

Introduzione

<<Consapevole dell'importanza e della solennità dell'atto che compio e dell'impegno che assumo, giuro: di esercitare la medicina in autonomia di giudizio e responsabilità di comportamento contrastando ogni indebito condizionamento che limiti la libertà e l'indipendenza della professione; di perseguire la difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica, il trattamento del dolore e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della dignità e libertà della persona cui con costante impegno scientifico, culturale e sociale ispirerò ogni mio atto professionale; di curare ogni paziente con scrupolo e impegno, senza discriminazione alcuna, promuovendo l'eliminazione di ogni forma di disegualianza nella tutela della salute; di non compiere mai atti finalizzati a provocare la morte; di non intraprendere né insistere in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, senza mai abbandonare la cura del malato; di perseguire con la persona assistita una relazione di cura fondata sulla fiducia e sul rispetto dei valori e dei diritti di ciascuno e su un'informazione, preliminare al consenso, comprensibile e completa; di attenermi ai principi morali di umanità e solidarietà nonché a quelli civili di rispetto dell'autonomia della persona; di mettere le mie conoscenze a disposizione del progresso della medicina, fondato sul rigore etico e scientifico della ricerca, i cui fini sono la tutela della salute e della vita; di affidare la mia reputazione professionale alle mie competenze e al rispetto delle regole deontologiche e di evitare, anche al di fuori dell'esercizio professionale, ogni atto e comportamento che possano ledere il decoro e la dignità della professione; di ispirare la soluzione di ogni divergenza di opinioni al reciproco rispetto; di prestare soccorso nei casi d'urgenza e di mettermi a disposizione dell'Autorità competente, in caso di pubblica calamità; di rispettare il segreto professionale e di tutelare la riservatezza su tutto ciò che mi è confidato, che osservo o che ho osservato, inteso o intuito nella mia professione o in ragione del mio stato o ufficio; di prestare, in scienza e coscienza, la mia opera, con diligenza, perizia e prudenza e secondo equità, osservando le norme deontologiche che regolano l'esercizio della professione. >> ¹

Sono le parole pronunciate dai neolaureati in Medicina e Chirurgia che, dopo aver superato l'esame di Stato, si apprestano a esercitare la professione medica, iscrivendosi all'Albo di riferimento, in Italia.

¹ Giuramento professionale FNOMCeO (<https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2017/11/Giuramento.pdf>)

Il testo del giuramento è definito dalla FNOMCeO (Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri), in una versione moderna dell'originario Giuramento di Ippocrate, considerato il padre della medicina², risalente al V secolo a.C.

È possibile evidenziare numerose differenze tra la versione antica e la versione moderna del giuramento, ma quella che interessa maggiormente, ai fini di questo elaborato, è il riferimento al rapporto tra Maestro e Allievo nell'insegnamento della scienza medica e al tramandamento del sapere nella comunità. Tali aspetti sono difatti ampiamente trattati nella versione ippocratica mentre risultano assenti oppure considerati con toni diversi nel testo moderno.

Nel Giuramento di Ippocrate si recita: <<Giuro di stimare il mio maestro di questa arte come mio padre e di vivere insieme a lui e di soccorrerlo se ha bisogno e che considererò i suoi figli come fratelli e insegnerò quest'arte, se essi desiderano apprenderla; di rendere partecipi dei precetti e degli insegnamenti orali e di ogni altra dottrina i miei figli e i figli del mio maestro e gli allievi legati da un contratto e vincolati dal giuramento del medico, ma nessun altro.>>³

Il ruolo del maestro è valorizzato ed elevato, in termini di stima, al grado di padre. Il discente giura di vivere insieme al maestro e di prestargli soccorso in caso di necessità. I figli del maestro devono essere considerati come fratelli dall'allievo, il quale è vincolato a essi da un obbligo di insegnare quanto appreso dal docente, qualora lo desiderino. Destinatari dell'insegnamento del discente saranno anche i suoi figli e i collaboratori del maestro, vincolati da giuramento medico e legati da un contratto. Non esiste alcun obbligo di impartire l'arte medica al di fuori di questi soggetti, anzi si esplicita un vero e proprio divieto a riguardo. Il testo è fortemente caratterizzato dalla prima tradizione dell'antica Grecia, che riconduceva la docenza e l'istruzione limitatamente a un ambito familiare ed esclusivo⁴ e che cesserà soltanto con l'evoluzione della *paideia*.⁵

Contrariamente, nel giuramento approvato dalla FNOMCeO si afferma: <<giuro di mettere le mie conoscenze a disposizione del progresso della

² Hellenic Journal of Nuclear Medicine, in PubMed.gov
(<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18392218>)

³ De Benedetto, Galli, Lucconi, Fondamenti di Gnatologia, Franco Lucisano Editore, 2015

⁴ Sienkewicz, *Ancient Greece: Education and Training*, vol. 2, Hackensack, Salem Press, 2007

⁵ Jaeger, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, (trad.it. di Luigi Emery), Firenze, La Nuova Italia, 1936

medicina, fondato sul rigore etico e scientifico della ricerca, i cui fini sono la tutela della salute e della vita>>.

Il testo è più apatico e formale rispetto alla versione ippocratica. Sparisce ogni riferimento alla figura del maestro e alla sua famiglia. Non sono presenti le invocazioni alle Divinità che introducevano il giuramento ippocratico. Differentemente, il medico giura di mettere le proprie conoscenze in ambito medico a disposizione della collettività e del progredire della medicina.

Notevole importanza è conferita all'istituto della ricerca, strumento fondamentale per lo sviluppo delle tecniche di cura e prevenzione nel settore sanitario, al fine del raggiungimento dei più alti standard qualitativi di servizio e del massimo benessere nella comunità.⁶

Si abbandona, dunque, la visione ippocratica della scienza medica che, appannaggio di poche persone e trasmessa "in eredità" come se fosse parte del patrimonio di famiglia, permeava il Giuramento di Ippocrate.

Nel mondo moderno, la medicina è considerata patrimonio dell'intera umanità. Uno strumento di progresso per il miglioramento delle condizioni di salute e di vita dell'individuo. Il suo apprendimento, e soprattutto il suo insegnamento, deve essere libero e a disposizione della comunità, ispirato all'etica e al rigore scientifico.

Ogni medico ha il diritto di essere informato sugli sviluppi della scienza e ha l'obbligo, sotto il vincolo del giuramento, di condividere i risultati dei propri lavori e ricerche con gli altri professionisti della comunità scientifica.

Uno dei primi livelli di informazione post lauream per il medico neoabilitato in Italia è costituito dal periodo di formazione specialistica, comunemente definito <<specializzazione>>, svolto presso una Scuola di Specializzazione di area medica tra quelle istituite dalle Università, pubbliche e private.

Per tutta la durata di questo percorso formativo, il medico viene inquadrato nella particolare situazione di "studente-lavoratore": egli infatti continuerà la propria carriera accademica, frequentando corsi specialistici e seguendo il suo apprendimento in un determinato settore della scienza medica, ma sarà anche tenuto a prestare la propria opera lavorativa presso l'Ente di formazione o altri luoghi da esso indicato.

⁶ Perugini, *La ricerca scientifica è un'eccellenza del Paese*, Agenzia Giornalistica Italiana, 2017

Con questo elaborato si cercherà di informare i Lettori sulla particolare figura ibrida del Medico in formazione specialistica o, come viene gergalmente chiamato, del <<medico specializzando>>. Un medico che, come già specificato, continua a studiare, focalizzando il suo apprendimento in un determinato ambito medico, e, allo stesso tempo, comincia a lavorare, mettendo in pratica quanto appreso dai manuali e dalla frequenza ai corsi accademici.

Molto interessante sarà considerare l'approccio del medico in formazione specialistica - nella maggior parte dei casi, neolaureato e con pochissime esperienze professionali pregresse⁷ - al mondo della sanità, con particolare attenzione agli aspetti giuridici e legali.

Negli ultimi anni, difatti, il mondo della medicina e il mondo della legge interagiscono sempre più tra di loro. L'evolversi della ricerca scientifica, l'ampliamento delle conoscenze mediche, il progresso scientifico, contestualmente al susseguirsi delle pronunce della giurisprudenza, le repentine modifiche della legislazione e la difficile – nonché a volte discorde – interpretazione della stessa, pongono sempre più facilmente l'attività medica sotto il filtro dell'operatore del diritto. Ultimamente, i comportamenti del professionista sanitario sono sempre più censurabili dal punto di vista legale e questa situazione sembrerebbe protrarsi anche nel prossimo futuro.

La responsabilità penale del professionista medico sarà trattata nel primo capitolo. La norma penale è diretta essenzialmente alla tutela di un interesse generale e superiore, ovvero un interesse legittimo, a differenza della norma civile che tutela principalmente un interesse individuale, meglio qualificato come diritto soggettivo.⁸ Nel capitolo si cercherà di analizzare le principali fattispecie penali che possono essere attribuite al medico, in particolare durante il periodo di formazione specialistica. Saranno proposti approfondimenti sui temi della malasanià e dell'esercizio abusivo della professione; inoltre si elencheranno le principali modifiche, avvenute nel corso degli anni, alla normativa penale in ambito sanitario.

Nel secondo capitolo si affronterà il tema della responsabilità medica civile. Innanzitutto, si esaminerà l'obbligazione scaturita dal rapporto tra medico e paziente, questione dibattuta nella dottrina e nella giurisprudenza, tra chi la considera una obbligazione di mezzi, dando esclusiva rilevanza alla condotta tenuta dal medico, e chi la considera una obbligazione di risultato, ovvero con particolare attenzione al risultato conseguito dall'operato del medico, indipendentemente dalla sua condotta. Si elencheranno le principali tappe

⁷ Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, *Statistiche 2018*

⁸ Vicentini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Treccani, 1990

storiche della legislazione su questa materia. Si definirà quindi il concetto di prestazione medica e la relazione che nasce tra medico e paziente. Saranno analizzate le principali teorie che caratterizzano la responsabilità contrattuale e si evidenzieranno i limiti entro i quali il medico può essere dichiarato responsabile. Successivamente si affronterà il tema della responsabilità extracontrattuale, con particolare riguardo al grado di pericolosità che contraddistingue le attività mediche. Considerazione sarà data alla definizione di colpa professionale e ai livelli di colpa necessari per attribuire responsabilità a carico del medico.

Nel terzo capitolo di questo elaborato si analizzerà la categoria del medico in formazione specialistica, il percorso universitario seguito, l'accesso programmato nelle Scuole di specializzazione e la formazione all'estero. Si definirà il ruolo dello specializzando, i suoi limiti e i suoi compiti, l'inquadramento professionale nel mondo del lavoro. Si delinearanno le principali tappe storiche della figura medica e l'evolversi della legislazione. Particolare attenzione sarà rivolta alla giurisprudenza di settore; sarà proposto un approfondimento su un *case study* attuale e molto significativo.

Questo elaborato ha l'obiettivo di condurre l'attenzione dei Lettori su una figura professionale, prevalentemente di età giovane, che molte volte passa inosservata negli ambulatori o nelle corsie d'ospedale, ma sulla quale il sistema sanitario italiano dovrebbe investire molto nei prossimi anni, affinché possano essere mantenuti gli altissimi livelli d'eccellenza che da sempre contraddistinguono la nostra sanità.

I La responsabilità penale del professionista sanitario

L'ordinamento giuridico italiano irroga sanzioni a chiunque sia responsabile di condotte attive od omissive riconosciute come reati dalla legge. Queste sanzioni, applicate dall'autorità giudiziaria, sono di natura penale in quanto la loro espiazione deve comportare sofferenza, affinché i trasgressori non intendano commettere nuovamente tali azioni od omissioni in futuro. Le pene, che si dividono in principali e accessorie, consistono generalmente nella privazione, definitiva o temporanea, di un bene individuale come la libertà, la dignità sociale e la proprietà.

Come sancito dall'articolo 27 della Costituzione italiana, la responsabilità penale è personale. Essa deve quindi scaturire da un fatto colpevole individuale, ascrivibile a una determinata persona, mentre è esclusa la responsabilità per fatto altrui. Affinché un individuo sia punito per un reato, egli deve dunque esserne moralmente responsabile oltre ad averlo materialmente cagionato. Come si vedrà successivamente, un individuo è punibile se è soddisfatto il nesso di causalità tra l'azione od omissione e l'evento, nonché l'azione od omissione sia stata compiuta in condizioni psichiche normali, tali da poterne considerare l'agente responsabile dell'intenzionalità del fatto commesso.

La responsabilità è disciplinata dall'articolo 42 del codice penale italiano che stabilisce <<*Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione*>>. La norma è incentrata sul principio *nullum crimen nulla poena sine culpa*⁹, basato sull'intenzionalità umana che condiziona i comportamenti antiggiuridici.

La responsabilità si distingue in:

- *Soggettiva*, quando il fatto è commesso con coscienza e intenzionalità, derivante da dolo, preterintenzione o colpa. Si tratta di responsabilità soggettiva quando l'azione e l'evento sono voluti e preveduti (dolo), quando l'azione è voluta ma l'evento è voluto in maniera meno grave di quella verificatasi (preterintenzione), quando l'azione è voluta ma non è voluto l'evento, che tuttavia era evitabile e prevedibile (colpa);

⁹ Trad. *Nessun reato nessuna pena senza colpa*

- *Oggettiva*, quando il soggetto, definito responsabile, risponde di un reato commesso prescindendo dalla dimostrazione della sua colpevolezza. Nella responsabilità oggettiva, l'evento dannoso o pericoloso viene addebitato all'agente in base al solo rapporto di causalità tra l'azione voluta e l'evento non voluto, senza alcuna indagine sull'atteggiamento psicologico dell'autore del reato nei riguardi dell'evento da lui causato. L'agente è chiamato a rispondere penalmente delle conseguenze della propria condotta per fatti in ordine ai quali vi è stata la volontà dell'azione ma è mancato il dolo o la colpa nei riguardi dell'evento, non voluto e non prevedibile.

Il diritto penale si prefigge l'obiettivo di punire la lesione o la messa in pericolo di un bene giuridico.¹⁰ Per l'applicazione del diritto penale devono essere soddisfatti i quattro principi cardine:

- *Principio di legalità*, ovvero il fatto deve essere espressamente previsto dalla legge come reato e il Legislatore deve individuare le pene specifiche da irrogare. L'articolo 1 del codice penale italiano infatti recita <<*Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*>>;
- *Principio di offensività*, ossia il reo, per essere definito tale, deve avere la volontà criminosa di commettere il fatto e questa sua volontà deve realizzarsi in un comportamento umano che possa essere percepito dal mondo esterno. Non possono essere imputate le mere intenzioni interne all'individuo che non si siano palesate nella collettività, come sancisce anche il brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*¹¹;
- *Principio di materialità*, il bene giuridico tutelato dalla legge deve aver subito una lesione oppure la volontà criminosa ne ha messo in pericolo l'integrità. L'oggetto giuridico del reato quindi è ben definito e preesistente alla norma penale;
- *Principio di colpevolezza*, un fatto può essere penalmente attribuito solo nel caso in cui vi siano presupposti per ritenere che esso sia obiettivamente e oggettivamente imputabile al suo agente. La responsabilità penale infatti è personale, come stabilito nel primo

¹⁰ Canestrari, Cornacchia, De Simone, *Manuale di diritto penale*, Il Mulino, 2007

¹¹ Trad., *Nessuno può subire una pena per i suoi pensieri*

comma dell'articolo 27 nella Costituzione italiana, già ricordato in precedenza.

Tra i più importanti beni giuridici tutelati dal diritto penale si possono indubbiamente annoverare il diritto alla vita, il diritto all'integrità fisica, il diritto alla salute, il diritto alla libertà nella sfera sessuale.

La tutela di questi beni giuridici si è frequentemente scontrata con il mondo delle professioni, in particolare quelle di carattere sanitario, le quali con il loro operato possono infliggere una lesione a tali beni oppure rilegarli in situazioni di grave pericolo.

Da sempre il mondo della medicina interagisce con l'ambito giuridico penale e l'operato del professionista sanitario, soprattutto il medico, è spesso finito sotto l'occhio-filtro del giurista e dell'operatore di diritto.

Questa condizione vede solitamente contrapposti due soggetti. Da una parte il paziente che ritiene di aver subito un danno, fisico o morale, che abbia comportato una diminuzione oppure la lesione totale di un suo bene giuridico; egli si rivolge dunque all'ordinamento penale affinché il soggetto responsabile sia punito dalla legge con una sanzione afflittiva. Dall'altra parte il professionista sanitario, destinatario di un procedimento penale che può sfociare in un vero e proprio processo giudiziario qualora venga formulata una imputazione e sia rinviato a giudizio; l'obiettivo del sanitario sarà dimostrare la sua non volontà ovvero non colpevolezza ovvero estraneità all'evento e quindi un suo corretto operato nella assistenza, cura e terapia del paziente.

Il progresso della scienza medica con nuove pratiche, le scoperte della ricerca scientifica, le varie crisi economiche, l'evoluzione della legislazione e della giurisprudenza hanno comportato negli ultimi anni un significativo incremento dei casi di denuncia per malasanità, da parte dei pazienti nei confronti dei professionisti sanitari e delle strutture sanitarie.¹²

In risposta a questa tendenza si è sviluppata la cosiddetta *medicina difensiva*. Essa consiste nel prescrivere analisi, visite specialistiche ed esami medici inutili e superflui per la diagnosi e la terapia, con il semplice obiettivo di evitare eventuali accuse di responsabilità sanitaria e quindi imputazioni in un processo giudiziario. Questa prassi costituisce un'enorme spesa per il sistema

¹² Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali
(<http://leg16.camera.it/dati/leg16/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/022bis/010/INTERO.pdf>)

sanitario, costretto a sobbarcarsi il costo di prestazioni inutili per la cura del paziente, e comporta altresì un pericolo per quest'ultimo che viene sottoposto a visite ed esami inutili, i quali paradossalmente aumentano le possibilità che egli sia esposto a eventi di malasanaità.

Questa situazione ha quindi prodotto una assoluta necessità di piú interventi nel corso degli anni da parte del Legislatore, con lo scopo - a giudizio di chi scrive, non raggiunto - di contenere il carico giudiziario legato ai casi di responsabilita sanitaria e soprattutto di ridurre l'elevato costo sociale generato dalle pratiche mediche eseguite dai medici per mera difesa professionale.

Per un migliore apprezzamento dei delitti specifici inerenti alle professioni sanitarie e una migliore comprensione delle novità legislative introdotte nell'ordinamento giuridico italiano nonch dei casi in cui il soggetto reo - ovvero colui che abbia commesso il reato - possa essere punito, sar innanzitutto necessario procedere a un'analisi degli elementi costitutivi del reato, quali quello psicologico, o soggettivo, e l'elemento materiale, od oggettivo.

1. L'elemento psicologico del reato

L'elemento psicologico del reato attiene il soggetto del reato e considera il comportamento del responsabile in ordine agli scopi dell'azione e alla sua capacità di scegliere un modo di agire e di indirizzarlo verso determinati fini, ossia della volontà. La valutazione della colpevolezza del soggetto reo non può infatti prescindere da una considerazione della sua azione in rapporto con la sua volontà.¹³

Lo scopo del reato è costituito dal movente o dal motivo dell'azione, ossia il fine per il quale si agisce, e rappresenta l'interesse personale che spinge l'agente a delinquere. L'analisi del movente è importante per ricostruire la psicodinamica del reato e rappresenta il mezzo per individuare il momento causale interno di un determinato comportamento antisociale.¹⁴ Il codice penale si attiene a una interpretazione formale conferendo rilievo ai motivi abietti e futili o a quelli morali e sociali o alla suggestione collettiva, in quanto circostanze aggravanti o attenuanti. Il giudizio sui motivi della condotta è uno degli elementi per desumere la capacità a delinquere del colpevole.

La colpevolezza è l'atteggiamento psicologico del soggetto agente che intenzionalmente trasgredisce la legge penale. La dottrina coglie l'essenza della colpevolezza nel rapporto di contraddizione tra la volontà del soggetto agente e la volontà del legislatore, ravvisando in tale contrasto una manifestazione di indisciplina sociale, di disobbedienza legale o di ribellione intenzionale, meritevole di rimprovero da parte dell'ordinamento giuridico.

La colpevolezza ha un contenuto psicologico e un contenuto normativo. Il contenuto psicologico risiede nella manifestazione della volontà che si pone contro la norma e nel rapporto psichico tra l'autore e il fatto da lui commesso.

Il contenuto normativo riguarda il carattere antiggiuridico della condotta, in quanto espressione di una volontà totalmente diversa da quella che avrebbe dovuto osservare il soggetto.¹⁵ Le cause di esclusione della colpevolezza sono:

- *Caso fortuito*, che consiste in un avvenimento imprevedibile e imponderabile, con carattere di eccezionalità, inserito d'improvviso nell'azione del soggetto, cagionando un evento impossibile da evitare. L'autore ha dato un contributo meramente materiale all'evento. Gli

¹³ Cicognani, Fallani, Pelotti, *MEDICINA LEGALE*, Esculapio, 2014

¹⁴ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

¹⁵ Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *Trattato di diritto penale*, UTET, 2019

attributi di imprevedibilità e inevitabilità vanno valutati in relazione al caso concreto;

- *Forza maggiore*, ossia un avvenimento esterno, derivato dalla natura o da terzi, che costringe il soggetto a comportarsi contro la propria intenzione. Essa deve essere imprevedibile, inevitabile e irresistibile per agire come scusante;
- *Violenza fisica*, ovvero la costrizione fisica esercitata da un individuo su di un altro individuo, mediante l'impiego di forza muscolare, con lo scopo di fargli commettere un reato. Il soggetto che ha commesso il fatto non ne risponderà quindi quando non poteva resistere o comunque sottrarsi alla violenza. Qualora la violenza non sia fisica ma morale, si tratterà di stato di necessità determinato dall'altrui minaccia;
- *Errore sul fatto*, quando la falsa rappresentazione di una situazione di fatto influisce sulla determinazione della volontà inducendo ad azioni che non sarebbero state commesse se l'autore non fosse caduto involontariamente in errore.

L'antigiuridicità indica il rapporto di contraddizione tra il fatto commesso dall'uomo e la norma prevista dall'ordinamento giuridico penale. Essa conduce a un processo di valutazione dell'azione, od omissione, nel suo aspetto esteriore, riconoscendola difforme dalla norma penale. Pertanto, l'antigiuridicità si risolve in un giudizio di disapprovazione sul comportamento del soggetto agente. Le cause di esclusione dell'antigiuridicità sono¹⁶:

- *Consenso dell'avente diritto*, disciplinato dall'articolo 50 del codice penale che afferma <<Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne>>. Il soggetto che presta il consenso deve essere titolare del bene offeso dal reato e tale bene deve rientrare nella sfera di disponibilità del soggetto. Egli deve essere capace di intendere e di volere, consapevole delle conseguenze derivanti dall'azione consentita. Il consenso può essere prestato esplicitamente, in forma orale o scritta, oppure può essere desunto dal comportamento del soggetto avente diritto. L'ordinamento distingue il consenso putativo - quando l'agente ritenga per erroneo convincimento l'esistenza del consenso - dal

¹⁶ Marinucci, Dolcini, Gatta, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2018

consenso presunto, ovvero quando l'agente sa che non vi è stato consenso e agisce ugualmente;

- *Adempimento di un dovere*, che esclude la punibilità quando il fatto è stato commesso durante <<l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità>>, come sancito dall'articolo 51 del codice penale. L'esecuzione di un ordine dell'autorità, nonché l'applicazione di un comando della norma, non sono considerati azione illecita, giustificandone l'azione;
- *Esercizio di un diritto*, ugualmente regolato dall'articolo 51 c.p., quando un soggetto compie un fatto previsto dalla legge come reato pur di esercitare o tutelare un proprio diritto. Gli interessi personali - diritti soggettivi - hanno prevalenza sugli interessi generali. Una parte della dottrina considera il diritto di curare come esercizio di un diritto, tuttavia la giurisprudenza si è espressa più volte in modo contrario¹⁷;
- *Stato di necessità*, codificato dall'articolo 54 del codice penale, che recita <<Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.>>. Si tratta di una situazione pericolosa nella quale si imbatte qualcuno contro la sua volontà e dove egli è costretto a compiere un'azione contro la sua intenzione, non potendola evitare. Il pericolo deve essere attuale e inevitabile. Il danno alla persona deve essere grave e consistere in un serio pregiudizio che minaccia la vita o l'incolumità individuale o altri beni strettamente personali, quali a esempio la libertà sessuale. La proporzionalità tra fatto e pericolo comporta una valutazione oggettiva di corrispondenza fra entità del pericolo stesso e le conseguenze dell'azione compiuta. Ai sensi del secondo comma della norma, chi ha un particolare dovere di esporsi a un pericolo non ha possibilità di invocare questa esimente. A esempio, il professionista medico non potrà sottrarsi dal prestare opera e assistenza in caso di epidemia, guerra o tumulti.¹⁸

¹⁷ Si veda in particolare: Cass. Civile, 23 febbraio 2007, n. 4211 e Appello Milano, 19 agosto 2011, n. 2359

¹⁸ Si veda anche Cass. Penale, 18 marzo 1993, n. 2578

L'ordinamento giuridico italiano disciplina l'elemento psicologico del reato all'articolo 43 del codice penale. In questa norma vengono elencati tre livelli di responsabilità:

- *Dolo*, che consiste nella volontà e nella coscienza di realizzare l'evento dannoso. Il reato può essere la conseguenza di un'azione volontariamente intrapresa e condotta a termine per realizzare il fatto antiggiuridico, che in realtà si è verificato;
- *Preterintenzione*, il reato si è verificato oltre il voluto dal reo. Da un'azione volontariamente intrapresa per realizzare un determinato reato deriva, quale evento non voluto dal responsabile, un diverso e più grave reato;
- *Colpa*, ovvero non volontà dell'agente. Il reato è la conseguenza di un'azione posta in essere dal reo non perché volontariamente intrapresa per realizzare un fatto illecito, bensì conseguente al mantenimento di un comportamento imperito, imprudente o negligente, ovvero trasgredendo disposizioni legislative, disciplinari e regolamentari impartite proprio per scoraggiare quei comportamenti che, indipendentemente dalla volontà del colpevole, sono fonte di danni o di pericoli. I fondamenti della colpa sono dunque la negligenza, imprudenza e imperizia dell'agente.

Per comprendere al meglio ogni livello di responsabilità, si procederà a un'attenta analisi di ogni singolo elemento soggettivo.

2. Il dolo

Il delitto, e di conseguenza la responsabilità di esso, viene definito *doloso* quando l'evento dannoso o pericoloso sia previsto e voluto dall'agente come conseguenza della propria azione od omissione. Esso si fonda sulla coincidenza tra fatto ideato-voluto e fatto realizzato.¹⁹, ossia l'autore risponde di quello che ha voluto fare e che ha fatto.

Requisiti fondamentali per l'attribuzione del dolo sono dunque la coscienza e volontà dell'azione, definito anche come *momento volitivo*, e la rappresentazione o previsione dell'evento, detta anche *momento conoscitivo*, nella commissione del delitto da parte del soggetto reo.

La dottrina definisce il dolo come <<*la libera e cosciente determinazione della volontà a cagionare un evento in contrasto con la legge penale*>> oppure come <<*intenzione di cagionare un evento anti-giuridico*>>²⁰.

Il dolo necessita la consapevolezza da parte dell'agente di compiere qualcosa di vietato, ovvero che egli conosca il carattere antisociale del fatto che ha commesso. Questa condizione viene definita dalla dottrina con il termine *suitas*, ossia la coscienza, da parte dell'agente, dell'anti-giuridicità dell'azione²¹.

In sede di giudizio, il dolo sarà valutato in base agli atti processuali a disposizione del giudice, che accerterà la corrispondenza tra comportamento dell'imputato e sua volontà nella commissione, od omissione, del fatto contestato.

L'intensità del dolo è un elemento determinante, in sede di valutazione della responsabilità, per l'attribuzione di aggravanti oppure attenuanti - disciplinate dagli articoli 61 e 62 del codice penale - nella determinazione della pena, come previsto dall'articolo 133 del codice penale italiano. Essa varia seguendo una scala di gravità, che può essere maggiore o minore a seconda del contesto. La forma più grave di intensità è costituita dal dolo di premeditazione, simile all'elemento soggettivo che sarà trattato nel successivo paragrafo. La forma con minor gravità è il dolo di impeto, definito successivamente. Esiste anche una forma caratterizzata da gravità intermedia che si presenta con il dolo di proposito.

¹⁹ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

²⁰ Birkhoff, *Nozioni di Medicina Legale*, Franco Angeli, 2012

²¹ Garofali, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Neldiritto, 2017

L'ordinamento giuridico italiano distingue varie forme di dolo:

- *Diretto o intenzionale*, quando vi è corrispondenza tra l'evento conseguito e quello voluto dall'agente. L'agente si rappresenta l'evento come certo e persegue con la precisa volontà di realizzarlo;
- *Indiretto*, quando manca la corrispondenza precedentemente elencata;
- *Eventuale*, se il reo non vorrebbe il verificarsi di un determinato evento, ma ne accetta il rischio attuando una condotta che aumenta le possibilità del risultato. Egli accetta tutte le conseguenze del proprio comportamento pur di non rinunciare all'azione. L'evento finale si trasferisce dalla sfera della prevedibilità a quella della volontà;
- *Alternativo*, se al soggetto reo si configura la possibilità del verificarsi di due eventi e dimostra indifferenza verso di essi. L'intenzione dell'agente è diretta a conseguire sia l'evento più grave che l'evento meno grave, senza mostrare preferenze in merito;
- *Indeterminato*, quando il reato viene commesso in termini alternativi ovvero cumulativi. Anche in questo caso vi è una indifferenza insita nell'agente, che commette il reato senza obiettivo specifico;
- *Generico*, quando il reato consiste nel semplice fatto disciplinato dalla norma incriminatrice. È sufficiente la sola previsione e volontà del fatto descritto nella norma incriminatrice senza ulteriori fini specifici;
- *Specifico*, il reato è integrato da una specificità e la legge fa espresso riferimento a una finalità specifica, precisando un determinato tipo di reato;
- *D'impeto*, se vi è la particolarità dell'impeto, ovvero la decisione che porta all'azione non è stata predeterminata ma è successivamente voluta dall'agente²²;
- *Di danno*, il reo vuole effettivamente ledere il bene tutelato dalla norma;
- *Di pericolo*, se la volontà di ledere consiste soltanto nella semplice minaccia di farlo. Il soggetto agente ha creato le condizioni di minacciare il bene protetto, come a esempio nei delitti di attentato;

²² Demuro, *Il dolo*, Giuffrè, 2007

- *Iniziale*, presente solo nel momento della condotta. L'agente commette il reato ma poi si pente di averlo fatto;
- *Concomitante*, il dolo è presente sia nel momento della condotta che nello svolgimento del processo causale;
- *Successivo*, il dolo si manifesta successivamente al compimento dell'azione o dell'omissione.

3. La preterintenzione

Il delitto è preterintenzionale quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente.

Il soggetto reo quindi agisce oltre l'intenzione, provocando un danno e un pericolo maggiore rispetto a quello che avrebbe voluto causare. L'esempio classico della preterintenzione è l'agente che, volendo commettere il reato di percosse o di lesioni, provoca la morte della vittima, commettendo dunque un omicidio.

Si tratta di una forma di imputazione che il Legislatore concepisce come intermedia tra dolo e colpa. Se nel dolo vi è un evento voluto e nella colpa vi è un evento non voluto, la preterintenzione è caratterizzata sia da un evento voluto che da un evento non voluto, quest'ultimo risultante più grave di quello voluto e che si colloca rispetto a esso su una linea di progressione offensiva omogenea²³.

Come la colpa, la preterintenzione deve essere espressamente preveduta, assumendo al pari di questa un carattere strettamente eccezionale della responsabilità²⁴. Le ipotesi di preterintenzione sono infatti specificate in due tipologie di reati specifici: l'omicidio preterintenzionale – disciplinato dall'articolo 584 c.p. – e l'aborto preterintenzionale²⁵.

La preterintenzione si compone di due elementi:

- *Delitto-base*, che è il risultato di un'azione volontaria;
- *Evento ulteriore*, ovvero un plus oltre le intenzioni che si sovrappone al precedente trasmodando in un evento più grave.

Si sono sviluppate diverse opinioni circa la natura effettiva dell'evento ulteriore, ossia il titolo di imputazione concernente l'evento più grave. Una di queste considera la preterintenzione *obiettiva*, costituita da dolo misto a responsabilità oggettiva e fondata sul principio di indifferenza. Un'altra posizione della dottrina definisce la preterintenzione come dolo misto a colpa, con l'evento più grave che dovrebbe quindi risultare prevedibile. La tesi della preterintenzione come dolo misto a colpa scaturisce dall'idea che la condotta diretta all'evento voluto costituisca una forma di attività intrinsecamente pericolosa e possa risultare conforme a esigenze cautelari specifiche dipendenti dalla sua natura ma indipendenti dalla circostanza illecita. Una

²³ Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, 1990

²⁴ Come disciplinato dall'articolo 42 del codice penale italiano

²⁵ Ex articolo 18 L. 194/1978 nella parte in cui disciplina l'interruzione della gravidanza cagionata <<con azioni dirette a provocare lesioni alla donna>>

terza opinione rappresenta l'evento più grave come un puro fatto fortuito indipendente dalla volontà dell'agente, al quale viene addebitato il fatto a titolo di responsabilità oggettiva; questa considera la preterintenzione come un misto di dolo e caso fortuito.

Per il riconoscimento della preterintenzione, il reo deve aver preveduto il verificarsi dell'evento più grave, ovvero egli dovrebbe comunque aver accettato un aumento del rischio di un suo verificarsi. Qualora la conseguenza del reato sia assolutamente abnorme e imprevedibile, l'agente non risponderà secondo la preterintenzione. In ogni caso sarà necessaria la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta dell'autore e l'evento più grave non voluto.

Nel corso degli anni, la dottrina ha sviluppato due teorie sulla preterintenzione. Una prima teoria considererebbe la preterintenzione come un dolo misto a responsabilità oggettiva; tuttavia questa posizione è portata avanti soltanto da una parte minoritaria. L'orientamento dominante vuole che la preterintenzione sia individuata come un dolo misto a colpa; il dolo riguarderebbe l'evento minore, la colpa caratterizzerebbe l'evento più grave²⁶.

²⁶ Pulitanò, *Diritto penale*, Giappichelli, 2013

4. La colpa

Il delitto è considerato colposo quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Per il configurarsi della colpa, l'evento deve essere prevedibile ed evitabile. L'agente ha la possibilità di rappresentare, nella propria mente, l'evento dannoso come conseguenza di una certa azione od omissione. Il reo si trova dunque in condizione di poter impedire il verificarsi dell'evento, con il rispetto di alcune regole cautelari, ma non lo impedisce²⁷.

L'essenza della colpa è definita dall'atteggiamento antiggiuridico dell'agente, ovvero dalla sua inosservanza di misure precauzionali o preventive prescritte dalla Legge o da altre codificazioni - come a esempio le linee-guida - per prevenire ed evitare eventi dannosi.

Affinché al soggetto agente possa essere attribuita una responsabilità colposa è necessaria la prevedibilità dell'evento, che costituisce uno degli elementi fondamentali della punibilità. La prevedibilità consiste nel non avere considerato ciò che la Legge faceva obbligo di prevedere nella concreta circostanza. Altro elemento fondamentale, per ritenere l'agente colpevole, è l'evitabilità dell'evento accaduto, ossia che l'evento si sarebbe potuto evitare se il soggetto non avesse tenuto una condotta rischiosa o pericolosa, bensì aderente ai dettami. Per una parte della dottrina, la colpa si basa sull'esigibilità di un comportamento differente da quello tenuto dall'agente in occasione dell'evento²⁸. Un'altra parte della dottrina ravvisa l'essenza della colpa nella pericolosità della condotta, ovvero il soggetto punito ha dimostrato avere un comportamento pericoloso dal quale era suo dovere astenersi.

Secondo la risalente tesi dell'Antolisei²⁹, il fondamento della colpa è evidenziato dalla inosservanza di una regola di condotta, espressamente posta per evitare eventi dannosi, prescindendo dalla natura sociale oppure giuridica della regola stessa. I requisiti per il rispetto di questa teoria sono la violazione di una regola e la corrispondenza tra evento provocato ed evento prevenuto dalla regola giuridica o sociale. È stata confermata più volte dalla giurisprudenza della Cassazione³⁰.

²⁷ Castronuovo, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009

²⁸ Todeschini, *La responsabilità civile del medico*, in *Diritto&Diritti*, 2002

²⁹ Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2003 (a cura di Conti)

³⁰ Cass. Penale, 24 giugno 2008, n. 25648

La condotta colposa può essere suddivisa in due macroaree:

- *Colpa generica*, determinata dalla negligenza o dall'imprudenza o dall'imperizia, ovvero da un'azione contraria alle buone regole di comportamento e cautela. Si riferisce a concetti di comune esperienza;
- *Colpa specifica*, dovuta all'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline ovvero da precise norme stabilite dalla legge e dalle Autorità, con finalità preventiva rispetto all'evento provocato.

Nell'ambito della colpa generica, un argomento dibattuto da sempre nella dottrina e nella giurisprudenza è la definizione propria di negligenza, imprudenza e imperizia. Storicamente la dottrina considera l'imperizia come il comportamento del soggetto inosservante delle regole cautelari perché inesperto, la negligenza come il comportamento del soggetto inosservante per non avere fatto tutto ciò che fosse doveroso fare, l'imprudenza come il comportamento del soggetto inosservante per aver fatto tutto ciò che fosse doveroso fare³¹.

La giurisprudenza tradizionalmente valuta il concetto di imperizia nei reati colposi <<in rapporto alla qualifica e all'attività svolta in concreto, le quali esigono l'osservanza delle regole e delle precauzioni doverose da parte della media dei soggetti rivestenti identica qualifica e svolgenti identiche mansioni>>³².

Con particolare riguardo ai casi di responsabilità sanitaria, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato, in più occasioni, improntato alla distinzione della responsabilità del professionista sanitario a seconda che egli avesse operato con negligenza, imprudenza o imperizia³³. Nei primi due casi si prendevano come riferimento gli ordinari parametri della responsabilità colposa in ambito penale, nel terzo caso invece si consideravano i parametri di cui all'articolo 2236 del codice civile, tema che sarà ampiamente trattato nel successivo capitolo di questo elaborato.

In contrasto a queste posizioni, un'interessante sentenza del 1991, la *sentenza Lazzeri*³⁴, arrivò a stabilire che la colpa del sanitario <<deve essere valutata con larghezza e comprensione per la peculiarità dell'esercizio dell'arte medica e per la difficoltà dei casi particolari, ma pur sempre nell'ambito dei criteri dettati per l'individuazione della colpa medesima dall'art. 43

³¹ Si veda in Cass. Penale, 30 maggio 2018, n. 24384

³² Cass. Penale, 18 aprile 1986, n.12416

³³ Si vedano le sentenze: Cass. Penale, 5 novembre 1984, n. 12249 e Cass. Penale, 11 gennaio 1978, n. 5241 e Cass. Penale, 18 ottobre 1978, n. 1301 e Cass. Penale, 19 febbraio 1981, n. 5860

³⁴ Cass. Penale, 22 febbraio 1991, n. 4028

cod.pen.. Tale accertamento non può essere effettuato in base al disposto dell'art. 2236 del codice civile, secondo cui il prestatore d'opera è esonerato dall'obbligo del risarcimento dei danni, quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, tranne che nell'ipotesi di commissione del fatto con dolo o colpa grave. L'applicabilità di tale norma è esclusa dalla sistematica disciplina del dolo e della colpa in diritto penale per la quale il grado della colpa è previsto solo come criterio per la determinazione della pena, o come circostanza aggravante, e mai per determinare la stessa sussistenza dell'elemento psicologico del reato, sicché il minor grado della colpa non può avere in alcun caso efficacia scriminante>>.

Tuttavia, la Corte mutò poi nuovamente orientamento, sancendo l'applicabilità dei criteri dell'articolo 2236 c.c. anche alla materia penale, considerandoli *<<come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza, in quanto la colpa del terapeuta deve essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto. Ne consegue che non sussistono i presupposti per parametrare l'imputazione soggettiva al canone della colpa grave ove si tratti di casi non difficili e fronteggiabili con interventi conformi agli standard>>*³⁵.

Una successiva sentenza degli Ermellini definì l'imperizia come la realizzazione di un'attività positiva che non si accompagni nelle speciali circostanze del caso a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce di impiegare a tutela dell'incolumità nonché degli interessi propri e altrui³⁶.

La legge 24/2017 - denominata *Bianco-Gelli* e che sarà ampiamente considerata a seguire in questo elaborato - ha introdotto una nuova fattispecie di responsabilità, disciplinata dall'articolo 590 sexies del codice penale, che prevede la non punibilità qualora l'evento sia stato determinato da imperizia ma con il rispetto delle linee guida pubblicate ai sensi di Legge, ovvero il rispetto delle buone pratiche clinico-assistenziali, se adeguate alla specificità del caso concreto. Questa innovazione legislativa naturalmente ha aperto, o meglio aumentato, il dibattito circa l'applicabilità del termine *imperizia*.

Dopo due sentenze contrastanti³⁷³⁸, le Sezioni Unite intervennero con il tentativo di eliminare l'incertezza sull'applicazione della nuova norma ai casi

³⁵ Cass. Penale, 22 novembre 2011, n. 4391

³⁶ Cass. Penale, 20 marzo 2015, n. 16944

³⁷ Cass. Penale, 20 aprile 2017, n. 28187 (*sentenza De Luca-Tarabori*)

³⁸ Cass. Penale, 19 ottobre 2017, n. 50078 (*sentenza Cavazza*)

concreti. La *sentenza Mariotti*³⁹ costituisce una vera e propria forma di *ius superveniens*, una sentenza che fa diritto. Questa sentenza sarà riportata testualmente, con i passaggi più significativi, nel paragrafo dedicato alla giurisprudenza penale; per il momento basti ricordare che, per un accurato inquadramento della condotta del professionista sanitario, non potrà <<prescindersi solo con riguardo al fatto che essa rispettasse o meno le linee guida o le buone pratiche clinico-assistenziali, ma anche con riguardo al fatto che la stessa potesse qualificarsi come improntata a imperizia, o a negligenza, o a imprudenza>>, come è stato confermato anche da una recentissima sentenza⁴⁰.

L'ordinamento giuridico riconosce diversi tipi di colpa:

- *Propria*, quando non vi è la volontà di commettere l'evento. Essa costituisce il caso di colpa classica;
- *Impropria*, il reo dimostra volontà nella commissione dell'evento, ma la sua condotta non sfocia nel dolo. A esempio, l'eccesso colposo, l'errore nell'individuazione delle cause di giustificazione e l'errore di fatto determinato dalla colpa;
- *Cosciente*, quando l'agente si rappresenta l'evento come possibile e probabile conseguenza della sua condotta, ma ha l'assoluta certezza che esso non si verificherà. Elemento di distinzione è la previsione dell'evento⁴¹;
- *Incosciente*, se il soggetto reo non si rende conto che la sua condotta potrebbe causare danno o pericolo a beni tutelati dalla legge. Non è presente alcuna volontà e soprattutto non vi è alcuna accettazione di rischi.

La colpa professionale è riferita a determinate figure professionali. Questa tipologia di colpa è infatti presente non solo nell'ambito civile ma anche in quello penale. Il professionista pertanto risponderà dei danni non soltanto in sede civile, ma potrebbero essere lui inflitte anche sanzioni di natura penale.

Per concludere, come sostenuto dal Puccini⁴², il fondamento della colpa risiede nella prevedibilità del pericolo, ossia nella facoltà naturale che possiede ogni individuo coscienzioso e avveduto di prevedere e quindi di

³⁹ SS.UU., 22 febbraio 2018, n. 8770

⁴⁰ Cass. Penale, 30 maggio 2018, n. 24384

⁴¹ Cass. Penale, 18 ottobre 2017, n. 48081

⁴² Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

evitare le conseguenze della propria condotta, sempre che l'evitabilità del fatto sia resa possibile dalle singole circostanze.

L'operatore sanitario responsabile di negligenza, imprudenza e imperizia nello svolgere la sua professione risponderà per colpa professionale. Secondo una recente sentenza della Cassazione penale⁴³, in tema di responsabilità medica incide sulla valutazione della gravità di colpa ascrivibile al medico anche la frequenza della complicanza insorta a causa della condotta non appropriata del sanitario.

La colpa del sanitario è stata più volte oggetto di attenzione da parte del Legislatore. Questo tema sarà dettagliatamente trattato nei capitoli e paragrafi successivi.

⁴³ Cass. Penale, 17 novembre 2014, n. 47289

5. L'elemento materiale del reato

L'elemento materiale del reato è, insieme all'elemento soggettivo, uno dei due elementi essenziali del reato. L'elemento materiale, o meglio scritto *oggettivo*, è costituito dalla condotta umana, ovvero dall'evento naturale e dal rapporto di causalità che lega la condotta all'evento.

Con il termine *condotta umana* si intende l'azione od omissione posta in essere dal soggetto agente.⁴⁴

Con il termine *azione* si definisce qualsiasi movimento dell'uomo che determini una modifica della realtà esterna.⁴⁵

Con il termine *omissione* si intende il non attuare una determinata azione che, per legge, si aveva l'obbligo di compiere.⁴⁶

Il fatto, che rappresenta quanto attuato dall'agente in violazione della norma penale, non può essere un fatto qualsiasi, bensì deve essere definito o meglio *tipico*, conforme al modello astratto previsto dalla Legge, secondo il principio di materialità del reato, già esposto in precedenza.

Per la sussistenza del reato occorre inoltre la sussistenza del nesso psichico, intercorrente tra il soggetto attivo e l'evento lesivo. Il verificarsi di un singolo atto deve quindi necessariamente imputarsi alla volontà del soggetto agente. Ne deriva che l'analisi dell'elemento materiale porta a considerare tre aspetti: l'azione, l'evento e il rapporto di causalità⁴⁷.

⁴⁴ Palazzo, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, II edizione

⁴⁵ Citidem

⁴⁶ Citidem

⁴⁷ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

6. I reati commissivi

Affinché un determinato comportamento possa essere ritenuto illecito, e quindi costituire reato, occorre che esso sia contrario all'ordinamento giuridico.

Come si è già visto in precedenza, l'autore del reato deve essere intenzionato a ledere o porre in pericolo un bene giuridico. Inoltre, deve essere soddisfatto l'elemento psicologico, con il raffigurarsi del dolo o della preterintenzione o della colpa. Deve sussistere un nesso di causalità che colleghi la condotta attiva dell'agente al verificarsi dell'evento. Infine, non deve essere presente alcuna delle condizioni che potrebbero determinare la trasformazione della condotta da illecita a lecita, ossia le cause scriminanti.

L'articolo 40 del codice penale italiano stabilisce che affinché un soggetto sia punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, l'evento dannoso o pericoloso provocato dal reato deve avere come conseguenza una azione od omissione da parte del soggetto agente.

L'azione si configura in ogni comportamento attivo e operoso che si evidenzia in un movimento fisico, essa si concretizza mediante mezzi, ossia con strumenti idonei a produrre l'evento. L'azione, che è l'elemento costitutivo essenziale dei reati commissivi, può essere:

- *Unica*, quando consta di un solo atto o di più atti che si susseguono immediatamente in un contesto unitario e a un determinato fine;
- *Plurima*, se consta di atti molteplici e complessi, che si distinguono in preliminari (preparatori) o conclusivi (esecutivi)⁴⁸.

Il reato viene definito *commissivo* quando l'evento che si verifica è causato da un comportamento attivo e volontario del soggetto agente, il reo, che provoca una lesione a un bene tutelato giuridicamente, ovvero ne pone l'esistenza in condizione di pericolo. La commissione è infatti rappresentata da un'attività mediante movimenti muscolari coordinati, che avvengono attraverso atti, gesti e parole.

⁴⁸ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

7. I reati omissivi: propri e impropri

L'omissione è un comportamento passivo, inattivo, che si evidenzia nella mancanza di azione o reazione. Se l'evento dannoso o pericoloso si verifica a seguito di una omissione da parte del soggetto reo, il reato sarà di natura omissiva e pertanto verrà definito *reato omissivo*.

L'omissione può avvenire in due modi: omettendo di fare ciò che la legge comanda astrattamente oppure non impedendo il verificarsi di un evento che con uno sforzo di volontà si sarebbe potuto impedire, ovvero non agendo affatto oppure agendo in modo incompleto o tardivo o fuori del luogo prescritto⁴⁹.

Il secondo comma dell'articolo 40 del codice penale sancisce <<*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.*>>

L'ordinamento giuridico impone quindi a chi si trova in determinate situazioni, e condizioni, di agire affinché non vi sia lesione di un bene giuridico tutelato e/o pericolo per la sua esistenza. L'omissione deve essere pensata in relazione a una determinata aspettativa di comportamento, essa quindi differisce sostanzialmente dalla semplice inerzia⁵⁰.

Elemento costitutivo della fattispecie omissiva è la situazione tipica, ossia il complesso dei presupposti in presenza dei quali il soggetto obbligato è tenuto a compiere l'azione prescritta. In merito, il giurista Palazzo⁵¹ fece una interessante riflessione e scrisse <<*l'obbligo giuridico di compiere una certa azione non può essere posto sganciato da un determinato contesto fattuale, in presenza del quale sorge la necessità o l'utilità dell'azione positiva: diversamente ognuno di noi sarebbe continuamente, perennemente soggetto all'obbligo di agire, venendosi così a rendere davvero insopportabile la limitazione della libertà connessa alla pretesa normativa di comportamenti positivi*>>.

All'interno della categoria dei reati omissivi è possibile distinguere due diverse tipologie: quella dei *reati omissivi propri* e quella dei *reati omissivi impropri*.

I reati omissivi propri sono reati di mera condotta e consistono nel mancato compimento dell'azione prescritta. Tale è, a esempio, l'omessa denuncia di

⁴⁹ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

⁵⁰ Così in Canestrari, Cornacchia, De Simone, *Manuale di diritto penale*, Il Mulino, 2007

⁵¹ Palazzo, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2006

un reato da parte di un pubblico ufficiale qualora egli ne abbia avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, ai sensi dell'articolo 361 c.p.

I reati omissivi impropri sono invece reati di evento. Essi consistono nel mancato attivarsi per impedirne la verifica, qualora esista un obbligo giuridico di impedimento. Si definiscono *impropri* in quanto storicamente essi venivano annoverati nella categoria dei reati commissivi, perché si pensava che contravvenissero al divieto di cagionare l'evento tipico, anziché a un comando di agire. Questa posizione della dottrina è stata oramai abbandonata, ma il termine "improprio" continua a essere utilizzato per la loro individuazione.

8. Il rapporto di causalità

L'ambito di applicazione del diritto penale è costituito da tutte le norme giuridiche che, avendo per fine la tutela di un bene, prevedono sanzioni per quei comportamenti che causano la lesione di tale bene tutelato o ne mettono in pericolo l'esistenza.

I beni tutelati dalla legge, pubblici o privati che siano, sono sempre chiaramente espressi dalle norme; infatti, non possono essere sanzionati fatti o comportamenti non espressamente previsti dalla legge come reati, come disciplinato all'articolo 1 del codice penale⁵².

Tutti i cittadini sono soggetti alla legge penale, dinnanzi alla quale sono tutti eguali <<senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali>>⁵³.

L'ignoranza della legge non è causa di giustificazione, secondo il brocardo latino *ignorantia legis non excusat* (l'ignoranza della Legge non costituisce scusante).

Condizione imprescindibile per attribuire a un soggetto la responsabilità di un fatto criminoso è il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto causa-effetto tra il comportamento (azione od omissione) del soggetto agente e il verificarsi dell'evento criminoso.

La dottrina definisce il rapporto di causalità come il <<nesso che corre tra due fenomeni, che assumono l'uno la qualità di causa e l'altro quella di effetto>>⁵⁴.

Infatti, l'articolo 40 del codice penale italiano recita <<Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è la conseguenza della sua azione ed omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo>>.

La causa è l'elemento essenziale dal quale dipende l'esistenza del fenomeno o dell'evento considerato, ossia l'antecedente necessario al verificarsi dell'evento e senza il quale l'evento non si sarebbe realizzato.⁵⁵ Essa è contraddistinta da:

⁵² Articolo 1 del codice penale: <<Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.>>

⁵³ Articolo 3 della Costituzione italiana

⁵⁴ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

⁵⁵ Cicognani, Falani, Pelotti, *MEDICINA LEGALE*, Esculapio, 2016

- *Antecedenza*, che può indicare un rapporto cronologico o un rapporto eziologico, a seconda che si abbia una semplice successione o una connessione di fenomeni;
- *Necessità*, costituisce un criterio di esclusione, secondo un procedimento seguito dalle scienze naturali che prevede l'eliminazione di ogni singolo fattore fino a trovare quello vero e proprio che causa il fenomeno;
- *Sufficienza*, che rappresenta l'idoneità fattuale, ossia l'intrinseca attitudine a cagionare un determinato effetto.

L'effetto è il fenomeno susseguente che, secondo l'esperienza, è legato in modo invariabile e incondizionato all'antecedente.

Affinché vi sia un nesso di causalità tra condotta ed evento, dunque, deve essere individuata la causa, ovvero la complessità di condizioni il cui insieme realizza la possibilità del verificarsi dell'evento.

Si possono evidenziare tre tipologie di causalità, una legata all'aspetto teorico, le altre due inerenti all'aspetto pratico. Nel dettaglio, esse sono⁵⁶:

- *Causalità metafisica*, che spiega il perché avvenga la legge di produzione e ricerca il principio attivo della creazione. È di chiara impronta filosofica;
- *Causalità fisica*, che si occupa del come avvenga la legge di produzione ed esprime un rapporto tra cose reali, cercando gli antecedenti invariabili e incondizionati di ogni fenomeno naturale;
- *Causalità giuridica*, che stabilisce il significato e il valore che si devono dare al concetto di causa, ai fini dell'ordinamento giuridico. Essa non si fonda su un principio conoscitivo, bensì su un'esigenza pratica, ovvero la necessità di individuare gli antecedenti del fatto illecito occorrenti per dimostrare la responsabilità del soggetto agente.

La dottrina ha sviluppato diverse teorie intorno all'individuazione della causa. Si riporteranno le più significative:

- Teoria della *equivalenza* (oppure *conditio sine qua non*), che, alla stregua di una valutazione ex post, considera come causa dell'evento ogni antecedente senza il quale l'evento non si sarebbe mai verificato. Essa identifica quindi la causa con la totalità degli antecedenti,

⁵⁶ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

ognuno dei quali è necessario al verificarsi dell'evento. A questa teoria viene spesso rimproverata l'eccessiva estensione del concetto di causa nel campo del diritto;

- Teoria dell' *id quod plerumque accidit*, ovvero la causalità adeguata, che considera la condotta umana adeguata e proporzionata all'evento in base alla presunzione di probabilità. Secondo questa teoria, la causa è soltanto l'antecedente idoneo a produrre l'evento. Tale idoneità è dedotta in base al criterio della regolarità statistica. A questa teoria viene rimproverato l'inconveniente di restringere eccessivamente il campo della responsabilità penale, poiché impedisce di attribuire al soggetto la responsabilità di eventi che, secondo il calcolo di probabilità, siano improbabili;
- Teoria della *causa efficiente*, che attribuisce alla causa il valore antecedente che decide sulla qualità dell'evento. Essa influisce sul risultato e distingue la causa - ciò che produce - dalla condizione - ciò che predispone - e dall'occasione, ciò che rimuove l'ultimo ostacolo all'agire della causa;
- Teoria della *causa prossima*, che considera soltanto l'ultima delle condizioni positive di un fatto, la quale determina l'effetto completando la serie degli antecedenti. Questa teoria distingue fattori determinanti da fattori realizzanti. Sono state mosse diverse critiche perché considera valide solo le ultime condizioni della serie, mentre l'azione umana potrebbe porre in essere anche altre condizioni per la realizzazione dell'evento.

Una recentissima sentenza della Corte di Cassazione, chiamata a decidere su un ricorso inerente alla responsabilità medica, ha stabilito che <<*il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di elevata probabilità logica, che, a sua volta, deve essere fondato, oltre che su un ragionamento deduttivo basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo circa il ruolo salvifico della condotta omessa, elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e focalizzato sulle particolarità del caso concreto*>>⁵⁷.

⁵⁷ Cass. Penale, 30 maggio 2018, n. 24384

9. La qualificazione giuridica del medico: i delitti legati alla professione medico-sanitaria

Come tutte le professioni, la professione del medico è soggetta alla vigilanza dello Stato ed è quindi destinataria di norme specifiche che la disciplinano, per garantire il miglior esercizio professionale al servizio dei cittadini e a tutela della sanità collettiva.⁵⁸

La professione del medico è da annoverare tra le professioni intellettuali, ai sensi dell'articolo 2229 del codice civile, norma che sarà ampiamente trattata nel capitolo successivo, dedicato alla responsabilità civile del sanitario.

La qualificazione giuridica del professionista sanitario è variabile in base al tipo di attività svolta e a seconda delle funzioni assunte⁵⁹. Il codice penale individua tre categorie professionali:

- *Pubblico ufficiale*
- *Persona incaricata di un pubblico servizio*
- *Persone esercenti un servizio di pubblica necessità*

L'articolo 357 del codice penale italiano disciplina la nozione di pubblico ufficiale. Secondo la norma, pubblici ufficiali sono coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. I pubblici ufficiali sono in grado di manifestare la volontà della pubblica amministrazione cui essi appartengono per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.

L'articolo 358 del codice penale definisce persone incaricate di un pubblico servizio tutti coloro che prestino un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, con l'esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

L'articolo 359 c.p. elenca le categorie specifiche di persone esercenti un servizio di pubblica necessità. Esse sono:

- I privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi;

⁵⁸ Chiaro elemento di queste condizioni è la necessità dell'abilitazione professionale mediante esame di Stato, come prescritto dall'articolo 33 della Costituzione.

⁵⁹ Manzini, *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, 2013

- I privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione.

Rispetto alla legge penale, i medici liberi professionisti sono considerati quali esercenti un servizio di pubblica necessità.

I medici legati al Servizio Sanitario Nazionale da un rapporto di lavoro subordinato sono considerati pubblici ufficiali qualora il loro profilo professionale preveda l'affidamento di mansioni con poteri autoritativi e certificativi. In assenza di tali poteri, i medici del SSN sarebbero individuabili come incaricati di pubblico servizio in quanto incaricati dalla Pubblica Amministrazione di garantire, attraverso le proprie funzioni, la tutela della salute pubblica.

10. Il falso nella redazione dei certificati e della cartella clinica

Il certificato medico è uno strumento di informazione con il quale l'interessato dà notizia, a terze persone oppure a Enti pubblici o privati, circa fatti personali⁶⁰. Il contenuto del certificato è strettamente sanitario e la sua compilazione spetta esclusivamente al professionista medico. Dal punto di vista giuridico, la certificazione medica è una dichiarazione di scienza relativa a fatti riscontrati nel mondo fisico.

Affinché un certificato medico possa essere una fonte di informazione e documentazione, esso deve soddisfare le caratteristiche di *chiarezza* e *veridicità*. Il suo contenuto deve essere leggibile e comprensibile, in modo da esprimere chiaramente l'informazione e non creare equivoci interpretativi. Inoltre, la veridicità di quanto certificato è essenziale affinché il documento possa essere usato per i fini consentiti dalla Legge.

Quando il certificato non soddisfa questi requisiti, potrebbe ricorrere uno dei casi di falsità riconosciuti dall'ordinamento giuridico. La falsità si distingue in:

- *Ideologica*, quando l'attestazione è falsa esclusivamente nella parte che concerne i fatti dichiarati mentre è autentica la condizione giuridica del professionista estensore;
- *Materiale*, nel caso di mancata corrispondenza tra autore effettivo e autore apparente. Questa falsità può inoltre riguardare i casi di alterazione successiva alla sua formazione, come le cancellature o le aggiunte, oppure anche la data e il luogo di formazione del documento.

L'ordinamento giuridico penale sanziona i casi di falsità nella certificazione, distinguendo i reati in base ai soggetti agenti e al contesto:

- Pubblico ufficiale in atti pubblici
- Pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative
- Persone esercenti un servizio di pubblica necessità

L'articolo 476 del codice penale italiano sanziona, con la pena della reclusione da uno a sei anni, il pubblico ufficiale responsabile di falsità materiale in atti pubblici. Qualora gli atti falsificati facciano fede fino a querela di falso, la reclusione è inasprita dal minimo di tre anni fino al massimo di dieci anni.

⁶⁰ Cicognani, Falani, Pelotti, *MEDICINA LEGALE*, Esculapio, 2016

L'articolo 477 del codice penale disciplina la falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative. La pena stabilita è la reclusione da un minimo di sei mesi a un massimo di tre anni.

L'articolo 479 c.p. si occupa della falsità commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici: falsa attestazione di un fatto come da lui non compiuto o non in sua presenza, falsa attestazione di dichiarazioni ricevute ma a lui non rese oppure alterazione od omissione di dichiarazioni da lui ricevute, generale falsa attestazione in atti che dovrebbero provare la verità.

L'articolo 480 c.p. sanziona, con la pena della reclusione da tre mesi a due anni, il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, attesti falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, in certificati o autorizzazioni amministrative.

L'articolo 481 c.p. punisce la falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità con la reclusione fino a un anno oppure con la multa.

La cartella clinica è <<lo strumento informativo individuale finalizzato a rilevare tutte le informazioni anagrafiche e cliniche significative relative ad un paziente e ad un singolo episodio di ricovero>>⁶¹, ossia il documento che raccoglie le informazioni, di tipo medico e infermieristico, necessarie a rilevare il percorso diagnostico e terapeutico del paziente, inclusi gli esami oggettivi e l'anamnesi, dal momento del suo ingresso in ospedale fino alle sue dimissioni dalla struttura sanitaria.

Secondo una recentissima sentenza della Cassazione⁶², la cartella clinica redatta da un medico inserito in un ospedale pubblico costituisce la forma di atto pubblico, pertanto ogni modifica o alterazione, nonché aggiunta di annotazioni, integrerà il reato di falsità materiale in atto pubblico.

Il medico responsabile di tale reato, in qualità di pubblico ufficiale estensore del documento, risponderà ai sensi dell'articolo 476 c.p. precedentemente analizzato.

⁶¹ Definizione tratta dalle Linee Guida 17 giugno 1992 ex D.M. Ministero della Sanità del 28 dicembre 1991 (http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_263_allegato.pdf)

⁶² Cass. Penale, 22 ottobre 2018, n. 55385

11. L'omissione delle denunce obbligatorie

Le denunce obbligatorie sono strumenti di informazione ricollegabili a interessi generali e sociali; pertanto esse presentano il carattere dell'obbligatorietà. Infatti, le denunce obbligatorie non dipendono dagli interessi dei singoli assistiti, bensì costituiscono mezzo tramite il quale i medici rilevano fatti e circostanze di carattere sanitario che si ritiene debbano essere resi noti nell'interesse comune.⁶³

L'obbligo di denunce deriva da disposizioni legislative specifiche che possono essere contenute nel codice penale, nel Testo Unico delle Leggi Sanitarie, nel Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza oppure prescritte dall'ordinamento sullo stato civile. L'obbligo di denuncia spetta al medico, il quale curerà anche il relativo inoltro alle Autorità competenti.

Caratteristiche generali delle denunce, oltre all'obbligatorietà, sono la destinazione, le circostanze per le quali l'obbligo si realizza, i termini temporali per l'inoltro e la previsione di sanzioni o penalizzazioni per la mancata presentazione.

I destinatari delle denunce sono solitamente le Autorità sanitarie, l'Autorità giudiziaria oppure gli Enti di previdenza sociale. L'esercizio della professione medica costituisce la circostanza dalla quale deriva l'obbligo di denuncia: l'aver prestato opera o assistenza, l'aver accertato determinati fatti o condizioni, l'essere venuto a conoscenza di fatti evidenti.

La denuncia - *rapporto*, secondo la tradizione - è l'atto col quale il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio denuncia all'Autorità giudiziaria un reato procedibile d'ufficio, di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni o del suo servizio, anche quando non sia ancora stata individuata la persona alla quale il reato è stato attribuito.⁶⁴

Il rapporto è trasmesso senza ritardo al Pubblico Ministero o a un ufficiale di polizia giudiziaria. Quando più persone sono obbligate al rapporto per il medesimo fatto, esse possono redigere e sottoscrivere un unico atto.

L'omissione della denuncia obbligatoria è un illecito che comporta sanzioni, che potranno variare a seconda della norma violata. Anche il semplice ritardo nella presentazione della denuncia costituisce illecito che può essere oggetto di sanzione.

⁶³ De Ferrari-Palmieri, *MANUALE DI MEDICINA LEGALE*, Giuffrè, 2013

⁶⁴ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

Tra le principali denunce obbligatorie previste dal T.U.L.S. si ricordano:

- Denuncia delle cause di morte
- Denuncia delle malattie infettive
- Denuncia delle intossicazioni da antiparassitari
- Denuncia delle situazioni di abbandono di minori di età

12. L'omissione della denuncia di reato

Nei casi in cui il medico rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio e, nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, sia venuto a conoscenza di fatti lesivi dell'integrità psicofisica che configurino un delitto perseguibile d'ufficio, egli sarà tenuto alla denuncia di reato all'Autorità giudiziaria, affinché quest'ultima ne sia portata a conoscenza.

Tale obbligo deriva dalla legge penale, che disciplina la materia negli articoli 361 e 362 del codice penale italiano.

Sarà pertanto utile riportarli integralmente di seguito, essendo essi strettamente connessi:

L'articolo 361 c.p. recita <<Il pubblico ufficiale, il quale omette o ritarda di denunciare all'Autorità giudiziaria, o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, è punito con la multa da trenta euro a cinquecento sedici euro. La pena è della reclusione fino ad un anno, se il colpevole è un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, che ha avuto comunque notizia di un reato del quale doveva fare rapporto. Le disposizioni precedenti non si applicano se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa.>>

L'articolo 362 c.p. disciplina: <<L'incaricato di un pubblico servizio, che omette o ritarda di denunciare all'Autorità indicata nell'articolo precedente un reato del quale abbia avuto notizia nell'esercizio o a causa del servizio, è punito con la multa fino a centotré euro. Tale disposizione non si applica se si tratta di un reato punibile a querela della persona offesa né si applica ai responsabili delle comunità terapeutiche socioriabilitative per fatti commessi da persone tossicodipendenti affidate per l'esecuzione del programma definito da un servizio pubblico.>>

Esiste obbligo di denuncia anche qualora non sia stata individuata la persona alla quale il reato è stato attribuito.

La denuncia va presentata e trasmessa senza ritardo al Pubblico Ministero o a un ufficiale di polizia giudiziaria. Quando più persone sono obbligate alla denuncia per il medesimo fatto, esse possono redigere e firmare un unico atto.

Il contenuto deve esporre gli elementi essenziali del fatto, indicare la data e l'orario in cui è stata acquisita la notizia nonché fornire le fonti di prova già note. Se già conosciute, nella denuncia sono riportate le generalità, il domicilio e ogni altra informazione utile a identificare la persona alla quale il fatto è attribuito, a identificare la persona offesa dal reato e coloro che

possono riferire su circostanze utili alla ricostruzione dell'evento.⁶⁵ Il contenuto della denuncia è ben disciplinato anche dall'articolo 332 nel codice italiano di procedura penale.

⁶⁵ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

13. L'omissione del referto medico

Il referto medico è annoverato nel gruppo delle denunce obbligatorie. Esso è lo strumento con cui gli esercenti le professioni sanitarie in regime di libera professione riferiscono alle Autorità preposte circa casi che possono presentare i caratteri di un delitto procedibile d'ufficio. Il referto deve essere trasmesso entro 48 ore, salvo la presentazione immediata in caso di pericolo nel ritardo.

L'articolo 365 del codice penale italiano prevede che siano tenuti al referto tutti i professionisti sanitari che <<abbiano prestato la propria assistenza od opera>>. Questa imposizione legale deriva quindi da un intervento attivo del sanitario sulla persona, indipendentemente dal suo scopo terapeutico. Infatti, con il termine *opera* vengono incluse anche tutte quelle attività che non abbiano una diretta finalità diagnostico-terapeutica ma che costituiscano comunque una attività di accertamento.

L'obbligo di referto medico sussiste soltanto nei casi in cui i delitti siano procedibili d'ufficio. Generalmente, i delitti sono perseguibili d'ufficio quando abbiano gravità tale da rappresentare un danno per la collettività e per i suoi beni.

Su questo tema è abbastanza nutrita la giurisprudenza della Cassazione. In una sentenza del 2013 si legge <<La lettera della legge ("possono presentare...") indica che l'obbligo si configura per la semplice possibilità che il caso presenti i caratteri di un delitto perseguibile d'ufficio. È stato precisato in dottrina che per far sorgere l'obbligo di referto basta che il caso venuto a conoscenza del sanitario abbia nella sua obiettività tali caratteri da rendere meramente possibile una fisionomia delittuosa.>>⁶⁶

Secondo la giurisprudenza di legittimità, <<l'obbligo del referto sorge nel momento stesso in cui il sanitario, prestando la propria opera, si viene a trovare di fronte a un caso che può presentare i connotati di un delitto perseguibile d'ufficio. Per stabilire se ricorra una tale ipotesi, è necessario fare leva su criteri di valutazione che, sia pure con giudizio *ex ante* (riferito cioè al momento della prestazione sanitaria), tengano conto della peculiarità del caso concreto, nel senso che deve verificarsi se il sanitario abbia avuto conoscenza di elementi di fatto dai quali desumere, in termini di teorica possibilità, la configurabilità di un delitto perseguibile d'ufficio.>>⁶⁷

A puro titolo informativo, i delitti sono perseguibili a querela quando il danno sia strettamente individuale e competa al leso l'iniziativa di promuovere

⁶⁶ Cass. Penale, 29 ottobre 2013, n. 51780

⁶⁷ Si veda in Cass. Penale, 9 luglio 1998, n. 9721

l'azione giudiziaria; avendo avuto riguardo all'opportunità di lasciare alla vittima la possibilità di tutelare i propri interessi evitando la pubblicizzazione del fatto, la procedibilità a querela è stata estesa anche per alcuni delitti di particolare gravità, quali a esempio la violenza sessuale senza aggravanti.

L'ultimo comma dell'articolo 365 c.p. rimarca la supremazia della tutela della salute personale e collettiva, disponendo che l'obbligo di referto medico <<*non si applica quando il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale*>>. Con questa disposizione, l'ordinamento giuridico infatti vuole evitare che gli individui non ricorrano alle cure a causa del semplice timore di esporsi a procedimenti penali, in ragione di fatti commessi oppure per le situazioni nelle quali si sono imbattuti.

14. La rivelazione del segreto professionale

<<Il medico deve mantenere il segreto su tutto ciò di cui è a conoscenza in ragione della propria attività professionale; la morte della persona assistita non esime dall'obbligo. Il medico informa i collaboratori e discenti dell'obbligo del segreto professionale sollecitandone il rispetto. La violazione del segreto professionale assume maggiore gravità quando ne possa derivare profitto proprio o altrui, ovvero nocimento per la persona assistita o per altri. La rivelazione è ammessa esclusivamente se motivata da una giusta causa prevista dall'ordinamento o dall'adempimento di un obbligo di legge. Il medico non deve rendere all'Autorità competente in materia di giustizia e di sicurezza testimonianze su fatti e circostanze inerenti al segreto professionale. La sospensione o l'interdizione dall'esercizio professionale e la cancellazione dagli Albi non dispensano dall'osservanza del segreto professionale.>>⁶⁸

Sono le disposizioni riportate nell'articolo 10 dell'ultima versione del Codice Deontologico per i professionisti medici. In caso di violazione, il medico incorre in provvedimenti disciplinari promossi dal proprio Ordine di appartenenza.

Il segreto professionale ha come obiettivo principale la massima tutela della riservatezza del paziente e del cittadino in merito a dati che potrebbero ricondurre al suo stato e alle sue condizioni psicofisiche. Esso rientra tra i vincoli di solidarietà che debbono sussistere nel rapporto medico-paziente perché in nessun modo deve costituire una limitazione al diritto alla salute la preoccupazione di rendere palesi, a terzi, notizie riservate e la cui diffusione potrebbe risultare dannosa.

Questa tutela è garantita anche dalla legge penale. L'articolo 622 del codice penale disciplina infatti che *<<Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocimento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da trenta euro a cinquecentosedici euro.>>*

Dunque, l'articolo 622 c.p. indirizza tale obbligo non soltanto ai soggetti esercenti una professione, bensì anche ad altre categorie di persone, ossia tutti coloro che abbiano notizia di un segreto *<<in ragione del proprio stato o ufficio>>*, a prescindere dall'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato oppure da qualsiasi altra relazione lavorativa.

⁶⁸ Tratto da ENPAM (<https://www.enpam.it/wp-content/repository/universaliamedia/CI/fondamenti3.html>)

In ambito sanitario, con tale disposizione, si possono includere tra i destinatari della norma: gli studenti universitari dei corsi di Medicina e Chirurgia o delle altre professioni sanitarie che svolgano tirocini presso strutture ospedaliere, gli assistenti volontari, i medici in formazione specialistica, i componenti delle loro famiglie e generalmente tutti coloro che siano venuti a conoscenza di informazioni soggette a segreto.

L'illiceità del fatto è esclusa qualora il segreto sia stato rivelato per giusta causa. Le giuste cause possono essere:

- *Legali*, come gli obblighi di denuncia derivanti da disposizioni di legge oppure gli obblighi di denuncia dei delitti perseguibili d'ufficio per i quali sia previsto l'obbligo di referto;
- *Sociali*, quando sono costituite da ragioni di interesse collettivo che prevalgono sull'interesse individuale al segreto e che riguardano la segnalazione alle Autorità competenti di fatti sanitari individuali che possono costituire causa di pericolo per la collettività.

Affinché sussista la punibilità del fatto di cui all'articolo 622 c.p. non deve necessariamente derivare un danno all'assistito, essendo sufficiente il pericolo di danno. Tuttavia, esistono alcune cause di non punibilità della rivelazione del segreto professionale: il caso fortuito, la forza maggiore o la violenza, lo stato di necessità e la difesa della propria onorabilità.

La sussistenza del reato è inoltre esclusa in due circostanze:

- *Consenso dell'assistito*, ovvero l'assistito può scegliere le persone alle quali saranno rivelate le informazioni e i tempi entro i quali possa avvenire tale rivelazione;
- *Trasmissione del segreto*, rappresentata dalla rivelazione del segreto a persone altrettanto tenute al segreto, resa necessaria da finalità sociali oppure da circostanze inerenti allo stesso titolare del segreto.

Le informazioni di carattere sanitario che costituiscano segreto non potranno essere oggetto di testimonianza in sede giudiziaria, fatti salvi gli obblighi di denuncia all'Autorità, come disciplinato dall'art. 200 del codice di procedura penale italiano, che alla lettera c) inserisce la categoria dei <<medici e chirurghi, farmacisti, ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria>> tra coloro che non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ufficio o della propria professione. I medici che agiscono in veste di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio potrebbero inoltre incorrere nel reato di <<Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio>> regolato dall'articolo 326 del codice

penale e che prevede sanzioni più severe rispetto alla tradizionale rivelazione del segreto professionale.

L'importanza del rispetto del segreto professionale da parte del medico è stata oggetto anche di una importante sentenza della Cassazione civile, che afferma <<*il segreto professionale costituisce uno dei più importanti obblighi del medico, e che sulla fedeltà a tale dovere si basa il rapporto fiduciario tra medico e paziente.*>>⁶⁹

⁶⁹ Cass. Civile, 19 ottobre 2006, n. 22398

15. L'inosservanza delle disposizioni sulla I.V.G. (interruzione volontaria di gravidanza)

La legge 28 maggio 1978, n. 194 introdusse le <<Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza>>, abrogando i delitti di aborto, integrità e sanità della stirpe che fino ad allora erano previsti dal codice penale italiano. Infatti, tale norma disciplina le condizioni per le quali la gravidanza possa essere interrotta, volontariamente, dalla donna per salvaguardare la propria salute.

Per la medicina legale, con il termine *interruzione della gravidanza* si intende la cessazione del processo fisiologico della gestazione prima del termine naturale, indipendentemente dalla causa dell'interruzione e dal destino del prodotto di concepimento, che può venire a morte o sopravvivere⁷⁰. Nell'ambito medico è preferito utilizzare il termine *interruzione della gravidanza* rispetto ad *aborto*, dal momento che non tutte le interruzioni di gravidanza costituiscono aborto.

Per il diritto penale, l'*aborto* consiste nell'interruzione intenzionale e violenta del processo fisiologico della gestazione che abbia come conseguenza la distruzione o la morte del prodotto di concepimento in qualsiasi momento essa si verifichi, dall'inizio della gravidanza fino al travaglio del parto.

Per *interruzione illegale della gravidanza*, si intende ogni cessazione violenta e illecita della gestazione, che abbia come conseguenza l'aborto o l'acceleramento del parto o il parto prematuro. Si tratterà di un fatto doloso oppure preterintenzionale oppure colposo.

La legge 194/1978 sopracitata abrogò anche le disposizioni del T.U.L.S. che obbligavano il medico a denunciare i casi di aborto o trattamenti terapeutici dai quali derivasse la sterilità della donna, anche temporanea.

Tuttavia, con questa nuova legislazione, sono fatti alcuni obblighi in capo ai medici e alle strutture autorizzate alla I.V.G.; tali doveri sono elencati negli articoli 11 e 14 della Legge in questione.

L'articolo 11 infatti impone <<*L'ente ospedaliero, la casa di cura o il poliambulatorio nei quali l'intervento è stato effettuato sono tenuti ad inviare al medico provinciale competente per territorio una dichiarazione con la quale il medico che lo ha eseguito dà notizia dell'intervento stesso e della documentazione sulla base della quale è avvenuto, senza fare menzione dell'identità della donna*>>.

⁷⁰ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

Da segnalare che attualmente il medico provinciale è stato sostituito dal Dipartimento della Sicurezza sociale della Regione, pertanto sarà a quest'ultimo che il medico dovrà inviare la dichiarazione. Tale dichiarazione deve contenere le informazioni relative alla documentazione sulla base della quale sia stata attuata l'interruzione volontaria della gravidanza. La dichiarazione non deve riportare le generalità della donna, avendo essa mera finalità statistica.⁷¹

La rivelazione dell'identità della donna che abbia fatto ricorso alle procedure o interventi, oppure la divulgazione di notizie che siano idonee a identificarla, è punita con il reato di rivelazione del segreto professionale, ai sensi dell'articolo 622 c.p.; l'articolo 21 della legge 194/1978 dispone infatti che *<<Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 326 del codice penale, essendone venuto a conoscenza per ragioni di professione o di ufficio, rivela l'identità - o comunque divulga notizie idonee a rivelarla - di chi ha fatto ricorso alle procedure o agli interventi previsti dalla presente legge, è punito a norma dell'art. 622 del codice penale>>*.

L'articolo 14 della legge 194/1978 obbliga il medico a fornire alla donna, che vuole accedere alla pratica della I.V.G., tutte le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi. Deve inoltre fornirle tutti i ragguagli necessari al fine di prevenire processi patologici quali a esempio le anomalie o malformazioni del nascituro.

Un tema inerente alla I.V.G. è indubbiamente quello dell'*obiezione di coscienza*, ovvero l'astensione degli operatori sanitari dalle attività connesse alla interruzione volontaria di gravidanza, qualsiasi fosse la ragione motivata, di natura morale o religiosa. Vista la complessità dell'argomento, che meriterebbe un elaborato a parte, ai fini di questo lavoro sarà certamente utile informare i Lettori che l'articolo 9 della considerata Legge inserisce un limite all'invocazione della obiezione di coscienza da parte dei sanitari. Essa infatti non potrà essere invocata dal personale sanitario o esercente le attività ausiliarie *<<quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.>>*

Tale orientamento è stato più volte confermato dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa, anche recentemente⁷².

⁷¹ Flamigni, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Pendragon, 2008

⁷² Si veda in particolare TAR Lazio, n. 8990, anno 2016 in merito all'obiezione di coscienza e all'attività nei consultori della città di Roma

16. L'inosservanza sull'impiego di farmaci

La farmacovigilanza è l'insieme delle attività finalizzate a valutare in maniera continuativa tutte le informazioni relative alla sicurezza dei farmaci e ad assicurare, per tutti i medicinali in commercio, un rapporto beneficio/rischio favorevole per la popolazione.⁷³

Il commercio dei farmaci e la relativa somministrazione avviene secondo determinate categorie:

- I “*senza ricetta*” sono acquistabili direttamente dall'utente senza alcun obbligo di prescrizione medica;
- I “*con ricetta*” sono soggetti a prescrizione medica, che indicherà le quantità, le forme e i tempi di assunzione;
- I “*con ricetta rinnovabile di volta in volta*” hanno la caratteristica di essere facilmente oggetto di abuso e pertanto la somministrazione è strettamente controllata dal medico;
- I “*con ricetta speciale*” sono prescritti con un ricettario speciale con ricetta madre-figlia, secondo norme che ne limitano l'uso e permettono di controllarne la prescrizione da parte del medico come, per esempio, nel caso della morfina;
- I “*con ricetta limitativa*” riguardano terapie che, anche se possibili a domicilio, devono seguire una diagnosi effettuata in centri ospedalieri da uno specialista, anche con un piano terapeutico e l'annotazione della prescrizione in un Registro presso le ASL. Generalmente si tratta di farmaci di nuovo impiego, come gli antitumorali, con una tossicità potenziale elevata di cui si cerca di limitarne il consumo e quindi controllarne l'uso.

I professionisti sanitari sono tenuti a segnalare le reazioni avverse (ADR) a farmaci e vaccini di cui vengano a conoscenza nell'ambito della propria attività presso le strutture sanitarie di competenza, quali l'ASL, le Aziende ospedaliere, gli IRCCS.

⁷³ Definizione tratta da Cicognani, Falani, Pelotti, *MEDICINA LEGALE*, Esculapio, 2016

17. La lesione personale colposa nella responsabilità medica

L'ordinamento giuridico sanziona tutti coloro che cagionano ad altri una lesione personale per propria colpa. La norma penale, all'ultimo comma dell'articolo 590 c.p., prevede specificamente i fatti colposi commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale sia richiesta una speciale abilitazione dello Stato oppure nella pratica di un'arte sanitaria.

La responsabilità penale del professionista sanitario è ben disciplinata dall'articolo 590 sexies del codice penale, il quale riprende quanto già espresso negli articoli 589 c.p. e 590 c.p., applicandolo alla materia sanitaria. Tale norma è di recente introduzione, visto che è derivata dalle modifiche innovative della Legge Bianco-Gelli, già considerata in precedenza.

L'articolo 590 sexies c.p., che titola <<Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario>>, afferma che <<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 linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.>>

Si distinguono tre gradi di lesione personale colposa: semplice, grave, gravissima.

Nella storia della medicina si potrebbero elencare innumerevoli casi di lesioni colpose con responsabili professionisti medici ai danni di pazienti in cura. Uno degli errori medici più significativi per la giustizia penale fu però quello deciso dalla sentenza della Cassazione 12701/2016, emessa il 24 febbraio 2016.

Nel caso de quo, il medico, primario del reparto di onco-ematologia in un ospedale siciliano, veniva condannato per avere prescritto, a una paziente, una terapia chemioterapica, omettendo tuttavia di controllarne la somministrazione, affidata a un infermiere sotto la vigilanza di uno dei medici presenti in reparto. Risultato di questa negligenza fu un gravissimo sversamento di liquido chemioterapico nella pleura della paziente, che sparse querela per malasanità.

La Cassazione riconobbe il nesso di causalità tra la condotta del medico e il danno occorso alla paziente. In particolare, sancì la fattispecie di cui all'articolo 590 c.p. come *reato istantaneo*, che si consuma al momento dell'insorgenza della malattia con l'irrelevanza, ai fini dell'individuazione del momento consumativo, della durata e della non guaribilità della stessa. Nel

merito, molto significativo il passaggio: *<<qualora la condotta colposa causatrice della malattia stessa non cessi con l'insorgenza di questa, ma, persistendo dopo tale momento, ne cagioni un successivo aggravamento, il reato di lesioni colpose si consuma nel momento in cui si verifica l'ulteriore debilitazione (ex multis sez. 4, n. 8904 del 08/11/2011)>>⁷⁴.*

⁷⁴ Cass. Penale, 24 febbraio 2016, n. 12701

18. L'omicidio colposo nella responsabilità medica

L'omicidio colposo è il reato consistente nella soppressione di una vita umana, soppressione derivata da fatto imputabile all'opera di un soggetto che non aveva l'intenzionalità di provocarlo. Tale reato è disciplinato dall'articolo 589 del codice penale italiano.

Una riforma avvenuta nel 2018⁷⁵ ha integrato la norma con un terzo comma dedicato all'ambito sanitario. Il comma disciplina <<Se il fatto è commesso nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena è della reclusione da tre a dieci anni>>. La norma si prefigge l'obiettivo di escludere, o quantomeno diminuire, l'insorgenza di morti dovute all'esercizio abusivo della professione medica o di altre attività sanitarie da parte di soggetti non abilitati e non formati con titoli di studio in campo sanitario.

Come già ben evidenziato nel paragrafo precedente, la responsabilità penale del professionista sanitario - medico incluso - è disciplinata dall'articolo 590 sexies c.p., che prevede sia l'ipotesi di lesioni personali colpose che quella di omicidio colposo.

Così come per la lesione personale colposa, l'omicidio colposo si contraddistingue per la non intenzionalità dell'atto. Esso si può realizzare come conseguenza di un trattamento sanitario con insufficiente valutazione della complessiva situazione anamnestica e clinica del paziente assistito, come conseguenza dell'intempestività nel trattamento sanitario attuato oppure di un inadeguato approfondimento nell'indagine clinica e strumentale, come conseguenza di una non corretta programmazione terapeutica o per un ritardo nell'esecuzione della stessa. L'attribuzione di responsabilità può avvenire anche per mancato ricovero di paziente con sintomatologia ritenuta di scarso significato clinico oppure per intempestiva dimissione di ricoverato con apparente remissione della sintomatologia. Tra le cause principali di omicidio colposo figurano spesso la mancanza di diligenza, tempestività e competenza da parte del personale sanitario.

L'elemento psicologico dell'omicidio colposo è la volontarietà della condotta colposa, dovuta a imprudenza o negligenza o imperizia oppure alla trasgressione di norme statuite, da cui deriva l'evento mortale non voluto, sebbene prevedibile ed evitabile con una diversa condotta⁷⁶. La condotta

⁷⁵ Legge 11 gennaio 2018, n. 3, "Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute". In vigore dal 15 febbraio 2018

⁷⁶ Puccini, *Istituzioni di Medicina Legale*, Ambrosiana, 2003

colposa si manifesta compiendo errori nell'esercizio dell'attività professionale sanitaria.

La normativa riguardante l'omicidio colposo dovuto a responsabilità medica ha subito numerose modifiche, come si vedrà nei paragrafi successivi, prodotte nel tempo sia dal Legislatore che dalla consolidata giurisprudenza.

Ai fini di questo elaborato è indubbiamente molto utile riportare gli elementi costitutivi che integrano i reati colposi in ambito sanitario, anche se già considerati in precedenza:

- *Negligenza*, che caratterizza un comportamento contrario ai modelli di correttezza. Essa consiste nella trascuratezza di norme o regole - incluse le linee guida - che le conoscenze specifiche e l'esperienza professionale individuano come idonee a evitare i possibili danni, ottenendo i migliori risultati possibili;
- *Imperizia*, che esprime una condizione di impreparazione professionale rispetto allo specifico trattamento che ha provocato il danno. Infatti, essa si concretizza nell'esecuzione di pratiche sanitarie da parte di medici non adeguatamente formati, nonché privi delle cognizioni tecniche necessarie allo svolgersi di tali prestazioni.
- *Imprudenza*, ossia una condotta non rispettosa di tutte le cautele utili a evitare il verificarsi di danni nonché l'esposizione a pericoli non giustificati.

Tra gli innumerevoli – purtroppo – casi di omicidio colposo avvenuti nella sfera medico-sanitaria, molto significativo è quello della prescrizione errata di farmaci, soprattutto *off-label*, ossia l'impiego di farmaci al di fuori delle condizioni autorizzate per patologia, posologia e destinatari.

Una risalente sentenza del Tribunale di Genova⁷⁷ dichiarò colpevole di omicidio colposo, per imprudenza e imperizia, il medico ginecologo che prescrisse una terapia ormonale antiandrogena, mediante assunzione di un farmaco indicato per il trattamento delle neoplasie in soggetti di sesso maschile, a una ragazza che presentava una sintomatologia di lieve entità. Il medico ometteva, inoltre, ogni controllo sul progresso della terapia, dalla quale poi derivò la morte della paziente.

Meritevole di segnalazione - soprattutto ai fini del terzo capitolo, che riguarderà nel dettaglio la figura del medico in formazione specialistica - è la sentenza n. 18334/2018⁷⁸, che esclude una responsabilità del medico in

⁷⁷ Tribunale di Genova, 6 dicembre 2004, n. 1052

⁷⁸ Cass. Penale, 26 aprile 2018, n. 18334

posizione apicale riguardo alla condotta colposa del medico di livello inferiore a cui abbia trasferito la cura del singolo paziente, qualora il medico in posizione apicale abbia correttamente svolto i propri compiti di organizzazione, coordinamento, direzione e controllo. Nel caso de quo, gli Ermellini hanno escluso la responsabilità penale di un medico primario di reparto per l'omicidio colposo di un paziente che non aveva visitato personalmente, verificatosi nell'arco di dieci giorni, senza che in tale ambito temporale gli fosse segnalato nulla dai medici della struttura.

19. Le principali tappe legislative: dagli albori ai giorni nostri

Nel 1953, lo studioso Ernesto Battaglini scrisse, in un suo lavoro, una frase emblematica: <<*il problema della colpa professionale in generale e in ispecie della colpa professionale dei sanitari costituisce una delle questioni più tormentate e controverse in tema di colpa punibile.*>>⁷⁹

Il tema della responsabilità dei professionisti è infatti stato sempre molto dibattuto, sia in ambito legislativo che dottrinale. Da sempre, si cerca di raggiungere un limite alla responsabilità del sanitario, limitazione che allo stesso tempo possa soddisfare il principio costituzionale sancito dall'articolo 32 della Costituzione, ossia la tutela della salute dell'individuo.

Questa ricerca di un limite cominciò ad affermarsi nei primi anni '70 del secolo scorso, quando la giurisprudenza emise le prime sentenze riguardanti la colpa del professionista sanitario, in particolare del medico.

In quei tempi, il rapporto tra medico e paziente era di carattere paternalistico: il paziente si affidava, per curarsi, al medico come un figlio ricorre generalmente all'aiuto del padre per la risoluzione di un problema. Questa condizione si trasponesse anche nel giudizio sull'operato del medico, il quale rispondeva soltanto nei casi di gravissima entità, equiparabili al dolo.

La giurisprudenza penale della metà del secolo scorso riteneva infatti, anche in base al principio di unità dell'ordinamento giuridico - per il quale uno stesso comportamento non può essere considerato civilmente lecito e penalmente illecito -, la colpa grave imputabile soltanto nei casi di inescusabilità dell'errore o di ignoranza nei principi elementari attinenti all'attività sanitaria⁸⁰, con un chiaro riferimento all'articolo 2236 del codice civile, che sarà considerato successivamente.

Quest'interpretazione della *colpa grave* fu avallata anche da una pronuncia della Corte costituzionale datata 28 novembre 1973, la numero 166, che prevedeva la gravità in <<*ipotesi di speciale difficoltà tecnica*>>. Il limite della colpa grave era riferito alla sola colpa per imperizia, mentre nei casi di colpa per negligenza o imprudenza si riteneva di dover improntare la valutazione dell'attività del medico ai criteri di normale severità.

Negli anni successivi, questo orientamento mutò profondamente. Per evitare disparità di trattamento, la giurisprudenza penale optò per un apprezzamento del caso concreto, eliminando i privilegi che avevano caratterizzato fino ad allora la categoria dei medici.

⁷⁹ Battaglini, *La colpa professionale dei sanitari*, in Giust. Pen. 1953

⁸⁰ Cass. Penale: 7 luglio 1977 e 25 maggio 1987

In una sentenza della Cassazione risalente al 1997 si può infatti leggere che *<<in tema di colpa professionale medica l'accertamento va effettuato in base non alle norme civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale, ma a quelle penali; ciò in quanto la condotta colposa, implicante giudizio di responsabilità penale, incide su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, e non già su aspetti patrimoniali-economici.>>*⁸¹

Anche nel 2007 i giudici della Cassazione si espressero per una valutazione del comportamento del medico in base alle peculiarità del caso; molto interessante un passaggio della sentenza che chiarisce *<<per qualificare una prestazione professionale come atto implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, rileva sia la novità e speciale complessità dei problemi tecnici, sia il grado di abilità necessaria per affrontarli, sia il margine di rischio che l'esecuzione dell'atto medico comporta, mentre costituisce certamente circostanza di significato univoco l'alto tasso di esiti negativi di un certo intervento su una certa patologia.>>*⁸²

L'atteggiamento che caratterizzò gran parte del secolo scorso, apparentemente molto benevolo nei confronti dei medici, fu condannato persino da una sentenza degli Ermellini, i quali affermarono che *l'«orientamento indulgente della giurisprudenza ha finito col coprire anche casi di grave leggerezza ed ha determinato una situazione di privilegio per la categoria, che è parsa ad alcuni giuristi anche in contrasto col principio costituzionale d'uguaglianza. Si è pure ritenuto che tanta comprensione verso comportamenti spesso gravemente censurabili fosse espressione della deteriore visione paternalistica della medicina»*⁸³.

Questo clima di incertezza sulla responsabilità, e sulla effettiva punibilità in sede penale, del medico causò un aumento del contenzioso giudiziario nella materia sanitaria, seguito di pari passo da un significativo incremento delle pratiche di medicina difensiva. Tutto ciò indusse il Legislatore a intervenire, in un tentativo di arginare questi fenomeni.

Nel 2012 venne promossa una riforma legislativa che modificò la disciplina della responsabilità medica, o più precisamente iniziò a disciplinarla, con l'auspicio di un miglioramento del livello di tutela della salute. Tale riforma, che prese il nome dell'allora Ministro Balduzzi, fu introdotta con un decreto-legge, poi successivamente convertito in legge dal Parlamento.

⁸¹ Cass. Penale, 29 settembre 1997, n. 1693

⁸² Cass. Penale, 21 giugno 2007, n. 39592

⁸³ Cass. Penale, 29 gennaio 2013, n. 16237

All'articolo 3 di questa legge era emblematica la norma <<*L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*>> che dava spazio a molti dubbi sull'interpretazione del significato testuale e delle intenzioni del Legislatore.

Uno dei principali dubbi verteva sull'autorevolezza delle linee-guida considerate dal decreto Balduzzi, con particolare attenzione agli autori delle stesse. Non esisteva infatti un criterio univoco di ammissione delle linee guida, né un sistema per valutare l'affidabilità dei redattori. Altrettanta incertezza si riscontrava in merito alla locuzione *buone pratiche* (le good practices), le quali potevano essere individuate allo stesso tempo come sinonimo di linee-guida oppure come veri e propri protocolli.

La giurisprudenza della Cassazione cercò di delineare i limiti di questa situazione con una pronuncia del 2014⁸⁴, nella quale si introduceva l'obbligo di allegazione delle linee-guida alle quali si sarebbe conformata la condotta medica, ai fini di esonerare la responsabilità di cui all'articolo 3 del decreto Balduzzi, norma precedentemente analizzata. Tale obbligo fu motivato come una possibilità per il giudice di verificare la correttezza delle linee-guida e il loro accreditamento presso la comunità scientifica, nonché l'effettiva compatibilità delle stesse con la condotta tenuta dal medico nel caso in esame.

Gli obiettivi che si prefiggeva la legge Balduzzi furono però presto disattesi e quindi, dopo pochi anni dalla sua approvazione, si ritenne necessario un nuovo intervento del Legislatore, per modificare la normativa sulla responsabilità professionale sanitaria.

Il 1° aprile 2017 entrò in vigore la legge 24/2017, recante il titolo <<*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*>>. Tale legge, chiamata anche legge *Bianco-Gelli* dai cognomi dei due relatori parlamentari, ha mutato radicalmente la materia sanitaria, tentando di semplificarne l'interpretazione normativa.

L'obiettivo principale di questo provvedimento legislativo è infatti mettere ordine e razionalizzare un settore, quello sanitario, nel quale - soprattutto in ragione delle incertezze provocate dalla difficile interpretazione del decreto Balduzzi - il ruolo decisionale era stato svolto, negli ultimi anni, dalla giurisprudenza, intervenuta nella materia con l'emissione di sentenze nelle Corti e nei Tribunali italiani.

⁸⁴ Cass. Penale, 18 dicembre 2014, n. 21243

Il diritto alla salute è integrato con il diritto alla sicurezza delle cure, tema al quale la legge dedica una macroarea di intervento. L'individuo - sia egli cittadino italiano, comunitario o meno - non avrà più solo un diritto all'integrità psicofisica personale, un diritto a vivere in un ambiente salubre e a ricevere una prestazione sanitaria, bensì potrà pretendere di essere curato in condizioni di sicurezza.

Si valorizza l'interazione tra tutte le componenti del sistema sanitario: i professionisti sanitari, le tecnologie utilizzate per le attività sanitarie, l'organizzazione della struttura e l'organigramma della stessa. Infatti, non contano più soltanto le competenze e le conoscenze del singolo operatore sanitario, ma conta l'organizzazione nel suo complesso. Le attività sono caratterizzate da una parziale centralizzazione che permette di individuare, analizzare, mappare, gestire e correggere gli errori, affinché questi possano essere prevenuti. Questa centralizzazione è definita come "attività di gestione del rischio", il cosiddetto *risk management*.

La garanzia del diritto alla salute viene attribuita al Difensore civico regionale o provinciale, che può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, al fine di segnalare disfunzioni del sistema di assistenza sanitaria e/o sociosanitaria. La riforma Bianco-Gelli propone inoltre una maggiore trasparenza dei dati sanitari, con la possibilità di accedervi entro 7 giorni dalla richiesta degli interessati aventi diritto.

In tema di responsabilità penale sanitaria, le modifiche riguardano soprattutto l'articolo 590 c.p. al quale si aggiunge la norma *sexies*, già egregiamente analizzata nella parte di questo elaborato riguardante i delitti del medico. La nuova norma penale prevede la punibilità del medico per imprudenza e negligenza in ogni caso, mentre l'imperizia costituisce ipotesi residuale. Il medico responsabile di imperizia, infatti, sarà esentato da responsabilità qualora abbia rispettato le raccomandazioni contenute in linee-guida - da ora in poi accreditate dalla Legge ai fini della loro validità e utilizzabilità in sede giudiziaria - o in subordine le buone pratiche clinico-assistenziali, purché adeguate al caso concreto. La dottrina ha mosso alcune critiche a riguardo; in particolare, il magistrato Gianfranco Iadecola ha scritto in merito: <<la nuova disposizione di favore opera in modo generalizzato, ovvero indipendentemente sia da coefficienti di (elevata) difficoltà della prestazione diagnostico-terapeutica eseguita dal sanitario, sia dal grado della imperizia consumata, e, dunque, anche in caso di imperizia grossolana o macroscopica (alias grave). Si può ritenere, a voler esemplificare, che vengano a beneficiare della descritta "larghezza di vedute" del novello legislatore i medici che commettono errori (si ribadisce: quale che ne sia la gravità, ed anche ove il caso trattato sia esente da ogni complessità ed anzi di facile e routinaria soluzione) nella fase di trasposizione applicativa delle linee guida

(sempre che congruamente prescelte). L'unica ipotesi di permanente rilevanza penale della imperizia sanitaria è quella relativa all'assecondamento di linee guida che siano inadeguate alle peculiarità del caso concreto: si ritiene cioè meritevole di punizione il medico che, secondo giudizio (naturalmente) ex ante, abbia prescelto e si sia attenuto a un "sapere scientifico codificato" estraneo e non conferente alle particolarità delle condizioni del suo paziente. A tale ipotesi potrebbe essere fondatamente ricondotta anche l'opzione del sanitario di insistere nella applicazione delle "raccomandazioni" provenienti dalle linee guida pur quando le stesse vengano a risultare, in itinere, nell'andamento della cura, sprovviste di vantaggi ed efficacia per la persona assistita.>>⁸⁵

⁸⁵ Iadecola, *QUALCHE RIFLESSIONE SULLA NUOVA DISCIPLINA DELLA COLPA MEDICA PER IMPERIZIA NELLA LEGGE 8 MARZO 2017 N. 24 (LEGGE CD. GELLI-BIANCO*, Riv. Diritto Penale Contemporaneo, 2017

20. La giurisprudenza penale: le sentenze che fanno diritto

Per moltissimo tempo, l'ordinamento giuridico italiano non ha avuto una normativa incisiva a disciplinare la responsabilità delle professioni sanitarie. Tale carenza è stata spesso colmata dall'intervento della giurisprudenza, sia dei Tribunali che della Corte di Cassazione.

Una tra le più note sentenze che costituiscono pietre miliari nella giurisprudenza sulla responsabilità sanitaria è la 30328/2002⁸⁶ della Cassazione, meglio nota come *sentenza Franzese*. In questo caso, il dottor Franzese veniva dichiarato responsabile di omicidio colposo per aver omesso di eseguire una accurata diagnosi e non avere praticato cure appropriate al paziente ricoverato nel reparto ospedaliero del quale era direttore. Per valutare la responsabilità del medico, i giudici collocano il caso specifico nelle leggi scientifiche universali e statistiche attraverso il giudizio controfattuale, ossia si interrogano se l'intervento omesso fosse stato adottato si sarebbe evitato l'evento oppure si sarebbe verificato ugualmente. Come si può leggere in un passo di un'altra interessante sentenza⁸⁷, precedente alla sentenza Franzese, il giudizio controfattuale è <<l'operazione logica della quale il giudice si avvale, fondandosi su leggi universali scientifiche o su leggi statistiche, per accertare se un certo evento sia o non sia riconducibile all'uomo e consiste nell'eliminare mentalmente, contra factum, la condotta -azione od omissione -e constatare se dalla eliminazione scaturisca o non scaturisca, sulla base di quelle leggi, anche l'eliminazione dell'evento, donde, nel primo caso, la esistenza e, quindi, la ravvisabilità e, nel secondo caso, la inesistenza e, pertanto, la non ravvisabilità del rapporto di causalità>>.

Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Il giudice deve verificare la validità dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale nel singolo caso concreto, senza aver la possibilità di dedurla automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla statistica. L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale non permetterebbero di apprezzare una responsabilità del sanitario meritevole di condanna.

⁸⁶ Cass. Penale, 10 luglio 2002, n. 30328

⁸⁷ Corte di Cassazione, 10 gennaio 2002, n. 16001

Un'altra sentenza molto interessante nel panorama giuridico è indubbiamente quella che riguarda il caso di Euro Pozzi, un medico bolognese ritenuto responsabile di omicidio colposo nel 2007⁸⁸. Il dottor Pozzi, medico psichiatra, aveva prima ridotto e poi sospeso una terapia farmacologica a un suo paziente, il quale aveva poi accoltellato a morte un operatore della struttura presso la quale era ricoverato. I giudici riconobbero la responsabilità di Euro Pozzi per non aver richiesto il trattamento sanitario obbligatorio del paziente e per non aver vigilato attentamente sull'evolversi delle cure dello stesso a seguito dell'interruzione della terapia. Il medico fu anche ritenuto responsabile di non aver adottato le linee guida internazionali specifiche della materia psichiatrica, le quali sconsigliavano di intraprendere le decisioni prese dal medico.

La posizione di garanzia del medico psichiatra nei confronti dei propri assistiti è stata confermata anche da una recente sentenza della Cassazione⁸⁹.

Il diritto all'autodeterminazione e all'integrità psico-fisica è una delle principali tutele garantite dalla Legge. In questo settore si possono elencare numerose pronunce dei giudici, tra le più importanti quelle relative ai casi di trattamenti sanitari eseguiti dai professionisti contro la volontà del paziente. La sentenza 4211/2007⁹⁰ riguarda il caso di una trasfusione di sangue eseguita su un paziente legato ai Testimoni di Geova contro la sua volontà, trattamento dal quale derivò la morte del paziente per elevato stress. I giudici riconobbero il risarcimento in sede civile per la violazione del principio di autodeterminazione e di identità personale del paziente trasfuso, in quanto il medico <<*non è dominus della salute del paziente*>> ma deve attenersi alle volontà da questi espresse. Tale orientamento fu confermato anche nel 2011, nella sentenza sul *caso Liessi*⁹¹.

Il rapporto medico-paziente deve essere basato sul consenso e sulla corretta informazione affinché tutti i trattamenti sanitari necessari alla cura del paziente siano da questi conosciuti, in modo da poter decidere coscientemente se volerli oppure rifiutarli. Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura. In particolare, il medico di fiducia non ha mera funzione amministrativa o di <<*smistamento pazienti*>>, bensì dovrà ricoprire un ruolo determinante nell'assistenza, cura e indirizzo del paziente⁹².

Il paziente non può chiedere al medico di eseguire trattamenti contrari alla Legge, alla deontologia o alle buone pratiche clinico-assistenziali. D'altronde

⁸⁸ Cass. Penale, 14 novembre 2007, n. 10795

⁸⁹ Cass. Penale, 21 settembre 2017, n. 43476

⁹⁰ Cass. Civile, 23 febbraio 2007, n. 4211

⁹¹ Appello Milano, 19 agosto 2011, n. 2359

⁹² Cass. Civile, 14 febbraio 2017, n. 3869

il medico sarà tenuto a rispettare le volontà del paziente e in questo caso sarà esentato da responsabilità penale, esercitando un dovere⁹³. Tali posizioni sono state più volte confermate dalla giurisprudenza, tra le più significative sentenze della Corte di Cassazione si possono citare la 20984/2012⁹⁴ e la 12205/2015⁹⁵.

Come sostenuto dal magistrato Rocco Blaiotta⁹⁶, il medico è sempre tenuto a esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione clinica del paziente, nel rispetto delle sue volontà, al di là delle regole cristallizzate. Se il quadro patologico è tale da rendere estremamente difficoltoso il flusso informativo proveniente dal paziente e diretto al medico l'attenzione del medico dovrà essere maggiore.

L'informazione deve essere parametrata alle effettive competenze e formazione del paziente nell'ambito specifico di intervento. Le conoscenze pregresse relative ai rischi del trattamento possono esentare il medico dall'informazione al paziente⁹⁷, valendo come consenso informato implicito. Secondo una recente sentenza, il medico è tenuto a rispettare le terapie salvavita e a non interromperle⁹⁸, anche se però il professionista non sarà comunque obbligato a verificare che il paziente si sia effettivamente sottoposto a tale terapia.

Nei lavori di *equipe*, l'obbligo di diligenza comprende anche il controllo sull'operato e sugli errori - evidenti e non settoriali - degli altri medici, lo scioglimento del gruppo oppure il termine della propria frazione di intervento non costituiscono giustificazione per il disinteresse del medico al paziente⁹⁹. Una sentenza "che ha fatto diritto" è quella prodotta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a seguito dell'udienza del 21 dicembre 2017¹⁰⁰. Il caso riguardava il ricorso da parte di un medico specialista in neurochirurgia, il dottor Furio Mariotti, avverso una sentenza d'appello che lo dichiarava responsabile del reato di lesioni personali colpose. La pronuncia delle Sezioni Unite fonda un interessantissimo principio di diritto sulla nuova legge Bianco-Gelli, in particolare su quale sia l'ambito applicativo della previsione di <<non punibilità>> prevista dall'articolo 590 sexies c.p. in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o

⁹³ Ai sensi dell'articolo 51 del codice penale italiano

⁹⁴ Cass. Civile, 27 novembre 2012, n. 20984

⁹⁵ Cass. Civile, 12 giugno 2015, n. 12205

⁹⁶ Blaiotta, *Causalità giuridica*, Giappichelli, 2010

⁹⁷ Cass. Civile, 27 marzo 2018, n. 7516

⁹⁸ Cass. Penale, 30 maggio 2018, n. 40923

⁹⁹ Cass. Penale, 18 maggio 2018, n. 22007

¹⁰⁰ SS.UU. Cassazione Penale, 22 febbraio 2018, n. 8770

lesioni. Nella pagina 28 della sentenza, al punto 11, i Supremi Giudici rispondono affermando: <<L' esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall' esercizio di attività medico-chirurgica: a) se l' evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza; b) se l' evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l' evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l' evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell' esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà nell' atto medico>>.

La sentenza delle SS.UU. sul caso Mariotti ha tuttavia suscitato alcune critiche nella dottrina. Tra queste, il magistrato Blaiotta ha espresso forti dubbi sull' intervento delle SS.UU.; significativi i passaggi della sua critica: <<Di fronte alle difficoltà interpretative della novella, le Sezioni unite sono state colte da una così potente nostalgia dell' antico, degli approdi sicuri conseguiti nel passato, che hanno compiuto un' operazione di inusitata audacia. Hanno letteralmente resuscitato Balduzzi, sebbene essa sia stata espressamente abrogata dalla legge n. 24; e hanno affermato che la responsabilità penale dell' esercente le professioni sanitarie è ancora fondata sulla distinzione tra colpa lieve e colpa grave che di quella abrogata disciplina costituiva uno dei cardini.>> e <<la disciplina penale è diventata normativa di sistema, che governa anche ambiti che non le sono propri. Allora, se (con le Sezioni unite) si ritiene che la colpa universale del sistema sia solo quella grave, ne discende che, per i fatti non gravi, la vittima non ha protezione efficiente in alcun ambito dell' ordinamento. Come si vede, la soluzione delle Sezioni unite è impraticabile ed espone l' ordinamento alle ripetute censure che nelle sedi internazionali hanno colpito l' Italia proprio per l' inefficienza degli strumenti di protezione della vittima.>>¹⁰¹

Infine, meritevole di segnalazione è la recentissima sentenza 47748/2018¹⁰², che, in piena conferma della legge Bianco-Gelli, chiarisce come la responsabilità colposa del medico per morte in ambito sanitario sia esclusa solamente laddove siano state rispettate e seguite le raccomandazioni previste dalle buone pratiche clinico-assistenziali, in attesa dello sviluppo delle linee guida.

¹⁰¹ Blaiotta, [Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica](#), Riv. Diritto Penale Contemporaneo, 2018

¹⁰² Cass. Penale, 19 ottobre 2018, n. 47748