

## **Responsabilità per colpa medica dell'esercente la professione sanitaria, consenso informato e trattamento medico arbitrario**

La Legge n. 24 del 2017 (cd. legge "Gelli-Bianco") ha introdotto nel codice penale l'art. 590Sexies avente ad oggetto la nuova disciplina della responsabilità penale colposa per morte o lesioni in ambito medico.

Preliminarmente alla trattazione dell'iter giurisprudenziale susseguente all'introduzione di suddetta normativa, risulta opportuno procedere ad una breve disamina della disposizione in materia, previgente alla L. n. 24\2017, contenuta nell'articolo 3 del d.l. n. 189 del 2012 (cd. decreto "Balduzzi").

Nell'ambito delle conseguenze penali derivanti, si poneva una distinzione sulla base dell'esito dell'attività stessa.

In particolare, in caso di esito fausto, la sentenza "Massimo" n.5639\1992, prevedeva la configurabilità di una responsabilità penale in capo al medico a titolo di lesioni dolose ex art. 582 c.p., non rilevando lo scopo curativo; altro successivo indirizzo giurisprudenziale affermava con la sentenza "Firenzani" n.2041\2001 che al medico era ascrivibile una responsabilità colposa, risultando l'attività medica non idonea a ledere, ma ad eliminare una patologia.

Infine, a risolvere il contrasto giurisprudenziale, interveniva la sentenza "Giulini" n.2437\2009, disponendo che non integra il reato di lesione personale, la condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* si sia concluso con esito fausto (sentenza Crotti → non rileva l'esito dell'intervento).

Viceversa, nel caso di esito parzialmente infausto, si incorrerebbe in responsabilità per lesioni dolose ("Massimo") e per lesioni colpose nel caso dell'ipotesi prevista dalla sentenza "Firenzani".

In ultimo, in caso di esito infausto dell'intervento si prevedeva la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p. ("Massimo") ovvero di omicidio colposo ("Firenzani").

Infine, secondo quanto stabilito dalla sentenza Crotti, l'assenza di consenso al trattamento terapeutico, non maliziosamente procurato, non è idoneo a fondare la responsabilità del medico a titolo di lesioni personali volontarie.

La mancanza di consenso non è nemmeno, di per sé, idonea a fondare una responsabilità colposa in caso di esito infausto.

Ciò ovviamente, a condizione che l'iniziativa del sanitario non si accompagni a una condotta qualificabile come colposa in quanto violatrice di regole cautelari e sulla base di criteri di valutazione della colpa medica; in tal caso, sarà proprio la violazione di regole cautelari e non la mancanza di consenso in quanto tale ad assumere rilievo. L'obbligo di acquisizione del consenso informato non costituisce, infatti, una regola cautelare, trattandosi, viceversa, di obbligo imposto per consentire la partecipazione libera e consapevole del paziente al programma terapeutico che lo riguarda e

dunque la sua inosservanza da parte del medico non può costituire un elemento per affermare la responsabilità a titolo di colpa di quest'ultimo, a meno che la mancata

sollecitazione del consenso gli abbia impedito di acquisire la necessaria conoscenza delle condizioni del paziente medesimo. (Cass. Sez. V, n.16678\2016)

La Legge n. 24 del 2017 (cd. legge "Gelli-Bianco") ha introdotto nel codice penale l'art. 590Sexies avente ad oggetto la nuova disciplina della responsabilità penale colposa per morte o lesioni in ambito medico.

La norma suddetta prevede, dunque, che qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto. Il principale elemento di novità introdotto nell'ordinamento da quest'articolo, pertanto si rinviene in una causa di esclusione della punibilità del sanitario nei casi specifici previsti da citato secondo comma.

Orbene, la norma ex art. 590 sexies c.p., inserita nel codice di rito dall'art. 6 c.1 L. n. 24\2017, disciplina la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario.

Suddetta norma esclude l'imputazione soggettiva a titolo di dolo in quanto non si vuole cagionare la morte, la non configurabilità del profilo della preterintenzione, in quanto non si tratta di atti diretti a ledere; ed infine l'assenza di responsabilità colposa, dato l'obbligo del consenso preventivo, non già considerato regola cautelare (sentenza Crotti).

Invero, l'imputazione soggettiva a titolo di colpa sarebbe ascrivibile in relazione all'ipotesi di colpa professionale, in conseguenza di una condotta imperita da parte dell'esercente la professione sanitaria, quale l'omissione di procedure diagnostiche.

I dubbi interpretativi, in relazione al corretto ambito di applicazione dell'art. 590 sexies c.p. hanno inevitabilmente visto contrapporsi nella giurisprudenza di legittimità due diversi orientamenti.

Un primo indirizzo ha ritenuto che la normativa si riferisca ad eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate.

Perché sia esclusa la responsabilità si richiede, altresì, che le linee guida siano appropriate rispetto al caso concreto, viceversa, pertanto, nell'eventualità in cui non lo siano, e siano, quindi, da disattendere, la disposizione di cui all'art. 590 sexies c.p. non rileva e trova applicazione la disciplina generale sugli artt. 589, 590 c.p. (Cass., sez. IV, n. 28187\2017)

Orbene, si focalizza l'attenzione sul rispetto delle *leges artis*, ove ai fini della non punibilità risulta necessaria la corretta ed adeguata scelta delle stesse in relazione al caso concreto.

Viceversa, altra pronuncia è intervenuta sostenendo che è da considerarsi non già l'imperizia in eligendo, ma in executivis, ovvero linee guida scelte in modo corretto, ma applicate erroneamente; rimanendo altresì, fuori dall'ambito di applicazione della non punibilità le altre due forme di colpa, negligenza ed imprudenza, atteso che l'art. 590 sexies c.p. si riferisca soltanto all'imperizia, ovvero alla colpa professionale. (Cass., sez. IV, n. 50087\2017)

Risulta, pertanto possibile l'ipotesi in cui vengano rispettate le linee guida perché idonee al caso concreto, ma che ricorra un'imperizia nell'esecuzione.

La non punibilità, dunque, troverebbe applicazione solo in caso di errore avvenuto nella fase esecutiva del trattamento medico, permanendo, invece, rilevanza penale nelle ipotesi di errata scelta delle linee guida da seguire in relazione alla specificità del caso concreto (imperizia in eligendo).

Orbene, al fine di dirimere il contrasto sorto in materia, sono intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sostenendo che un importante presupposto per l'operatività della causa di non punibilità, è quella di versare, il sanitario, nella situazione di aver cagionato per colpa da imperizia, l'evento lesivo o mortale, pur essendosi attenuto alle linee guida adeguate al caso di specie. L'errore non punibile, inoltre, non può riguardare la fase della selezione delle linee guida.

Non sarà dunque configurabile una responsabilità penale in capo al medico che segue correttamente le linee guida ma sbaglia ad attuarle per imperizia dovuta a colpa lieve. (Cass., S.U., n. 8770\2018)

Ne consegue, dunque, che la sola possibilità interpretativa residua di non punibilità del sanitario non può che indirizzarsi, non tanto sulla fase della selezione, bensì su quella attuativa delle linee guida.

In conseguenza, l'esercente la professione sanitaria può rispondere per colpa quando: la sua condotta risulta imprudente o negligente, o, nel caso di imperizia, ove il caso concreto non è regolato da linee guida o buone pratiche, ovvero infine nel caso di colpa grave da imperizia in executivis.

Con specifico riguardo, in particolare, al trattamento medico arbitrario nonché al consenso non adeguatamente informato occorre procedere ad una breve disamina. Ove il trattamento medico arbitrario integrerebbe un'ipotesi di mancanza di consenso, ovvero di consenso non adeguatamente informato, configurando una responsabilità ex artt. 589, 590 c.p., colposa da imprudenza o negligenza, la fattispecie ex art. 590 sexies integrerebbe un'ipotesi puramente di colpa da imperizia, ovvero di colpa professionale per mancato rispetto delle linee guida, nonché regole cautelari, ovvero raccomandazioni, a norma del c.2 art. 590 sexies c.p.

Orbene, l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità e validità del trattamento medico chirurgico, rendendo, così, lecita un'attività che altrimenti non lo sarebbe. Nell'ambito, dunque, di attività

probabilmente mortali, il consenso non può avere ad oggetto il bene vita, in quanto rientrante nella categoria dei diritti assolutamente indisponibili.

A ben guardare, il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua determinazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporale, le quali sono tutti profili della libertà personale e della tutela alla salute, proclamati inviolabili dagli artt. 2,13,32 Cost.

In tal senso, dunque, il consenso si configura come ipotesi di causa di giustificazione basata su un fondamento costituzionale.

Tuttavia, nel caso in cui l'attività medico chirurgica venga esercitata in mancanza di consenso dell'avente diritto, ovvero con consenso prestato per un intervento diverso,

ovvero in presenza di un esplicito dissenso o in assenza di un consenso non adeguatamente informato, si versa nell'ipotesi di trattamento medico arbitrario. Inoltre, ai fini della configurabilità di tale fattispecie è necessario il rispetto da parte del medico delle *leges artis* e l'assenza di una causa di giustificazione quale lo stato di necessità o l'adempimento di un dovere.