

IN TEMA DI DOVERE TERAPEUTICO, COLPA MEDICA, E RECENTI RIFORME*

di Giovannangelo De Francesco

(Professore ordinario di diritto penale, Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. La posizione di garanzia del medico e la sua estraneità alla tematica della 'giustificazione'. - 2. Inadeguatezza delle logiche fondate sulla neutralizzazione dell'evento lesivo. - 3. La pluralità di 'alternative strumentali' nell'esercizio dell'arte medica e la verifica *ex post* della scelta conforme al dovere terapeutico. - 4. La correttezza del percorso terapeutico ed i suoi risvolti sulla salute del paziente. Contatti e differenze tra dovere di garanzia e regole di diligenza. - 5. Le linee-guida: contenuti e limiti funzionali, anche alla luce della disposizione di nuovo conio. - 6. Perizia ed imperizia nello specchio della recente disciplina e della valorizzazione del criterio dell' *extrema ratio*.

1. La recente normativa sulla responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie (l. 8.3.2017 n. 24), emanata in sostituzione del notissimo "Decreto Balduzzi" del settembre 2012, è destinata a rinnovare l'attenzione nei confronti di una tematica da sempre particolarmente controversa, e che, peraltro, malgrado l'impegno nel definire i risvolti penali dell'attività propria dei soggetti in questione, non può esimere dal rivolgere uno sguardo più penetrante ad alcuni interrogativi di fondo ancora in attesa di una risposta soddisfacente.

In primo luogo, è necessario tornare per un momento sulla questione inerente al fondamento sistematico dell'attività medico-chirurgica. Già in altri scritti dedicati all'argomento, si è avuto modo di osservare come questa non possa, ragionevolmente, essere ricondotta al fenomeno della "giustificazione". Invero, quest'ultimo dovrebbe presupporre che l'esercente l'attività sanitaria arrechi pur sempre un'"offesa" al destinatario del trattamento. Il che, tuttavia, sembra contrastare con il rilievo che il "dovere di garanzia" gravante sul professionista, in quanto rivolto alla tutela della salute, mal si concili con la qualificazione in termini di tipicità penale della condotta implicata dall'assolvimento di un simile obbligo: in sostanza, essendo il medico tenuto ad intervenire in favore del malato, è difficile comprendere il perché il suo comportamento dovrebbe considerarsi offensivo di quel medesimo interesse alla cui salvaguardia risulta finalizzata l'imposizione di quel dovere.

Né potrebbe obiettarsi che l'attività medica non potrebbe ricevere una valutazione positiva in caso di dissenso del paziente. In effetti, come in presenza di un consenso il medico deve intervenire, così, in sua assenza, egli deve invece astenersi dall'attività; di modo che appare ovvio che, in questa seconda eventualità, il fenomeno verrà ad esulare completamente dalla logica dell'obbligo di garanzia,

* Il presente scritto è dedicato a Francesco Palazzo

ponendosi alla stessa stregua della condotta di un *quivis de populo* che realizzi un'indebita ingerenza nell'altrui sfera giuridica, con l'effetto di dover sottostare a tutte le conseguenze che ne derivino. Per converso, una volta prestato il consenso, una volta che il dovere d'intervento torni ad affermarsi, il medico si dovrà impegnare a tutela dell'altrui salute, risultando questo l'unico bene da proteggere nei confronti del medesimo soggetto che quel consenso ha accordato.

Ad una simile ricostruzione è stato tuttavia replicato che – pur non potendo escludersi gli estremi di un'offesa - l'idea dell'obbligo a carico del medico potrebbe ben essere declinata nella prospettiva del riconoscimento dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 Cp*: di modo che dovrebbe dunque considerarsi preferibile la riconduzione dell'attività terapeutica alla logica della “giustificazione”, non potendo invero negarsi ch'essa denoti l'esistenza di un “conflitto di interessi”, in cui la sofferenza indotta dall'intervento sul corpo del malato risulta controbilanciata e resa lecita dall'adempimento dell'obbligo di garanzia rivolto a beneficio della salute.

Senonché, è agevole constatare come una soluzione del genere risulti, ancora una volta, contraddetta dalla natura stessa del fenomeno considerato. In effetti, pare difficile ipotizzare che il giudizio di liceità connesso all'adempimento del dovere possa fondarsi su di un bilanciamento tra beni della stessa specie, di cui sia titolare il medesimo soggetto. In verità, qualora il medico si sottraesse al proprio obbligo di garanzia, in modo tale da determinare un aggravamento delle condizioni del malato, sarebbe indubbiamente responsabile a titolo di lesioni personali: ed allora, come potrebbe costituire un fatto di lesioni quella condotta osservante del dovere di garanzia la cui mancanza dovrebbe, a sua volta, essere qualificata come lesione? Com'è possibile, in altri termini, che la medesima fattispecie venga, al contempo, a qualificare la condotta come tipica e a rappresentare il nucleo di riferimento finalistico del (preteso) dovere scriminante (come invece accadrebbe seguendo la tesi criticata, nel momento in cui essa qualifica come lesione la condotta che il medico deve tenere per non commettere una lesione)?

2. Il profilo essenziale che occorre ulteriormente approfondire concerne, semmai, il *contenuto* e la fisionomia del *dovere di garanzia* imposto all'operatore sanitario. Tale problema, per vero, non è stato sempre perfettamente impostato, a causa della tendenza – suggerita dal tenore normativo dell'art. 40 comma 2 Cp - a collegare la posizione del medico alla logica dell'impedimento dell'“evento” pregiudizievole posto a fondamento dell'obbligo. Una tendenza, in effetti, difficilmente compatibile con il rilievo secondo il quale il medico non è tenuto, a ben guardare, ad assicurare il “salvataggio” o la “guarigione” del paziente, ma soltanto a praticare un trattamento conforme alle regole più adatte alla cura del medesimo, od anche, qualora nessuna terapia risulti disponibile, a ridurre, quanto meno, le sofferenze del malato; in sostanza, dunque, l'obbligo di garanzia dovrà essere ricollegato a quanto – in rapporto alla patologia in atto, ed alle alternative di intervento prospettabili - era “possibile fare” (e si chiarirà meglio tra breve il significato di tale sintagma) per arginare l'aggravamento della patologia o comunque a garantire il miglior benessere del malato: nulla di meno, certo (onde sarebbe

incongruo che venga concesso trincerarsi *sic et simpliciter* dietro il rischio dell'insuccesso), ma anche nulla di più. Tutto ciò, anche a voler trascurare la circostanza che, specialmente oggi – di fronte all'incedere massiccio di attività mediche a carattere “plurisoggettivo” (talora, per di più, svolte in forma “diacronica”, come accade in maniera emblematica per i trapianti d'organo) – l'idea di un obbligo di salvare il paziente contrasta all'evidenza con il fatto che il singolo professionista, pur avendo il compito di svolgere il proprio ruolo in modo da “predisporre” le basi per un corretto intervento (anche) da parte degli altri operatori, non potrà essere, tuttavia, chiamato ad orientare e a condizionare il complessivo sviluppo della vicenda terapeutica.

Ma si faccia attenzione. Non si tratta qui di riproporre la classica distinzione tra obbligazioni di mezzi e di obbligazioni di risultato. Tale distinzione, invero – a parte il suo radicale ridimensionamento anche in sede civilistica – cela il rischio di un equivoco, che è opportuno dissipare. Il professionista in campo sanitario ha pur sempre il dovere di conseguire un risultato; se ha da effettuare una diagnosi, la dovrà svolgere in modo da assicurare una corretta rappresentazione del quadro clinico; così come, in un'operazione chirurgica, chi la esegua dovrà fare in modo di ultimarla senza determinare rischi ulteriori rispetto a quelli che ineriscono all'intervento praticato. Il c.d. “dovere terapeutico” si qualifica, insomma, alla stregua dello svolgimento di un compito che, date la circostanze, possa rivelarsi conforme al rispetto integrale delle *leges artis* maggiormente in linea con le condizioni e le aspettative del paziente.

3. Se così è, non ci può esimere, tuttavia, dall'approfondire l'indagine in merito ad alcune delicate questioni, anche per meglio precisare alcune affermazioni testé compiute. Parlando di *leges artis*, è quasi spontaneo il riferimento a quelle che fondano la valutazione della colpa; parlandone come espressione di un dovere collegato alle acquisizioni mediche più accreditate, viene spontaneo pensare alla categoria della “diligenza obiettivamente dovuta” quale primo gradino per accertare la presenza o meno di quella colpa.

Ebbene, a noi sembra che una siffatta illazione, per quanto non priva di motivazioni razionali, comporti, a sua volta, la necessità di un'ulteriore avvertenza. Il fatto è che, invocando le tematiche della colpa, si corre il rischio di porre alla base del fenomeno la verifica circa la possibilità di adottare al riguardo una valutazione necessariamente *ex antea*: quella valutazione, per l'appunto, che si è soliti considerare quale dato caratterizzante le “cautele” postulate dal relativo modello d'imputazione.

Senonché, a chi ben guardi, la contrapposizione tra il punto di vista *ex ante* e quello ricavabile *a posteriori* non appare – per quanto qui interessa – dotata di un particolare valore euristico. E' difficile negare, in effetti, che l'attività medica si rivela pur sempre caratterizzata da un'intrinseca pluralità di “alternative strumentali” a disposizione dell'operatore sanitario (come dovrà procedersi per curare un'ulcera? Operandola subito, somministrando farmaci, e quali, tenuto conto delle possibili

reazioni dell'organismo? E se i farmaci risultassero inefficaci, e l'intervento, tuttavia, si presentasse rischioso?).

Ebbene, una siffatta circostanza implica necessariamente il riconoscimento che il c.d. "dovere terapeutico" non può prescindere, ai fini dell'individuazione del suo contenuto, da una valutazione condotta *ex post*. L'esito di una certa strategia clinica, per vero, offre indicazioni essenziali – talora impossibili da apprezzare *a priori* – sulla validità di quella stessa strategia e, comparativamente, di altre che pur apparivano plausibili nel momento in cui il medico ha dovuto prendere una decisione sul caso concreto. Qualora, date le circostanze, la strada prescelta si sia dimostrata meno efficace rispetto ad uno di quei percorsi alternativi, sarà ben difficile negare che il dovere terapeutico sia stato concretamente disatteso. Viceversa, il dovere di garanzia potrà dirsi correttamente adempiuto quando le scelte adottate dal terapeuta abbiano condotto ai risultati più auspicabili, per il paziente, nella situazione data, in rapporto a quanto sarebbe probabilmente derivato da opzioni differenti. Così, la gravità delle conseguenze collaterali di un aggressivo approccio farmacologico potrebbe lasciar intendere che migliore sarebbe stato un trattamento più cauto, sicuramente destinato a non condurre a guarigione, ma almeno capace di mantenere stabile il quadro clinico complessivo. Potrebbe, per converso, riscontrarsi un apprezzabile miglioramento, quando, invece, agendo diversamente, o scegliendo di non agire, quell'affezione non sarebbe stata lenita, o (come si evince dall'analisi di alcune linee-guida pertinenti al settore), il fenomeno patologico sarebbe tornato ben presto ad affliggere il paziente. Si potrebbe, d'altronde, ipotizzare che a quel miglioramento – magari, ottenuto mediante un intervento chirurgico – si sia accompagnato un indebolimento dell'organismo, tale da imporre il ricorso ad altri farmaci forieri di disagi collaterali, ma questa volta moderatamente tollerabili. Non proprio una soluzione definitiva o un "recupero" duraturo a fronte delle alternative di cui si è detto: pur sempre la constatazione, tuttavia, che di tali alternative l'una poteva considerarsi migliore dell'altra, onde l'eventuale riconoscimento dell'osservanza, nel caso di specie, del "dovere terapeutico".

4. Le caratteristiche dell'attività medica – or ora poste in evidenza – mostrano, in definitiva, che la decifrazione *ex ante* del *quid agendum* può rivelarsi, almeno in molti casi, praticamente assai difficile ed impervia; e che dunque, se non si vuole che le predette "alternative" vengano considerate tutte egualmente valide (purché, come ovvio, non risultino palesemente irragionevoli!), oppure, data l'incertezza, tutte inadeguate (per il solo fatto di risultare opinabili), il metro di verifica *a posteriori* dovrà ritenersi pressoché indispensabile. D'altra parte, se tale premessa può considerarsi fondata, sembrerebbe derivarne, per converso, un ridimensionamento del problema contiguo inerente al profilo causale/impeditivo. Tale problema tende a restringersi e a "contrarsi", per così dire, in una logica di più intima correlazione del dovere con la fisionomia dei suoi risvolti teleologici: là dove, in effetti, tale dovere, pur valutato (necessariamente) *ex post*, viene ad apprezzarsi in funzione dell'adeguatezza delle regole modali che vi corrispondano nell'ottica di una – sia pur

limitata e parziale - riduzione dello stato di malessere in cui versa il paziente; dalla prospettiva di tipo “salvifico” si trascorre alla possibilità di far qualcosa mediante un percorso comparativamente più adeguato, in grado di dare magari più speranze, capace di concorrere ad un pur modesto miglioramento della qualità della vita. Il supposto “evento” da scongiurare riceve meglio il suo significato da quell’obiettivo che si cerca di perseguire, e che non vi si contrappone (radicalmente) come il positivo al negativo, ma come una conformazione di percorsi possibili, funzionali allo scopo nei limiti in cui si possa trarne comunque beneficio, anche se parzialmente o provvisoriamente (e persino, fruirne in quel “sucedaneo” estremo e senza futuro, che è rappresentato da un minor grado di sofferenze).

D'altronde, simili rilievi aiutano a comprendere quel nucleo di verità insito nell'affermazione – talora presente in dottrina – secondo la quale la c.d. regola obiettiva di diligenza, specialmente se declinata alla stregua della c.d. miglior scienza ed esperienza, condurrebbe ad avvicinare la tematica della colpa a quella della verifica in merito al rapporto causale. Ed invero, se non appare di per sé irragionevole l'obiezione rivolta a tale opinione, basata sul presupposto che il modello cautelare (qualunque “misura” si adotti) dovrebbe pur sempre collocarsi in una prospettiva *ex ante*, non pare incongruo affermare come tale rilievo sia destinato in certa misura a stemperarsi, laddove (come nel nostro caso) la fisionomia della regola lasci emergere uno scenario sistematico in cui prognosi e conferma *ex post* vengano a confluire in un apprezzamento valutativo in larga misura convergente e “sinergico”.

Né, d'altro canto, una simile prospettazione comporta il rischio che, nella verifica della responsabilità penale del medico, possa determinarsi un'attenuazione delle garanzie inerenti ad un addebito autenticamente “personale”. Invero, e proprio al contrario, l'imputazione del fatto non potrà prescindere da una valutazione incentrata sulle possibilità del singolo operatore di adeguarsi al predetto dovere terapeutico. Si rammenti quanto si è detto in merito all'atteggiarsi delle scelte disponibili *ex ante* alla stregua di una pluralità di “alternative strumentali” che l'arte medica, a causa della sua particolare complessità, porrà sovente di fronte agli operatori del settore. Ebbene, è proprio in quest'ottica, anche una volta ammessa e constatata la violazione obiettiva del dovere di garanzia, che verrà a delinearsi un margine di particolare ampiezza per decretare, eventualmente, la mancanza di colpa, per non essere stato il soggetto in grado di individuare o di praticare il percorso terapeutico maggiormente efficace.

Ne deriva, per logica conseguenza, che la tendenza rigorista – quale sovente è dato cogliere in giurisprudenza, grazie alla ben nota commistione tra oggettivo e soggettivo operata alla stregua del “senno di poi” – appare radicalmente contraddetta proprio da quanto siamo venuti affermando. Una cosa è il dovere di garanzia e le modalità per adempierlo, altra cosa è la colpa, valutata nell'ottica della capacità personale – da riconoscere con la dovuta accortezza e parsimonia – di adeguarsi a quelle modalità: capacità che potrà di fatto venire a mancare anche in soggetti, bensì specializzati nel ramo, ma tuttavia messi pur sempre in difficoltà da quell'alternatività, da quell'ambiguità, da quella parziale insondabilità *a priori* degli scenari (non di rado, anche in fase diagnostica) che fanno da corredo alla necessità

di “metter mano” su di una realtà composita e aperta a mille possibili “contraccolpi” e reazioni di varia natura qual è rappresentata dall’organismo umano.

5. Una volta ammesso tutto ciò, sorge peraltro l’interrogativo più inquietante. Quale soluzione dovrà considerarsi più adeguata a stornare il rischio che la valutazione della colpa possa prestarsi alla tentazione di un giudizio sommario ed approssimativo?

Ed in effetti, dato che la gamma “alternativa” di soluzioni *ex ante* prospettabili rende particolarmente difficile la scelta rimessa all’operatore sanitario, tale circostanza contribuisce a rendere difficile anche la scelta del giudice nel ricostruire il quadro di quanto poteva richiedersi, ragionevolmente, a tale soggetto laddove il dovere terapeutico non risulti obiettivamente soddisfatto; si era il medico “aggiornato”, nei limiti del possibile, circa i metodi da seguire per certi tipi di diagnosi, aveva egli avuto, in passato, una sufficiente esperienza di fattori di rischio di pur rara verificaione, avrebbe egli dovuto, in ipotesi, ordinare altre analisi cliniche, oppure consultare altri specialisti, raccogliere con maggiore puntigliosità i dati anamnestici, astenersi dal somministrare certi tipi di farmaci, etc.? “Medico” del malato e “medico” dell’imputato lasciano affiorare una diade, una “coppia” di esperti parimenti gravati, *mutatis mutandis*, di compiti estremamente impegnativi e difficili da assolvere.

E’ proprio a questo punto, a ben guardare, che può allora spiegarsi il sorgere e l’affermarsi dell’idea di valorizzare le c.d. linee-guida o consimili *vademecum* tecnico-scientifici. A ben vedere – e diversamente da quanto potrebbe sembrare ad un primo approccio – le linee-guida non incarnano, come pur da molti ritenuto o quanto meno auspicato, la perenne aspirazione a dettare in maniera vincolante e “tassativizzante” delle regole obiettive di sicura affidabilità. E’ questa l’“eterna illusione” del penalista-garantista, il quale vorrebbe – forte dell’esperienza della c.d. “colpa specifica” – veder realizzato uno scenario puntuale e dettagliato dei confini di ciò che è “permesso” per non incorrere in un addebito di colpa. E’ un penalista, all’apparenza, sensibile ed avveduto, ma, in realtà, sostanzialmente ingenuo o troppo influenzato da preoccupazioni d’indole “difensiva”. Le linee-guida, non solo quelle attualmente disponibili, ma anche quelle, migliorate e aggiornate, che potrebbero sostituirle – a prescindere, per di più, è il caso di notarlo, da qualsiasi pur solenne riconoscimento “ufficiale” delle medesime, come vorrebbe la nuova legge – non sono in grado di conseguire quell’obiettivo. Se si scorrono le formule e le indicazioni in esse ricomprese, nessun dubbio può sussistere sul fatto che il loro tenore non è ultimativo e rigorosamente tassativo; frequente in esse è il richiamo ad una certa dose di opportunità o di convenienza, a seconda delle circostanze, di una soluzione rispetto all’altra, per non parlare poi dell’esposizione di certi metodi o pratiche d’intervento sotto forma di “suggerimenti” e di consigli, talvolta di opposto tenore in funzione di numerose variabili legate all’età, alle condizioni generali del paziente, all’“entità” del fenomeno (a sua volta da apprezzare grazie ad un nugolo di sintomi di cui le stesse “guide” riconoscono la possibile ambiguità), alla stessa coesistenza di opinioni e di elaborazioni tecnico-scientifiche solo parzialmente coincidenti.

E' inevitabile che ciò accada – come si desume anche dalla ricca elaborazione giurisprudenziale (la quale, pur non di rado criticabile, significherà pure qualcosa) - e la stessa recente legge ne dà sostanzialmente atto, quando evoca la necessità che dette regole, per quanto “definite” ai sensi di legge, «risultino adeguate alle specificità del caso concreto». Un inciso, peraltro, che non merita di essere particolarmente enfaticizzato, se è vero, com'è vero – e come quanto si è or ora osservato dovrebbe confermare – che le stesse linee-guida non pretendono di dettare un percorso unidirezionale, ben consapevoli della circostanza che in caso contrario non rivestirebbero più il carattere di una “guida”, bensì di un binario fisso ed imm modificabile, ad onta dei possibili ‘costi’ per la salute che proprio tale vincolo assoluto potrebbe determinare.

6. Peraltro, mette conto ribadire, a scanso di possibili equivoci, come un simile riferimento alle specificità del contesto non implichi che il dilemma circa la possibile scelta da adottare debba considerarsi automaticamente risolto. Ci si perdoni la ripetizione: in una prospettiva *ex ante*, l’“alternatività” dei percorsi strumentali non permette sempre di optare per ‘la’ soluzione ottimale; se le linee-guida, anche in forza della suddetta precisazione, sembrano destinate – grazie al fatto di trasmettere delle indicazioni scientificamente e tecnicamente aggiornate - a fornire pur sempre uno strumento di “riduzione della complessità”, resta tuttavia incontestabile il rilievo che assai difficilmente esse potranno, al momento della condotta, fungere sempre da volano per la soluzione più confacente al “dovere terapeutico”. Tali indicazioni potranno certo consentire – per l’operatore che le utilizzi con attenzione e discernimento – di invocare a proprio favore l’avvenuto adeguamento a canoni di riconosciuto prestigio e competenza professionale; ma tale circostanza potrà appunto influire, se del caso, unicamente su di una congrua riduzione delle possibilità di un addebito per colpa: salva l’ipotesi, beninteso, che, com'è nella logica della scansione sistematica finora illustrata, non si possa arrivare a riconoscere, già in partenza, l’obiettivo osservanza del vero e proprio dovere terapeutico.

Guardata in quest’ottica, la soluzione interpretativa – per lo meno quella che potrebbe derivare da una prima valutazione circa i contenuti della nuova legge – sembra destinata sostanzialmente a capovolgersi. Non sono le linee-guida, per quanto accreditate e rafforzate da un più solido riconoscimento per legge, a segnare obiettivamente il percorso *non plus ultra*; piuttosto, ad evitare (tra l’altro) l’ossimoro di un’“imperizia” connessa all’osservanza di indicazioni che proprio la “perizia” nell’arte medica dovrebbero esprimere, risulta congruo riferire quest’ultime al momento della colpevolezza, e della colpa in particolare. Esse accrescono, secondo gli auspici della nuova legge, la possibilità di “discolparsi” (per chi vi abbia fatto affidamento), nonostante che, ad una valutazione obiettiva, la condotta possa rivelarsi non conforme a quella perizia che l’osservanza delle migliori *leges artis* avrebbe condotto a porre all’altezza del dovere terapeutico. Ed inoltre: il riferimento alla (sola) imperizia non pare meritevole di essere sopravvalutato. Ci soccorre il rilievo a suo tempo formulato da un penalista del calibro di Filippo Sgubbi, che aveva ben intuito – sia pur seguendo una prospettiva parzialmente diversa da quella che

abbiamo adottato – la connessione tra posizione di garanzia e regole funzionali alla sua implementazione: «allorché la regola la cui trasgressione si qualifica come “negligenza” afferisce ad una posizione» di garanzia – tanto più nel campo della professione medica - «essa trasgressione assume sempre i connotati di una “negligenza qualificata”, coincidendo così totalmente con l'imperizia».

Per concludere: un passo indietro od un progresso rispetto al ‘Decreto Balduzzi’? In uno scritto dedicato a quest’ultimo avevamo notato com’esso lasciasse emergere un’equiparazione – nel segno della mancanza di “tipicità” – tra l’assolvimento del dovere terapeutico e l’osservanza delle linee-guida, tenendo conto della particolare difficoltà (che pure in questa sede si è ribadita e che era allora evocata dal richiamo alla “colpa lieve”) che può delinearsi nel valutare *ex ante* la soluzione “alternativamente” preferibile. La tesi potrebbe essere ancor oggi riproposta, evitando di sovrastimare il dato puramente letterale della mancanza di “punibilità” degli esercenti la professione sanitaria. Nel segno di un progetto di *extrema ratio* – così finemente coltivato negli studi di Francesco Palazzo (anche) in relazione al tema della responsabilità penale del medico – non pare, francamente, censurabile una visione più duttile e “politicamente” sensibile rispetto a quella condizionata dalla ‘tirannia’ soffocante delle partizioni logico-formali.