

Elaborato di Diritto Penale:

L'evoluzione della colpa professionale. Perimetrazione del concetto di imperizia e rilevanza del consenso del paziente.

La colpa professionale implica situazioni in cui un soggetto qualificato pone in essere un'attività utile sul piano sociale, in quanto tale consentita dall'ordinamento giuridico ad onta della sua pericolosità. Si parla in tal caso del c.d. 'rischio consentito', afferente le attività giuridicamente autorizzate, connotate da protocolli procedurali di natura cautelare che consentono di contenere il rischio entro determinati limiti, i quali, in ambito medico, sono desumibili dal codice deontologico, dalle regole cautelari elaborabili sulla scorta delle indicazioni fornite dall'art. 43 c.p., nonché dalle raccomandazioni contenute nelle c.d. linee guida.

Nel tempo sono stati individuati, in particolare, tre requisiti di liceità del trattamento medico-chirurgico: la finalità terapeutica; il rispetto delle regole dell'*ars medica* aventi natura precauzionale, che valgono a ridurre e perimetrare i confini del c.d. rischio consentito; il consenso del paziente che si sottopone alle cure.

In questo quadro, con specifico riferimento all'osservanza delle regole dell'*ars medica*, si sono innestati decisivi interventi normativi finalizzati ad evitare il fenomeno della c.d. 'medicina difensiva', in base al quale il medico agirebbe in una sorta di trincea operativa, non finalizzata al conseguimento del miglior risultato per il paziente, ma all'ottenimento di un'esposizione minima personale pur nell'ambito del rischio consentito dall'ordinamento penale.

I sopracitati interventi normativi sono principiati con l'introduzione del decreto Balduzzi, il quale anzitutto ha elevato le linee guida ospedaliere a pieno titolo fra i criteri che il giudice deve utilizzare per sindacare l'attività professionale svolta da un sanitario. Dal punto di vista sostanziale, poi, il legislatore del 2012 ha compiuto una precisa scelta politico-criminale: sanzionare penalmente l'illecito colposo del medico, in caso di osservanza delle linee guida ospedaliere, limitatamente ai casi di colpa grave, espungendo, dunque, dal perimetro della penale rilevanza le ipotesi di colpa lieve, destinate a rilevare soltanto sul piano civile.

Sul punto, inoltre, copiosa giurisprudenza ha asserito che nel verificare la gravità della colpa, un parametro rilevante era stato rinvenuto nella misura della divergenza fra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare che si doveva osservare.

Senonché a meno di cinque anni dalla novella veicolata dal decreto Balduzzi, il legislatore è ritornato sul tema della colpa in ambito sanitario rimeditando l'impostazione seguita nel 2012 e ridisegnando l'area di penale responsabilità della classe medica attraverso la legge Gelli-Bianco, che ha proceduto a novellare direttamente il codice penale con l'introduzione dell'art. 590 sexies.

Non diversamente da quanto sperimentato con il decreto Balduzzi, essenziali nella struttura di nuovo conio si mostrano le linee guida, la cui preminenza viene ulteriormente accresciuta mediante la contestuale degradazione delle buone pratiche a ruolo residuale e sussidiario.

Tuttavia, sono di immediata evidenza i più significativi elementi di discontinuità introdotti dall'art. 590 sexies c.p. rispetto al decreto Balduzzi: sparisce infatti, da un lato, qualsiasi riferimento alla gradazione della colpa, mentre, dall'altro, l'addentellato della non punibilità si restringe, espressamente, alle sole ipotesi di imperizia.

Proprio a tal proposito si è da subito rilevato come l'attribuzione della responsabilità penale ai soli casi in cui l'evento si realizzi a causa di imperizia da parte del sanitario susciti non poche perplessità, stante, in particolare, l'assenza di univoca definizione del relativo concetto.

Nonostante tali incertezze la dottrina prevalente ha provato a perimetrare la nozione di imperizia, la quale, per ciò che rileva ai fini della configurabilità dell'art. 590 sexies c.p., si declinerebbe in una negligenza o imprudenza qualificata dall'ambito tecnico in cui la condotta colposa si inserisce, nel quadro, dunque, di un'intrinseca opinabilità nella distinzione fra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità, nella regole di cautela. Detta limitazione legislativa appare ancora più problematica ove si ponga mente al fatto che le linee guida senz'altro contengono anche raccomandazioni di prudenza e diligenza, la cui netta separazione dalle regole di perizia, nella prassi appare tutt'altro che univoca.

Il vero punto di criticità della previsione che si esamina, collegato al problema dell'individuazione dei casi in cui si configuri imperizia, attiene alla condizione dell'adeguatezza delle linee guida osservate dal sanitario alle specificità del caso concreto. Se, infatti, la colpa del medico che abbia osservato le linee guida consiste nel non essersi discostato dalle raccomandazioni che, pur contenute nelle linee guida, non siano adeguate alla specificità del caso concreto e dalle quali, quindi il sanitario avrebbe dovuto discostarsi, non è agevole cogliere in quali ipotesi sia consentito muovere un giudizio di rimproverabilità per colpa per imperizia allorché ci sia attenuti alle linee guida adeguate.

Dunque sembrerebbe che l'art. 590 sexies implichi il verificarsi dell'imperizia non solo quando il sanitario non ha rispettato le regole cautelari contenute nelle linee gui-

da, ma anche quando non ha valutato o ha valutato erratamente l'adeguatezza delle linee guida alla specificità del caso concreto.

Come esposto all'inizio, altro problema di pregnante rilevanza è costituito dal consenso del paziente.

In merito al fondamento di liceità penale dell'attività medico-chirurgica, la dottrina prevalente a più riprese ha sconfutato la tesi in base alla quale tale fondamento dovrebbe essere individuato nel consenso scriminante del paziente ex art. 50 c.p.

Tale tesi demolitrice fa perno sull'inadeguatezza del consenso del paziente a porsi come esclusiva causa fondante la liceità penale dell'attività medica, la quale inadeguatezza emergerebbe se si tiene conto dei limiti che incontra la scriminante del consenso dell'avente diritto rispetto al suo legittimo esplicitarsi come causa giustificante, postulando essa la valida disponibilità del diritto: tale esimente, nella prospettiva del raccordo dell'art. 50 c.p. con l'art. 5 c.c., sarebbe insufficiente a coprire tutti i rischi, anche di diminuzione permanente dell'integrità fisica o di morte, che possono essere connessi all'attività medica.

In questa prospettiva, in merito alla sua qualificazione giuridica, il consenso del paziente assume un ruolo decisivo, necessario, ma comunque da solo insufficiente a scriminare, in quanto funzionerebbe non come consenso scriminante ex art. 50 c.p., ma come presupposto indefettibile di operatività di altra scriminante, individuata nell'esercizio di cui all'art. 51 c.p. sotto il profilo dell'esercizio di una facoltà legittima, pur se fra i requisiti ed i limiti dell'autorizzazione legislativa vi è, innanzitutto, il consenso del soggetto, da intendersi quale presupposto dell'esercizio dell'attività medica e non quale autonoma causa di giustificazione.

Tale inquadramento è condiviso dalla giurisprudenza, secondo cui il fondamento della liceità penale dell'attività medica consiste nella sua autolegittimazione, il consenso del paziente costituendo un presupposto di liceità del trattamento medico.

Tale tesi evidenzia e valorizza l'alto interesse sociale rivestito per lo Stato dalla scienza medica, che la legislazione nazionale regola, rinvenendone il baricentro garantista nel diritto alla salute consacrato dall'art. 32 della Costituzione, attraverso cui l'arte medica è qualificata come 'attività autorizzata', e proprio nel suo esercizio si esplicherebbe la scriminante di cui all'art. 51 c.p.

Tuttavia, vi sono talune ipotesi nelle quali si prescinde dal consenso del paziente, quale presupposto ineludibile di invocabilità della scriminante.

Si tratta in primo luogo degli interventi sanitari necessari caratterizzati dal presupposto fattuale della necessità ed urgenza di intervenire per far fronte ad un imminente e grave pericolo alla salute o alla vita del paziente: le eventuali conseguenze infauste dell'intervento sarebbero scriminate a norma dell'art. 54 c.p., ricorrendo gli estremi dello stato di necessità.

Nel caso, invece di trattamenti sanitari obbligatori per legge, si ritiene, pacificamente, che operi per ciò solo la scriminante dell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p., come attività autorizzata dal legislatore ex art. 32 della Costituzione in combinato disposto con le singole leggi di riferimento.

È opportuno chiarire quindi che affinché il consenso sia frutto di una consapevole ponderata manifestazione della libertà individuale occorre che sia personale, esplicito, specifico, libero, attuale ed informato.

Quanto precisato in merito ai requisiti che devono sussistere affinché il consenso del paziente possa ritenersi validamente prestato consente di identificare i casi in cui si versa nel campo del penalmente rilevante, profilandosi l'ipotesi del c.d. intervento medico arbitrario.

Questa ipotesi si verifica allorché sia l'intervento sia effettuato: in difetto assoluto di consenso; in presenza di un consenso invalido; in caso di consenso non specificamente riferito a quel dato intervento praticato dal medico.

Per comprendere gli eventuali risvolti in termini di rilevanza giuridica bisogna distinguere a seconda che l'esito dell'intervento sia fausto o infausto.

Laddove l'esito fosse fausto, allorché il sanitario abbia agito secondo le regole dell'arte medica, non sussisteranno gli estremi di alcun fatto penalmente rilevante, salve comunque eventuali responsabilità di ordine disciplinare e civile.

In particolare la violazione della regola del consenso in tal caso non determina il sorgere del reato di lesioni, in quanto difetterebbe il fatto tipico del reato, arrecando il medico al paziente un miglioramento e non un peggioramento del bene della salute. Difatti le lesioni prodotte nell'atto terapeutico, in quanto finalizzate alla salute del malato, giammai all'aggressione della sua integrità fisica, non posso integrare l'elemento oggettivo del reato di lesioni. Mancherebbe inoltre, secondo una parte della dottrina, anche l'elemento soggettivo, il quale si sostanzia non già nella rappresentazione e volontà delle menomazioni, ma nella sola rappresentazione di compiere un atto contro la volontà del destinatario e dunque nella consapevolezza di ledere non già la sua integrità fisica, che in realtà vuole curare, ma tutt'al più la sua libertà morale.

Parimenti, non sussisterebbero, gli estremi del delitto di violenza privata ex art. 610 c.p., esulando la violenza o la minaccia, quali elementi alternativi descrittivi della fattispecie criminosa in questione, dall'ordinario esercizio dell'attività medica.

In tal modo viene ripudiata l'elaborazione tradizionale secondo cui la materia della liceità della terapia medico-chirurgica va affrontata sul piano dell'antigiuridicità, verificando cioè, che sia dal medico invocabile una causa di giustificazione: reputa, viceversa, che il tema debba essere affrontato piuttosto sul piano della tipicità oggettiva.

Nel caso in cui, invece, l'esito dell'intervento fosse infausto per cause esterne alla volontà ed alla condotta del sanitario, allora si configurerebbe una lesione penalmente rilevante sebbene non ci sia colpa, e ciò in ragione del fatto che vi è stata assenza del consenso del paziente circa lo svolgimento dell'operazione che ha provocato il danno.

La mancanza del consenso trasla la responsabilità medica in capo al medico stesso e pertanto non vi è colpa per violazione delle regole cautelari, quanto piuttosto per violazione del consenso.

Una responsabilità per dolo invece sarà configurabile soltanto nei casi di interventi abnormi.