

di Vania Cinese

Avvocata, Foro di Roma

Il diritto penale mostra nel tempo un'evoluzione sempre più raffinata nello sforzo di elaborare quelli che sono i criteri di riferibilità o "imputazione" del fatto illecito al suo autore.

Dopo il criterio magico, la "forza negativa" del reo, e il criterio naturalistico, "si risponde comunque dell'evento dannoso", per lungo tempo ha dominato la scena il criterio psicologico, in base al quale il soggetto risponde di un fatto antiggiuridico, nei limiti di un giudizio di personale rimproverabilità, poiché oltre al fatto materiale è necessaria la sua "riferibilità psichica" all'agente.

La concezione psicologica si è attestata dall'illuminismo e dunque identifica la colpevolezza in quel nesso (psichico) che unisce il fatto al suo autore, nelle forme del dolo o della colpa, perché l'agente lo ha voluto ovvero non avendolo voluto, avrebbe potuto prevederne la realizzazione se avesse usato la diligenza richiesta.

Il presupposto ideologico di questa costruzione era di scongiurare il rischio di invadere il "foro interno" e distinguere l'imputazione morale da quella giuridica: gli uomini sono uguali e hanno gli stessi motivi per rispettare il patto sociale, non contano le ragioni soggettive a delinquere.

La dottrina dell'800, partendo invece dall'opposta considerazione che gli uomini non sono sostanzialmente uguali, prospettò l'esigenza di graduare la colpevolezza in senso psicologico tenendo conto della motivazione (ad es. il ladro che ruba per biso-

## La colpevolezza in ambito sanitario (Prima parte)

# Quale rimprovero per il medico?

**Come si sono evoluti nel tempo i criteri di colpevolezza nel diritto penale e qual è l'orientamento della dottrina italiana più recente in merito alla responsabilità professionale medica. È questo l'oggetto del presente articolo, introduttivo a un'analisi comparata con gli ordinamenti di Gran Bretagna e Germania, che pubblicheremo sul prossimo numero, che vedrà a confronto in tema di colpa in ambito sanitario le due grandi famiglie di sistemi giuridici: i cosiddetti ordinamenti di *civil law*, in uso nell'Europa continentale, e quelli di *common law*, adottati nei Paesi anglofoni e in buona parte di quelli in via di sviluppo**

gno e quello che ruba per avidità). La dottrina più recente, nell'intento di risolvere numerosi problemi applicativi e superare la concezione psicologica, giunge alla concezione "normativa" ravvisando la colpevolezza nel contrasto tra divieto o comando penale e la volontà dell'agente cui esso è diretto. Il riferimento essenziale è al dovere e alla base della colpevolezza c'è un giudizio di rimproverabilità personale. Il soggetto non ha adeguato la propria volontà all'esigenza normativa, nel dolo perché ha voluto ciò

che non doveva volere, nella colpa perché non ha previsto ciò che doveva prevedere.

### L'oggetto del giudizio di colpevolezza: la colpa e il dolo

L'oggetto del giudizio poggia su tre elementi: la capacità di intendere e volere, il nesso psichico tra agente e fatto e le "circostanze concomitanti" incidenti sul processo di motivazione dell'agente e che rilevano in termini di maggiore o minore esigibilità di un comportamento conforme alla norma. L'esigibilità esprime il livello della pretesa normativa in rapporto a ciascun singolo soggetto, perché non si può esigere lo stesso grado di osservanza del divieto da persone diverse.

La concezione normativa amplia il concetto di colpevolezza in relazione al parametro di giudizio (o esigibilità) collegata a criteri valutativi extragiuridici) e all'oggetto del giudizio (ossia le circostanze concomitanti), lasciando insoluto il problema (notevole) dei limiti. Nel

tempo è maturato

però la necessità di precisare l'oggetto del giudizio di colpevolezza, chiamando in causa non semplicemente il fatto tipico antiggiuridico, ma piuttosto il fatto tipico doloso o colposo, antiggiuridico.

Permangono i parametri in base ai quali si può affermare che un fatto illecito doloso o colposo è rimproverabile al soggetto. Di conseguenza la colpevolezza fonda la responsabilità in rapporto alla capacità di intendere e volere e la possibilità di conoscere il divieto; esclude la responsabilità in presenza di scusanti, gradua la responsabilità (ad es. per la personalità del reo).

La colpa, eterogenea rispetto al dolo, si apprezza dunque sul piano normativo, consistendo in un giudizio di inosservanza da parte del soggetto delle regole cautelari inerenti alle attività svolte. Sono naufragati gli sforzi compiuti in passato per rinvenire un fondamento psicologico della colpa, perché ciò che conta è la valutazione in rapporto ad un dovere, la constatazione di un contrasto con una regola cautelare, la cui osservanza sia esigibile dall'agente.

### Cautela e diligenza

Sempre più la vita di relazione prospetta l'esigenza che nello svolgimento di attività suscettibili di coinvolgere interessi altrui siano adottate cautele idonee ad evitare la loro offesa e circoscrivere i limiti di tollerabilità sociale che il rischio si verifichi.

Per contenere il pericolo ed impedire che esso si traduca in danno, le regole cautelari (art. 43 c. p.) possono derivare dall'esperienza comune o esperienza tecnico-scientifica (dal-

la cui violazione origina la colpa generica) o essere positivizzate e raccolte in una fonte normativa scritta, specifica (la cui violazione da luogo alla colpa specifica). Poiché le regole della prima fonte sono desunte da ambiti extragiuridici, il problema dell'accertamento ripropone il criterio della "diligenza esigibile" in quella stessa situazione dell'agente modello (l'homo eiusdem conditionis ac professionis), ossia il prototipo ideale di persona prudente, diligente e perita che eserciti la stessa professione od attività dell'agente.

L'evento deve essere obiettivamente prevedibile secondo il metro di tale soggetto.

Val la pena notare che secondo un'altra tesi il parametro della diligenza scaturisce dalla prevedibilità ex ante in base alla miglior scienza ed esperienza riferibile alle situazioni in cui opera l'agente. Questa costruzione risponde all'esigenza di definire un'esigenza cautelare obiettiva, prendendo in considerazione tutto quanto era idoneo ad impedire l'evento o limitare il rischio, in relazione alle conoscenze umane di un dato momento storico.

Il contenuto della regola cautelare extragiuridica o positivizzata in un testo scritto può riferirsi ad obblighi positivi di adozione di cautele o controllo nell'attività, o negativi, di non tenere determinati comportamenti pericolosi e l'obbligo cautelare può riferirsi anche al comportamento di terzi di cui ci si avvale. L'obbligo cautelare negativo può perfino prescrivere l'astensione dall'attività pericolosa, quando il rischio che essa presenta non sia fronteggiato da cautele adeguate. Specialmente nelle attività pericolose socialmente utili (come quella sanitaria) spesso si rende prevedibile, secondo la miglior scienza ed esperienza, il verificarsi di eventi lesivi, tuttavia dette attività sono consentite dall'ordinamento in ragione della loro utilità sociale. Il limite di liceità è dato dal cosiddetto "rischio consentito", perché tali attività possono svolgersi nel bilanciamento dei contrapposti interessi tutelati, al di là di questo di equilibrio si sconfinano nell'illecito e l'attività pericolosa non è più consentita.

### Condotta medica: l'"agente modello"

Il punto più delicato del giudizio di colpa è rappresentato dall'accertamento dell'esigibilità dell'osservanza ossia dell'attribuibilità dell'inosservanza all'agente che ha violato il dovere permettendo al rischio di concretizzarsi nell'evento.

Nel caso di colpa generica dunque, l'ordinamento italiano prende a riferimento la figura dell'"agente modello", cioè il soggetto coscienzioso e scrupoloso operante nella stessa condizione dell'agente.

L'evento deve risultare prevedibile secondo le conoscenze di questo soggetto ideale che è costituito un parametro normativo. Naturalmente, non si può tener conto di tutte le circostanze





► Segue da pagina 10

## Italiani longevi ma sempre più "cronici"

era del 33% ed è salita al 47% nei primi anni '90.

È scesa negli ultimi 20 anni la mortalità per tumore del colon-retto in entrambi i sessi, ma la sua incidenza è cresciuta fra gli uomini. Il cancro del polmone diminuisce tra gli uomini e aumenta fra le donne; per queste, tra il 1970 e il 2002, il tasso di mortalità è quasi raddoppiato. Dal 1990 è invece diminuita del 2% l'anno la mortalità per tumore al seno. Il tumore alla prostata è la patologia più diffusa tra gli uomini: sono stati circa 36.500 i nuovi casi nel 2008. Aumenta il diabete come conseguenza dell'epidemia di obesità legata a modificazioni degli stili di vita: sono circa 2,5 milioni le persone colpite. Le percentuali relative alla prevalenza del 3,9 al Nord, del 4,1 al Centro e del 4,6 al Sud in linea con un analogo gradiente Nord-Sud di prevalenza di obesità. Nel 2006 in Italia sono avvenuti 35.751 decessi per malattie dell'apparato respiratorio (57% fra i maschi) che rappresentano il 6,4% di tutte le morti.

### Salute materna e neonatale

Secondo i dati del Certificato di assistenza al parto, nel 2005, sono stati realizzati 511.436 parti. Nell'80% delle gravidanze state effettuate più di 4 visite di controllo; in media sono state eseguite 4,3 ecografie per ogni parto e nell'ambito delle tecniche diagnostiche prenatali invasive, ogni 100 parti sono state effettuate circa 16 amniocentesi e circa 3 esami dei villi coriali. Si conferma il ricorso eccessivo al parto per via chirurgica: allo stato attuale l'Italia è ai primi posti in Europa con un tasso di tagli cesarei pari al 38,2%.

In Italia, per il periodo 1998-2002, il rapporto di mortalità materna risulta pari a 3/100.000. Nel 2007 le interruzioni volontarie di gravidanza sono state 127.038, con un tasso di abortività pari a 9,1 per 1.000 donne in età feconda, con un decremento del 3,1 rispetto all'anno precedente. Per quanto riguarda la salute del neonato si rilevano pesi inferiori ai 1.500 grammi nell'1% dei nati, un peso compreso 1.500 e 2.500 grammi nel 5,8% e i nati a termine con peso inferiore ai 2.500 grammi rappresentano circa il 2% dei casi. Il tasso di natimortalità è di 2,8 nati morti ogni 1.000 nati. Tra le cause di natimortalità si evidenziano condizioni morbose ad insorgenza perinatale, problemi fetali e placentari.

### Salute infantile e dell'adolescente

Si riducono, i tassi di mortalità infantile. Le cause più frequenti sono le condizioni morbose di origine perinatale, traumatismi ed avvelenamenti, le malforma-

zioni congenite e i tumori. La riduzione della mortalità ha interessato maggiormente i bambini fino a un anno di età, e in maniera comunque significativa i bambini da 1 a 14 anni.

La prima causa di morte nella fascia d'età 1-14 anni è rappresentata dai tumori seguiti dalle cause esterne di traumatismo e avvelenamento. Le patologie che si presentano più frequentemente per la fascia di età 0-14 anni sono le malattie allergiche (9,6%), seguite dall'asma bronchiale (2,9%) e dalla cefalea ed emicrania ricorrente (0,9%). Un maggior numero di maschi (3,8%), rispetto alle femmine (2%) soffre di asma.

### Disturbi psichici

Aumenta l'ospedalizzazione psichiatrica nella fascia d'età fra i 12 e i 15 anni. La prevalenza dei disturbi mentali più comuni (depressione, distimia, disturbo d'ansia generalizzata disturbo di panico, fobia semplice e sociale, agorafobia, disturbo post-traumatico da stress, disturbo da abuso/dipendenza da alcol) nella popolazione generale non è inferiore al 7%. I dati relativi alle situazioni di acuzie, fanno emergere un tasso di 26,7 ricoveri psichiatrici per 10mila abitanti. I Tso rappresentano il 9% di tutti i ricoveri annui in Italia, ed il tasso per 10mila abitanti è pari a 2,5, con una marcata variabilità regionale. Per quanto riguarda le attività svolte nei Centri di salute mentale, i dati di prevalenza indicano che i pazienti in trattamento attivo in 626 Centri censiti sui 708 totali sono 457.146 con una media per servizio di 730 pazienti in trattamento attivo.

### Monitoraggio delle sperimentazioni cliniche e dell'impiego dei medicinali

Le farmacie pubbliche e private hanno dispensato nel 2007 complessivamente circa 1,7 mld di confezioni (29 confezioni di farmaco per abitante). Circa il 60% dei consumi si concentra nella popolazione over 65; l'80% in quella con più di 55 anni. I farmaci del sistema cardiovascolare sono i più utilizzati (32,7% circa di tutti i consumi) con una copertura del Ssn del 94%. Seguono i farmaci: dell'apparato gastrointestinale e quelli del metabolismo (13,9%) comprensivi dei farmaci contro il diabete; del Sistema nervoso centrale (10,0%); gli ematologici (9,8%). Sono bassissime le percentuali sul consumo degli antimicrobici. L'Italia è il terzo Paese europeo con il consumo più elevato di antibiotici. Il maggior consumo (e livello di spesa) si registra nelle Regioni del Centro-Sud rispetto a quelle del Centro-Nord.

Secondo l'analisi della Commissione Europea nell'ambito del Pharmaceutical Forum, l'Italia assieme all'Olanda è il Paese comunitario con la più bassa percentuale di spesa a carico dei cittadini per i farmaci erogati dal Ssn.

### Malattie da lavoro

Aumentano in Italia le malattie professionali. Dall'ultimo rapporto annuale dell'Inail, infatti, risultano pervenute 28.497 denunce di patologie professionali manifestatesi nel 2007, con un aumento rispetto all'anno precedente del 7%, a fronte di una crescita del numero degli occupati dell'1%. Al primo posto tra le malattie denunciate c'è l'ipoacusia. Tra le patologie professionali emergenti si registra un notevole incremento di tendiniti, patologie muscolo scheletriche e malattie respiratorie. Quanto alle patologie tumorali, relativamente all'anno 2007, la rilevazione evidenzia 1.700 casi, di cui circa la metà risulta costituita da neoplasie da asbesto, seguite dai tumori di trachea, pleura e laringe e dai mielomi multipli. In particolare per i tumori vescicali si è passati dai 79 casi registrati nel 2003 ai 200 del 2007.

### Stili di vita

La pigrizia uccide quanto molte patologie: per inattività fisica (e le malattie ad essa correlate) muoiono ogni anno solo nel nostro paese qualcosa come 28mila persone, il 5 per cento del totale, mentre per la stessa causa ammontano al 3,1% gli anni di vita in buona salute



persi per invalidità e morte prematura. Si stima che siano attribuibili al fumo dalle 70mila alle 83mila morti l'anno. Oltre il 25% di questi decessi è compreso tra i 35 ed i 65 anni di età. Una recente stima indica in 24.061 il numero delle morti per cause alcol correlate fra i soggetti sopra i 20 anni, di cui 17.215 tra gli uomini e 6.846 tra le donne, che rappresentano, rispettivamente, il 6,23% di tutte le morti maschili e il 2,45% di quelle femminili. ■

dell'agente, e si deve tenere in considerazione il diverso tipo di attività svolta all'interno di quel settore determinato.

Così, nell'ambito sanitario l'agente modello del medico generico o di pronto soccorso è diverso da quello del clinico specialista, figura apicale, dirigente di struttura.

La giurisprudenza tende a costruire l'agente modello "oggettivamente" ossia sulla base delle conoscenze ed esperienze che si possano presumere nelle persone esercenti una certa attività. È lecito dubitare della corrispondenza del criterio adottato al principio di colpevolezza, cardine del nostro sistema.

Il criterio della rimproverabilità personale su cui la colpevolezza si fonda esige, infatti, una previa considerazione delle condizioni soggettive dell'agente (naturalmente nei termini normativi collegati all'addebito di colpa). In altre parole, si corre il pericolo che il modello normativo dell'agente consideri quanto di meglio egli sarebbe stato in grado di fare, prescindendo dalla condotta specifica del "vero agente" nella circostanza concreta. È corretto "pensare" l'agente (modello) fuori del fatto e del contesto concreto?

Nella colpa specifica è ancor più controverso se ed in quali termini possa farsi ricorso all'agente modello.

Invero, quando la regola caute-

all'errore di diagnosi di uno specializzando e a quello commesso dallo specialista che vanta specifica casistica ed anni di anzianità nella branca.

### Il concetto di colpa negli altri ordinamenti

Se gettiamo un rapido sguardo agli altri ordinamenti notiamo che sia nei paesi di tradizione di *civil law*\* (come Italia, Francia, Belgio, Germania ecc.) che in quelli di *common law* (Inghilterra, Usa, in generale Paesi anglofoni e paesi in via di sviluppo), il concetto di colpa ha acquisito progressivamente importanza e pari scomposizione nella sua "doppia misura": oggettiva, quale violazione della regola cautelare, e soggettiva, come possibilità di rimproverare al soggetto la violazione della regola cautelare.

La misura oggettiva è il regno dell'evitabilità, quella soggettiva è il regno della motivabilità.

È interessante notare che anche in Inghilterra il giudizio di colpevolezza si articola in tre momenti senza dubbio presenti negli sforzi della dottrina italiana: - la riconoscibilità del pericolo - la conoscibilità della regola cautelare - l'obiettiva possibilità di comportamento conforme alla regola cautelare.

Tali dati, anche per i paesi di *common law*, non costituiscono "dati di fatto" bensì giudizi ipotetici e come tali presuppongono necessariamente l'assunzione di determinati parametri di giudizio. In presenza di una certa situazione, la riconoscibilità della sua pericolosità potrà sussistere o meno a seconda del parametro di riferimento. La stessa cosa può dirsi per la conoscibilità della pretesa cautelare e la possibilità di conformarsi. ■

\* Gli studiosi di diritto internazionale comparato dividono i sistemi giuridici mondiali in due grandi famiglie: gli ordinamenti di *civil law* in uso nell'Europa continentale (che discendono direttamente dal diritto romano e dal Codice napoleonico) e quelli di *common law* adottati nei Paesi anglofoni e in buona parte di quelli in via di sviluppo. Questi ultimi non si basano su un sistema di norme raccolte in codici, bensì sul principio giurisprudenziale dello stare decisis, vale a dire sul carattere vincolante del precedente giudiziario. In tale ottica, la legge diviene fonte normativa di secondo grado, assumendo funzione di mera cornice, all'interno della quale vengono a inserirsi le statuizioni contenute nelle pronunce dei giudici.

**Prosegue sul prossimo numero la seconda parte dell'articolo dedicata a un'analisi comparata con la dottrina inglese e tedesca**

lare è consacrata in un testo (legge, regolamento, disciplina, ecc.), il contenuto è precisato in forma determinata e la cautela (regola "rigida") corrisponde ad uno standard al cui rispetto sono tenuti tutti i soggetti esercenti quella data attività, anche se bisogna accertare che circostanze particolari non rendono concretamente inesigibile l'osservanza; ad esempio, per ignoranza incolpevole del precetto o perché l'osservanza della regola comporterebbe un maggior rischio per il bene tutelato. Non v'è dubbio allora che le circostanze concrete siano rilevanti. Altro elemento non trascurabile è che in rapporto all'esigibilità dell'osservanza il grado è maggiore in soggetti di particolare abilità, competenza ed esperienza e minore in soggetti che abbiano tali caratteristiche ad un livello più modesto: si pensi