



■ ALFONSO MARRA

Presidente della Seconda Corte d'Appello Penale di Milano

Il continuo "trend di incremento" del contenzioso per i giudizi di responsabilità medica pone in primo piano la crisi in atto già da tempo in cui si dibatte il rapporto medico-paziente. E, fatto strano, l'acuirsi di essa si verifica storicamente in un momento in cui, fra tutti gli Stati UE, il nostro Paese è quello che eroga un'assistenza sanitaria, che, pur con tutte le sue carenze, non può affatto ritenersi mediocre ma senz'altro fra le migliori.

In ragione degli attuali grandi progressi della medicina, l'errore dovuto a imperizia professionale è ritenuto un problema sociale perché, diversamente da ieri, lo si considera socialmente inaccettabile. Tanto è vero che il cittadino si aspetta dal medico comunque e sempre la guarigione ad ogni costo.

Questa situazione presenta delle evidenti anomalie.

Essa, infatti, potrebbe avere come effetto collaterale quello di intimorire i medici finendo così per rallentare la ricerca scientifica nel nostro Paese con danni incalcolabili per i pazienti.

Lo stesso Presidente del Senato, senatore Franco Marini, dall'alto della sua autorevolezza, ha affermato che sono necessarie «regole meno preoccupanti» per far lavorare i medici in modo più tranquillo, regole che dovrebbero avere l'effetto riflesso di garantire ancor più la salute dei cittadini.

In buona sostanza, quindi, l'obiettivo da perseguire nell'immediato è quello di combattere l'errore medico dovuto ad imperizia professionale, evitando di trasformare i medici in "capri espiatori".

L'avvento delle nuove scoperte scientifiche, soprattutto nella genetica e sull'utilizzo delle cellule staminali e dei fattori di crescita

A proposito del rapporto medico-paziente

La responsabilità penale del medico in una visione futura

A future vision of the criminal liability of a doctor

The number of disputes on the liability of doctors in exercising their profession has reached incredible levels. But less worrying rules are necessary for doctors to work with peace of mind. The progress in medicine, biomedicine and biotechnologies today means therapies and treatments

that are difficult and not without risks. Criminal liability in this type of complex treatment ought to emerge only in cases of gross negligence. Compulsory insurance of the professional risk, as well as the creation of a regional list of experts and consultants would also be helpful.

per sconfiggere le gravi patologie che affliggono l'umanità, impone al medico di seguire nuove strade che a volte possono non sortire l'effetto voluto dal paziente. Questi problemi aumenteranno in un futuro non molto lontano in cui la chirurgia dei trapianti registrerà un incremento notevole (si parla della creazione di organi attraverso le cellule staminali da trapiantare come veri e propri pezzi di ricambio) e la biotecnologia fornirà i nuovi farmaci biologici per sconfiggere alcune patologie dando la possibilità al medico di intervenire direttamente sul DNA.

La responsabilità penale del medico oggi

Gli elementi costitutivi della colpa professionale medica sono: il nesso di causalità, e cioè il collegamento fra prestazione professionale ed evento lesivo, e la colpa. Entrambi sono stati, in questi ultimi tempi, ben definiti dalla Suprema Corte, soprattutto con riferimento alla colpa per omissione.

Il nesso di causalità attiene al fatto, mentre la colpa all'elemento psicologico. La Cassazione Penale (Cass. Sez. 4 Penale Sent. del 12 maggio 2005 N. 25233) ha sentenziato che il giudice per poter stabilire se un evento debba o meno ritenersi collegato alla omissione del medico deve effettuare due tipi di giudizi: quello controfattuale ed il cosiddetto "giudizio di abduzione".

Cosa significa giudizio controfattuale?

Significa che l'evento è attribuibile a quella omissione solo quando, a seguito di un ragionamento astratto, risulti che se il medico avesse posto in essere quella determinata condotta l'evento non si sarebbe "con certezza" verificato. Il detto giudizio deve avvenire mediante il procedimento logico disciplinato dall'art. 192, comma 2 C.P.P. che regola la valutazione della prova indiziaria (e cioè l'individuazione di fatti ignoti attraverso gli indizi gravi precisi e concordanti, sulla base dei fatti che risultano accertati dalle acquisizioni probatorie – Cass. Sez.

Unite Penali Sent. del'11 luglio 2002 N. 30328 –).

Cosa significa giudizio di abduzione?

Significa verificare se vi sia stato o meno l'intervento di fattori alternativi che abbiano neutralizzato la condotta del soggetto autore del fatto colposo.

In applicazione di tale principio, la Cassazione (Sez. 4 Penale, Sent. del 12 maggio 2005 N. 25233) ha annullato la condanna alla pena di anni uno e mesi quattro di reclusione inflitta al direttore del reparto di ematologia di un ospedale delle Marche per il decesso di nove pazienti per epatite fulminante del tipo B in quanto nella fase delle indagini preliminari era stata prospettata l'ipotesi che le morti fossero legate ad un sabotaggio ad opera di un portantino che avrebbe immesso del siero infetto nelle flebo. Secondo la Cassazione, i giudici di secondo grado non avevano esaminato le prove acquisite sul punto. Da ciò l'annullamento della sentenza.

Ma perché l'evento possa essere addebitato al suo autore, non basta, come si è detto innanzi, il nesso di causalità, ma è necessaria la colpa. Secondo la Cassazione Penale (Cass. Sez. 4 Penale Sent. N. 38124 del 22 novembre 2006) anche quando la prestazione professionale è complessa e comporta la soluzione di problemi difficili, il medico risponde non solo per colpa grave ma anche per "colpa lieve". E ciò in quanto, puntualizzano i Supremi Giudici, la colpa professionale incide su beni primari quali la vita e la salute delle persone costituzionalmente e penalmente protette. I parametri valutativi debbono essere estratti dalle norme proprie del sistema penale e non da quelle di altri rami del nostro ordinamento, quale l'art. 2236 del Codice Civile. Detta norma, precisa la Corte, che opera nelle cause di risarcimento danni, dispone che quando la prestazione professionale impone la soluzione di problemi di speciale difficoltà, il medico in caso di eventi lesivi patiti dal paziente, risponde solo "per colpa grave".

Questo principio del nostro Codice Civile non può, quindi, trovare applicazione nel diritto penale ove i canoni valutativi della condotta colposa non possono che essere quelli sanciti dall'art. 43 C.P. che appunto codifica il concetto di colpa penale. In base a detta norma quando è stata posta in essere una lesione del diritto alla vita e all'integrità dell'uomo i vari gradi della colpa, al contrario di quanto avviene nella norma civilistica suddetta, hanno valenza solo ed esclusivamente ai fini della determinazione della pena e non certo per escludere la penale responsabilità.

Nel caso di specie la Cassazione aveva ritenuto responsabile di omicidio colposo un ginecologo, che era stato assolto dalla Corte d'Appello, per il decesso di una donna dovuto ad emorragia emolitica acuta microangiopatica con conseguente shock ipovolemico, malattia che pur nella sua rarità sarebbe stata di certo diagnosticata se prima delle dimissioni fossero stati effettuati gli esami ematochimici e l'emocromo. La colpa "lieve" per imperizia secondo la Cassazione si concretava nella mancata diagnosi dell'anemia, patologia facilmente diagnosticabile se il medico avesse tenuto conto del generale stato di salute della donna (colta da svenimento) da lui ben conosciuto.

La nuova colpa professionale dello specialista

La recente sentenza della Cassazione (Cass. Sez. 3 Civ. dell'11 aprile 2007 N. 8826) ha indicato con puntualità cosa oggi debba intendersi per perizia professionale. Afferma testualmente (pag. 34 della sentenza): «La perizia si sostanzia nell'impiego delle abilità e delle appropriate nozioni tecniche peculiari dell'attività esercitata, con l'uso degli strumenti comunemente impiegati in relazione all'assunta obbligazione, avuto riguardo alla natura della prestazione espletata». Ciò fa che a *fortiori* allo specialista è richiesta una diligenza qualificata specifica. Pertanto, nella valutazione della re-

sponsabilità del medico strutturato (cioè che opera nell'ambito di una struttura pubblica o privata) di alta specializzazione, il criterio deve essere ancor più rigoroso in ragione dell'affidamento che il paziente, nel rivolgersi a lui e alla struttura, ha fatto sulle capacità professionali del sanitario e nell'organizzazione dell'ente nel quale egli opera.

Di tal che, quando la prestazione non raggiunge il risultato positivo per stabilire se il medico abbia o meno agito correttamente bisogna ricorrere al cosiddetto "giudizio di normalità". Quest'ultimo secondo le testuali parole della Cassazione è «la conseguenza statisticamente fisiologica della prestazione professionale diligente. E quindi nell'ipotesi di risultato anomalo (aggravamento, inalterazione dello stato patologico che ha richiesto la prestazione medica) a seguito della prestazione eseguita da un medico operante in una struttura di "alta specializzazione" si ha uno spostamento verso l'alto della soglia di normalità» (pag. 38 della sentenza suddetta).

È evidente che ci troviamo innanzi a un nuovo concetto di colpa professionale (per imperizia) improntato a una maggiore severità rispetto al passato. Alcuni giuristi parlano apertamente di responsabilità "paraoggettiva".

Nel settore penale ovviamente non esiste questo tipo di responsabilità essendo quella penale sempre personale.

Se ciò è vero è altrettanto vero che il concetto di colpa è unitario per entrambi gli ordinamenti e, quindi, quanto sancito dalla Cassazione Civile nella suddetta sentenza trova applicazione anche per valutare nei giudizi penali la sussistenza o meno della colpa ai fini dell'affermazione della penale responsabilità per gli eventi dovuti ad imperizia.

Quale in futuro la colpa penale per imperizia?

È pacifico che nel settore penale non può trovare applicazione, come sancito dalla Cassazione, la previsione del nostro codice

civile (art. 2236 C.C.) che limita la responsabilità (civile) negli interventi complessi solo quando sussiste la colpa grave del medico. Ciò, però, non fa venir meno la possibilità per il nostro legislatore di intervenire con una legge per una ridefinizione della colpa penale per imperizia che sia adeguata alle prestazioni di certo estremamente complesse della medicina del nuovo millennio che interviene sulle cellule e sul DNA, e che limiti l'applicazione della sanzione penale per gli eventi lesivi che si verificano a seguito di tali prestazioni, solo in caso di "grave" errore professionale (la cosiddetta colpa grave).

La giurisprudenza degli anni scorsi ha stabilito che le prestazioni mediche possono ritenersi di speciale difficoltà nei casi seguenti: 1) malattia che si manifesti con sintomi non chiari; 2) gravi incertezze sull'origine della patologia; 3) malattia rara ed eccezionale.

Chiaramente nessun intervento è possibile per ridefinire la responsabilità per colpa per imprudenza (il chirurgo che va ad operare in stato di alterazione alcolica) o negligenza (durante i turni di servizio omette di intervenire in presenza di una situazione di estrema gravità nonostante una espressa richiesta in tal senso), in quanto entrambe attengono al concetto di colpa "comune" che non ha nulla a che vedere con quella professionale, che come si è innanzi detto postula una "diligenza specifica".

E quindi in tali ipotesi il medico è punibile sia per colpa lieve, sia grave.

Questa modifica normativa è oggi necessaria in quanto la prestazione medica, attesi i grandi progressi della medicina, della biomedicina, delle biotecnologie e della telemedicina, deve percorrere nuove strade terapeutiche, che si presentano difficili e complesse e anche con non pochi rischi.

Difatti, oggi, per la terapia di alcune gravi patologie oncologiche si fa ricorso all'utilizzo delle cellule staminali e dei fattori di crescita e grazie ad entrambi si riesce a por-

re rimedio, con risultati incoraggianti, a situazioni prima ritenute incurabili. Si fa anche ricorso alle cosiddette "statine" sempre per la terapia di queste ultime patologie. Ed anche il loro utilizzo presenta non poche difficoltà, in quanto recenti studi hanno dimostrato che possono aver una interconnessione con gravi malattie quali la sclerosi laterale amiotrofica.

Va aggiunto, poi, che scoperte scientifiche dei nostri giorni, ad opera del biologo genetista americano Craig Venter, hanno portato alla decodificazione dell'intero genoma umano, di tal che per sconfiggere determinate malattie si può intervenire direttamente su di esso. In questi ultimi anni, infatti, si è passati dalla cura dell'organo a quella della cellula, dalla cellula al nucleo cellulare e da questo ultimo al cromosoma e dal cromosoma al menoma, e quindi al DNA. Nel DNA c'è, infatti, la soluzione di ogni terapia.

Tutto ciò premesso, appare evidente che la prestazione professionale effettuata con questi nuovi e rivoluzionari sistemi terapeutici non può non qualificarsi come prestazione di speciale difficoltà.

Orbene, a volere applicare i principi sanciti in tema di colpa professionale nella suddetta sentenza della Cassazione Civile (N. 8826/07) anche nel settore penale per valutare la sussistenza o meno della colpa per imperizia si arriverebbe all'assurdo di sancire penalmente il medico che nell'effettuare un intervento sul DNA o una terapia cellulare per un banale errore (colpa lieve per imperizia) non abbia raggiunto un risultato positivo.

Il che non mi sembra risponda a criteri di giustizia.

A mio avviso, una volta che il paziente abbia prestato il proprio consenso, dopo una precisa e puntuale informazione sui rischi e sulle possibilità di successo, e lo stesso sia stato regolarmente acquisito, anche attraverso una videoregistrazione, la responsabilità penale in questo tipo di interventi di terapie complesse e difficili, in




caso di risultato anomalo, dovrebbe sussistere solo nei casi di “colpa grave”, trattandosi di prestazione professionale di estrema complessità.

Chiaramente l'esclusione della penale responsabilità nei casi di colpa lieve negli interventi difficili lascia inalterato il diritto del paziente ad ottenere il risarcimento dei danni subiti, a seguito della prestazione medica.

In aggiunta alla suddetta modifica normativa sarebbe auspicabile, per porre rimedio all'attuale situazione, un'azione in via preventiva attraverso l'emanazione di nuove norme che prevedano un potenziamento delle iniziative per combattere i rischi e gli errori e l'introduzione nel nostro ordinamento di un sistema di deflazione dei conflitti.

Il che potrebbe avvenire attraverso l'imposizione a tutte le strutture sanitarie di adottare le misure ed i rimedi del *risk management* per prevenire gli incidenti. Fra di esse, il monitoraggio e la valutazione delle cause degli incidenti mediante una mappatura degli stessi, con la previsione di denuncia degli eventi cosiddetti “sentinella”.

La deflazione dei conflitti medico-paziente passa attraverso la previsione dell'assicurazione obbligatoria del rischio professionale (con relativo onere a carico dell'ente pubblico o privato), l'istituzione di un albo regionale dei periti e dei consulenti, sottoposto a rigoroso controllo. Ogni incarico andrebbe poi conferito ad un collegio, composto da tre medici, di cui uno specialista in medicina legale e gli altri due nella specifica branca, iscritti in quell'albo regionale. Andrebbe altresì prevista l'istituzione di una Camera di Conciliazione gestita da esperti, per la risoluzione delle controversie, al di fuori dalle aule di giustizia. 

Sintesi della relazione tenuta dall'Autore nel corso del convegno “Responsabilità professionale medica in Europa. Sistemi giuridici a confronto”, svoltosi in Roma il 2 ottobre 2007 presso il Senato della Repubblica, Sala Capitolare, chiostro del Convento di Santa Maria sopra Minerva.

Olycom