



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA RESPONSABILITÀ MEDICA E LA NUOVA DIMENSIONE DELLA FIGURA DEL SANITARIO ALLA LUCE DELLA LEGGE GELLI-BIANCO

Il saggio si prefigge l'ambizioso obiettivo di analizzare il delicatissimo tema della responsabilità medico-sanitaria alla luce della più recente normativa. Ci si riferirà, infatti, in primo luogo alla legge Gelli-Bianco, legge di spessore e notevole incidenza in tutto il settore del diritto sanitario. Non mancheranno, poi, numerosi riferimenti a recenti sentenze che hanno marcato la giurisprudenza che riguarda l'argomento.

di **Sarah Otera**

IUS/17 - DIRITTO PENALE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Alessio Giaquinto

Publicato, Giovedì 21 Settembre 2023



Abstract ENG

The article sets itself the ambitious goal of analyzing the very delicate issue of medical-health responsibility in the light of the most recent legislation. Reference will be made, in fact, in the first place to the Gelli-Bianco law, a law of depth and notable impact in the whole sector of health law. There will be numerous references to recent judgements that have marked the jurisprudence on the subject.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive; 2. Le novità legislative della legge 24/2017; 3. L'imperizia sanitaria; 4. Gli interrogativi irrisolti dell'art. 590 sexies c.p.; 5. Dalla sentenza Francese al caso Cucchi: nodi giurisprudenziali e pronunce problematiche; 6. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

Il presente saggio, senza alcuna presunzione di completezza, si prefigge di analizzare una delle novità legislative più problematiche degli ultimi anni. Ci si riferisce, nello specifico, alla legge 24 del 2017^[1], nota come legge Gelli-Bianco, con cui il legislatore italiano ha inteso dare risposta al vuoto normativo e ai malintesi lasciati aperti dal precedente decreto 158 del 2012^[2], c.d. Balduzzi, risalente a cinque anni precedenti l'attuale legislazione.

L'evoluzione storica che ha, così, riguardato la materia sanitaria si è, a parere della maggioranza degli studiosi del settore^[3], placato con l'introduzione dell'art. 590^[4] sexies nel codice penale italiano, rubricato Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario.

L'art. 3 l. 8 novembre 2012, n. 189 aveva, di contro, determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie. La modifica normativa, infatti, aveva escluso la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve, che si collocavano all'interno dell'area segnata da linee guida o da buone pratiche mediche, purché accreditate dalla comunità scientifica.

Alla stregua della nuova legge, le linee guida accreditate operavano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituiva uno scudo protettivo contro istanze punitive, che non trovavano la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi, commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti^[5].

Le linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 l. n. 24/2017, sono raccomandazioni di ordine generale, che contengono regole cautelari di massima, flessibili e adattabili, prive di carattere precettivo, rispetto alle quali è fatta salva la libertà di scelta professionale del sanitario nel rapportarsi alla specificità del caso concreto, nelle sue molteplici varianti e peculiarità, e nel rispetto della relazione terapeutica con il paziente^[6].

A seguito della "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 sotto fattispecie, una che conserva natura penale e l'altra divenuta penalmente irrilevante^[7], si intende, nei paragrafi che seguono, analizzare la legge Gelli-Bianco, il criterio discretivo dell'imperizia, l'introduzione dell'art. 590 sexies nel codice penale. Infine, dall'elaborazione delle sentenze di maggiore importanza e incidenza nella materia sanitaria, si disegnerà lo schema normativo attuale e vigente al momento in cui si scrive.

Nell'intenzione di delineare esclusivamente la normativa che riguarda la Penisola, si chiuderà la trattazione, cercando di individuare le più complete considerazioni conclusive in un quadro d'insieme, che possa rispondere ai quesiti più frequenti che hanno interessato l'argomento sanitario in Italia, a seguito della riaffermazione della centralità dell'agente modello in sanità e di un accertamento della colpa in concreto, elementi che permeano l'attuale legislazione e ne costituiscono l'interessante, attraente e stabile ma controverso perno. Saranno volutamente tralasciati, quindi, l'analisi di sistemi sanitari esteri, secondo una prospettiva eurounionale, che richiederebbe, di contro, un approfondimento e uno studio autonomi e ulteriori, e la tematica della medicina difensiva e delle medical humanities, di cui il presente saggio non si prefigge di disquisire. Sulla medicina difensiva solo un breve cenno, per dire che l'aumento esponenziale delle denunce contro il personale sanitario ha portato alla nascita, appunto, della c.d. medicina difensiva (sia in senso positivo, ovvero, la prescrizione di pratiche ulteriori, che in senso negativo, ovvero, l'astensione e/o un comportamento evitante messo in atto dal professionista medico), soprattutto tra i medici più giovani, che adottano atteggiamenti difensivi in misura maggiore rispetto a quelli più anziani.

L'oggetto della presente analisi riguarderà, da una parte, le novità apportate dalla legislazione vigente e, dall'altra, i profili giurisprudenziali più rilevanti. La professione medica è, di per sé, molto complessa, perché, come si dimostrerà nei successivi paragrafi, da un lato, è vincolata da strumenti normativi come linee guida, leggi, decreti legge e così via, ma, dall'altro, si muove sul caso concreto e costruisce le proprie scelte sulla base della professionalità ed esperienza del medico di riferimento.

La l. 8-3-2017, n. 24 disciplina la responsabilità civile della struttura sanitaria, e di quella

civile e penale dell' esercente una professione sanitaria, nell' esecuzione di prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale. La selezione e il filtro sono, quindi, propri del medico e delle sue capacità. Gli ambienti di lavoro ospedalieri e ambulatoriali dovrebbero essere sempre curati e accoglienti, pur essendo questo, certamente, un aspetto formale e meno sostanziale rispetto all' efficienza del sistema, ed i percorsi clinici dei pazienti adeguati a consentire le condizioni di ripresa, una volta affrontate le fasi, talvolta critiche, dell' urgenza^[8].

2. Le novità legislative della legge 24/2017

Come affermato da autori esperti della materia^[9], il contrasto insorto tra la sentenza De Luca-Tarabori e la sentenza Cavazza è stato composto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con una pronuncia che spicca per profondità di analisi e che contiene una chiara rimeditazione delle fondamenta del reato colposo, candidandosi a insegnamento di rilievo per i giudici di merito e per gli studiosi del diritto penale^[10].

Alla differenza concettuale e normativa tra imperizia, imprudenza e negligenza, di conseguenza, si sono affiancati la nozione di rispetto delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, nonché, una nuova sensibilità verso un approccio organizzativo alle imputazioni per colpa medica, una ulteriore gradazione della colpa, e criteri di accertamento da rispettare^[11].

Come è possibile evincere dai principi di diritto rassegnati dalla Gelli-Bianco, si è esclusa l' operatività del co. 2 in situazioni contraddistinte da negligenza o imprudenza (in ordine alle quali varrà la disciplina generale degli artt. 43, 589 e 590 c.p., richiamata dal co. 1 dell' art. 590 sexies c.p.^[12]), mentre si è reintrodotta, nelle situazioni caratterizzate da imperizia, una gradazione della colpa.

Dunque, alla luce della nuova formulazione legislativa, il medico risponderà della morte o delle lesioni derivanti dall' esercizio di attività medico-chirurgica per imperizia, sia grave sia lieve, quando l' errore riguardi una prestazione svolta in difetto di linee guida accreditate^[13]. La sentenza n. 8770 del 2017 ha confermato lo statuto delle linee guida nella giurisprudenza di legittimità.

Nel rivolgersi alla classe medica, queste ultime fungono da guida per l' operatore sanitario in genere, sicuramente disorientato, in precedenza, dal proliferare incontrollato delle clinical guidelines, e messo ora nelle condizioni di assumere in modo più efficiente ed appropriato che in passato, soprattutto in relazione alle attività maggiormente rischiose, le proprie determinazioni professionali, recando vantaggi apprezzabili sul piano della

convenienza del servizio e su quello della malpractice^[14].

Tuttavia, esulano dal presente saggio valutazioni circa gravi infedeltà alle *leges artis* dei sanitari ed esperienze di malasana. Negli ultimi anni, la professione medica sembra esser uscita depotenziata, indebolita e messa in dubbio dalle più recenti novità legislative apportate. Si intende, di seguito, sottoporre all'attenzione di chi legge, senza voler offrire risposte definitive e inattaccabili, aspetti e profili assai affascinanti, e mai del tutto chiariti, circa la sensibile area della responsabilità medica, e l'ambito del diritto sanitario.

La tutela del diritto alla salute non può essere, infatti, lasciata in balia del mercato consumistico, e nemmeno di un dirigismo aziendale che non consentirebbero la realizzazione del c.d. "professionalismo", intendendosi con questa parola, elaborata dal sociologo Eliot Freidson, che tra Stato/Regioni e mercato, la giusta via è quella del professionista che porta con sé un bagaglio di conoscenze e competenze riconosciute e che si rinnovano, la cui opera ha un riverbero collettivo e una valenza pubblicistica: la salute, quindi, intesa come prerequisito di libertà, per quanto riguarda i medici e gli odontoiatri, come anche, nell'ambito giurisprudenziale, la legge intesa come esercizio del diritto di difesa per gli avvocati^[15].

Gli articoli di maggiore impatto della legge Gelli-Bianco sono stati l'art. 6^[16] e l'art. 7^[17]. Le innovazioni principali sono: la limitazione della causa di non punibilità all'imperizia e il rispetto delle linee guida, nonché, l'eliminazione della gradazione della colpa e della depenalizzazione operata dal c.d. Balduzzi.

Il nuovo articolo 590 sexies, poi, è applicabile a fattispecie residuali rispetto alla casistica degli errori medici. Elementi positivi introdotti dalla Gelli-Bianco sono la tassatività delle linee guida e l'eliminazione della colpa lieve e il richiamo alla sola imperizia, su cui è applicabile il 590 sexies. La stragrande maggioranza dei casi di presunta responsabilità sanitaria, infine, risulta da negligenza o imprudenza, ma non da imperizia, come si dirà in seguito. Le Sezioni Unite si avvalgono del consistente dibattito maturato in dottrina e giurisprudenza, nella vigenza del decreto legge Balduzzi, sul complesso rapporto tra comportamento medico e fonti, date in relazione alle diverse forme di colpa.

Vengono così richiamati alcuni passaggi, dati per acquisiti, utili per lo sviluppo successivo dell'analisi, vale a dire la necessità di sindacare la rispondenza della condotta medica al parametro delle linee guida adeguate^[18].

Al riguardo, esemplificativo di tale affermazione, è che il medico che succede ad un collega nel turno in un reparto ospedaliero, assume nei confronti dei pazienti ricoverati, la medesima posizione di garanzia di cui quest'ultimo era titolare, circostanza che lo obbliga

ad informarsi circa le condizioni di salute dei pazienti medesimi, e delle particolari cure di cui necessitano^[19].

In tale ultima pronuncia, qui richiamata, la S.C. ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità di un ginecologo, per il reato di lesioni colpose ai danni di un feto, ritenendo irrilevante la tesi difensiva secondo la quale, l'imputato era stato informato dello stato di sofferenza del feto solo a danno compiuto, essendosi invero accertato che i primi segnali di sofferenza erano emersi in epoca successiva all'inizio del turno, ed egli aveva ommesso di informarsi dello stato di salute dei pazienti.

Di fianco, sussiste la responsabilità per il reato di lesioni colpose del medico che abbia ommesso di prescrivere al paziente i necessari esami emato-chimici, che avrebbero consentito di rilevare tempestivamente l'insorgere della malattia. La scelta compiuta dal sanitario, circa le diverse modalità di esecuzione dell'intervento terapeutico, deve, dunque, essere adeguatamente motivata.

3. L'imperizia sanitaria

Voce di assoluta autonomia e rilevanza nel tema della gradazione della colpa, che si rende imprescindibile nell'approcciarsi allo studio della legge Gelli-Bianco, all'introduzione dell'articolo più importante nella materia e, ancor prima di essa, alla valutazione del penalmente rilevante solo in presenza di detta sovrana nozione.

Non a caso la disamina e il corretto esame della legge in questione, non possono evitare di accostare alla figura dell'imperizia l'utilizzo efficace delle linee guida da parte del professionista sanitario, rispondente, in ultima istanza, allo standard più appropriato, presumibile da casi analoghi.

Un comportamento caratterizzato da imperizia si qualifica per l'aver il sanitario violato una regola specialistica e/o tecnica, per sua ignoranza, inabilità o inettitudine ad applicarla oppure per la sua concreta non applicazione nonostante avesse dovuto farlo. L'imperizia sanitaria ha, così, assunto con la legge Gelli-Bianco un discostamento graduale dalle precedenti formulazioni legislative.

Si è escluso che possa ancora attribuirsi alla colpa grave un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell'ambito di operatività della causa di non punibilità e attribuendo alla figura del medico una sorta di posizione di vantaggio^[20]. E' da rimarcarsi come, il recuperato grado della colpa assuma peso e significatività – e appaia

addirittura funzionale – proprio nella controversa ipotesi di errore esecutivo nel rispetto di linee guida e buone pratiche^[21], che si cercherà di descrivere nel paragrafo quarto, avendo riguardo all'articolo più emblematico nella più recente disciplina.

Il mutamento delle direttive della governance sanitaria, che ha seguito la legge 833 del 1978^[22], che si ricordi brevemente, ha istituito il Sistema Sanitario Nazionale, ha, senz'altro, vissuto una storia legislativa alquanto travagliata. Un interrogativo che sembra assorbire tutte le domande formulabili, riguarda il comportamento a cui devono attenersi i sanitari.

All'interrogazione, appena menzionata, il legislatore ha inteso rispondere circoscrivendo e limitando le condotte del sanitario all'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali. In tema di responsabilità medica, infatti, integra il reato di lesioni colpose, la condotta anti doverosa del sanitario, che determini l'aumento del periodo di tempo necessario alla guarigione o alla stabilizzazione dello stato di salute del paziente^[23].

Giudizio sulla gravità della colpa, principio di affidamento, obblighi cautelari informativi, tali da rendere edotto il paziente circa l'eventuale insufficienza di dati diagnostici già acquisiti, sembrano essere, dunque, i principali elementi, inizialmente di forte disturbo per il giurista, da doversi applicare come esito della nuova disciplina.

4. Gli interrogativi irrisolti dell'art. 590 sexies c.p.

Articolo innovativo che ha segnato l'apertura del legislatore italiano del 2017 verso un panorama inizialmente nebuloso, in quanto incomprensibile, se oggetto di una scorretta e frettolosa analisi.

Se correttamente interpretato, nonché all'esito di una lettura più attenta dei significati normativi e giurisprudenziali, invece, l'articolo, contenuto nel codice penale italiano, risulta una scelta assai coraggiosa e inaspettata, se ci si rapporta al precedente Balduzzi. Esso ha, infatti, segnato la fine della depenalizzazione della colpa lieve, la riaffermazione immediata della gradazione della colpa, nonché, l'affiancamento della morbida nozione di imperizia, al più duro rispetto delle linee guida e delle buone pratiche clinico assistenziali da parte del sanitario.

Recuperando i portati di una nutrita corrente giurisprudenziale, e incoraggiato dalle esplicite prese di posizione della Corte Costituzionale, il legislatore del 2017 ha, dunque, operato una scelta di campo, introducendo *expressis verbis*, nel testo dell'art. 590 sexies co. 2 c.p., il rilievo dell'imperizia, come unica matrice della colpa generica, idonea a

fondare l'esclusione del rimprovero nel caso di errore nell'applicazione della linea guida^[24]

L'art. 590 sexies c.p. deve essere, in conclusione, letto, non già, alla luce dell'art. 5 l. Gelli-Bianco, bensì dell'art. 2236 c.c., e la nuova proiezione ermeneutica si mostra funzionale al conseguimento di due obiettivi ricchi di ricadute applicative: da un lato, giustificare l'ingresso nella fattispecie di non punibilità del requisito della colpa lieve, non espressamente previsto dalla disposizione; dall'altro, favorire l'accertamento della colpa in concreto, bandendo schemi presuntivi e incoraggiando un esame ravvicinato, di stampo 'etnografico', del contesto nel quale si è svolta la prestazione, per rendere l'accertamento della colpa del medico effettivamente rispettoso del principio di personalità della responsabilità penale^[25].

In tema di responsabilità dell' esercente la professione sanitaria, nel giudizio sulla gravità della colpa, deve tenersi conto – oltre che delle specifiche condizioni del soggetto agente, del suo grado di specializzazione e della situazione specifica in cui si è trovato ad operare – della natura della regola cautelare violata, in quanto, l'eventuale natura elastica della stessa, indicando un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, incide sulla esigibilità della condotta doverosa omessa, richiedendo il previo riconoscimento delle stesse, da parte dell' agente^[26].

Il comma 2 dell'art. 590 sexies c.p., introdotto dalla l. n. 24 del 2017 è norma più favorevole rispetto all'art. 3, comma 1, d.l. n. 158 del 2012, in quanto prevede una causa di non punibilità dell' esercente la professione sanitaria, collocata al di fuori dell'area di operatività della colpevolezza, operante – ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa – nel solo caso di imperizia e indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche, con la condotta imperita nell' applicazione delle stesse^[27].

L'abrogato art. 3, comma 1, del d. l. n. 158 del 2012, si configura come norma più favorevole rispetto all'art. 590 sexies c.p., sia in relazione alle condotte connotate da colpa lieve, da negligenza o da imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpa lieve, o da imperizia, intervenuto nella fase della scelta delle linee guida adeguate al caso concreto^[28].

5. Dalla sentenza Franzese al caso Cucchi: nodi giurisprudenziali e pronunce problematiche

Si ricordi, in prima battuta, l'inarrestabile pronuncia Franzese sull'elaborato principio dell'alta probabilità logica, derivante, nel caso di specie, da omissioni di medici, in cui la

Suprema Corte ha dilatato il perimetro di tipicità dell'illecito omissivo colposo, fino a fargli smarrire ogni reale selettività, e perdere di vista l'insostituibile funzione orientativa dell'imputazione, come limite alla regiudicanda^[29].

Nella sentenza Cucchi del 4 aprile 2022 la Corte di Cassazione ha condannato in via definitiva i carabinieri per omicidio preterintenzionale, mentre la stessa ha, di contro, condotto alla definitiva assoluzione, e/o prescrizione, dei sanitari, imputati del processo originario riguardante Stefano Cucchi, pronunciandosi con la condanna nei confronti dei carabinieri che procedettero all'arresto di Cucchi, e con l'assenza di responsabili sanitari, per una vicenda che istintivamente avrebbe reclamato l'individuazione di qualche colpevole^[30].

L'inegabile dato fattuale, cioè, la morte per malnutrizione di un ragazzo da alcuni giorni sotto la custodia dello Stato, è stata, infatti, talmente eclatante da suggerire, senz'altro, che qualche colpa ci sia stata, da parte di chi ha avuto la responsabilità di garantire la tutela della vita della vittima, come sottolinea lo stesso autore^[31]. Lo statuto delle linee guida nella giurisprudenza di legittimità^[32] ha inteso corroborare, dunque, in una qualche misura, il miglioramento generale della qualità del servizio sanitario, essendo tutti gli esercenti le numerose professioni sanitarie, professionisti fondamentali nella realizzazione del diritto alla salute.

Non sfugge, però, ai cultori di diritto penale, allo stesso modo con cui si è inteso sopperire alle lacune lasciate dalla teoria condizionalistica, con quelle della causalità adeguata e della causalità umana, che la finalità perseguita dal legislatore italiano, introducendo l'art. 590 sexies c.p., ed avvalorando la voce dell'imperizia sanitaria, sembra aver rappresentato un vero e proprio precetto cautelare.

L'attività medica e il comportamento del sanitario vengono, così, delineati dall'area dell'obbligo di garanzia che ha assunto i connotati di un nuovo rimodellamento dell'imputabilità penalmente rilevante.

In tema di responsabilità medica, la posizione di garanzia del medico di pronto soccorso, ad esempio, comporta l'obbligo di questi, di rapido inquadramento diagnostico e di determinazione degli eventuali accertamenti indispensabili a confermare la diagnosi, ai fini della predisposizione del pronto intervento per la risoluzione della patologia.

Tutto ciò, senza che lo stesso possa fare affidamento – nella indicazione di priorità degli interventi e degli accertamenti diagnostici – sull'ordine degli interventi dei medici del pronto soccorso attribuito dalla procedura del triage, di competenza infermieristica. In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto immune da censure l'affermazione di

responsabilità, per il reato di omicidio colposo di un medico del pronto soccorso che – nel trattamento di una paziente vittima di violenza sessuale e con difficoltà respiratorie, alla quale in sede di triage era stato attribuito codice rosso – nel prescrivere una radiografia toracica ed una consulenza ginecologica, aveva ommesso di segnalare, confidando nell'urgenza di entrambi gli esami derivanti da detto codice, la priorità del primo, si da non consentire di diagnosticare con immediatezza la patologia pneumologica, che avrebbe poi determinato il decesso^[33].

Incompleta risulterebbe detta narrazione, se non si prendessero in considerazione le fondamentali sentenze Tarabori e Cavazza. Nel 2017, a pochi mesi di distanza dalla promulgazione della Gelli-Bianco, le Sezioni Unite, rispetto alla sentenza Tarabori, hanno mutato orientamento nella successiva sentenza Cavazza, che arriva a conclusioni opposte, riconducendo il tutto all'utilizzo corretto delle linee-guida.

Nelle più recenti pronunce della Corte di Cassazione è emersa, infatti, una nuova attitudine: la valorizzazione del caso concreto. Rilevano, infatti, nell'art. 590 sexies c.p., tratti di ovvietà, accompagnati da una “incompatibilità logica”, che prendono le mosse proprio dall'interpretazione letterale della norma, da cui non può prescindersi^[34]. La causalità omissiva, nello specifico, è un particolare aspetto del comportamento professionale con conseguenze che interferiscono sulla salute del paziente.

Un ritardo diagnostico in un paziente che presenta un aneurisma, infatti, con chance di sopravvivenza, costituisce un chiaro esempio di accertamento di nesso causale omissivo^[35]. Se, dunque, nel complesso, la soluzione accolta dalle Sezioni unite assolve il compito di ‘riequilibrare’ le incongruenze interne della fattispecie, occorre tuttavia interrogarsi, sul piano metodologico, su quanto la lettura proposta – tesa a circoscrivere alle sole ipotesi di imperizia lieve la causa di non punibilità di cui all'art. 590 sexies c.p. – rientri nei canoni interpretativi consentiti al giudice, sia pure di legittimità, e nell'ambito dell'attività nomofilattica^[36].

In tema di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, in base all'art. 2, comma 4, c.p., la motivazione della sentenza di merito deve indicare se il caso concreto sia regolato da linee guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, valutare il nesso di causalità, tenendo conto del comportamento salvifico, indicato dai predetti parametri, specificare di quale forma di colpa si tratti, appurare se, ed in quale misura, la condotta del sanitario si sia discostata da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali^[37].

In tema di colpa medica omissiva, per citare un esempio assai rilevante, è destinatario degli obblighi di protezione nei confronti del paziente il sanitario che, pur in mancanza di

una formale investitura, abbia partecipato in fatto all'attività chirurgica, esercitando le funzioni dei garanti tipici ed assumendo i relativi rischi^[38].

Il medico in posizione apicale, di conseguenza, risponde dell'evento lesivo conseguente alla condotta colposa del medico, di livello funzionale inferiore, a cui abbia trasferito la cura del singolo paziente, come da recente pronuncia riportata in nota^[39]. A ciò, si intende aggiungere che sussiste, in tema di omicidio colposo, il nesso di causalità tra l'omessa diagnosi di una malattia tumorale e l'evento morte, laddove dal giudizio controfattuale risulti l'alta probabilità logica, come da citata Franzese, che la diagnosi tempestiva avrebbe consentito il ricorso a terapie idonee a determinare un significativo prolungamento della vita residua del paziente, quale bene giuridicamente rilevante^[40].

Corretta diagnosi, accertamento del nesso causale, effetto salvifico delle cure prescritte rappresentano, certamente, dati imprescindibili e significativi per stabilire se sia o meno presente un eventuale profilo di responsabilità del sanitario, a lui addebitabile.

Il medico che, prescrivendo medicinali off label, e che non agisca in via del tutto sperimentale, risponde a titolo di colpa, e non di dolo, delle lesioni riportate dal paziente a causa della loro somministrazione^[41]. Tali sono le conclusioni, che emergono dalla prassi analizzata, verso cui ci si accinge a volgere lo sguardo.

6. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni riportate in precedenza, e delle irrisolte questioni che si è cercato di descrivere, senza presunzione alcuna di certezza, circa la latitudine del peso gravante sul mondo medico-sanitario e sul nuovo accertamento del penalmente rilevante nel settore sanitario, risulta doveroso rimarcare che la responsabilità medica o, più in generale, del sanitario, è, e resterà sempre, un tema delicatissimo e assai complesso, che non può prescindere dall'analisi del diritto alla salute, prerogativa di ogni uomo, costituzionalmente tutelato, che permea non solo il diritto costituzionale ma diverse branche del diritto.

Fondamentale, quindi, il right to health, che dovrebbe essere fruibile da tutti i cittadini, rimuovendo le eventuali barriere di fruibilità dei servizi e mettendo in atto azioni per ridurle. Le linee guida per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico devono indicare standards diagnostico/terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica, a garanzia della salute del paziente.

Ecco che ritorna l'art. 32 della Carta Costituzionale^[42], a sostegno di quanto affermato

precedentemente. Esso si inquadra nello spirito generale informatore della Costituzione e, collegandosi con le altre norme, costituisce il presupposto di alcune disposizioni.

Nota la scelta di punire qualsivoglia grado dell'imperizia nella fase della selezione delle linee guida, dal momento che il legislatore reputa contrario alla sicurezza delle cure, il comportamento di un medico che non sia aggiornato e/o non sia in grado di formulare diagnosi corrette. A tal proposito, la Corte di Cassazione, Supremo Collegio, ha inteso declinare una sorta di decalogo per l'esercente la professione sanitaria che, se rispettato, innalza il livello della colpa per imperizia, punibile al verificarsi di eventi avversi.

Si parla, infine, di clinical guidelines che non rappresentano affatto un lasciapassare o un' "autorizzazione a procedere" per i camici bianchi, quanto, invece, un criterio standardizzato cui attenersi per non incorrere nell'attribuzione di responsabilità penalmente rilevante. Risulta indispensabile attuare, in conclusione, un bilanciamento tra l'esistenza della regola cautelare e la causalità della sua violazione, rispetto all'evento avverso, come da intenzione del legislatore italiano del 2017.

La pertinenza delle linee guida ha, come inevitabile conseguenza, spostato l'attenzione, nonché il peso gravante sul professionista, non più sul contesto clinico o sull'eventuale successo/insuccesso perpetrato dalla terapia, bensì, sul rispetto dello standard assistenziale e sul terreno della colpa nell'ars medica.

Il ritorno alla gradazione dell'imperizia sanitaria ha, di fatto, segnato un novum normativo di cui si spera di aver saputo delineare gli aspetti e i profili più rilevanti. Tutto ciò impone una modernizzazione del Sistema Sanitario Nazionale attraverso, per esempio, l'implementazione delle strutture territoriali per le cure a domicilio, evitando, come la situazione determinata dalla pandemia da Covid-19 ha drammaticamente dimostrato, un appesantimento per le strutture ospedaliere, e, in primis, per i pronto soccorsi.

Il processo di 'umanizzazione' è l'unico per identificare le medical humanities, di origine statunitense, di cui si diceva inizialmente, sviluppatasi già negli anni 60' e giunte lentamente, dapprima in Europa e, successivamente, in Italia. Sicché, pur in maniera incompleta, si è cercato di analizzare le variegata basi normative di importanza sostanziale per comprendere le varie fasi successive ad una legge, la Gelli-Bianco, che hanno condotto ad un caos iniziale, che tuttavia oggi sembra essersi stabilizzato e chiarito, pur conservando risoluzioni variegata ed eterogenee. La salute è, e resterà sempre, il bene primario, senza il quale nessuna vita può dirsi realizzabile.

La nozione di malattia, infatti, non comprende solo le alterazioni di natura anatomica, che possono anche mancare, bensì anche quelle da cui deriva una limitazione funzionale o un

significativo processo patologico o l'aggravamento di esso, ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa^[43]. Con la legge 24/2017, il legislatore ha inteso costruire un sistema istituzionale, pubblicistico, di regolazione dell'attività sanitaria, che ne assicuri lo svolgimento in modo uniforme e conforme ad evidenze scientifiche controllate, rappresentate da linee guida; dunque, è viziata la motivazione della sentenza, che abbia recisamente escluso la rilevanza di queste ultime, per non avere l'imputato soddisfatto il relativo onere di allegazione^[44].

Di regola, il giudice d'appello che riformi in senso assolutorio la sentenza di condanna di primo grado, sulla base del medesimo compendio probatorio, pur non essendo obbligato alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, è tenuto ad offrire una motivazione puntuale ed adeguata, che dia razionale giustificazione della difforme decisione adottata, indicando in maniera approfondita e diffusa gli argomenti, specie se di carattere tecnico-scientifico, idonei a confutare le valutazioni del giudice di primo grado^[45].

Si è cercato di offrire, inoltre, un manifesto della tematica della responsabilità medico-sanitaria, nella consapevolezza che la pandemia da Covid-19 ha ribadito, ancora una volta, la centralità sociale del diritto alla salute, che ha dominato la scena pubblica negli ultimi anni^[46]. Rifuggire dalla divaricazione tra eventuali conclusioni medico-peritali e giudizi controfattuali, sembra essere la scelta vincente, in un campo mai del tutto stabile e dal terreno innegabilmente assai scivoloso^[47].

Note e riferimenti bibliografici

[1] L. n. 24/2017.

[2] D. L. n. 158/2012.

[3] Cfr. A. FASANO, N. MIGNOLLI, R. PACE, *Sistemi sanitari nell'Unione europea*, Milano, McGraw Hill, 2016, 10.

[4] Art. 590 sexies c.p. di cui si riporta il testo:

«Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

[5] Alla luce della nuova normativa, l'entità della violazione va rapportata agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base: quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione. In tal senso, Cass. Pen. sez. IV, 29/01/2013, n. 16237.

[6] Cass., sez. IV, 3 febbraio 2022, n. 7849.

[7] Cass. Pen. sez. IV, 29/01/2013, n. 16237.

[8] La letteratura in materia è praticamente sterminata, con il che si intende rinunciare a qualsivoglia pretesa di completezza ed esaustività relativamente alla sua indicazione. Si rimanda, quindi, a ulteriori riferimenti bibliografici.

[9] Cfr. G. PELISSERO, A. MINGARDI, *Eppur si muove*, Torino, IBL libri, 2010, 57.

[10] Cfr. M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*; in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fasc. 1, 2018, 345 ss., nota a Cass. Pen., S. U., 21 dicembre 2017, n. 8770.

[11] Cfr. M. DI PIRRO, *La nuova responsabilità medica e il risarcimento del danno*, Napoli, Simone, 2017, 337.

[12] L'articolo, contenuto nel codice penale italiano, e che si enuncia qui di seguito contiene una innegabile complessità: «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

[13] *Ibid.*

[14] *Ibid.*

[15] Cfr. A. OLIVETI, *Il professionalismo è la risposta*, *Previdenza* 5-6, 2021, 6 - 14.

[16] L. n. 24/2017, art. 6.

[17] L. n. 24/2017, art. 7.

[18] Cfr. C. CUPELLI, L'art. 590 sexies c.p. Nelle motivazioni delle S. U.: un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile, Cass. Pen., 5, 2018, 1470 ss.

[19] Cass., sez. IV, 5 ottobre 2018, n. 47801.

[20] Cfr. C. CUPELLI, L'art. 590 sexies c.p. Nelle motivazioni delle S. U.: un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile, Cass. Pen., 5, 2018, 1470 ss.

[21] Ibid.

[22] L. n. 833/1978.

[23] Cass. Pen., sez. IV, 08/11/2019, n. 5315.

[24] Cfr. M. CAPUTO, Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve; in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fasc. 1, 2018, 345 ss., nota a Cass. Pen., S. U., 21 dicembre 2017, n. 8770.

[25] Ibid.

[26] Cass., sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258.

[27] Cass., sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078.

[28] Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770.

[29] Cfr. M. CAPUTO, Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve; in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fasc. 1, 2018, 345 ss., nota a Cass. Pen., S. U., 21 dicembre 2017, n. 8770.

[30] Cfr. M. CAPUTO, Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve; in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fasc. 1, 2018, 345 ss., nota a Cass. Pen., S. U., 21 dicembre 2017, n. 8770.

[31] Cfr. F. D'ALESSANDRO, La Cassazione sul caso Cucchi: ancora un discostamento dalla sentenza Franzese per malintesi fini di giustizia sostanziale, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2018, 301 ss., Cass. Pen., 19 aprile 2017, n. 46432, Sez. I. Il contributo si sofferma su taluni aspetti problematici dell'accertamento della responsabilità penale nell'ambito dei delitti colposi d'evento. In particolare, prendendo spunto dalla sentenza con cui la Corte di Cassazione si è pronunciata sulla drammatica vicenda della morte di Stefano Cucchi e sulla responsabilità dei sanitari che lo ebbero in cura. Sul punto, viene criticata la posizione espressa dalla Cassazione che, pur dichiarando di aderire ai principi enunciati nella sentenza Franzese, in realtà, se ne allontana significativamente, ammettendo la possibilità di spiegazioni causali distanti dalla certezza e basate sul mero criterio dell'aumento del rischio. Inoltre, anche nell'individuazione del comportamento alternativo lecito, laddove la condotta contestata abbia carattere omissivo, la Suprema Corte afferma un principio non convincente, dando vita a una estensione eccessiva del giudizio demandato al giudice di merito, senza riconoscere alcuna specifica idoneità selettiva all'imputazione formulata dal pubblico ministero.

[32] Per completezza espositiva, si intende sottolineare che le linee guida rappresentano il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti.

[33] Cass., sez. IV, 13 gennaio 2021, n. 12144.

[34] Cfr. C. CUPELLI, L'art. 590 sexies c.p. Nelle motivazioni delle S. U.: un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile, Cass. Pen., 5, 2018, 1470 ss.

[35] Cass. Pen., Sez. IV, 06/03/2019, n. 20270 in base a cui integra il reato di cui all'art. 481 c.p. la falsificazione della sottoscrizione sui c.d. 'fogli di prescrizione interna' redatti da chi esercita un servizio medico ospedaliero dopo

la visita dei pazienti e contenenti sia le diagnosi che le prescrizioni farmacologiche, atteso che essi, presupponendo un'attività diretta di accertamento da parte di chi li emette, hanno natura certificativa.

[36] Cfr. M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*; in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fasc. 1, 2018, 345 ss., nota a Cass. Pen., S. U., 21 dicembre 2017, n. 8770.

[37] Cass., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 37794.

[38] Cass., sez. IV, 29 settembre 2020, n. 28316. La fattispecie in esame era relativa al decesso di un paziente a seguito di toracentesi, in cui la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità del medico pneumologo che aveva partecipato all'intervento, pur limitandosi a sostenere il paziente per fargli assumere la posizione più idonea, condividendo comunque le modalità operative dei chirurghi che avevano deciso di intervenire senza una guida ecografica.

[39] Cass., sez. IV, 2 marzo 2021, n. 10152.

[40] Cass., sez. IV, 26 gennaio 2021, n. 5800.

[41] Cass., sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077.

[42] Si riporta, per comodità del lettore, il testo dell'articolo 32: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività».

[43] Cass., sez. IV, 19 aprile 2016, n. 22156.

[44] Cass., sez. IV, 16 ottobre 2018, n. 49884.

[45] Cass., sez. IV, 15 ottobre 2021, n. 2474.

[46] Cfr. C. ALTOMARE, *La questione delle RSA e della responsabilità per le infezioni nosocomiali ai tempi del Covid – 19 in Covid-19 e responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, Milano, Giuffrè, 2021, 88.

[47] Cfr. C. CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p. Nelle motivazioni delle S. U.: un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile*, Cass. Pen., 5, 2018, 1470 ss.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9852>