IN CULPA SINE CULPA

Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189

di Paolo Piras

SOMMARIO: 1. Una disposizione neonata. – 2. Futuro applicativo. – 3. Funzione di orientamento della disposizione.

1. Una disposizione neonata.

Il diritto penale della medicina si è arricchito di una recentissima disposizione normativa.

La disposizione è racchiusa nell'art. 3 I co. della legge 8 novembre 2012 n. 189, che prevede: "**L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve.** In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

Il nuovo criterio è quindi: se il sanitario si attiene a linee guida può essere ritenuto penalmente responsabile solo se è in colpa grave, non quindi se è in colpa lieve.

La disposizione contiene un criterio generale di accertamento della colpa medica. Dà risposta alla generale domanda: che cosa succede, sotto il profilo penale, se il sanitario si attiene alle linee guida? **La disposizione si sarebbe dovuta più propriamente collocare nel codice penale**, perché prevede un criterio che affina quello della colpa, notoriamente contenuto nell'art. 43 alinea III c.p. Si è in sostanza inserito nell'ordinamento l'art. 43 bis c.p. Invece la sua geografia normativa è quella del c.d. decretone sulla sanità, insieme a tutt'altre disposizioni, inclusa quella della percentuale minima di frutto nell'aranciata.

Ma chiediamoci: quando andrà applicato il nuovo criterio?

La neonata disposizione reca in sé un peccato originale: una vera e propria contraddizione in termini, perché ipotizza la colpa nonostante il rispetto delle linee guida. Molto semplicemente, la disposizione, riferita al suo destinatario, suona così:

 (cc) BY-NC-ND 2010-2012 Diritto Penale Contemporaneo

"Se ti attieni a linee guida, non rispondi penalmente se la tua è una colpa lieve, ma solo se è grave".

Com'è possibile che sia in colpa il medico che si attiene a linee guida?

Potremmo battezzare la nuova disposizione: *in culpa sine culpa*.

Le linee guida sono infatti un collaudato standard di perizia e conseguentemente chi vi si attiene agisce peritamente, agisce quindi senza colpa. Vengono sempre più frequentemente utilizzate nella pratica giudiziaria[1], sotto l'ala protettrice della Cassazione[2] e l'attenzione della dottrina[3].

Proprio nelle acque della giurisprudenza bisogna navigare per dare un senso alla disposizione. Se è vero che il rispetto delle linee guida esclude di regola la colpa del medico, è anche vero che esiste un limite. Il principio giurisprudenziale al riguardo è: "Le linee guida non possono essere invocate per escludere la responsabilità penale del medico, se il paziente presenta un quadro clinico che impone una condotta diversa da quella raccomandata dalle linee guida"[4].

Ed è proprio in questo principio che la neonata disposizione apre una breccia: **se il medico non valuta correttamente il quadro clinico e non si discosta dalle linee guida, la sua responsabilità penale andrà esclusa se nell'erronea valutazione del quadro vi è solo colpa lieve**. L'affermazione della responsabilità penale sarà invece possibile se la colpa è grave. Si dovrà cioè trattare di un caso clinico "cantato", di solare evidenza, che imponga di non più attenersi linee guida, ma di allontanarsene.

Quindi il principio giurisprudenziale, sorto in passato, è stato eroso dalla novella e dovrà essere attualmente letto in questi termini: "**Le linee guida non possono essere invocate per escludere la responsabilità penale del medico, se il paziente presenta un quadro clinico che, *macroscopicamente*, impone una condotta diversa da quella raccomandata dalle linee guida**". Solo sotto questo profilo, pare doversi cogliere la portata innovativa della novella. Ed è già stata colta a caldo nella rivista che ospita questo commento[5].

Ecco quindi che **la disposizione obbliga a distinguere fra colpa lieve e colpa grave, peraltro solo limitatamente ai casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida**. E solo limitatamente a questi casi viene forzata la nota chiusura

---

[1] Qualche anno fa, venne scritto con lungimiranza che le linee guida "… tendono a affiancare la tradizionale figura dell'*homo eiusdem professionis*, e anzi finiranno per costituire la sua incarnazione futura, con ricaduta favorevole in termini di determinatezza sulla definizione e individuazione delle condotte cautelari dovute.", ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006, 1296.

[2] V. ad es., Cass. Sez. IV, 8 giu. (14 lug. 06) n. 24400, Cardillo, est. Iacopino; Cass. Sez. IV, 14 nov. 07 (11 mar. 08), n. 10795, Pozzi, est. Brusco, in GIUNTA e altri, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, E.S.I., 2011.

[3] Da ultimo, amplius, CAPUTO, *"Filo d'arianna" o "flauto magico" linee guida e check list nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *questa rivista*, 2012.

[4] Cass. Sez. IV, 23 nov. 2010 (2 mar. 11) n. 8254, Grassini, est. Foti, in *Cass. Pen.*, 2012, doc. 146, con nota di MARRA, *L'osservanza delle c.d. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico.*

[5] F. VIGANÒ, *Il medico che si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponderà più per colpa lieve*, in *questa rivista*, 2012.

della giurisprudenza che non distingue fra colpa lieve e grave nell'accertamento della colpa penale.

In termini logici, rimane comunque la contraddizione insita nella disposizione, che parla di colpa nonostante ci si attenga alle linee guida. Non si vede come possa dirsi che il medico si attiene a linee guida quando il caso clinico è diverso. Come dire che il giudice che condanna per percosse, anziché per lesioni l'autore di una ferita a sangue, si sta attenendo all'art. 581 c.p., che prevede appunto il reato di percosse. Sia il medico che il giudice, in questi casi, non si stanno in realtà attenendo al relativi parametri valutativi, ma li stanno infrangendo.

In culpa sine culpa viene ancora da dire: la contraddizione appare logicamente insanabile.

2. Futuro applicativo.

Così individuato, in termini teorici, l'ambito applicativo della neonata disposizione, occorre ora chiederci quale potrà essere il suo impatto pratico, una volta cessati i primi vagiti.

In primo luogo occorre considerare che **la disposizione non può involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza, perché le linee guida contengono regole di perizia**. Quindi la disposizione non può trovare applicazione, ad es., se il paziente ha avuto una reazione avversa ad un farmaco, nonostante l'intolleranza risultasse in cartella, che però è stata letta velocemente dal medico prescrivente. Qui l'atto medico è dettato dalla fretta: c'è solo negligenza.

In secondo luogo va evidenziato che **le linee guida sono specialistiche, quindi attenersi ad esse presuppone il rispetto delle più elementari regole dell'arte medica, nella cui violazione consiste invece la colpa grave**. Risulta di difficile ipotizzabilità una colpa grave sorta per linee guida rispettate[6]. In realtà una gravità della colpa pare manifestarsi solo in ipotesi di negligenza o imprudenza e quindi non rilevanti, come nei casi, purtroppo non di scuola, di amputazione dell'arto sano con tecnica chirurgica perfettamente aderente alle linee guida.

Infine occorre considerare che **sono rari i precedenti giurisprudenziali nei quali è stata ritenuta la colpa pur ipotizzandosi che il medico si è attenuto alle linee guida**, dalle quali si sarebbe invece dovuto discostare per la peculiarità del caso clinico[7].

Dato tutto ciò, almeno allo stato, non paiono doversi prevedere numerose applicazioni della disposizione.

---

[6] Perplessità sulla distinzione, al riguardo, fra colpa lieve e colpa grave sono emerse anche durante i lavori preparatori della legge, v.: http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=16&id=00682538&part=doc_dc-ressten_rs-ddltit_rddddl3534tds:1-intervento_carlinoidv&parse=no

[7] V. Cass. Sez. IV, 5 giu. (29 set. 09) n. 38154, Ronzoni, est. Licari, in Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, E.S.I., 2011, nonché la sentenza citata alla nota 2.

3. Funzione di orientamento della disposizione.

Prendiamo ora la neonata fra le braccia.

Vediamo se il discorso, inaugurato dalla disposizione, sia suscettibile di sviluppi ulteriori.

Se modesto si presenta il futuro applicativo della disposizione, non altrettanto pare doversi dire per quanto attiene alla funzione di orientamento che può svolgere sui destinatari.

Lo scopo che il legislatore ha perseguito con la disposizione è stato quello di porre fine alla medicina difensiva[8]. K.O. alla medicina difensiva si è letto in qualche resoconto giornalistico.

Può la disposizione raggiungere questo scopo?

Purtroppo parrebbe di no. Infatti **alle linee guida viene spesso mossa l'obiezione c.d. "difensivista", cioè un loro uso come scudo protettivo contro un eventuale processo penale**: accertamenti diagnostici che potrebbero essere evitati con una buona clinica e terapie di dubbia utilità, foriere talvolta di danni iatrogeni ulteriori oltre a quelli naturali della malattia[9].

Non solo: va tenuto presente che **esiste un mare magnum di linee guida, che possono essere addirittura ambivalenti, con la conseguenza che talvolta accade che vengono scelte dopo**, a danno avvenuto per il paziente, per giustificare processualmente la condotta medica oggetto di contestazione. E' il fenomeno della c.d. scelta postuma.

E' necessario allora un passo avanti da parte del legislatore.

La disposizione indica genericamente che le linee guida che possono assumere rilievo giudiziario sono quelle accreditate dalla comunità scientifica. **L'evidente sforzo legislativo di dare un parametro più certo nell'accertamento della colpa, deve essere completato indicando in altra fonte quali linee guida valgono allo scopo**. **Una via potrebbe essere quella del recepimento di tali linee guida in decreti del Ministero della Salute**, che è attività normativa che già per altri versi avviene.

In tal modo il medico può avere una risposta, prima che il fatto avvenga, alla domanda: come mi devo comportare? E si sentirà sicuro se non dispone tutti i possibili e immaginabili atti diagnostici e terapeutici, ma solo quelli raccomandati dalle linee guida approvate. Fare tutto non significa fare il meglio.

Inoltre in tal modo si stronca il fenomeno della scelta postuma, non risultando processualmente possibile appellarsi a linee guida non approvate.

---

[8] Che questa sia stata l'intenzione del legislatore è fuori discussione. V. http://www.iuschannel.tv/news.aspx?IDnews=375&DB=IusChannel
http://www.fimmgveneto.org/reader.php?id=1643

[9] Sul rapporto fra linee guida e medicina difensiva v. amplius: Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 135 e ss., 164 e ss.

Tutto ciò nell'indispensabile normatività della colpa[10], intesa come contrarietà ad un parametro comportamentale preesistente al fatto.

Ciò non significa, beninteso, standardizzazione della medicina.

Sotto il profilo clinico, rimangono infatti le variabili individuali dei pazienti e quindi le linee guida non devono essere avvertite dal medico come una camicia di forza, come spesso si dice. Né devono fungere da cella dorata, all'interno della quale non sono ipotizzabili errori penalmente perseguibili.

Sotto il profilo giuridico, la standardizzazione della medicina si scontra poi con il principio di libertà terapeutica, tratto dagli artt. 9 e 33 Cost. E assai di recente ribadito in giurisprudenza: "Le linee guida… non eliminano l'autonomia del medico nelle scelte terapeutiche"[11].

Né la standardizzazione della medicina è desiderabile.

La funzione delle linee guida è simile a quella della stella polare nell'antica navigazione notturna.

Mentre le linee guida si occupano della malattia, il medico si occupa del malato. Il giudizio clinico rimane sempre imprescindibile, così come l'eventuale conoscenza personale del paziente gioca un ruolo fondamentale sia nella diagnosi, che nella terapia. E' il medico che è chiamato a curare il paziente e a sollevarlo dalle angosce che la malattia comporta.

Attenersi alle linee guida senza una buona pratica clinica è fenomeno che mortifica l'esperienza del medico e rende fredda la relazione terapeutica.

L'atto medico non può essere privato dell'afflato solidaristico, umano, che possiede di per sé, per sua natura. Non può esserne privato. Mai.

---

[10] In argomento fondamentalmente GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss., e nello specifico MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 249 ss.

[11] Cass. Sez. IV, 11 lug. (19 set. 12) n. 35922, Ingrassia, est. Piccialli, in http://personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=40134&catid=103