

## **Guidelines and their effect on medical negligence**

### **Abstract**

*It is contrary to common sense to speak about a medical criminal liability. The doctor works for the purpose of the patient's health and it is absurd, at the same time, is liable for the damage to his physical integrity. In this direction it is very important the new provision in the law 189/2012 which gives a restrictive effect of criminal responsibility to comply with the guidelines by the physician.*

### **Le linee guida e i loro effetti sulla colpa penale medica.**

Quello della responsabilità penale del medico è un settore che va affrontato oggi con molta delicatezza e attenzione, e questo per molte buone ragioni.

Una di queste è che già il semplice parlare di responsabilità penale del medico, almeno con riferimento alle ipotesi colpose, sembra stridere con il comune buon senso. Risale a parecchi anni orsono una descrizione molto efficace di questo paradosso che evoca l'immagine di una professione finalizzata a fare il bene e, tuttavia, troppe volte sul banco degli imputati per la lesione dell'integrità fisica del paziente.

Senza alcun sofisma, è necessario evidenziare questo forte scollamento tra la realtà delle cose guardata con gli occhiali del buon senso e la disciplina che la nostra legge stabilisce per determinati accadimenti. Un simile rilievo, tuttavia, per importante e significativo che sia, non toglie nulla al problema ma, anzi, semmai lo acuisce. Quel che occorre per far pace con la realtà è piuttosto una modificazione delle norme.

Questa breve premessa già consente di cogliere il senso e la portata della disposizione introdotta con l'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi in materia sanitaria, convertito con la legge 189 del 2012, in base alla quale *“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”*.

Il primo dato che emerge è proprio il riferimento espresso alla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria e la sua “limitazione” ai soli casi di (dolo) e colpa grave. E' corretto quindi affermare che la nuova norma rappresenta proprio quella modificazione del diritto (o quanto meno

di una parte) necessaria a superare il divario tra la legge e la realtà, anche e soprattutto considerando che sono proprio i reati colposi il vero problema da risolvere (sia perché sono quelli normalmente contestati ai medici, sia perché una condanna fondata sull'imperizia può produrre sulla reputazione del medico pregiudizi particolari).

Una valutazione d'insieme sembrerebbe portare ad un apprezzamento positivo per la riforma, considerandone lo spirito, le intenzioni ed il fatto che, come affermato di recente dalla Corte di Cassazione, si è di fatto attuata una vera e propria depenalizzazione dei reati colposi commessi dal medico con colpa lieve.

Volendo approfondire, tuttavia, la formulazione della norma presta il fianco a molte obiezioni. A questo riguardo, basti ricordare che con ordinanza del 21 marzo 2013 il tribunale di Milano ha sollevato la questione di illegittimità costituzionale della norma in questione sulla base, in verità, di molte ragionevoli argomentazioni, la più efficace delle quali è probabilmente quella dell'estrema genericità e vaghezza del riferimento alle linee guida.

Più nel dettaglio, il discrimine tra il lecito e l'illecito sta prima di tutto nel rispetto o meno delle linee guida e delle buone pratiche accreditate presso la comunità scientifica.

Già il significato dell'espressione utilizzata non è di immediata comprensione. Ancora una volta, il comune buon senso, vorrebbe che, date delle linee guida e accertata la loro osservanza, il giudizio di responsabilità debba essere necessariamente negativo. La realtà, tuttavia, è un'altra, e cioè che di linee guida ce ne sono molte e di molti tipi.

In sostanza, posto che le linee guida rappresentano una serie di indicazioni, generiche e non specifiche, direttive di massima più che precetti, che indirizzano l'attività del medico in alcuni casi, è pur vero che uno stesso fenomeno può esser trattato in modo diverso da linee guida regionali, nazionali, europee e così via. Alla base di queste direttive, infatti, stanno ovviamente degli studi e delle ricerche le quali, giocoforza, risentono di una serie di fattori quali la provenienza dei fondi impiegati, gli interessi della committenza, il metodo utilizzato e la sua oggettività. Va da sé che a seconda del parametro preso in considerazione potranno quelle linee guida essere considerate più o meno attendibili.

Queste considerazioni sono state espresse dalla Corte di Cassazione che, nella prima sentenza applicativa della nuova disposizione (Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 268), con spirito costruttivo ha cercato di interpretare la norma valorizzandone il significato piuttosto che abbandonarsi ad una mera critica di essa. Più in particolare, la Suprema Corte ha valorizzato quel requisito dell'accreditamento delle linee guida presso la comunità scientifica per valutare la

condotta del medico. Non ogni linea guida, in sostanza, esonera da responsabilità, ma solo quelle che godono di un certo grado di apprezzamento e condivisione presso la comunità scientifica, evidenziando la figura del medico come professionista attento al sapere scientifico che connota la sua professione.

Il grado di condivisione delle linee guida concretamente osservate sarà l'oggetto di un accertamento compiuto dal giudice penale che inevitabilmente si avvarrà dell'aiuto di esperti i quali, in verità, non saranno chiamati a rendere soltanto la loro autorevolissima opinione su come l'imputato avrebbe potuto o dovuto agire ma soprattutto se il modo in cui egli ha concretamente operato sia la rappresentazione di modalità tecniche accreditate presso la comunità dei medici.

Ove il medico abbia rispettato linee guida o buone pratiche di questo genere andrà esente da responsabilità penale per colpa lieve e con riguardo ai reati colposi di volta in volta contestati.

Sul punto si impone una precisazione. Perché si produca l'effetto di esenzione da responsabilità è necessario che l'evento lesivo in concreto verificatosi sia stato causato proprio dal comportamento del medico rispettoso delle linee guida, ovvero che sia stato determinato proprio dal comportamento conforme a quelle regole di perizia ivi contenute.

Le linee guida, in effetti, contenendo regole tecniche, limitano la responsabilità del medico solo quando questa sia dovuta ad imperizia e non invece anche nei casi di negligenza e imprudenza. Il medico, infatti, è chiamato in ogni caso a tenere un comportamento ispirato a diligenza e prudenza ed in caso di inosservanza di questi due canoni fondamentali risponderà sia in caso di colpa grave che in caso di colpa lieve.

Esemplificando, qualora il medico abbia agito nel pieno rispetto delle regole di perizia poste dalle linee guida ma nel corso del trattamento medico si sia allontanato lasciando il paziente alle cure di un infermiere, è evidente che, qualora si verifichi una complicazione in questa fase ed il paziente ne ricavi una lesione, quest'ultima sarà oggettivamente riferibile all'imprudenza o alla negligenza del medico, non avendo nulla a che fare con il rispetto delle linee guida (questo caso è stato concretamente affrontato proprio dalla Cassazione nei mesi scorsi trattando dell'ipotesi di un medico ginecologo che aveva lasciato la partoriente alle cure della sola ostetrica allontanandosi dalla sala operatoria).

Allo stato attuale, pertanto, è possibile concludere affermando come il rispetto delle linee guida sia consigliabile, rappresentando in una certa misura un indizio dell'assenza di colpa, per riprendere le affermazioni della Corte di Cassazione, anche se è pur sempre necessario che il medico, in quello

spazio valutativo personale e professionale rappresentato da “scienza e coscienza”, valuti pur sempre se il suo operato sia o meno in linea con le migliori prassi adottate nel mondo sanitario.

Nell’attesa che la Corte Costituzionale si pronunci sulla costituzionalità della disposizione commentata non si può comunque fare a meno di rilevare come lo spirito costruttivo che ha animato la Cassazione sia sicuramente condivisibile anche se, e questa volta ci sia concesso un margine di critica, bene farebbe il legislatore a ripensare seriamente ed organicamente al problema, evitando di consegnare il destino del medico a margini troppo ampi di discrezionalità tecnica del giudice e imboccando la strada di una radicale eliminazione della responsabilità penale colposa del medico.

Avv. Natale Callipari