

# Breve commento alle nuove disposizioni sulla responsabilità professionale medica contenute nell'art. 3 della legge n. 189 del 2012

**A cura di Sergio Fucci**

Giurista e bioeticista, magistrato tributario, già consigliere presso la Corte d'Appello di Milano.

1. L'art. 3, primo comma, della legge n. 189/12 di conversione del cd. Decreto Balduzzi recita : ***“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. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”***.

La norma in commento contiene, in sostanza, due disposizioni, la prima riferita alla responsabilità penale e la seconda alla responsabilità civile dei professionisti sanitari (non solo medici, quindi, ma anche infermieri, ecc..).

È opportuno precisare che si tratta di disposizioni che non appaiono dirette a regolare in modo completo ed esaustivo la materia in esame perché si riferiscono essenzialmente a una particolare fattispecie e cioè a quella in cui il sanitario sostiene a sua discolpa di essersi attenuto a determinate linee guida (L.G.) o buone pratiche accreditate (B.P.A.) nella comunità scientifica.

La disposizione in esame non sarà, quindi, applicabile negli altri casi, tra cui quelli in cui non si discute dell'applicazione di L.G. ovvero quelli nei quali l'addebito mosso non è riferito alla colpa per imperizia, ma a quella per imprudenza ovvero per negligenza.

Questo breve commento si articolerà in tre parti.

La prima diretta ad esaminare il significato nelle nuove disposizioni che concernono la responsabilità penale, la seconda diretta a commentare la seconda parte del citato articolo (quella che si riferisce alla responsabilità civile), la terza, infine, per verificare il possibile impatto della nuova normativa sul diritto vivente, quale emerge dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

2. Sul piano penale viene prevista la responsabilità del sanitario solo per colpa non lieve (quindi grave) qualora il professionista interessato si sia attenuto alle citate L.G. o B.P.A..

La norma, pertanto, avrà una concreta rilevanza solo se esistono queste L.G. o B.P.A. e sempre che questi suggerimenti di cura, ai quali il sanitario assume di essersi attenuto, siano o possano ritenersi accreditati nella comunità scientifica.

Sarà compito dei consulenti delle parti ovvero dei periti nominati dal giudice verificare questa circostanza e valutarne la possibile rilevanza nel processo.

Credo che questa verifica e questa valutazione non sia sempre semplice e che, sul punto, possano sorgere dei contrasti (sul valore, ad esempio, delle c.d. linee guida di reparto).

I primi commentatori hanno evidenziato, peraltro, l'anomalia di questa disposizione che sembra supportare in realtà l'esistenza di una possibile responsabilità penale anche di chi si è attenuto alle regole cautelari stabilite dalla scienza e contenute nelle L.G..

Probabilmente la norma va letta nel senso che il legislatore ha inteso escludere la rilevanza penale e la conseguente responsabilità del comportamento di chi, per colpa lieve, si è attenuto ad una di queste L.G. quando la peculiarità del caso clinico avrebbe dovuto indurlo a discostarsene.

A questa ipotesi dovrebbe essere assimilata quella del sanitario che si è attenuto ad una delle varie indicazioni di cura contenute nella L.G., ma non a quella più pertinente al caso in esame e, quindi, per questa ragione ha cagionato delle lesioni personali al paziente ovvero la sua morte.

Non sembra, infatti, che le L.G. contengano sempre delle indicazioni univoche sulle modalità delle cure da prestare e, quindi, rimane sempre uno spazio, più o meno ampio, di discrezionalità da parte del sanitario nella loro applicazione, con tutti conseguenti rischi qualora questa discrezionalità non venga esercitata a ragion veduta.

Nell'ipotesi di applicazione non corretta di una delle indicazioni di cura derivanti da una L.G. (ovvero nel caso di applicazione di una L.G. dalla quale, invece, occorre discostarsi) – L.G. esistente, accreditata e astrattamente applicabile alla fattispecie – occorrerà, per la punibilità del sanitario interessato, verificare se il suo errato comportamento possa essere giudicato integrante una grave colpa.

Sinora, nel campo penale, non è stato necessario ai fini dell'accertamento della responsabilità medica precisare se l'addebito di colpa fosse riferito alla colpa grave ovvero a quella lieve.

Infatti ogni comportamento colpevole (effettivamente colpevole nel caso di specie, richiamando il principio dottrinario e giurisprudenziale della cd. "*rimproverabilità della colpa*") poteva in astratto integrare il delitto di lesioni colpose ovvero quello di omicidio colposo.

La gravità della colpa in linea generale è stata finora ritenuta rilevante dal legislatore essenzialmente ai fini della determinazione in concreto della pena da irrogare da parte del giudice (vedi, sul punto, l'art.133, primo comma, n. 3 del codice penale).

Si può fondatamente sostenere che integra colpa grave un comportamento irragionevole, privo di qualsiasi giustificazione scientifica con valutazione ovviamente ex ante.

Nella valutazione del grado di colpa occorrerà tenere in debito conto anche la motivazione addotta dal sanitario per la sua scelta di cura, perché se non si verte in ipotesi di scelta irragionevole o macroscopicamente inadatta difficilmente potrà essere ritenuta configurabile una grave colpa.

Da quanto precede emerge l'importanza della corretta tenuta della documentazione clinica perché dalle annotazioni ivi riportate sarà possibile ricostruire le ragioni ovvero le motivazioni che hanno supportato una determinata scelta di cura laddove, in astratto, erano percorribili strade diverse.

Il giudizio sull'esistenza o meno della "*colpa grave*" in una concreta fattispecie rimane certamente un giudizio connotato da forti elementi di discrezionalità tecnica e, pertanto, ogni caso rimane unico nella sua singolarità.

Non va, inoltre, dimenticato che la più giurisprudenza penale - pur non ritenendo direttamente applicabile al processo penale la norma di cui all'art.2236 del codice civile che limita la responsabilità del professionista alla colpa grave (o al dolo) qualora l'interessato si sia trovato ad affrontare casi che comportano la soluzione di problemi tecnici di "*speciale difficoltà*" - ha affermato che ai fini della verifica dell'effettiva colpevolezza del sanitario occorre tenere conto della concreta esigibilità della condotta di cura omessa.

Al riguardo, quindi, si dovrà tenere anche conto delle specifiche condizioni, ad esempio di urgenza/emergenza) nelle quali il sanitario si è trovato a prestare la sua opera e delle eventuali particolari difficoltà del caso clinico affrontato che può presentare aspetti clinici di non agevole inquadramento.

Da un breve screening della giurisprudenza penale in relazione emerge che in una sentenza penale (n. 19759/09) - relativa ad un incidente occorso nell'ambulatorio di elettrostimolazione di un nosocomio, ove durante un controllo del pace-maker era avvenuto un arresto cardiaco, non fronteggiato adeguatamente dal medico con conseguente stato di ipossia - la Suprema Corte ha ritenuto che il sanitario in questione si era irragionevolmente e imprudentemente discostato dalle prescrizioni contenute nelle linee guida perché invece di intervenire con immediatezza sul posto, in attesa dell'arrivo dei rianimatori, aveva scelto di trasportare a braccia il bambino presso il reparto di cardiologia distante 210 metri.

In questo caso viene sanzionata una condotta che appare gravemente colposa non solo perché non ha tenuto conto di quanto previsto dalla L.G., ma soprattutto per la sua irragionevolezza, essendo evidente anche ad un profano che la durata temporale del trasporto a braccia del bambino avrebbe comportato un ritardo potenzialmente pregiudizievole di ogni intervento astrattamente efficace in quella situazione.

**3.** L'art. 3 in commento, nella seconda parte, afferma che nei casi sopra indicati, nei quali non si risponde penalmente per colpa lieve, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile e che il giudice, anche nella determinazione del danno, dovrà tenere in debito conto la condotta del sanitario che, pur essendosi attenuto ad una L.G. con le caratteristiche sopra descritte, ha cagionato un danno al paziente.

La disposizione sembra essere diretta a riaffermare l'esistenza di una possibile responsabilità civile pur in mancanza di quella penale, esclusa nel caso in esame perché in ipotesi il sanitario ha commesso un errore solo per colpa lieve.

Ma di quale responsabilità si sta parlando ???

Solo della responsabilità extracontrattuale, come sostengono alcuni commentatori, che fondano la loro tesi sul fatto che nella disposizione è richiamato solo l'art. 2043 che regola la responsabilità per fatto illecito ?

Se questa interpretazione sarà accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza la posizione processuale del medico sarà resa più agevole perché è noto che gli oneri probatori nel caso di responsabilità extracontrattuale sono sostanzialmente a carico di chi ne sostiene l'esistenza.

L'interpretazione che precede non appare, peraltro, sicuramente fondata perché occorre tenere presente che la giurisprudenza di merito e di legittimità ha da tempo ritenuto applicabile anche alla responsabilità per fatto del sanitario le norme previste nel codice civile per l'inadempimento delle obbligazioni e la responsabilità contrattuale, con tutte le relative conseguenze in punto riparto degli oneri probatori (e anche in relazione al tempo di maturazione della prescrizione del diritto azionato).

Appare strano, invero, che il legislatore abbia inteso escludere la possibile ricorrenza di una responsabilità contrattuale nel caso di si sta discutendo (e, quindi, contrastare quello che appare essere il diritto vivente) con il mero richiamo all'art. 2043 del codice civile contenuto in questa norma.

Se questa fosse stata realmente l'intenzione del legislatore, sarebbe stato probabilmente necessario manifestarla in un modo meno criptico e più manifesto, escludendo, per esempio, esplicitamente la possibile ricorrenza nel caso in esame della fattispecie della responsabilità contrattuale.

Il dibattito sul punto rimane allo stato certamente aperto.

Non appare, infine, del tutto chiara l'ultima parte di questa disposizione, laddove si invita esplicitamente il giudice a tenere in debito conto il comportamento tenuto in concreto dal sanitario, anche "*nella determinazione del risarcimento del danno*".

Vedremo come la dottrina e la giurisprudenza interpreteranno quest'ultima parte della norma, fermo restando che appare arduo pensare che vi possa essere in concreto una limitazione del danno risarcibile che deve pur sempre essere commisurato alle conseguenze dannose prodotte dal comportamento colpevole del sanitario.

4. L'art. 3, primo comma, della legge n. 189/12 non sembra avere soddisfatto le aspettative dei professionisti interessati e probabilmente non raggiungerà gli scopi che il legislatore aveva manifestato di voler raggiungere, tra cui quello, auspicabile, di ridurre la "*medicina difensiva*" che comporta anche inutili sprechi di pubbliche risorse.

In una situazione nella quale, per il medico, la difesa è più semplice nel campo penale per l'orientamento sempre più garantista tenuto dalla giurisprudenza anche in punto accertamento del nesso di causalità a partire della famosa sentenza

Franzese delle Sezioni Unite Penali della Suprema Corte, forse era auspicabile un più inciso e chiaro intervento legislativo nel settore civile della responsabilità professionale.

È, infatti, in sede civile che la difesa del medico è resa più difficile non solo per l'applicazione delle regole sulla responsabilità professionale, ma anche per il ricorso a presunzioni di colpevolezza a carico del medico, al quale finisce per essere addebitata anche la c.d. "causa ignota" (vedi, sul punto, la recente sentenza n. 17143/12, depositata il 9/10/12 della Cassazione, terza sezione civile).

Non a caso, quindi, il precedente testo contenuto nel citato D.L. Balduzzi, aveva sul punto un diverso contenuto, perché stabiliva : *"Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale"*.

Questo testo del decreto legge, poi modificato nel corso dei lavori parlamentari di conversione in legge, era finalizzato in un certo senso a cercare di escludere la responsabilità civile "per colpa lieve" del medico (o del professionista sanitario in generale) che cagioni un danno al paziente pur avendo tenuto una condotta conforme alle L.G. o alla B.P.A. nella comunità scientifica.

Una norma non certo risolutiva della complessa problematica della responsabilità medica, ma certamente un tentativo di limitare l'ampiezza della responsabilità civile dei sanitari e i connessi problemi di natura assicurativa, sempre più attuali.