

COLPA MEDICA / 1

Avv. SABINO LAUDADIO
Dott.ssa. CATERINA PIETRIS

La punibilità è esclusa se sono rispettate le linee guida e le buone pratiche accreditate

Lo ha confermato la Corte di Cassazione con la sentenza 50078/17 della Quarta sezione penale che affronta il tema della colpa medica dopo l'entrata in vigore della legge "Gelli-Bianco". E chiarisce che, con il nuovo articolo 590 sexies del Codice penale introdotto dall'articolo 6 della legge, qualsiasi errore (lieve o grave) intervenuto nell'esecuzione o nell'adattamento delle linee guida pertinenti deve ritenersi scusato perché attratto dalla nuova causa di non punibilità

COM'È NOTO, IL LEGISLATORE è intervenuto sulla disciplina della responsabilità del personale sanitario, negli ultimi anni più volte rimodellata e attenzionata dagli organi della giustizia civile e penale. L'esigenza di prevenire e contrastare il dilagante fenomeno della cosiddetta medicina difensiva, e di ridurre il contenzioso giudiziario originato da questo, aveva giustificato e legittimato nel 2012 l'elaborazione di una proposta di riforma che è culminata nell'approvazione del cd. Decreto Balduzzi, convertito in legge n. 189/12.

Nello specifico, si segnalava la previsione dell'art. 3, la quale – secondo l'interpretazione adottata dalla giurisprudenza prevalente – sanciva l'irrelevanza penale della condotta del medico che si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, tuttavia commettendo un errore non rimarchevole nell'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità dello specifico caso clinico. Un apparente paradosso, quello dell'essere in colpa nonostante l'osservanza delle regole di perizia, che in più di un'occasione i giudici hanno risolto attraverso la problematica, e tuttavia largamente condivisa, distinzione tra l'errore nella scelta delle linee guida pertinenti al caso di specie e l'errore nell'applicazione o nell'adattamento delle stesse alle specifiche della fattispecie concreta.

SUL PUNTO SI DICEVA, chiaramente, che "la pedissequa osservanza delle linee guida e delle buone pratiche accreditate non esclude di per sé la responsabilità del medico, posto che il rispetto delle linee guida nulla può aggiungere o togliere al diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate, né all'autonomia ed alla responsabilità del medico nella cura del paziente".

LA SCELTA DI CONSIDERARE separatamente, e in senso favorevole al soggetto, le condotte imperite e non anche quelle negligenti e imprudenti, è stata confermata dalla legge n. 24/17, la quale ha previsto un'autonoma fattispecie di reato che, come si vedrà meglio nel proseguo, sancisce, tra le altre cose, la non punibilità delle sole condotte violative

di regole di perizia.

AI SENSI DEL NUOVO ART. 590 sexies c.p., se i fatti di lesione o morte riconducibili alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p. sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria e sono dovuti a imperizia, la punibilità è esclusa se sono rispettate le linee guida e le buone pratiche accreditate pertinenti al caso di specie. E quindi, per dirla con le parole della giurisprudenza post Balduzzi, la non punibilità è limitata alle ipotesi di errore nell'adattamento e non anche a quelle di errore nella scelta delle raccomandazioni applicabili. Si noti, tuttavia, che nessuna limitazione è prevista con riferimento al grado della colpa, con la conseguenza che, nel vigore della nuova disciplina, deve ritenersi abrogata la disposizione che conteneva la depenalizzazione della sola colpa lieve, con la conseguenza che qualsiasi errore (lieve o grave) intervenuto nell'esecuzione o nell'adattamento delle linee guida pertinenti deve ritenersi scusato perché attratto dalla nuova causa di non punibilità.

QUESTO PROFILO È STATO opportunamente evidenziato dalla sentenza in commento, la quale – per prima – ne ha tratto le relative conseguenze, in punto di diritto intertemporale, in senso favorevole all'agente.

Invero, la questione dell'applicabilità o meno del *novum* legislativo anche ai fatti pregressi e ai processi pendenti era già stata affrontata dalla Cassazione nella sentenza n. 28187/17, imp. De Luca, e tuttavia in una prospettiva che non convince. In quell'occasione, la Corte aveva ritenuto applicabile, ai fatti commessi in epoca antecedente la riforma, la normativa del 2012 perché più favorevole con riguardo alla limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave, mentre si è ritenuto che la L. 24/17 avesse introdotto una nuova incriminazione applicabile unicamente ai fatti successivi (art. 2 c.p.); una conclusione, questa, censurabile sotto più profili, e in particolare perché incompatibile con il dato letterale e con gli orientamenti giurisprudenziali formati sotto la vigenza della cd. L. Balduzzi.



IL CASO

SOTTOPOSTO ALL'ESAME della suprema corte riguarda l'imputazione per lesioni colpose gravi a carico di un chirurgo per danni cagionati alla paziente in seguito all'esecuzione imperita di un intervento di lifting del sopracciglio che aveva determinato un'estesa zona di insensibilità, ancora permanente a distanza di cinque anni dall'intervento.

IL TRIBUNALE

Il tribunale prima e la Corte d'appello poi avevano riconosciuto la responsabilità dell'imputato, escludendo l'applicabilità della legge Balduzzi per la non particolare complessità dell'intervento e la gravità della colpa in ragione di "una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato".

LA CASSAZIONE

La Cassazione pur avendo dichiarato prescritto il reato ed avendo confermato la responsabilità del chirurgo ai soli fini delle statuizioni civili, ha colto l'opportunità per affrontare, anche se non è stato oggetto di motivo di ricorso, lo statuto della colpa medica alla luce della nuova disciplina che ha innovato la materia della responsabilità penale del medico.

CHIARITO DALLA SENTENZA in commento, la novella del 2017 ha abrogato la disciplina precedente relativa alla depenalizzazione della colpa lieve ed ha introdotto una specifica causa di non punibilità che, senza fare distinzioni in punto di elemento soggettivo, continua a riferirsi ai fatti commessi in violazione di regole di perizia e nella fase di adattamento e applicazione delle raccomandazioni scientifiche al caso di specie. Infatti, l'applicazione della nuova causa di non punibilità è subordinata alla circostanza che il sanitario abbia rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge o, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, e che tali raccomandazioni risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

L'esclusione della responsabilità del sanitario si fonda, quindi, sui medesimi presupposti di cui alla legge abrogata, per come intensificare dalla giu-

segue a pagina 29

COLPA MEDICA / 1 - SEGUE

risprudenza prevalente, posto che ritorna la limitazione alla sola imperizia e la distinzione tra errore nella scelta delle linee guida pertinenti (tuttora punibile in base alle regole generali ex artt. 43, 589 e 590 c.p.) ed errore nella fase esecutiva di applicazione delle medesime.

Tuttavia, l'estensione della non punibilità anche alle condotte gravemente imperite qualifica, evidentemente, la nuova disciplina in termini di maggior favore per il medico che si trovi nelle condizioni descritte, con la conseguenza che, trattandosi di un istituto di natura sostanziale, la nuova causa di non punibilità è pacificamente applicabile anche ai fatti pregressi e ai procedimenti pendenti, secondo gli artt. 2 co. 4 c.p. e 129 c.p.p.

UN'EVENTUALE ULTRATTIVITÀ del "regime Balduzzi" potrebbe, al più, ipotizzarsi con riferimento alle condotte lievemente negligenti o imprudenti poste in essere sotto la sua vigenza, se si intende dar seguito a quegli orientamenti che, in epoca recente, avevano esteso la non punibilità della colpa lieve anche alla violazione di regole di diligenza o prudenza. Un'estensione che, come evidenziato, non si ritrova nella nuova disciplina che, quindi, sul punto, è meno favorevole di quella abrogata.

EBBENE, NEL CASO ESAMINATO dalla sentenza in nota, il profilo di colpa è stato individuato nella concreta esecuzione dell'intervento e non nella scelta dello stesso, imperizia che, appunto, aveva determinato la lesione del nervo sovra orbitario nel corso della sua esecuzione. Non ponendosi più un problema di graduazione della colpa, nessun dubbio poteva nutrirsi in ordine all'applicabilità del più favorevole *novum* legislativo.

La scelta di limitare l'innovazione alle sole situazioni riconducibili all'imperizia, e senza distinguere in ordine alla gravità dell'errore, deve essere indubbiamente guardata con favore. Con questo ennesimo, e tuttavia atteso intervento di riforma, il legislatore ha espressamente inteso alleggerire la posizione del medico, riducendo il rischio di una "panpenalizzazione" che, sintomo evidente di un accanimento sempre più avvertito dal personale sanitario, ha legittimato il diffondersi di pratiche difensive, con notevoli costi per la collettività, non solo in termini economici, ma soprattutto di qualità e appropriatezza delle prestazioni garantite.

COME RILEVATO, e giustamente, dalla stessa Suprema Corte, ciò che deve essere garantito al personale sanitario è, innanzitutto, la libertà e l'autonomia della scelta terapeutica, che, nell'ottica della migliore cura del paziente e nel rispetto della sua volontà, è assicurata anche dalla serenità del suo operare.

Anche a voler ritenere la sanzione penale lo strumento più adatto alla prevenzione/repressione delle condotte in esame – opinione che invero suscita qualche perplessità, ma sulle quali al momento non è opportuno soffermarsi – è indubbio che la libertà e l'autonomia suddette non possono in alcun modo essere frustrate a fronte della facile individuazione di un capro espiatorio. Ne consegue che la scelta di non mortificare il ruolo del professionista con il timore di inutili e ingiuste rappresaglie, attraverso la riduzione degli spazi di una sua possibile responsabilità penale, risponde a precise e condivisibili ragioni di opportunità politico-criminale, in relazione alle quali è perfettamente coerente l'introduzione di una causa di non punibilità che, per la natura spiccatamente soggettiva, si applica ai soli soggetti che si trovano nelle condizioni tipizzate dalla norma. Condivisa, pertanto, la lettura del *novum* avallata dalla Corte, si auspica una sua applicazione il più possibile coerente con la *ratio* che l'ha ispirato e in linea con le esigenze più sopra evidenziate.

COLPA MEDICA / 2

Gravidanza, varicella e responsabilità del ginecologo

Una recente sentenza della Suprema Corte (IV sez. penale, udienza 14 giugno 2016, deposito 29 settembre 2016, n. 40723) ha deciso il giudizio penale a carico di una specialista in ginecologia e ostetricia accusata di avere cagionato la morte dell'assistita e la conseguente interruzione di gravidanza.

GIUSEPPE LOSAPPIO

Avvocato, Professore di diritto penale presso l'Università degli studi di Bari "Aldo Moro", già componente della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori sanitari



Il ginecologo che assiste una paziente durante la gestazione assume una posizione di garanzia che lo impegna oltre i controlli di routine ad adottare ogni iniziativa utile per assicurare la positiva evoluzione della gravidanza e, non solo in funzione di questo obiettivo, la salute della gestante

LA VICENDA IN BREVE ERA LA SEGUENTE:

una paziente, alla 25° settimana di gravidanza, 11 giorni prima del decesso riferiva (o avrebbe riferito, la circostanza non sembra del tutto certo) al medico del contagio da virus herpes-varicella-Zoster di una nipote che abitava nello stesso nucleo familiare. Questa notizia non induceva la specialista ad adottare alcun presidio farmacologico ma solo a rassicurare i coniugi che non esistevano pericoli per il nascituro, poiché la gravidanza si trovava ben oltre il terzo mese. La ginecologa, inoltre, suggeriva di evitare contatti fisici con la bambina "infetta". Una settimana dopo la gestante constatava la presenza di una pustola. Nei giorni successivi le lesioni cutanee si estendevano a tutto il corpo, insorgeva uno stato febbrile, difficoltà d'ingoiare cibi solidi, ingravescenti difficoltà respiratorie che culminavano, il giorno del decesso, in uno stato d'incoscienza. In questo lasso di tempo i coniugi avevano tentato inutilmente di contattare la specialista. Il giorno precedente al decesso la madre della gestante aveva interloquuto telefonicamente con il medico di base (che sarà anche egli condannato) per sapere se la figlia potesse far uso della pomata antivirale prescritta alla nipotina. Sapendo della gravidanza, il dottore subito dopo questa telefonata, chiamò la specialista per accertarsi che non sussistevano contro-indicazioni all'impiego di un farmaco antivirale nonostante la gravidanza. La ginecologa, dopo qualche ora, rispose al collega confermando la prescrizione e la posologia. La gestante, dopo cena, assunse il farmaco ma all'alba del giorno successivo cadde in stato di incoscienza. Fu chiamato il 118 ma la donna giunse al pronto soccorso in stato di arresto cardiocircolatorio e qui decedette poco dopo.

TRE SONO I PROFILI DI COLPA addebitati alla specialista e "avallati" dalla Suprema Corte: non aver immediatamente prescritto l'assunzione di un farmaco antivirale dopo aver appreso che la nipotina aveva contratto la varicella; non aver consigliato uno stretto monitoraggio clinico-strumentale, con assunzione endovenosa d'immunoglobuline e, comunque, non avere indirizzato la gestante all'osservazione di un infettivologo; non avere disposto l'immediata ospedalizzazione, o, comunque, un controllo clinico urgente, omettendo anche di visitare la paziente, limitan-

dosi ad avallare la prescrizione dell'antivirale per bocca, prescritto dal medico di famiglia, con posologia inadeguata a fronteggiare la grave infezione, invece che prescrivere farmaco antivirale per endovena, in condizione di ricovero e in dose ben più massiccia.

Secondo la Corte inoltre la causalità di queste condotte era stata accertata oltre ogni ragionevole dubbio dalle indagini dei consulenti: "La donna è morta in assenza di un intervento intensivistico, altro sarebbe stato se la donna fosse stata ricoverata, intubata e poi fosse morta il 13, sicché si potrebbe ricondurre il decesso al procedere inesorabile di una malattia in stadio ormai troppo avanzato, ma la signora è morta per la complicità di una insufficienza respiratoria acuta che era emendabile da questo punto di vista". E ancora: "la morte non è avvenuta per la progressione della malattia infettiva, ma per una insufficienza respiratoria acuta che, un grado dignitoso di terapia intensiva, avrebbe potuto ostacolare efficacemente. Con elevatissimo grado di certezza la morte della paziente, in presenza di intubazione, sostegno cardiocircolatorio ecc., stabilizzazione emodinamica e via dicendo, non sarebbe avvenuta in quel momento".

IN SINTESI, SECONDO LA SUPREMA

CORTE il ginecologo che assiste una paziente durante la gestazione assume una posizione di garanzia che lo impegna oltre i controlli di routine ad adottare ogni iniziativa utile per assicurare la positiva evoluzione della gravidanza e, non solo in funzione di questo obiettivo, la salute della gestante. È un obbligo che evoca, tra l'altro, una sorta di reperibilità generica del medico che deve visitare il paziente o perlomeno orientare la condotta diagnostica e terapeutica anche negli intervalli tra una "visita" e l'altra e anche in relazione a patologie riferibili ad altre specialità e prive di una specifica o comunque esclusiva rilevanza ostetrico-ginecologica. Appare raccomandabile, quindi, che il medico gestisca con molta cura il traffico telefonico e le altre eventuali fonti di contatto (whatsapp, app di messaggistica ecc.) non rendendosi irreperibile per periodi di tempo troppo lunghi anche durante le ferie. In subordine, è auspicabile, perlomeno, che comunichi puntualmente che sarà assente in modo che l'assistito percepisca con chiarezza che per un certo intervallo temporale lo specialista non potrà assisterlo al di fuori degli intervalli programmati e che, in caso di urgenza reale o solo sospetta, dovrà riferirsi ad un altro professionista.

