

SILVIO RIONDATO

Profili giuridico-penali del trattamento medico-chirurgico*

E' arduo esaurire sia pur molto sinteticamente il tema. Perciò mi limito ad alcune notazioni su alcuni dei profili importanti, per giunta rinviando i pur doverosi approfondimenti all'eventuale discussione, avvertendo fin d'ora che ad onta delle mie semplificazioni la materia è caratterizzata da un alto tasso di problematicità.

1. Anzitutto formulo alcuni postulati muovendo dal diritto costituzionale, i quali mi assisteranno nelle conseguenti considerazioni di ambito penalistico, da cui peraltro emergeranno alcuni fattori di instabilità.

Secondo la nostra Costituzione (art. 32) "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" e "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in alcun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

Dato che la salute è fondamentale diritto dell'individuo¹, quest'ultimo è il primo arbitro della decisione anzitutto su cosa sia "salute" e cosa no, per quanto lo riguarda, e quindi su quali siano i mezzi idonei a preservarla. Soltanto una legge lo può obbligare ad un determinato trattamento sanitario², e solo a condizione – si ritiene - che ciò sia necessario ai fini di tutela della salute altrui. In quest'ultima ipotesi la decisione sulla salute e quelle conseguenti spettano al potere legislativo. Ciò è coerente con la qualificazione della salute come "interesse della collettività", per cui la salute si determina secondo una decisione che non compete in via esclusiva all'individuo, sempre che sia in gioco la salute altrui.

* Testo, corredato di essenziali note, della relazione al Convegno di Cittadella, Torre di Malta, 14 dicembre 2002, "Aspetti medico-legali e assicurativi in neurofisiologia clinica", organizzato dall' Azienda USSL 15 Alta Padovana.

¹ Il riconoscimento da parte della Carta Costituzionale del diritto alla salute quale diritto fondamentale, fa discendere per il legislatore ordinario il duplice impegno da un lato a tutelare il diritto medesimo, in quanto diritto soggettivo, dall'ingerenza arbitraria dei terzi, e dall'altro lato a garantire ai singoli la prestazione di attività da parte dello Stato o di altri enti pubblici volte ad assicurare l'effettivo conseguimento del bene salute. Sul punto, e per una aggiornata ricognizione critica e propositiva riguardo ai temi in esame, vedi per tutti PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, Cedam, 2000. Cfr., inoltre, RIZ R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, Cedam, 1975; RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, Cedam, 1979.

² PORTIGLIATTI BARBOS M., *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto disc. pen.*, XIV, Torino, Utet, 1999, p.346.

Per il resto, di principio non vi è un obbligo di curarsi, né di tollerare altri trattamenti o limitazioni di diritti contro la propria volontà³. Per converso, non è ammesso di disporre della propria salute in nome di valori che non abbiano pari o superiore importanza a livello costituzionale. Quindi, esemplificando (ma anche semplificando mio malgrado), si può disporre della propria salute per tutelarla, come accade quando ci si sottopone ad un doloroso ma benefico intervento chirurgico, ma non si può disporre di essa per fini meramente economici, vendendo un rene⁴.

Altrettanto coerente è la considerazione che la pretesa dell'individuo a che la Repubblica tuteli la di lui salute trova limite nella concezione collettiva della salute; vale a dire che l'individuo non può pretendere che la sua idea di salute (e quindi dei correlati mezzi di protezione) presieda in via esclusiva alla prestazione sanitaria pubblica (fermo restando che di principio non vi è un obbligo di curarsi). Se un individuo vede la propria morte come mezzo di perseguimento della propria salute, non perciò solo ha diritto ad una prestazione "medica" con obiettivo "infausto" (è però ancora dubbio se esista il c.d. diritto al suicidio⁵).

Analogamente, la concezione collettiva della salute determina l'ambito di liceità delle prestazioni mediche private, eventualmente con maggiore o minore ampiezza rispetto a quelle pubbliche (restano a parte per queste ultime le ragioni meramente "economiche" di restrizione).

In ogni ipotesi, tra i "formanti" della concezione sia individuale che pubblica intorno alla salute etc., quello principale è la scienza medica. La scienza non è però un formante esclusivo, per la semplice ragione che la nostra vuol essere una società democratica e non una società tecnocratica. Nondimeno la scienza medica è di solito determinante nel caso concreto. Senonché, il precipitato della scienza medica diventa sempre meno unitario (è plurale); perciò non è escluso che (anche) il diritto, quindi la collettività (oltre che gli individui) sia costretto a trovare suoi criteri di selezione o di temperamento tra le varie teorie e pratiche mediche, specie quando l'una sconfessi apertamente l'altra. Ciò è tra l'altro importante in sede di individuazione della c.d. arte medica, che costituisce un criterio di apprezzamento della liceità dell'operato del singolo sanitario, appunto a seconda che siano state o no seguite le regole dell'arte. Per ragioni di economia espositiva non posso soffermarmi sugli spinosi problemi che la disunità della scienza, non solo di quella medica, comporta sul piano giuridico e giuridico-penale in particolare. Il caso Di Bella ha appena iniziato ad

³ Peculiari problemi si sono posti in tema di AIDS (cfr. RIONDATO S., *Rischio AIDS, indagini del datore di lavoro, responsabilità penali. Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 218/1994*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1994, 473).

⁴ A ciò osta, sul piano della legge ordinaria, l'art.5 del Codice Civile, che vieta gli atti disposizione del proprio corpo "quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume". Questa norma va interpretata nel senso che il divieto attinge atti aventi scopo economico (soluzione non pacifica).

⁵ Per un primo approccio v. GIUNTA F., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione del proprio corpo*, in *Diritto penale e processo*, 1999, 403.

aprire un confronto al riguardo, riproponendo l'antico problema dei limiti alla c.d. "libertà" del medico, una libertà che dovrebbe essere comunque scevra da arbitrio e quindi in qualche modo risultare fondata *oltre* la mera scienza dell'individuo-medico⁶. D'altra parte la scienza medica è sempre più consapevole che le soluzioni sono legate e determinate dal singolo caso, e che quindi le varie teorie, pratiche, protocolli etc. finiscono per valere al più come indicazioni di massima, sempre rivedibili, e perfino doverosamente, in relazione al caso concreto⁷.

2. Fatte queste premesse, passo ad osservare che l'attività medica, benché si rivolga al miglioramento dello stato di salute dell'individuo umano, talvolta implica ingerenze nella sfera personale del paziente, ingerenze tali da corrispondere a fatti descritti come reato nella legislazione penale. Nonostante questi fatti siano commessi sul presupposto, per dirla in sintesi, dell'applicazione della teoria del "male minore" (principio di beneficalità medica), secondo un'opinione ciò non li giustifica da sé, quindi non giustifica chi li commette. Infatti, la Costituzione richiede la precisa volontà del paziente rispetto ad un determinato trattamento, cioè il consenso libero ed "informato", che presuppone quindi piena consapevolezza sul trattamento e i possibili esiti. Il consenso fonda la liceità del trattamento medico⁸: nel consenso si attua la coincidenza tra la concezione individuale e quella collettiva sulla salute⁹, la collettività essendo necessariamente consustanziata al medico che agisce secondo l'arte medica. Si avvera così la c.d. "alleanza terapeutica" che valorizza e l'umanità del paziente e l'umanità del medico e l'orientamento ad ogni singolo uomo da parte della collettività; breve: si concretizza la concezione "personalistica" trasfusa nella nostra Costituzione.

Il consenso esclude l'antigiuridicità del fatto¹⁰; in altri termini, è causa di giustificazione; meglio ancora, qualifica il fatto come lecito - secondo quanto prevede l'art. 50 del codice penale.

⁶ GIUNTA F., *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Diritto penale e processo*, 1998, 667.

⁷ Rinvio ai vari contributi di medici e giuristi contenuti nel volume AA.VV., *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, a c. di U. VINCENTI, Padova, Cedam, 2000.

⁸ Segnalo una recente pronuncia della Corte di Cassazione (sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani), che pur ravvisando l'assoluta necessità del consenso del paziente, individua il fondamento del consenso "nell'art. 13 della Costituzione, il quale sancisce l'inviolabilità della libertà personale nel cui ambito deve ritenersi compresa la libertà di salvaguardare la propria salute ed integrità fisica, escludendone ogni restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge".

⁹ Questa è la strada seguita dalla giurisprudenza maggioritaria, anche di merito. Si veda in proposito Corte D'Assise di Firenze, 18 Ottobre 1990, in *Giustizia Penale*, 1991 p.163:"dunque il consenso del paziente è la condizione imprescindibile perché possa legittimamente esercitarsi nei suoi confronti qualsiasi attività medico-chirurgica e ciò, ovviamente con le dovute eccezioni previste dalla legge e richiamate anche dall'art. 32 della Costituzione..."

¹⁰ Il consenso deve essere manifestato preventivamente al trattamento medico chirurgico da eseguire. Una discussa sentenza della Cassazione (sez. V, 13 maggio 1992, n.5639, Massimo, in *Riv. Pen.*, 1993, p. 42) a tal proposito ha stabilito che il chirurgo non è abilitato ad eseguire un altro intervento, non preventivato né consentito ed al di fuori di una condizione di necessità ed urgenza per al salute del paziente. Le lesioni derivate dall'intervento non voluto configurerebbero il reato di lesioni volontarie e l'eventuale morte del paziente ad esse susseguenti il reato d'omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.).

Non sono sufficienti informazioni inadeguate, incomplete, imprecise, farraginose come spesso si vedono addirittura scritte. Non ha alcun valore un consenso prestato solo apponendo una firma su lunghi moduli prestampati e genericamente onnicomprensivi. Occorre l'adesione consapevole del paziente alla finalità e all'operato del medico nel caso concreto, il tutto pianamente illustrato, spiegato e ben compreso secondo le capacità del paziente.

Il dissenso implica il venir meno di qualsiasi obbligo di agire da parte del sanitario.

Secondo una diversa opinione, a mio avviso erronea, che però di recente ha ripreso a trovar credito anche presso la Corte di Cassazione¹¹, il trattamento medico eseguito secondo le regole dell'arte medica sarebbe di per sé giustificato in nome dell'interesse collettivo alla salute, mentre la volontà del paziente avrebbe rilievo solo in ipotesi di *espresso dissenso*. Tuttavia, la Cassazione non può in fondo far a meno di presumere un consenso dell'individuo, e non chiarisce le ragioni della rilevanza del solo dissenso, le quali, non potendo essere che ragioni pertinenti al rispetto dell'individuo, fondano la necessità del consenso prima ancora che la rilevanza del dissenso.

A parte comunque la critica, che è ormai un lusso caro agli amanti del superfluo, rimane per noi interessante notare che a questo rigurgito di malinteso collettivismo la Cassazione è pervenuta sulla prepotente spinta dell'osservazione che la conflittualità giudiziaria tra pazienti (o loro familiari) da una parte e medici dall'altra parte ha raggiunto vertici intollerabili – e ciò è indubitabilmente vero¹². Per la Cassazione, il consenso del paziente, inteso come causa di giustificazione, sarebbe stato soggetto ad una “diffusa e crescente enfattizzazione in chiave giuridica, che l'ha trasformato da strumento di alleanza terapeutica tra medico e paziente, teso al soddisfacimento dell'interesse comune di ottenere dalla cura il miglior risultato possibile, in fattore di elevata conflittualità giudiziaria, indotta dalla sempre maggiore diffidenza dei cittadini verso le strutture sanitarie e verso

¹¹ Cass., sez. I pen., 29 maggio 2002, Volterrani, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 1201. Similmente, Cass., sez. IV pen, 9 marzo 2001, Barese, in *Cassazione penale*, 2002, 517, che esclude l'elemento soggettivo necessario per la configurazione del delitto di lesioni volontarie, qualora il medico, pur in assenza di consenso, sia nell'agire animato da finalità terapeutiche e non operi nella coscienza che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente. La Corte rileva a tal proposito come solo “l'esplicito dissenso del paziente rende l'atto, asseritamente terapeutico, un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente ma anche della sua integrità con conseguente applicazione delle ordinarie regole penali” (p.526). Cfr. IADECOLA “*Il medico e la legge penale*”, Padova, Cedam, 1993, secondo cui il consenso richiesto in materia non si identifica con il consenso di cui all'art. 50 del codice penale, poiché troverebbe un limite insuperabile nel summenzionato art. 5 del Codice Civile, che vietando gli atti di disposizione del proprio corpo che provochino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, impedirebbe di risolvere l'illiceità penale di quegli atti medici, come le operazioni chirurgiche, capaci di produrre una diminuzione permanente dell'integrità fisica e la stessa morte del paziente”(pp. 10-11). Il consenso avrebbe dunque essenza diversa, e costituirebbe così presupposto necessario della conformità a legge dell'attività medica, la quale troverebbe altrove il proprio fondamento di liceità (causa di giustificazione codificata e non, o atipicità dell'atto medico).

¹² Cfr. IADECOLA “*Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato al di fuori dell'urgenza e senza consenso del paziente*”, in *Cassazione penale*, 2002, p.528: “Viene, in effetti, assai spesso denunciato come, se da un lato sia venuto meno l'affidamento incondizionato del paziente nel suo medico, per altro verso, si diffondano tra i sanitari atteggiamenti assai controllati e calibrati in chiave difensivistica, improntati a cautele e prudenze eccessive e attenti principalmente ad evitare il rischio di sequele giudiziarie.....”

coloro che vi lavorano, cui si contrappone l'inquietante fenomeno della <<medicina difensiva>>, di cui è, tra l'altro, espressione comune l'ansiosa ricerca in tutti i nosocomi, pubblici e privati, di adesioni <<modulistiche>> sottoscritte dai pazienti, nell'erronea supposizione di una loro totale attitudine esimente". Questa condivisibile anche se mal impiegata preoccupazione della Cassazione sta a capo anche di un'altra rilevante novità di cui dirò più avanti, e segna forse l'inizio di un momento di ripensamento almeno sulla capacità dello strumento penale e penal-processuale di render effettiva giustizia nei settori in cui pure sia riscontrabile la c.d. malasania, e (tanto meno) di trasformare in meglio il servizio sanitario. Ben altre, e non certo le pene, sono le misure che necessitano ai fini del miglioramento del servizio; comunque, ben altri dovrebbero essere gli interventi penalistici contro la malasania; ma mi arresto ai confini del mio campo e proseguo in economia espositiva.

3. La descritta rilevanza del consenso permane fino a che si tratti di paziente capace di intendere e di volere.

Per gli incapaci, fuori delle ipotesi di necessità di cui dirò tra poco, soccorrono le procedure legate al consenso espresso da altri che legittimamente ne abbiano i poteri, poteri che all'occorrenza sono conferiti *ad hoc* dall'autorità competente. Non mi soffermo su questi casi.

4. Lo stato di necessità è previsto dall'art. 54 c.p. quale causa di esclusione dell'antigiuridicità del fatto (causa di giustificazione). Si tratta, per quanto qui interessa, del fatto commesso per la necessità di salvare altri¹³ (cioè il paziente, n.d.r.) dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo che chi agisce (il medico, nel caso nostro) non ha volontariamente causato e che non è altrimenti evitabile¹⁴. Secondo un'opinione che va consolidandosi, il dissenso dell'individuo capace di intendere e di volere paralizza l'operatività di questa giustificazione in relazione al trattamento medico, anche quando si tratti di evitare la morte dell'interessato e perfino il suicidio (ma, per esempio, con riguardo allo sciopero della fame di detenuti la Ragion di Stato ha condotto alla degradante, inaccettabile soluzione dell'alimentazione forzata). Ovviamente, buona parte dei problemi si snodano in concreto sull'apprezzamento della capacità di dissentire, e si acquiscono nelle ipotesi in cui l'interessato sia attualmente incapace ma abbia a suo tempo manifestato un dissenso per l'ipotesi di trattamento medico futuro.

¹³ Un allargamento del concetto dello stato di necessità è proposto da VASSALLI "Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico", in *Archivio Penale*, 1973, I, 81, il quale giudica insufficiente la scriminante di cui all'art. 54 a giustificare tutte le ipotesi di trattamento medico chirurgico in cui il paziente non sia in grado di esprimere valido consenso. Sarebbe dunque necessario ricorrere al concetto di "necessità medica", aprendo la strada alla dibattuta questione delle scriminanti non codificate.

¹⁴ E' necessario che però il medico ravvisi la necessità dell'intervento, non la semplice opportunità. In tal caso l'operare senza consenso non potrebbe essere ritenuto lecito, e non si potrebbe invocare la scriminante dello stato di necessità.

Peraltro, di fronte all'incapace, l'intervento di emergenza non soltanto è facoltizzato, ma (si ritiene) è doveroso, cioè sussiste l'obbligo di intervenire, quando vi è un pregresso rapporto di cura o comunque un obbligo giuridico di assistenza medica. Qui opera altra giustificazione, quella consistente nell'adempimento del dovere (art. 51 c.p.). Questa costruzione è molto coerente rispetto alla considerazione che sul medico generalmente grava una posizione di garanzia non appena egli entri in contatto con il malato.

Diverso, ma altrettanto coerente, è l'ambito in cui si inquadra la problematica concernente le cure prestate al delinquente, per così dire, laddove si incrociano, tra l'altro, il diritto alla salute, il dovere di curare, il reato di favoreggiamento (art. 378 c.p.), quello di omissione di referto (art. 365 c.p.), e la previsione secondo cui, in caso di pericolo di apertura di un procedimento penale a carico del soggetto curato, la trasmissione del referto non è obbligatoria (art. 365 c.p.). La giurisprudenza è ferma quanto meno nel sostenere che la prestazione di cure mediche a favore di un ricercato non è di per sé penalmente rilevante e che il medico non ha l'obbligo di favorire le ricerche dell'Autorità, ma solo di astenersi da altre condotte positive di aiuto al ricercato¹⁵. Peraltro non mancano gravi incertezze, per esempio riguardo all'obbligo che dovrebbe incombere sull'Autorità, di astenersi da ogni comportamento nei confronti del medico, che pregiudichi la cura e si risolva quindi in una indebita intromissione nell'esercizio del diritto alla salute da parte del malato. E così si avuto un caso in cui il medico è stato ritenuto responsabile di favoreggiamento per aver utilizzato un certo tragitto al fine di raggiungere il ricercato-paziente e per aver disattivato il telefono cellulare allo scopo di evitare la propria localizzazione¹⁶.

5. Passiamo ora ai temi concernenti la causalità, cioè il rapporto imprescindibile tra l'azione o l'omissione del medico e l'evento infausto. Sulla causalità ogni scienza ha detto tutto e il contrario di tutto, e la scienza del diritto penale non di meno. Così pure la giurisprudenza penale. Le questioni più attuali ruotano intorno alla rilevanza causale dell'omissione cioè del non agire quando si ha l'obbligo *giuridico* di attivarsi¹⁷. Al riguardo, piuttosto che addentrarmi in questioni tecniche non esauribili in questa sede, ritengo opportuno notare che in complesso la giurisprudenza della Corte di cassazione ha iniziato ad assumere posizioni meno gravose di un tempo nei confronti del medico,

¹⁵ Per un quadro recente v. Cass. pen., sez. VI, 4 giugno 2002, Marcello, in *Diritto pen. e processo*, 2002, 1497, e il relativo commento di P. PARODI.

¹⁶ Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2002, Di Noto, in *C.E.D. Corte di Cassazione*, n. 221161.

¹⁷ V. l'art. 40 co. 2 cod. pen.: "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo". Cfr. per esempio Cass. pen., sez. IV, 13 settembre 2000, n. 9638: "Gli operatori di una struttura sanitaria, medici e paramedici, sono tutti *ex lege* portatori di una posizione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex artt. 2 e 32 Cost., nei confronti dei pazienti, la cui salute devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità; l'obbligo di protezione perdura per l'intero tempo del turno di lavoro e, laddove si tratti di un compito facilmente eseguibile nel giro di pochi secondi non è delegabile ad altri".

fino a sposare recentemente, tramite una decisione delle Sezioni Unite¹⁸, un chiaro *rifiuto* di ammettere il pur consolidato orientamento secondo cui il valore primario del bene-salute protetto in materia di trattamenti terapeutici e chirurgici condurrebbe a ritenere rilevante l'accertamento che dall'ipotetico comportamento doveroso sarebbero sorte "serie ed apprezzabili possibilità di successo"¹⁹, anche se limitate e con ridotti coefficienti (talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%). Ciò in sostanza rendeva decisive ai fini della causalità penale, nel caso, "poche probabilità di sopravvivenza", e quindi relegava nel campo della irrilevanza le correlate, altissime probabilità di non sopravvivenza. Le Sezioni Unite hanno invece ribadito il *principio di tendenziale certezza sostanziale e processuale strettamente legata al caso concreto*²⁰, "al di là di ogni ragionevole dubbio", richiedendo un "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica" della conclusione secondo cui la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo, e respingendo comunque valorizzazioni della mera causalità statisticamente apprezzata.

Posso pensare che il principio così ripristinato dovrebbe operare se non altro nel senso di richiamare i giudici a non farsi strumenti ciechi di quell'aumento "patologico" della conflittualità giudiziaria penale in materia sanitaria, di cui ho già detto.

¹⁸ SS.UU. pen., 11 settembre 2002, n. 27, Franzese, in *Dir. penale e processo*, 2003, 50, con commento di A. DE MARTINO.

¹⁹ Numerose, nel corso degli anni '90, le pronunce in tal senso: Cass. pen., sez IV, 7 luglio 1993, De Giovanni, in *Rivista penale*, 1994, 954, afferma la sussistenza del rapporto di causalità anche quando l'opera del sanitario ove tempestivamente e correttamente intervenuta, avrebbe solo avuto seria ed apprezzabile probabilità di successo, potendosi al criterio degli effetti della condotta sostituire quello della probabilità e dell'idoneità di essa a produrli. Ancora, Cass. Pen. Sez IV, Prinzi Valli, in *Riv. pen.*, 1990, 119, precisa che quando è in gioco una vita umana, anche limitate probabilità di successo di un immediato intervento chirurgico sarebbero comunque sufficienti a configurare la necessità di operare. Altre pronunce dello stesso tenore: Cass. pen., sez. IV, 19 novembre 1994, Presta, in *Riv. pen.* 1995, 698; Cass. pen., sez. IV, 23 aprile 1991, Silvestri, in *Riv. pen.*, 1992, 200; Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 1990, Oria, in *Riv. pen.* 1991, 870. Più di recente, Cass. pen, sez V, 14 luglio 2000, n. 10482, Falvo: "In materia di responsabilità per colpa professionale del sanitario, questa corte ha stabilito che al criterio della certezza degli effetti della condotta può sostituirsi quello della probabilità ed idoneità di essa a produrre tali effetti, nel senso che il nesso causale sussiste anche quando l'opera del medico, tempestivamente e correttamente intervenuta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili probabilità di successo, tali da far ritenere che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata". Per profili critici v. DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 62.

²⁰ Un'anticipazione di questo significativo nuovo orientamento può essere ravvisata in Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000 - 9 marzo 2001, n. 9780, Baltrocchi, secondo la quale "in tema di causalità omissiva è possibile ravvisare il nesso causale se l'azione doverosa omessa avrebbe impedito l'evento con alto grado di probabilità logica ovvero con elevata credibilità razionale, cioè con una *probabilità vicina alla certezza* che può ritenersi raggiunta quando, sulla base di una legge universale o di una legge statistica, sia possibile effettuare il giudizio controfattuale con una *percentuale vicino a cento*" (cors. nostro). Similmente, Cass. pen., sez IV, 20 ottobre 2000, n. 10780, Diele: "l'esistenza del nesso di causalità tanto nel caso di reato omissivo improprio che di reato commissivo, deve essere accertata secondo i medesimi principi e cioè in base a regole di comune esperienza, preesistenti al giudizio che consentano di affermare che la condotta dovuta, se attuata, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento un grado di certezza che pur tenendo conto della regola applicata deve essere molto elevato ma non assoluto".

Secondo Cass. pen , sez IV, 23 gennaio 2002, Orlando, in *Foro Italiano*, 2002, II, 419, l'accertamento del nesso di causa deve sempre essere effettuato mediante un giudizio di natura induttiva.

6. Per l'esistenza di un reato non è sufficiente che esista un fatto corrispondente ad una previsione legale incriminatrice, e che questo fatto sia antiggiuridico. Occorre inoltre che si tratti di un fatto che l'autore ha realizzato con *colpevolezza*, cioè che il fatto sia rimproverabile al suo autore perché questi l'ha commesso o con dolo (coscienza e volontà del fatto) oppure con colpa. La colpa, che più interessa in ambito medico, riguarda ipotesi di mancanza di volontà dell'evento lesivo, qualora l'evento lesivo fosse prevedibile anche se non previsto (quindi anche se previsto ma escluso) e vi sia stata evitabile inosservanza di regole *cautelari* (prudenziali) scritte (leggi, regolamenti, ordini o discipline) o non scritte (negligenza; imprudenza; imperizia che nel caso nostro è l'inosservanza delle regole dell'arte medica), cautelari cioè rivolte a prevenire proprio quell'evento che si è verificato.

Il principio di *colpevolezza* è un principio penalistico costituzionale (art. 27, co. 1, Cost.) per cui il *rimprovero riguarda il singolo individuo agente*, tenendo conto quindi per quanto possibile delle sue condizioni soggettive. In tema di colpa si dovrebbe quindi accertare la prevedibilità ed evitabilità del danno da parte di chi concretamente ha agito, il quale sarà rimproverato e punito perché avrebbe dovuto agire in altro, prescritto modo, essendo *in grado* di farlo. Ma quando si versa in materia di colpa, e in particolare di colpa medica, si finisce per confrontare l'operato dell'agente con quello di un *agente-modello* che giocoforza è qualcosa di diverso dall'individuo interessato. Soprattutto in giurisprudenza si tende ad elevare le capacità e conoscenze di questo *medico-modello*, anzi molto spesso si realizza una confusione tra il criterio di accertamento della *causalità*, che in genere è quello della *miglior scienza ed esperienza* (al tempo della condotta), e il criterio di accertamento della *colpa*, il quale invece dovrebbe attestarsi su *livelli più bassi* nel tentativo di avvicinarsi almeno alla *media dei soggetti* assimilabili a colui che ha agito²¹. Ne deriva che si rischia di essere rimproverati e quindi puniti per non aver evitato una inevitabile manifestazione di se stessi. D'altra parte, l'opinione prevalente ritiene che rilevino le maggiori conoscenze e capacità dell'agente concreto rispetto all'agente-modello (mentre non altrettanto rilievo è dato al deficit di conoscenze e abilità che il concreto soggetto dimostri rispetto alla media dei colleghi consimili).

La colpa è quindi un "terribile" criterio di imputazione soggettiva, che rischia di portare al parossismo le esigenze di prevenzione dei reati, anche riducendo le basi della rimproverabilità alla mera, oggettiva inosservanza di norme.

²¹ La giurisprudenza esige comportamenti risoluti da parte del medico. V. Cass. pen., sez IV, 9 febbraio 2000, n.272, De Donno e altro: "In tema di colpa professionale, il medico, qualora la struttura sanitaria di ricovero risulti inadeguata o sfornita dei mezzi e dei presidi necessari ad affrontare e risolvere la specifica patologia di cui il paziente sia portatore, anche in relazione a probabili complicanze prevedibili nella singolarità del caso, ha il dovere giuridico di disporre il trasferimento del paziente in altra struttura idonea adottando tutte le opportune cautele". Similmente, sez IV, 19 dicembre 2000 n. 13212, Brignoli e altri, in *Riv. Pen.* 2001, p. 452: "...quando l'assistente o l'aiuto non condividano le scelte terapeutiche del primario possono andare esenti da responsabilità solo se abbiano provveduto a segnalare allo stesso primario la ritenuta inadeguatezza o rischiosità delle scelte anzidette".

7. I temi e i problemi concernenti la colpa si riflettono ancor più problematicamente sul fenomeno del lavoro in *equipe*, o lavoro comunque *suddiviso*, ormai consustanziale alla prestazione medica, la quale discende quasi sempre da una previa divisione del lavoro tra le varie specializzazioni etc.

Va premesso che la legge penale punisce le condotte di cooperazione nel delitto colposo, che sono caratterizzate dalla consapevolezza di cooperare con altri e dalla loro efficienza causale, materiale o anche soltanto psicologica (rispetto all'operato di altri cooperanti)²². La causalità rilevante è quella complessiva delle condotte dei cooperatori, e il delitto è unico. Diverso è il caso in cui vi sono più reati corrispondenti a diverse condotte causalmente rilevanti che producono un unico evento, senza però che vi sia da parte degli agenti consapevolezza dell'altrui condotta. Inoltre la giurisprudenza ha talvolta ritenuto configurabile il concorso colposo nell'altrui reato doloso.

In ogni caso, versandosi in tema di colpa, occorre la rimproverabile violazione di doveri di natura cautelare (compresi i doveri sgorganti dalle indicazioni dell'arte medica).

Quando vi è lavoro d'*equipe*, è anzitutto escluso che vi sia una responsabilità penale di gruppo o comunque per fatto altrui. Se è riconoscibile un capo, e questi ha una funzione di scelta, controllo, sorveglianza sui partecipanti al lavoro comune, risponde del cattivo esercizio di tale funzione. Ma se la scelta è obbligata come per es. nell'ambito di una struttura pubblica, non dovrebbe essere possibile far cadere senz'altro l'inefficienza della struttura sul singolo; tuttavia, residua un obbligo di segnalazione ai responsabili della struttura, e a mio avviso anche i pazienti dovrebbero essere avvertiti quanto meno che la struttura non è in grado di offrire una prestazione accettabile (se non anche, nei congrui casi, che altrove il paziente può trovare prestazioni migliori).

Nondimeno risponde il partecipante al lavoro²³, sempre che ci sia colpa da parte sua. Si tende ad affermare il principio di affidamento sull'abilità altrui²⁴, almeno quando non si abbiano compiti di controllo o sorveglianza etc. sull'altrui operato. Ma molti ritengono, e tra questi i giudici, che obblighi di controllo e sorveglianza sorgano da un'attività di *equipe* contrassegnata da stretto

²² La cooperazione nel delitto colposo (art. 113 c.p.) si verifica quando più persone pongono in essere una data autonoma condotta nella reciproca consapevolezza di contribuire all'azione od omissione altrui, e queste condotte sfociano nella produzione di un evento non voluto.

²³ La giurisprudenza più recente si fonda sulla valutazione della capacità dei partecipanti al lavoro d'*equipe*, allo scopo di individuare la sfera di responsabilità dei singoli. Si veda in proposito Cass. pen, sez. I, 17 novembre 1999, Zanda, in *Cass. Pen.*, 2001, p.154: "In tema di omicidio colposo per responsabilità professionale a carico dei medici che abbiano adottato un trattamento non adeguato al caso, l'assistente medico, ai sensi dell'art. 63D.P.R. 761/1979, non riveste affatto la posizione di mero esecutore di ordini delle scelte terapeutiche effettuate dal primario...l'assistente che non condivide le scelte terapeutiche del primario è tenuto ad esprimere il proprio dissenso quando ha motivo di ritenere che queste comportino un rischio per il paziente. Diversamente egli potrà essere ritenuto responsabile dell'esito negativo del trattamento terapeutico non avendo compiuto quanto in suo potere".

²⁴ A queste conclusioni giunge BELFIORE E., *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Foro italiano*, 1983, II, 163, il quale rileva, sulla scorta di quanto osservato dalla dottrina tedesca, la necessità dell'affidamento sul comportamento diligente del terzo, posti gli obblighi di diligenza di quest'ultimo dinanzi l'ordinamento giuridico.

collegamento funzionale ed ambientale, che consenta al partecipante di constatare circostanze di fatto concrete che facciano prefigurare contegni non corretti o inadeguati e quindi di cogliere errori di condotta nell'altrui operato. In tal caso tutti avrebbero l'obbligo di segnalare al capo quanto riscontrato.

Riguardo al rapporto tra il medico e il personale sanitario ausiliario, la giurisprudenza è tendenzialmente molto rigorosa, nel senso che il medico ha obblighi di costante controllo e verifica della correttezza dell'operato altrui. Si è giunti perfino all'eccesso – a mio avviso – di ritenere che il medico sia responsabile della morte del paziente avvenuta per erronea trascrizione della prescrizione di un farmaco da parte di una infermiera – il medico avrebbe dovuto controllare la trascrizione effettuata dall'infermiera per consegnarla al malato.