti del caso, il problema sostanziale è quello dell'individuazione della eventuale colpa del medico.

Questa ricostruzione va fatta, oggi, avendo riguardo alla disciplina contenuta nella c.d. legge Gelli-bianco n. 24 del 2107, che è seguita alla legge Balduzzi n. 189 del 2012, ed ha introdotto l'articolo 590 *sexies* del Cp, come interpretata dalla citata sentenza Mariotti

**

La indicazione normativa porta con sé un importante problema di selezione dei profili di colpa penalmente rilevanti.

Non è scriminata comunque la negligenza.

Non è scriminata l'imprudenza.

E' scriminata la sola imperizia [non grave] che abbia riguardato il momento esecutivo della prestazione sanitaria.

Proprio la specificità dei profili di colpa scriminati o ritenuti fondare la responsabilità impone – come già detto- una contestazione precisa.

Si impone cioè un'attenta "selezione" e individuazione dell'addebito, perché è difficile il richiamo a quella giurisprudenza consolidata in tema di colpa, secondo cui, in tema di reati colposi, non sussiste la violazione del principio di correlazione tra l'accusa e la sentenza di condanna **se la contestazione concerne globalmente la condotta addebitata come colposa (se si fa, in altri termini, riferimento alla colpa generica), essendo quindi consentito al giudice di aggiungere**

agli elementi di fatto contestati altri estremi di comportamento colposo o di specificazione della colpa, emergenti dagli atti processuali e quindi non sottratti al concreto esercizio del diritto di difesa e secondo cui, analogamente, non sussiste la violazione dell'anzidetto principio anche **qualora, nel capo di imputazione, siano stati contestati elementi generici e specifici di colpa ed il giudice abbia affermato la responsabilità dell'imputato per un'ipotesi di colpa diversa da quella specifica contestata, ma rientrante nella colpa generica, giacchè il riferimento alla colpa generica, anche se seguito dall'indicazione di un determinato e specifico profilo di colpa, pone in risalto che la contestazione riguarda la condotta dell'imputato globalmente considerata, sicchè questi è in grado di difendersi relativamente a tutti gli aspetti del comportamento tenuto in occasione del fatto di cui è chiamato a rispondere, indipendentemente dalla specifica norma che si assume violata** [Sezione IV, 4 dicembre 2014, Paolini].

Infatti, l'addebito a carico del medico deve essere sempre selezionato dal punto di vista della individuazione della colpa, non potendosi ammettere clausole generali di rinvio [anche] alla colpa generica.

Un rinvio di tal genere sarebbe aspecifico, dovendosi pur sempre la contestazione o confrontarsi con le linee-guida [e il relativo rispetto] ovvero con due specifici profili di colpa generica [negligenza/imprudenza] che impongono puntuale specificazione

**

I rapporti tra il contributo tecnico e la valutazione della AG.- La contestazione spetta al Pm e la decisione al giudice: è ovvio.

Ma ciò comporta conseguenze importanti nell'apprezzamento che si deve fare degli esiti della consulenza/perizia.

Il contributo del tecnico è essenziale, ma poi la sintesi deve essere operata dalla AG.

L'AG non può delegare al tecnico apprezzamenti che sono propri della valutazione giudiziale.

In primo luogo, allora bisogna intendere cosa significa che il giudice [ma a ben vedere anche il PM, nel momento della contestazione] è *peritus peritorum*: e a tal proposito vale il principio secondo cui, in virtù dei principi del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, il giudice ha la possibilità di scegliere, fra le varie tesi scientifiche prospettate da differenti periti di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purchè dia conto, con motivazione accurata ed approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermato sulle tesi che ha ritenuto di disattendere e confutati in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti,

Il giudice [ma a ben vedere anche lo stesso PM, in sede di contestazione] deve sempre svolgere un penetrante ruolo critico, mai passivo, di fronte allo scenario del sapere scientifico, trattandosi di questione che, anche per la mancanza di cultura scientifica dei giudici, si presenta esposta a vari pericoli: gli interessi che, talvolta, stanno dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali o occulte tra i membri di una comunità scientifica, la provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche, in qualche caso la manipolazione dei dati, la presenza di pseudoscienze prive dei necessari connotati di rigore, gli interessi dei committenti delle ricerche, ecc.

Di qui l'obbligo razionale di giustificare la propria scelta decisoria attraverso la motivazione.

A tal riguardo, la Corte di cassazione [nella nota sentenza Sezione IV, 17 settembre 2010, Cozzini ed altri] si è impegnata nel fornire alcune, sia pure non esaustive, indicazioni operative per il processo di merito.

Il primo e più indiscusso strumento per determinare il grado di affidabilità delle leggi scientifiche che vengono utilizzate è certamente costituito dall'apprezzamento in ordine alla qualificazione ed all'indipendenza di giudizio dell'esperto. Nel compito di valutazione dell'attendibilità della teoria proposta il giudice deve allora esaminare, esemplificativamente, gli studi che la sorreggono, le basi fattuali sui quali essi sono condotti, l'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca, l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica, il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica, l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che ha gestito la ricerca, le finalità per le quali questa è stata realizzata [un conto è un'indagine compiuta da un organismo pubblico, istituzionale, realmente indipendente; altra cosa è un'indagine commissionata o gestita da soggetti coinvolti nelle dispute giuridiche]. Peraltro, ammonisce il giudice di legittimità, l'esperto, per quanto autorevole ed imparziale, costituisce solo "una voce" che, sebbene qualificata, esprime un punto di vista personale, pur se scientificamente accreditato, onde il giudice potrebbe non trovarsi nella condizione di esprimere con piena cognizione di causa il giudizio finale demandatogli, perché non messo in grado di definire quale sia lo stato complessivo delle conoscenze. Quindi, completa il proprio ragionamento il giudice di legittimità, in presenza di una pluralità di tesi, il giudice, dopo averne apprezzata l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, deve "tirare le fila" e valutare quale sia quella sufficientemente affidabile e in grado di fornire concrete ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente il caso concreto. Resta inteso che, non disponendo il giudice di merito delle conoscenze scientifiche per esperire un'indagine siffatta, le informazioni sulle differenti teorie dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti, che dal giudice non dovranno essere chiamati solo ad esprimere il loro personale, pur qualificato giudizio, ma dovranno piuttosto delineare lo scenario complessivo degli studi in modo da consentire al giudice stesso di dare conto in motivazione dell'apprezzamento in concreto compiuto fornendo in proposito razionale spiegazione. La Cassazione chiarisce, infine, quale è il proprio compito in tema di sindacato della scelta giudiziale di merito. Alla Corte di cassazione, chiamata a giudicare dell'apprezzamento sviluppato in motivazione dal giudice di merito sulla prova scientifica e sulla teoria scientifica che ha inteso privilegiare, non compete certamente stabilire se tale teoria sia esatta e condivisibile: la Corte, infatti, non ha la competenza o la qualificazione per stabilire se la legge scientifica utilizzata sia affidabile o no, mentre può e deve limitare il proprio vaglio alla spiegazione razionale fornita in proposito dal giudice [in termini, Sezione IV, 30 settembre 2008, parte civile Rizza ed altri in proc. Codega ed altri]¹.

¹ Cfr. anche: la Corte di cassazione non è giudice del sapere scientifico, giacché non detiene proprie conoscenze privilegiate: essa, in vero, è solo chiamata a valutare la correttezza metodologica dell'approccio del giudice di merito al sapere tecnico-scientifico, che riguarda la preliminare, indispensabile verifica critica in ordine alla affidabilità delle informazioni che vengono utilizzate ai fini della spiegazione del fatto. In questa prospettiva, il giudice di merito può fare legittimamente propria, allorché gli sia richiesto dalla natura della questione, l'una piuttosto che l'altra tesi scientifica, purché dia congrua ragione della scelta e dimostri di essersi soffermato sulla tesi o sulle tesi che ha creduto di non dover seguire. In questo compito di selezione del "sapere accreditato" che può utilmente orientare la decisione, il giudice deve però esaminare le basi fattuali sulle quali le argomentazioni degli esperti sono state condotte; deve verificare l'ampiezza, la rigorosità e l'oggettività della ricerca; e deve apprezzare conclusivamente l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica prescelta, nonché il grado di consenso che le tesi sostenute dall'esperto raccolgono nell'ambito della comunità scientifica [nella specie, la Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza di condanna pronunciata in sede di merito a carico dei medici sociali e del medico del Servizio di emergenza del 118, intervenuti a prestare le cure ad un calciatore che, durante un incontro di calcio aveva subito un malore, decedendo poi per le conseguenze di una cardiomiopatia aritmogena da cui era risultato affetto, evidenziando come l'addebito colposo, basato principalmente sul contestato mancato utilizzo a scopo terapeutico del defibrillatore cardiaco, non era stato

In secondo luogo, se compete al tecnico indicare le cause della morte e verificare la coerenza del comportamento del medico alle linee guida, spetta alla AG qualificare giuridicamente la condotta del sanitario [qualità e grado della colpa].

Si pensi, per esempio, all'inquadramento della colpa nelle categoria dell'imprudenza, negligenza, imperizia; all'inquadramento dell'errore diagnostico nell'imperizia, ma a volte anche nella negligenza.

Si pensi, sempre esemplificando, al tema della gravità della colpa, che va calibrata sempre alle specificità del caso concreto, all'urgenza o no dell'intervento, alla difficoltà dello stato, alla professionalità del sanitario, alle strutture a disposizione, ecc..

convincentemente motivato soprattutto con riferimento allo solo prospettata, ma non idoneamente supportata dal punto di vista tecnico, idoneità di tale uso per consentire una favorevole evoluzione del quadro patologico e favorire la gestione della crisi] [Sezione IV, 9 aprile 2019, Molfese ed altri]; cfr. anche: il ruolo di *peritus peritorum* attribuito al giudice non lo autorizza affatto ad intraprendere un percorso avulso dal sapere scientifico, avventurandosi in opinabili valutazioni personali, sostituendosi agli esperti e ignorando ogni contributo conoscitivo di matrice tecnico-scientifica. Il ruolo di *peritus peritorum* abilita invece il giudice a individuare, con l'aiuto dell'esperto, il sapere accreditato che può orientare la decisione e a farne un uso oculato, pervenendo a una spiegazione razionale dell'evento. Il perito non è, quindi, l' "arbitro" che decide il processo, ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito fenomenologico al quale attiene il giudizio, spiegando quale sia lo stato del dibattito, nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati a cui è possibile addivenire, sulla base delle conoscenze scientifiche e tecnologiche disponibili in un dato momento storico. Toccherà poi al giudice tirare le fila e valutare se si sia addivenuti a una spiegazione dell'eziologia dell'evento e delle dinamiche in esso sfociate sufficientemente affidabile e in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni, che possano supportare adeguatamente l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. Il giudice, in proposito, proprio in ossequio al suo ruolo di "perito dei periti", deve esaminare le basi fattuali sulle quali le argomentazioni del perito sono state condotte; l'ampiezza, la rigorosità e l'oggettività della ricerca; l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica nonché il grado di consenso che le tesi sostenute dall'esperto raccolgono nell'ambito della comunità scientifica, fermo rimanendo che, ai fini della ricostruzione della vicenda, è utilizzabile anche una legge scientifica che non sia unanimemente riconosciuta, essendo sufficiente il ricorso alle acquisizioni maggiormente accolte o generalmente condivise, attesa la diffusa consapevolezza della relatività e mutabilità delle conoscenze scientifiche. Di tale indagine il giudice è chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e utilizzate e fornendo una razionale giustificazione, in modo completo e, il più possibile, comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto. Si tratta di accertamenti e valutazioni di fatto, insindacabili in cassazione, ove sorretti da congrua motivazione, poiché il giudizio di legittimità non può che incentrarsi esclusivamente sulla razionalità, completezza nonché sul rigore metodologico del predetto apprezzamento. Il giudice di legittimità, infatti, non è giudice del sapere scientifico e non detiene proprie conoscenze privilegiate, di talché esso non può, ad esempio, essere chiamato a decidere se una legge scientifica, di cui si postuli l'utilizzabilità nell'inferenza probatoria, sia o meno fondata, avendo come proprio compito esclusivo [solo] quello di valutare la correttezza metodologica dell'approccio del giudice di merito al sapere tecnico-scientifico, che riguarda la preliminare è indispensabile verifica critica in ordine all'affidabilità delle informazioni utilizzate ai fini della spiegazione del fatto. Il giudizio demandato alla Corte di cassazione non riguarda dunque l'attendibilità della legge scientifica, ma esclusivamente la razionalità dell'apparato argomentativo a sostegno delle determinazioni del giudice di merito in ordine all'apprezzamento della validità della legge scientifica e all'utilizzo di quest'ultima nell'inferenza probatoria [Sezione IV, 21 marzo 2019, Hannouche]; nonché: nel valutare l'attendibilità della legge scientifica di copertura, il giudice deve esaminare gli studi che la sorreggono, le basi fattuali sulle quali gli approfondimenti sono stati condotti, l'ampiezza, la rigorosità e l'oggettività della ricerca, l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica, il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica, nonché l'identità, l'autorità, l'indipendenza e la provenienza del soggetto che ha gestito la ricerca, come pure le finalità per le quali l'indagine è stata realizzata [Sezione IV, 14 marzo 2012, Campelli].

Il tema della responsabilità di *equipe* .- La individuazione dei soggetti responsabili è anche più complessa quando si verte in ipotesi di responsabilità di *equipe* .

La responsabilità penale di ciascun componente di una *equipe* medica non può essere affermata sulla base dell'accertamento di un errore diagnostico genericamente attribuito alla *equipe* nel suo complesso, ma va legata alla valutazione delle concrete mansioni di ciascun componente, nella prospettiva di verifica, in concreto, dei limiti oltre che del suo operato, anche di quello degli altri [Sezione IV, 20 aprile 2017, Puglisi].

In proposito la responsabilità di *equipe* va confrontata e trova il suo limite nel principio di affidamento.

Infatti occorre accertare se e a quali condizioni ciascuno dei componenti dell'*equipe*, oltre ad essere tenuto per la propria parte al rispetto delle regole di cautela e delle *leges artis* previste con riferimento alle sue specifiche mansioni, debba essere tenuto anche a **farsi carico delle manchevolezze dell'altro componente dell'*equipe* o possa viceversa fare affidamento sulla corretta esecuzione dei compiti altrui**: accertamento che deve essere compiuto tenendo conto del principio secondo cui ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo **rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali**, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio.

Il principio suddetto va apprezzato e coniugato, peraltro, **onde non configurare ipotesi di responsabilità oggettiva o di posizione, con l'altro fondamentale principio che è quello "di affidamento", in base al quale ogni soggetto non dovrà ritenersi obbligato a delineare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, ma potrà sempre fare affidamento, appunto, sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie.**

Per l'effetto, per tutte le fasi dell'intervento chirurgico in cui l'attività di *equipe* è corale, riguardando quelle fasi dell'intervento chirurgico in cui ognuno esercita e deve esercitare il controllo sul buon andamento dello stesso, tutti i componenti dell'*equipe* sono necessariamente tenuti alla verifica dell'agire degli altri . Mentre diverso discorso deve farsi per quelle fasi in cui, distinti nettamente, nell'ambito di un'operazione chirurgica, i ruoli ed i compiti di ciascun elemento dell'*equipe*, dell'errore o dell'omissione ne può rispondere solo il singolo operatore che abbia in quel momento la direzione dell'intervento o che abbia commesso un errore riferibile alla sua specifica competenza medica.

Ad esempio, nella fattispecie esaminata dalla sentenza della Sezione IV, 20 aprile 2017, Puglisi, in cui a seguito di un intervento chirurgico di colecistectomia per via laparoscopica il paziente era deceduto per shock emorragico in conseguenza della inidonea sutura dell'aorta – lesionata durante l'intervento- cui aveva provveduto il primo operatore, era stato chiamato a rispondere del reato di omicidio colposo, in applicazione del principio della responsabilità di *equipe*, anche **il secondo operatore, che pure si era limitato a svolgere il compito materiale di tenere il divaricatore e l'aspiratore per consentire all'operatore di ispezionare l'addome.** La Cassazione, invece, in applicazione dei suddetti principi, ha annullato la sentenza senza rinvio, sul rilievo che le modalità di suturazione dell'aorta non potevano addebitarsi anche a quest'ultimo, perché rientranti nel *proprium* dell'operatore che vi aveva provveduto, non potendosi trasformare l'onere di vigilanza,

specie in settore specialistico, in una sorta di obbligo generalizzato -e di impraticabile realizzazione- di costante raccomandazione al rispetto delle regole cautelari e di – addirittura- invasione negli spazi della competenza altrui.

Lo stesso discorso deve farsi in caso di interventi chirurgici rispetto alle posizioni distinte dell'operatore e dell'anestesista.

Questi principi vanno affermati e applicati con rigore. Infatti, dilatare la responsabilità di *equipe* finirebbe con l'attribuire ai sanitari cui non è direttamente attribuibile la condotta colposa lesiva di un obbligo generalizzato di diligenza non solo imprevedibile, ma tale che – se fosse preteso- importerebbe l'addebito sotto il profilo della negligenza, con effetti problematici per l'esonero di responsabilità alla luce del disposto dell'articolo 590 *sexies* c.p. [si potrebbe arrivare all'assurdo della non punibilità del sanitario responsabile dell'atto, ove l'addebito sia formalizzabile a suo carico a titolo di colpa lieve per imperizia in fase esecutiva, e della punibilità degli altri componenti dell' *equipe* perché comunque disattenti]

**

L'auspicio è quello che si avere fornito uno spunto per una lettura applicativa delle norme, che consenta di sanzionare la colpa del medico che sbaglia, ma non crei un ingiustificato terrorismo giudiziario, foriero di preoccupazioni e inidoneo a consentire la doverosa tranquillità operativa di professionisti cui è affidato il bene supremo della vita del paziente.

Giuseppe Amato
Procuratore distrettuale di Bologna