

Colpa professionale medica

# La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva

Cassazione penale, Sez. IV, 1 febbraio 2012 (ud. 22 novembre 2011), n. 4391 - Pres. Marzano - Rel. Blaiotta - Imp. D.L.M.

**In tema di colpa professionale del medico, l'art. 2236 c.c. può trovare considerazione quando il caso specifico sottoposto all'esame del sanitario imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà e ciò non in ragione di una diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.**

@ Il testo integrale della sentenza è disponibile su: [www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso](http://www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso)

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conformi</b>	Cass., Sez. IV, 26 aprile 2011, n. 16328, in <i>Riv. it. med. leg.</i> , 2011, 859 s.; Cass., Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, in <i>Ced Cass.</i> , 237875.
<b>Difformi</b>	Cass., Sez. IV, 21 aprile 2006, n. 21473, in <i>Ced Cass.</i> , 234414.

## Il commento di Cristiano Cupelli (\*)

Al direttore sanitario di una comunità terapeutica è ascritto un addebito colposo, fondato su una condotta omissiva: la mancata adozione di misure atte ad impedire il suicidio di un paziente schizofrenico ricoverato nella struttura. Il caso da cui la sentenza in commento prende le mosse consente una riflessione su una serie di questioni cruciali della responsabilità colposa dello psichiatra (e, più in generale, del diritto penale della medicina): dalla esatta delimitazione della posizione di garanzia (soprattutto con riferimento all'obbligo di impedire atti autoaggressivi del paziente) ai limiti di prevedibilità di quei fattori potenzialmente premonitori del suicidio. L'occasione è altresì utile per tornare a riflettere sulla possibilità di un ingresso della colpa grave ex art. 2236 c.c. nell'ambito della responsabilità penale del medico e per una adeguata considerazione dei fattori contestuali e dell'urgenza terapeutica attraverso una rivalutazione della cd. misura soggettiva della colpa.

### Il caso

Un paziente, affetto da schizofrenia di tipo paranoide e degente di una comunità terapeutica protetta, veniva rinvenuto al suolo con gravi lesioni personali a seguito della caduta da una finestra della struttura. Ricoverato in ospedale, decedeva a causa di affezione polmonare. Il direttore sanitario della casa di

cura è condannato per omicidio colposo, per avere omesso, quale garante, di adottare misure atte ad impedire il suicidio del paziente ed in particolare: a) di

### Nota:

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

predisporre una adeguata vigilanza da parte del personale; b) di prescrivere una terapia farmacologica appropriata ed accorgimenti atti ad impedire l'accesso dei pazienti alle finestre dei locali in cui erano ospitati; c) di trasferire il paziente in un presidio sanitario in grado di apprestare una adeguata terapia, ravvisandosi addirittura la possibilità di richiedere un trattamento sanitario obbligatorio.

Entrambi i giudici di merito, trovando il sostanziale avallo in sede di legittimità, hanno attribuito la precipitazione ad un gesto autolesivo. Tuttavia, non si è riusciti ad escludere con appagante certezza la riconducibilità dell'evento ad una caduta accidentale o ad un tentativo di evasione dalla struttura, all'interno della quale il degente temeva di essere avvelenato (tanto da rifiutare, nell'ultimo periodo, di alimentarsi e di sottoporsi alle terapie).

Va peraltro subito precisato che, risalendo i fatti al gennaio 2003, la Cassazione, nella sentenza in commento, non ha potuto far altro che pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio per intervenuta prescrizione; ciò nondimeno, i giudici di legittimità non hanno mancato di affrontare questioni sostanziali, onde vagliare la possibilità - qualora ne avessero ritenuto sussistenti le condizioni - di emettere sentenza liberatoria nel merito.

Le questioni toccate, talora solo incidentalmente, rappresentano gli snodi rilevanti del diritto penale della medicina, ed in particolare di quella sua peculiare branca che è la psichiatria: dai limiti della posizione di garanzia dello psichiatra, soprattutto con riferimento all'obbligo di impedire atti autoaggressivi del paziente, alla necessità di muovere da una esatta descrizione dell'evento concreto, per le sue evidenti ricadute sull'accertamento del rapporto di causalità e sulla valutazione del comportamento doveroso omesso (1). Ma i maggiori spunti problematici - anche per il risalto che la stessa Cassazione ne dà sul piano motivazionale - attengono alla verifica del rimprovero colposo ed alla possibile incidenza di una considerazione della colpa grave (e dell'art. 2236 c.c.), non solo ai fini dell'apprezzamento della misura oggettiva, ma anche per un tentativo di (ri)valutarne la misura soggettiva.

### Posizione di garanzia e rischio consentito in psichiatria. Cenni

Nel processo di accertamento della responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, è noto che la prima verifica da compiere concerne la titolarità - nel nostro caso in capo al direttore sanitario - di un obbligo giuridico di impedire l'evento, e cioè la morte del paziente, *quella* morte del paziente, così

#### Nota:

(1) Sul tema della responsabilità penale dello psichiatra v. M. Romano - F. Stella, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente; aspetti penalistici e costituzionali*, in questa *Rivista*, 1973, 388 s.; F. Introna, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 13 s.; A. Fiori, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, *ivi*, 1982, 542 s.; U. Fornari, *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 332 s.; *Id.*, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 1997, 614 s.; G. Canepa, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, 19 s.; B. Montalto, *Primi lineamenti della responsabilità professionale degli psicoterapeuti ad indirizzo psicoanalitico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1050 s.; G. Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, II, 107 s.; *Id.*, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, in AA.VV., *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, A. Manacorda (a cura di), Perugia, 1989, 195 s.; A. Manacorda, *Responsabilità dello psichiatra per il fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*, in *Foro it.*, 1988, 118 s.; F. Bricola, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in AA.VV., *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, cit., 137 s. (ed anche in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, vol. I, Milano, 1997, 1627 s.); N. Mazzacuva, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: la responsabilità a titolo di colpa*, in AA.VV., *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, cit., 215 s.; G. Giusti, *La responsabilità civile e penale dello psichiatra*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psicologia forense*, F. Ferracuti (a cura di) XIV, Milano, 1989, 57 s.; G. Insoleira, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, in *Ind. pen.*, 1990, 775 s.; P. Girolami - S. Jourdan, *Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle "obligations de sécurité" e degli "obblighi di protezione"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 60; M. Maspero, *Mancata previsione di evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un "Fuzzy set" o rilevazione di un ossimoro?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 913 s.; *Id.*, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 777 s.; Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. II. I delitti colposi*, Padova, 2003, 338 s.; M. Zanchetti, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 2859 s.; A. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi esemplari di responsabilità ex art. 40, comma 2, c.p.*, in questa *Rivista*, 2004, 1395 s.; F. Giunta, *La responsabilità professionale*, in AA.VV., *Guida all'esercizio professionale per i medici-chirurghi e gli odontoiatri*, Torino, 2006, 448; G. Marra - S. Pezzetto, *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla legge n. 180 del 1978*, in *Cass. pen.*, 2006, 3429 s.; G. Marra, *Un caso di responsabilità penale dello psichiatra per l'omicidio commesso dal suo paziente*, *ivi*, 2008, 2609 s.; R. Fresa, *La colpa professionale in ambito sanitario. Responsabilità civile e penale - Consenso informato - Colpa e nesso causale - Casistica e giurisprudenza*, Torino, 2008, 469 s.; R. Zannotti, *La responsabilità penale dello psichiatra e dello psicologo*, in AA.VV., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da G. Giusti, vol. IX Aggiornamento, Padova, 2008, 481 s.; F. Cingari, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 440 s.; Piras - C. Sale, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, in *Cass. pen.*, 2010, 1471 s.; G. Montanari Vergallo - Frati - M. Gulino - N. M. Di Luca, *La responsabilità dello psichiatra per le condotte auto ed etero aggressive del paziente: tra il non ancora e il non più*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 79 s.; nonché, da ultimo, i contributi raccolti nel volume a cura di G. Dodaro, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011.

come in concreto verificatasi. Tanto più che, nell'esame della responsabilità penale per eventi auto ed eteroaggressivi del paziente psichiatrico, ed in termini più generali sul terreno dell'illecito omissivo improprio, il profilo della colpa si lega in maniera osmotica all'esatta delimitazione del contenuto della posizione di garanzia (2): le regole di condotta a contenuto precauzionale rilevanti ai fini dell'imputazione colposa, infatti, hanno sempre come presupposto e limite i doveri del medico, al quale «non si può chiedere in misura di diligenza, prudenza e perizia, più di quanto egli non sia tenuto a fare in posizione di garante» (3).

Non è in discussione che il direttore sanitario della comunità terapeutica, che per legge è obbligatoriamente un medico, rivesta una posizione di garanzia (a carattere terapeutico) penalmente rilevante nei confronti del suo paziente, la tutela della cui salute mentale gli è affidata. Il dubbio, semmai, sorge con riferimento al contenuto di siffatta posizione (4), dal momento che i beni devono essere tutelati anzitutto dal pericolo nascente da comportamenti dello stesso destinatario della tutela, con il sovrapporsi quindi di vincoli protettivi e doveri di controllo (5). Così, l'obbligo giuridico risulta al contempo potenzialmente qualificabile come obbligo: a) di controllo (essendo il paziente affetto da schizofrenia equiparabile a fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante avrebbe il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi) (6); b) di protezione (del paziente medesimo, soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per sé, che possono giungere sino al suicidio) (7); c) di controllo e protezione (sommando i due obblighi precedenti).

In sostanza, ci si chiede se lo psichiatra sia garante, oltre che della salute (mentale) del paziente, anche (e, nel caso, sino a che punto) della sua incolumità fisica e della sua vita, nonché di quelle di eventuali terzi che possano essere danneggiati dalla sua condotta. Ed emerge ancora una volta con chiarezza (anche dalle parole della Cassazione) il collegamento tra perimetro della posizione di garanzia e rischio consentito, semplicemente ricordando che è proprio l'esigenza di contrastare e frenare un *determinato* rischio (per il paziente *in primis*, ma anche per i terzi) che individua e circoscrive (sul versante della responsabilità colposa) le regole cautelari del medico (8). Si può anche aggiungere che la *situazione rischiosa* risulta ulteriormente complessa nell'attività medica (9), giacché ad un rischio connesso alla patologia da cui è afflitto il malato si affianca un rischio ulteriore, riconducibile alla cd. patologia iatrogena, e cioè a quella paradossale conseguenza del

progresso medico (sia nella fase diagnostica che terapeutica) che ricomprende tutti gli eventi dannosi causati dall'atto medico stesso (10). Lo snodo pro-

### Note:

(2) Da ultimo, D. Pulitanò, *Introduzione*, in G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, cit., 21.

(3) G. Fiandaca, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, cit., 212.

(4) Sulla distinzione tra posizione di garanzia (che seleziona i soggetti attivi del reato) e obbligo di garanzia (che individua la condotta tipica del reato omissivo improprio), con riferimento alla posizione del medico psichiatra, di recente, F. Cingari, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 456.

(5) A. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., 1401.

(6) Tesi sostenuta soprattutto nella letteratura medico-legale a ridosso dell'entrata in vigore della riforma operata con le leggi 180 e 833 del 1978; tra i contributi più significativi, v. F. Introna, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, cit., 13 s.; A. Fiori, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., 542 s.; G. Canepa, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., 24 s.; U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 615.

(7) Vi è sostanziale concordia in dottrina nel ravvisare tale obbligo di protezione in capo allo psichiatra; per tutti, v. G. Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., 109, il quale sottolinea che lo psichiatra operante in un servizio sanitario pubblico «è tenuto a realizzare tutti gli interventi terapeutici di volta in volta necessari o utili in vista del miglioramento delle condizioni psichiche del paziente, come pure dell'eventuale impedimento di eventi capaci di arrecargli ulteriore pregiudizio»; peraltro, l'A., escludendo che la posizione di garanzia si estenda alla prevenzione dei reati da parte del proprio paziente - restando fuori dallo spettro applicativo dell'art. 32 Cost. compiti di tutela dell'ordine pubblico - propone una soluzione diversificata, a seconda che il ricorso a misure di controllo/contenimento sia diretto a rimuovere il rischio di atti autolesivi o eteroaggressivi, ritenendo giustificato solo nel primo caso il ricorso ad un t.s.o. in funzione di neutralizzazione del pericolo di gesti suicidari o autolesivi (e previo puntuale accertamento dell'effettiva sussistenza del relativo rischio), in base al condivisibile rilievo che «la tutela della salute di un malato di mente incapace di autodeterminazione implichi, a fortiori, la tutela della sua vita e della sua incolumità» (pag. 112).

(8) Da ultimi, D. Castronuovo - L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in S. Rodotà - Zatti, *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 947.

(9) Ne dà conto F. Palazzo, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 1229 s. (in part. 1331), ove si distingue tra "rischio patologico (cioè originato dalla patologia che affligge il malato)" e "rischio terapeutico (cioè originato dall'intervento terapeutico svolto dal medico)"; Id., *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in questa *Rivista*, 2009, 1064 s.; in questo senso, anche R. Bartoli, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 82.

(10) Eventi (e rischi) che, evidentemente, non si verificavano quando il medico non disponeva di semeiotica di particolare invasività e curava in maniera più artigianale cosicché, nella mag-

(segue)

blematico, come colto in pieno dalla sentenza, risiede allora nella ricerca del punto di equilibrio, della "linea di confine che segna il passaggio dal lecito all'illecito"; e il terreno nel quale va trovato questo equilibrio (tra esigenze del paziente e istanze della professione medica), è quello delle regole cautelari, con tutte le annesse difficoltà di definizione contestuale (11).

### Le contraddittorie istanze della scienza psichiatrica

Il discorso si pone in termini ancor più problematici con riferimento alla scienza psichiatrica, ove la linea di confine tra penalmente lecito ed illecito si assottiglia, e per molteplici ragioni.

Si pensi già alla maggiore difficoltà che connota la prognosi psichiatrica, a fronte della «imprevedibilità di condotta che caratterizza talune sindromi psichiatriche e taluni singoli casi psichiatrici» (12), anche perché «le manifestazioni morbose a carico della psiche sono tendenzialmente meno evidenti e afferrabili delle malattie fisiche, per cui il confine tra diagnosi corretta e diagnosi errata, trattamento indovinato e trattamento sbagliato può almeno in certi casi diventare ancora più incerto che non nell'ambito della generica attività medica» (13); o ancora all'esigenza di bilanciare l'obiettivo di curare e proteggere il paziente con la necessità di tutelarne al contempo libertà, dignità ed autonomia (anche a fini terapeutici), particolarmente valorizzata a seguito della l. 13 maggio 1978, n. 180 (14), legge che, rivoluzionando l'impostazione di fondo del trattamento dei malati di mente, ha sancito l'abbandono del modello «custodialistico» (15) (ed il superamento della concezione del malato di mente come soggetto pericoloso che occorre tenere ristretto, in ossequio ad un paradigma asilare (16)) a vantaggio di un approccio che mette l'accento sulla cura e sulla valorizzazione, per quanto possibile, della libera partecipazione del paziente al percorso terapeutico (17). Senza trascurare l'oggettiva difficoltà di una demarcazione netta, sul piano fenomenologico e diagnostico, tra atteggiamento auto ed eteroaggressivo, trattandosi, secondo gli esperti, di distinzione artificiosa e priva di sufficienti riscontri a livello nosografico e clinico (18).

Tutto ciò, se inevitabilmente amplia i margini di rischio collegati a condotte inconsulte provenienti dallo stesso paziente (19), rende al contempo tale rischio accettato dalla scienza medica, in quanto *ineliminabile*. Ne risente, di conseguenza, anche la fisionomia della responsabilità penale dello psichiatra,

quale *species* del più ampio *genus* responsabilità medica, caratterizzata - a differenza di quest'ultima - dalla subordinazione al fatto di un'altra persona, cioè del paziente che, anche a seguito della terapia e dei trattamenti prescelti, agisca in modo auto e/o

#### Note:

(continua nota 10)

gior parte dei casi, il progresso o il regresso della malattia erano "causa della natura" più che "causa della medicina"; sul tema, F. Introna, *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 649 s.

(11) Difficoltà non superate dalla tendenza - nel tentativo garantista di trovare un appiglio *per tabuas* che superi le oscillazioni giurisprudenziali - ad affiancare ai generici parametri di prudenza, diligenza e perizia una fonte scritta, rappresentata dalle c.d. linee guida e dai protocolli. Sul tema, D. Castronuovo, *L'evoluzione torica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1606 s.; D. Castronuovo - L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, cit., 971 s.; Piras - A. Carboni, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 285 s.; D. Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, ivi, 274 s.; G. Martiello, *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, 346 s.

(12) Richiamando le parole di F. Introna, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, cit., 15.

(13) G. Fiandaca, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, cit., 212.

(14) Una indagine sulle interrelazioni tra sistema istituzionale psichiatrico e diritti costituzionali di libertà nell'ordinamento italiano, enucleata dalla lettura degli scritti di Franco Basaglia, ispiratore della riforma, in D. Piccione, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia, a trent'anni dalla morte*, in *Giur. cost.*, 2010, 4137 s.

(15) I cui riflessi penalistici più immediati si colgono appieno con l'abrogazione di quelle contravvenzioni (artt. 714, 715, 717 e parzialmente l'art. 716 c.p.) che realizzavano una "forma mediata" di "tutela preventiva" non solo dell'incolumità individuale dell'alienato, ma anche della vita e dell'incolumità individuale dei terzi. Sul punto, per tutti, F. Bricola, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, cit., 1628 s.

(16) Come ricostruito, di recente, da F. Cingari, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 458 e, da ultimo, da G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1484 s., con ampia tematizzazione del problema della liceità giuridica della contenzione meccanica del paziente psichiatrico alla luce delle garanzie dell'art. 13 Cost.

(17) M. Zanchetti, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 2860.

(18) Sottolineata da G. Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., 109.

(19) Margini di rischio che - secondo D. Pulitanò, *Introduzione*, cit., 26 - "la legislazione psichiatrica degli anni Settanta ha consapevolmente aperto dando indicazioni aventi il segno della libertà"; sul punto, v. altresì L. Ferranini, *Il rischio e la responsabilità dell'operatore psichiatrico nei servizi di psichiatria di comunità*, in G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, cit., 131 s.

eterolesivo (20). Di talché, nel già complesso giudizio di bilanciamento tra costi e benefici nelle scelte di cura che il medico deve effettuare, assumono un ruolo non secondario, rispetto alla tutela e al miglioramento della salute del paziente, anche gli interessi dei terzi a non essere danneggiati o esposti a pericoli da possibili condotte del malato (21).

In questo dedalo di interessi, tra (quasi sempre divergenti) istanze di difesa sociale, terapia e salvaguardia della libertà del paziente, appare alquanto problematico il compito di enucleare regole cautelari univoche (22). Il problema si sposta sui mezzi a disposizione del garante, nel quadro della filosofia e degli indirizzi segnati dalla normativa extrapenale di riferimento (23), e le segnalate difficoltà strutturali degli obblighi di garanzia dello psichiatra - tornando all'intraccio da cui siamo partiti - finiscono per ricadere sull'individuazione di tassative *leges artis*: obblighi e regole cadono insieme, e la difficoltà di inquadrare il contenuto e l'estensione degli obblighi incumbenti su tale peculiare figura professionale si riflette problematicamente sull'individuazione delle cautele che debbono essere adottate nelle scelte terapeutiche, anche nel caso in cui si prospettino gravi e specifici fattori di rischio per l'incolumità del paziente.

### Quale evento: tra (rapporto di) causalità e (rimproverabilità per) colpa

Nel percorso intrapreso, riconosciuta la sussistenza di una (articolata) posizione di garanzia in capo all'imputato, il secondo passaggio, prodromico alla verifica del nesso causale tra presunta condotta omissiva ed evento non impedito, concerne la ricostruzione del decorso reale degli accadimenti, e cioè la necessità di vagliare in esito a quale decorso causale si sia in concreto verificato il decesso del paziente (24). Sul punto, può avanzarsi qualche perplessità in merito alle conclusioni cui sono pervenuti i giudici di merito. Si sarebbe forse potuto valorizzare in maniera più adeguata la presenza di due circostanze, emerse agli atti ed allegate dalla difesa: da un lato, la contrazione dell'affezione polmonare in ospedale e, dall'altro, la mancata ricostruzione in termini di certezza della precipitazione al suolo quale effetto di una condotta volontaria di tipo suicidario ovvero di una caduta accidentale, considerando per di più il fatto che in tutti i gradi di giudizio sono emersi elementi che lasciavano propendere per quest'ultima ipotesi, come il ripetuto rifiuto del cibo a ridosso dell'accaduto da parte della vittima per timore di essere avvelenato (chiaro indice di una voglia di vivere, incompatibile con un intento suicida). Con la conseguenza, decisiva, che una siffatta ricostruzione

avrebbe potuto rendere l'evento *hic et nunc* alieno da una degenerazione della patologia, da cui risultava affetta la vittima (25).

Sono evidenti le ricadute di tale ricostruzione anche sull'indagine relativa al profilo della rimproverabilità per colpa. Non va trascurata, infatti, la necessità

#### Note:

(20) D. Pulitanò, *Introduzione*, cit., 20; da segnalare, nella giurisprudenza più recente, Cass., Sez. IV, sent. 14 novembre 2007, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 440, secondo la quale «l'obbligo di proporre il trattamento sanitario obbligatorio costituisce un obbligo di garanzia finalizzato non solo alla protezione della salute del paziente ma anche al controllo dello stesso».

(21) F. Cingari, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 441.

(22) Non appaiono peraltro idonee allo scopo, come sottolineato dalla sentenza in commento - richiamando una posizione già espressa di recente con riferimento ad altro settore della medicina (Cass., Sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254, in questa *Rivista*, 2011, 1223 s., con nota di F. Consorte) -, le stesse linee guida ed i protocolli elaborati dalle associazioni mediche di categoria, sovente pervasi da istanze economicistiche (oggi sempre più pressanti, anche in ambito sanitario) o comunque obsoleti, generici e talora addirittura inefficaci; in dottrina, con riferimento al ruolo di linee guida e protocolli nello specifico ambito psichiatrico, da ultimi, S. Borghetti - A. Erlicher, *Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l'operatore in bilico tra filo d'Arianna e richiamo del pifferaio magico*, in G. Dodaro (cur.), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, cit., 149 s.

Può dirsi cioè che tali fonti non bastino a liceizzare una prassi medica e ad escludere un possibile addebito per colpa, qualora il medico avrebbe potuto (anzi, dovuto) fare di più: calare nel caso concreto l'asettica indicazione scritta, vagliarne l'attendibilità e la rispondenza alle esigenze della specifica situazione patologica da fronteggiare, in combinato con le ulteriori istanze personalistiche del malato di mente. Si torna così alla necessità di richiamare parametri *generici*, che colmino ed integrino la fonte scritta, ineliminabili nella connotazione delle regole dell'arte medica, ma anche insuscettibili di cristallizzazione una volta per tutte.

(23) Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 348.

(24) Una singolare valutazione dell'evento suicidario del paziente quale secondo polo del nesso causale in termini di evento astratto (o di genere), in Trib. Ravenna, sent. 29 settembre 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 566 s., con osservazioni di G. Fiandaca; una ricostruzione dei più recenti orientamenti della Cassazione, diretti a prendere in adeguata considerazione le modalità causali dell'evento, ampliando quindi rispetto al tempo e alle conseguenze le coordinate di descrizione dell'evento, in Piras, *Le modalità dell'evento medico: la Cassazione aggiunge il quomodo all'hic et nunc*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

(25) Una discutibile ricostruzione del rapporto causale, con sovrapposizione del profilo della colpa a quello della causalità (valutando quest'ultima implicitamente dimostrata dalla presenza di quella), in Cass., Sez. IV, sent. 6 novembre 2003, n. 1442, in *Cass. pen.*, 2854 s., con riferimento al caso di un medico curante, direttore di casa di cura psichiatrica, ritenuto responsabile di omicidio colposo per aver cagionato il suicidio di una paziente, ricoverata volontariamente presso la struttura sanitaria per sindrome depressivo-psicotica, consentendo che la stessa uscisse dalla clinica accompagnata da una assistente volontaria non qualificata, e omettendo di fornire all'accompagnatrice medesima informazioni sui pregressi tentativi di suicidio della paziente.

Un approfondimento in F. Cingari, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 445 s.

di individuare con esattezza - altra tappa fondamentale - la condotta doverosa omessa dal garante: quindi, stabilire se il medico avrebbe dovuto comportarsi diversamente da come si è in concreto comportato e come, se del caso assumendo una differente iniziativa terapeutica, dotata di efficacia impeditiva dell'evento (si è ipotizzata in sentenza addirittura una possibile richiesta di ricovero ospedaliero del paziente in regime di trattamento sanitario obbligatorio). Nella situazione concreta - e più in generale con riferimento all'attività del medico psichiatra - il compito si presenta improbo, nella misura in cui si confrontano le sopra citate istanze - sovente conflittuali - di natura preventiva e terapeutica, come esemplificato proprio dalle difficoltà nella valutazione circa la doverosità o meno dell'attivazione di un trattamento sanitario obbligatorio (26).

Così, nell'ipotesi di caduta accidentale, il necessario accertamento della prevedibilità, ma soprattutto della evitabilità dell'evento avrebbe potuto condurre ad un esito negativo, nell'ipotesi in cui la causa della caduta fosse risultata del tutto avulsa da una degenerazione della patologia da cui risultava affetta la vittima.

Come se non bastasse, in questo contesto si innesta un ulteriore aspetto problematico, legato a quel fisiologico fattore di imprevedibilità di condotte imprudenti e/o inconsulte da parte di pazienti psichiatriche (27). Ora, è vero che la malattia psichiatrica rappresenta il più importante fattore del rischio suicidio ed è altrettanto fuori di dubbio che, comunque, lo psichiatra si trova in una posizione «privilegiata per un'attenta valutazione del rischio e per la possibilità di predisporre misure di prevenzione», visto che «il paziente che lo psichiatra tratta è un paziente selezionato, nel senso che presenta un disturbo mentale diagnosticabile ed inoltre l'ambiente in cui lo psichiatra opera è il più adatto per l'assunzione di tutte le misure idonee per circoscrivere il rischio suicidario» (28). Ma appare in ogni caso assorbente il rilievo che, se in generale il criterio della prevedibilità è estremamente sfuggente e «può funzionare solo a seguito di attente precisazioni e delimitazioni» (29), nel caso concreto «la natura composita e multidisciplinare del substrato ideologico-culturale della psichiatria, l'assenza di precisi criteri nosografici di valutazione, il difetto di canoni fissi e di scelte codificate, finiscono per creare un evidente deficit di determinatezza scientifica» (30). Di conseguenza, è proprio l'intrinseca e peculiare difficoltà della prognosi psichiatrica a rendere ostica l'interpretazione di quei «segnali d'allarme» e di quei «fattori potenzialmente premonitori del rischio di suicidio» (31) che avreb-

bero giustificato le misure che l'imputato avrebbe omesso (non bastando una situazione di generica pericolosità) ed in definitiva la prognosi del grado di concreta probabilità del verificarsi dell'evento (32).

### **Colpa grave, art. 2236 c.c. e responsabilità penale del medico**

Restando sul piano della colpa, la sentenza si sofferma approfonditamente sullo spazio di rilevanza da attribuire a tutti quei fattori «contestuali», nei quali il sanitario è costretto ad operare. Non più solo lo psichiatra, quindi; il discorso vira sulla responsabilità medica *tout court*.

In questa prospettiva, la Cassazione, raccogliendo una sollecitazione della difesa, dedica particolare attenzione ai possibili margini di operatività in sede penale della regola civilistica di cui all'art. 2236 c.c. - a

#### **Note:**

(26) Oltretutto, vi è da chiedersi quante effettive probabilità di impedire l'evento possano accreditarsi al comportamento alternativo lecito, e cioè alla condotta che il medico responsabile avrebbe dovuto tenere invece di rimanere inerte, con particolare riferimento alla (mancata) proposta di t.s.o., stante la non immediatezza (a fronte della repentinità del gesto suicidario) del procedimento di disposizione del trattamento medesimo (P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 343; G. Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., 114). Infatti, come è noto, la normativa vigente (artt. 33, 34, 35 l. n. 833 del 1978) riconosce al medico la possibilità di formulare una mera richiesta di t.s.o.; tale proposta deve quindi essere motivatamente convalidata da altro medico della ASL ed essere seguita, entro quarantotto ore, dal provvedimento del sindaco, quale atto che effettivamente dispone l'esecuzione del trattamento. Si può così arrivare a dubitare che la semplice proposta avanzata dall'imputato sarebbe stata da sola sufficiente - al di là di ogni ragionevole dubbio - a sortire efficacia impeditiva dell'evento.

In giurisprudenza, si è ritenuto che nei confronti del medico psichiatra che ometta di proporre il trattamento sanitario obbligatorio per il paziente che poi commette un omicidio non sia possibile muovere un rimprovero a titolo di omesso impedimento del reato qualora manchi uno dei tre presupposti del t.s.o. previsti dall'art. 34 della legge n. 833 del 1978, come il rifiuto del paziente di sottoporsi alle cure (Cass., Sez. IV, sent. 14 novembre 2007, cit., 440).

(27) A. Amatulli - T. Maranesi - G. Pittini - E. Varrani, *La psichiatria: confrontiamoci con indagini, procedimenti e sentenze*, in G. Dodaro (cur.), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, cit., 117 s. (spec. 123 s.).

(28) P. Girolami - S. Jourdan, *Lo psichiatra e il suicidio del paziente*, cit., 62.

(29) D. Pulitanò, *Introduzione*, cit., 27.

(30) A. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., 1403.

(31) A. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., 1403.

(32) Si può convenire che la prognosi psichiatrica rimanga per sua natura esposta all'alea della imprevedibilità, "a tal punto che un certo grado di pericolo deve essere inevitabilmente tollerato dalla società"; così G. Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., 114.

tenore del quale «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave» -, dando puntualmente conto del susseguirsi dei vari orientamenti giurisprudenziali, nel passaggio da un approccio improntato ad una «larghezza di vedute» e ad un atteggiamento di indulgenza verso la classe medica, ad uno più rigoroso, che esclude l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. (33).

Ebbene, la sentenza si colloca in posizione per così dire intermedia: recuperando un interessante precedente del 2007 (34) e superando quella logica restrittiva che relegava il grado della colpa a mero criterio di commisurazione della pena ex art. 133 c.p., offre una valorizzazione - pur senza giungere al punto di riconoscerne rilevanza diretta nel sistema penale - dell'art. 2236 c.c. quale «criterio di razionalità del giudizio», ammettendo che possa essere invocato «come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

Il punto indubbiamente qualificante e in qualche misura innovativo è rappresentato dal collegamento esplicito con il momento soggettivo della colpa, con l'innesto cioè del contenuto dell'art. 2236 c.c. nel tessuto garantista della rimproverabilità personale dell'agente. Si legge infatti che «non vi è dubbio (...) che il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate»; e l'art. 2236 non sarebbe altro che la «traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose».

Si richiamano poi, a titolo esemplificativo, quei contesti «che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione "benevola" del comportamento del sanitario: da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall'altro (...) le contingenze nelle quali il medico si trova ad operare in emergenza e quindi in quella situazione intossicata dall'impellenza che, solitamente, rende quasi sempre difficili anche le cose facili». In particolare, si ritiene che proprio quest'ultimo profilo apra «alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concre-

ta esigibilità della condotta astrattamente doverosa», giungendosi a ritenere che «la colpa del terapeuta ed in genere dell'esercente una professione di elevata qualificazione va parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli; ed al contesto in cui esso si è svolto».

Invero, una siffatta apertura era stata già compiuta in una pronuncia della medesima Sez. IV della Cassazione (a firma del medesimo estensore) già qualche mese prima, in una questione avente ad oggetto una differente ipotesi di responsabilità medica per errata diagnosi (35). Nell'occasione, si erano anche precisate più nel dettaglio, attraverso una rassegna di taluni precedenti, quelle situazioni (i contesti) in cui occorre valorizzare le contingenze del caso, nello sforzo di distinguere i casi di particolare difficoltà della diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza terapeutica, da quelli in cui, invece, il medico sia semplicemente malaccorto (36). Semplificando, si è ri-

### Note:

(33) Tra i contributi più recenti sul punto, D. Castronuovo, *L'evoluzione torica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1610; Id., in D. Castronuovo - L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, cit., 1010 s.; Id., *La colpa penale*, Milano, 2009, 541 s.; F. Palazzo, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., 1237 s.; G. Fiandaca, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., 185 s.; A. Di Landro, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, 83 s.; sul tema, ancora imprescindibili i contributi di A. Crespi, *I recenti orientamenti giurisprudenziali nell'accertamento della colpa professionale del medico - chirurgo: evoluzione o involuzione?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 1477 s. e Id., *La colpa grave nell'esercizio dell'attività chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 255 s.

(34) Ci si riferisce a Cass., Sez. IV, sent. 21 giugno 2007, n. 39592, anche se, a dire il vero, la Cassazione già nel 1995 aveva ritenuto che l'art. 2236 c.c. potesse «trovare considerazione in tema di colpa professionale del medico (...) non per effetto di diretta applicazione nel campo penale ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia» (corsivo nostro); Cass., Sez. IV, sent. 23 marzo 1995, n. 5278, Salvati, in *Cass. pen.*, 1996, 1835 s.

(35) Cass., Sez. IV, sent. 26 aprile 2011, n. 16328, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 859 s.; si trattava di un'ipotesi nella quale al medico del pronto soccorso ed al cardiologo del medesimo ospedale veniva mosso l'addebito di aver cagionato l'evento letale - morte per arresto cardiocircolatorio dovuta a tamponamento cardiaco conseguente a rottura dell'aorta - per non aver eseguito una corretta valutazione clinica del paziente e per avere in particolare ommesso l'esecuzione di una tac toracica che avrebbe consentito una corretta diagnosi.

(36) La casistica è riportata, oltre che nella sentenza menzionata nel testo, anche in un pregevole contributo dell'estensore tanto della sentenza in commento quanto della pronuncia da ultimo richiamata; cfr. R. Blaiotta, *La colpa nella responsabilità medica*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 776 s.; una aggiornata rassegna giurisprudenziale sui «gradi della colpa» in *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004 - 2010)*, a cura di F. Giunta - G. Lubinu - D. Micheletti - Piccialli - Piras - C. Sale, Napoli, 2011, 50 s.

tenuto che l'urgenza possa esonerare da responsabilità chi, per fronteggiare una situazione critica, si attribuisca un ruolo eccedente la sua sfera di competenza (37) ovvero chi sia chiamato a fronteggiare un intervento reso difficile dall'indisponibilità di strumentazione adeguata (venendo in causa in tale evenienza una responsabilità delle istituzioni ospedaliere (38)). Al contrario, si è puntualizzato che la stessa urgenza, da un lato non esoneri da responsabilità il medico specialista, tanto più se si tratta proprio di specialista dell'emergenza (39), e dall'altro non possa essere invocata in presenza di condotte omissive del medico riconducibili a scelte difensive o a carenze di preparazione (40).

### Il recupero della misura soggettiva

Le riflessioni della Cassazione sollecitano taluni spunti. Se ne può senz'altro condividere l'intento di fondo, e cioè la necessità di tenere nel debito conto il dato contestuale e le situazioni di urgenza nella valutazione della condotta del medico, nello sforzo di contestualizzare la rimproverabilità colposa. Qualche dubbio, semmai, sul percorso prescelto, e cioè sulla rivitalizzazione del profilo "soggettivo" della colpa per il tramite della regola di cui all'art. 2236 c.c. (41).

Ci si può chiedere se sia davvero necessario, per raggiungere il condivisibile intento, scomodare categorie civilistiche, col rischio di vedersi frapporre ostacoli (non così implausibili) sulla violazione di taluni canoni insormontabili del diritto penale anziché limitarsi a rileggere, attualizzandola, la c.d. misura soggettiva della colpa. In altri termini, una volta accertato il mancato adeguamento del medico allo *standard* oggettivo di diligenza, e verificato il nesso tra tale mancato adeguamento e l'evento concreto, si potrebbe vagliare il rilievo scusante di circostanze inerenti alla particolare situazione in cui ci si è trovati ad agire, circostanze che abbiano reso - se non impossibile - quanto meno ardua l'osservanza della diligenza doverosa, quali ad esempio «il sovraccarico di lavoro (e la conseguenza stanchezza eccessiva) ovvero l'essersi trovato il medico ad agire in un momento di emergenza organizzativa, causato da un anormale afflusso di pazienti o ad una transitoria carenza di personale» (42).

A ben vedere, la dovuta presa in considerazione di siffatte circostanze concretizza proprio lo sforzo di «individualizzare il rimprovero di colpa e di non fissare ai consociati pretese di diligenza irragionevolmente alte in rapporto alla loro effettiva possibilità di conformarsi ai precetti» (43); e non è plausibile limitare la logica scusante alle sole situazioni di im-

possibilità fisica di adempiere il precetto, dovendosi piuttosto ampliare a tutte quelle situazioni in cui l'osservanza del precetto appaia ragionevolmente non esigibile al soggetto nella situazione concreta in

#### Note:

(37) È questo, ad esempio, il caso di chi cagioni delle lesioni personali per la propria imperizia, quando, pur privo delle necessarie competenze e capacità, assuma in condizioni di urgenza indifferibile un compito riservato a soggetto qualificato, come nell'ipotesi in cui una ostetrica, cui è vietato procedere a parti non fisiologiche, che in presenza di una dilatazione oramai completa e non riuscendo ad ottenere l'intervento del medico, pur dalla stessa inutilmente sollecitato, abbia autonomamente proceduto a manovre di competenza del ginecologo, dalla cui errata esecuzione era conseguita al neonato una lesione permanente (Cass., Sez. IV, sent. 31 gennaio 2008).

(38) Si pensi al caso di una neonatologa, operante in un piccolo reparto ospedaliero di ostetricia carente dei più elementari strumenti, con una sala parto drammaticamente priva di ogni minimo presidio tecnico di supporto all'atto medico, che non poté intubare ed ossigenare il neonato, con conseguenze letali (Cass., Sez. IV, sent. 25 settembre 2007, n. 44765, in *dejure*); ovvero al caso di un medico che assistendo a bordo di un'autoambulanza diretta in ospedale un paziente affetto da un grave problema respiratorio omise di compiere un intervento di tracheotomia in assenza di strumentazione chirurgica adeguata e di farmaci sedativi idonei allo scopo (Cass., Sez. IV, sent. 20 maggio 2009 n. 31975, in *dejure*).

(39) Si richiamano, quali esemplificazioni di ingiustificabili errori di valutazione: la mancata diagnosi e terapia tempestiva in presenza di quadro anamnestico e sintomatico univoco di shock emorragico da rottura della milza, patologia tipicamente riscontrabile nei politraumatizzati (Cass., Sez. IV, sent. 18 settembre 2008, n. 40811, in *dejure*); la mancata sottoposizione ad approfondimento diagnostico di *routine* e successiva dimissione di una giovane paziente, presentatasi al pronto soccorso con la sintomatologia tipica di una gravissima iperglicemia, con la conseguenza che in brevissimo tempo sopravvenne coma irreversibile (Cass., Sez. IV, sent. 7 febbraio 2007, n. 29164, in *dejure*); il caso di un paziente, poco prima sottoposto ad endoscopia, che si presentò in pronto soccorso con una sintomatologia riconducibile alla perforazione dell'esofago (la cui possibilità era stata paventata dal medico di pronto soccorso), nei cui confronti il chirurgo del DEA intervenuto in quel contesto non diagnosticò l'affezione né dispose le indagini del caso, con la conseguenza che la patologia venne trattata in via chirurgica tardivamente con conseguenze letali (Cass., Sez. IV, sent. 4 febbraio 2004, n. 43210, inedita).

(40) In tal senso, è stata riconosciuta l'urgenza, ritenendosi che il sanitario non abbia agito con la doverosa immediatezza, laddove un piccolo paziente portatore di pacemaker subì un arresto cardiaco durante un controllo ospedaliero, con insorgenza di ipossia, che il cardiologo fronteggiò disponendo l'invio al reparto di rianimazione, per di più a braccia, con gravissimo danno cerebrale determinato dal ritardo; in tale circostanza, venne stata ravvisata la colpa del cardiologo, che avrebbe dovuto adottare personalmente e con immediatezza le pratiche di emergenza in attesa dell'arrivo del rianimatore (Cass., Sez. IV, sent. 15 aprile 2009, inedita).

(41) In questo senso, anche D. Castronuovo - L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, cit., 1014 s.

(42) F. Viganò, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 975.

(43) F. Viganò, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., 975.



cui si è trovato ad agire. Del resto, è evidente come lo stesso errore medico (sia esso diagnostico o terapeutico) non potrà essere valutato allo stesso modo se compiuto in condizioni di lavoro ideali ovvero in situazioni e contesti di frontiera, ove «la soglia di attenzione e di concentrazione non potrà che essere più bassa e le possibilità di errore, fisiologicamente, più elevate» (44).

Per conseguire tale obiettivo, però, un conto è richiamare - ed applicare, seppure indirettamente quale criterio di razionalità del giudizio (alla stregua di una regola di esperienza) - l'art. 2236 c.c., con le sue peculiarità; altro è rivalutare direttamente l'incidenza della misura soggettiva della colpa, attraverso un giudizio concreto ed individualizzante che tenga conto dei dati situazionali oggettivi e delle loro conseguenze sul piano soggettivo, in controtendenza rispetto al depauperamento cui è andato incontro, nell'ambito di un processo di "iper-oggettivizzazione", l'elemento colpa, «sempre più incentrato sul momento dell'antigiuridicità e sul carattere inosservante del comportamento tenuto, quindi sempre più deprivato della componente di colpevolezza» (45). Senza dimenticare i limiti (difficilmente superabili) che il riferimento all'art. 2236 c.c. evoca; limiti connessi tanto alla sua problematica esportabilità nel diritto penale (per il rischio di violare il principio di tassatività ed il divieto di analogia, stante la natura eccezionale) quanto al significato da attribuire al requisito della soluzione di «problemi tecnici di speciale difficoltà» della prestazione.

Con riferimento a quest'ultimo, è la stessa giurisprudenza civile ad aver dimostrato estrema cautela nell'applicazione della norma, come emerge dall'accezione ristretta nella quale viene interpretato il "grado di difficoltà" che deve rivestire la prestazione ai fini della limitazione della responsabilità professionale; nell'ambito sanitario, soprattutto per l'evoluzione delle tecniche di cura e per il progresso delle tecnologie, esso viene ricondotto non già al contesto strutturale nel quale i medici sono chiamati ad agire, quanto piuttosto alla "tecnica della prestazione", e quindi in sostanza - e con parsimonia (46) - al solo profilo dell'imperizia (47). Così, si è ritenuto che possa scattare la limitazione in parola solo in quei casi "straordinari ed eccezionali", trascendenti la preparazione media (della particolare categoria cui appartiene il medico preso in esame) o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica o non ancora dibattuti con riguardo ai metodi da adottare (con conseguente significativa incertezza sulle tecniche preferibili) (48); di contro, si è invece reputato insufficiente che il risultato di una certa at-

tività, diagnostica o terapeutica, sia incerto per considerare l'attività stessa difficile (49).

Orbene, questo fugace *excursus* civilistico ci porta ad escludere la riconducibilità degli elementi richiamati - il contesto e l'urgenza (le contingenze, per richiamare il linguaggio della sentenza) - nel novero dell'art. 2236 c.c., chiamato ad altro, cioè a limitare verso l'alto la responsabilità solo in quelle ipotesi di peculiare difficoltà squisitamente tecnica dell'intervento oggettivamente considerato. In tale direzione, è indiziante il fatto che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 166 del 1973 (50), abbia escluso una violazione del principio di eguaglianza nella possibile applicazione in sede penale dell'art. 2236 c.c. rifevendone l'operatività alla sola perizia (51), la quale «presenta contenuto e limiti circoscritti» ed evidentemente va rapportata alla specifica prestazione me-

### Note:

(44) Ancora F. Viganò, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., 976, per il quale ciò «non esclude, naturalmente, che il giudice possa indagare se le circostanze anormali nelle quali l'imputato si sia trovato ad operare siano state colpevolmente causate, dall'imputato medesimo (il quale abbia, ad es., effettuato sconsiderati scambi di turni con i colleghi, cumulando così il proprio turno con quello successivo ed esponendosi così ad un del tutto prevedibile sovraccarico) o da terzi (ad es. in caso di cattiva organizzazione del lavoro, imputabile ai superiori gerarchici dell'imputato): in simili casi l'addebito di colpa - nei confronti dell'originario imputato ovvero dei suoi superiori - ben potrà fondarsi anche sull'inoservanza di cautele atte a prevenire l'insorgenza di quelle situazioni, nelle quali il mancato rispetto dei comuni *standard* di diligenza da parte degli operatori sanitari era da ritenersi prevedibile». Sul tema, più di recente, Pisa - G. Longo, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., 7 s.

(45) D. Castronuovo, *L'evoluzione torica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 1634.

(46) Tanto da parlarsi di un progressivo "azzeramento" dell'applicazione dell'art. 2236 c.c.: così R. De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 124 s.; M. Bona, in G. Iadecola - M. Bona, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano, 2009, 345 s.

(47) Di recente e per tutti, M. Franzoni, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011, 57 s.

(48) Nella giurisprudenza civile v., tra le molte, Cass. civ., Sez. III, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 369 s., con nota di M. Foglia, *Il prisma della prestazione medica e l'azzeramento dell'art. 2236 cod. civ.*; Cass. civ., Sez. III, sent. 29 settembre 2004, n. 19560, in *Danno e resp.*, 2005, 213 s.; Cass. civ., Sez. III, 4 novembre 2002, n. 15404, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 120 s.; Cass. civ., Sez. III, sent. 18 novembre 1997, n. 1140, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 982 s.; Trib. Genova, sent. 9 agosto 2007, in *deiure*.

(49) Cass. civ., Sez. III, sent. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Foro it.*, 2004, I, 3328 s.

(50) In *Giur. cost.*, 1973, 1795 s.

(51) Sul punto, G. Grasso, *La responsabilità penale nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979, 90.

dica da svolgere, valutata oggettivamente, a prescindere cioè da elementi di difficoltà ulteriori, collegati al contesto.

La strada per tentare un recupero di colpevolezza nell'attribuibilità del fatto colposo al medico può essere allora quella di dare un "contenuto concreto all'affermazione della colpevolezza colposa" (52) attraverso una adeguata (ri)considerazione della misura soggettiva della colpa (53). È in questo contesto che, in caso di errore (tanto esecutivo quanto valutativo), può rivestire rilievo decisivo - aprendo la porta ad una sorta di *inesigibilità contingente* (54) - l'attenta valutazione delle difficoltà tecniche e scientifiche delle prestazioni dovute, dell'urgenza indifferibile e della concitazione in cui il medico è chiamato ad agire, nonché del suo stato personale (ad esempio di particolare stanchezza) (55).

A conferma, può essere utile richiamare le stesse ipotesi tratte dalla citata sent. 26 aprile 2011, ove si sono valorizzati dati contestuali nel giudizio di responsabilità colposa del medico, interpretandoli alla luce dell'art. 2236 c.c.: ci si trova al cospetto di situazioni nelle quali non viene in gioco direttamente il presupposto strutturale che giustifica la limitazione di responsabilità *ex art. 2236 c.c.* (la singola e specifica prestazione *di per se stessa* connotata da particolari difficoltà tecniche), quanto piuttosto una diversa connotazione problematica, e cioè la condizione di "urgenza" anche di prestazioni terapeutiche oggettivamente "semplici". Tornando alla sentenza in commento, allora, non convince del tutto l'assunto che l'urgenza renda "difficile ciò che è facile", innalzando lo standard di rimproverabilità alla colpa grave; piuttosto, può rendere *inesigibile* all'agente (medico) concreto ciò che potrebbe essere *preteso* dall'*homo eiusdem conditionis et professionis* fuori dall'urgenza medesima. Il tutto conduce - al metro della misura soggettiva - ad escludere una colpa *tout court* e non già ad ipotizzare una colpa lieve, la cui punibilità sarebbe esclusa invocando l'art. 2236 c.c.

Tirando le fila del discorso: forse non vi è bisogno dello sforzo esegetico di assurgere la norma civilistica derogatoria (art. 2236 c.c.) a criterio di razionalità; è sufficiente - prima di arrivare se del caso ad introdurre, per via legislativa, una limitazione della responsabilità medica alle sole ipotesi di colpa grave (rivistata) (56) - provare ad invertire il *trend* giurisprudenziale, recuperando tutto il peso dell'art. 27 Cost. nella valutazione della rimproverabilità soggettiva.

### Conclusioni

Non vi è dubbio che il tema specifico della responsabilità colposa dello psichiatra per atti autolesivi

del paziente possa essere inquadrato - in primo luogo per le segnalate peculiarità della psichiatria e della posizione di garanzia che ne deriva in capo al medico - tra i settori di particolare difficoltà, sia per il medico/imputato, sia per il giudice chiamato a valutarne l'operato. Nondimeno, la Cassazione ha ritenuto che il caso esaminato «non era per nulla difficile e poteva essere fronteggiato con interventi conformi agli standard», escludendo così che vi fossero «ragioni per parametrare l'imputazione soggettiva al canone della colpa grave».

Uno sforzo inutile allora, quello compiuto sin qui? Forse no; l'occasione è stata propizia per tornare a riflettere sui limiti da assegnare alla responsabilità colposa in psichiatria, con riferimento ai vizi tipici emersi nei non molti precedenti giurisprudenziali: dalla delimitazione della posizione di garanzia, al li-

### Note:

(52) D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 561.

(53) L'approfondimento offerto dalla dottrina è estremamente vasto; si rinvia, per una analitica ricostruzione del dibattito (estesa anche alla letteratura tedesca), al recente contributo di A. Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, *passim*.

(54) Parla di «circostanze concomitanti rispetto alla condotta - spesso fattori contingenti o transeunti, come *condizioni di stanchezza o debolezza o di spavento o stress emotivo*, oppure legate a *inesperienza* - che, pur astrattamente prevedibili nel mondo degli agenti modello (...), si sono presentate, nel mondo dell'agente concreto, con caratteristiche situazionali tali da risultare "anomalie decisive" nel giudizio definitivo di responsabilità», D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 565 - 566 (ma v. anche 591 s.); nella medesima prospettiva, Id., *L'evoluzione teorica della colpa penale*, cit., 1633 s.

(55) Peraltro, tale situazione di *contesto* viene da taluno collocata già a livello di tipicità colposa, nella fase di determinazione cioè del contenuto della regola cautelare; così F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 108; D. Tassinari, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in S. Canestrari - M.P. Fantini (a cura di), *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico - chirurgica*, Milano, 2006, 38.

(56) Come prospettato nel "Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico" elaborato dal Centro Studi "Federico Stella", con la previsione dell'inserimento nel codice dell'art. 590 ter, a tenore del quale «l'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave», definita tale, al secondo comma, «quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento»; su tale proposta, e più in generale sul Progetto, v. i contributi raccolti nel volume collettaneo *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, a cura di G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso, Pisa, 2010, *passim*.

vello ed ai confini di prevedibilità delle condotte auto o eteroaggressive, sino alla considerazione del margine di tollerabilità del rischio autolesivo. Ma è stata un'occasione anche per dubitare della necessità di uno spazio d'ingresso della colpa grave ex art. 2236 c.c. sulla scena della responsabilità dello psichiatra (per le medesime considerazioni sviluppate poc'anzi in termini più generali) (57), ben poten-

do il giudizio di accertamento della colpa dello psichiatra adeguarsi alla peculiare attività svolta attraverso il rilancio del ruolo e dell'importanza della misura soggettiva della colpa.

**Nota:**

(57) Sul punto, cfr. N. Mazzacuva, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., 219 s.

**ACB GROUP**

**Premio di laurea "ACBGroup SpA - Finanziaria Internazionale" - Infrastrutture e Servizi Pubblici - III Edizione**

Possono partecipare cittadini europei, laureati o laureandi in Atenei italiani, nelle facoltà di Economia, Giurisprudenza, Ingegneria, Scienze Politiche, Scienze Sociali, Scienze della Comunicazione, Architettura e Scienze Motorie che abbiano conseguito il titolo di laurea, laurea specialistica o magistrale, laurea triennale o laurea specialistica a ciclo unico negli anni accademici 2008/09, 2009/10, 2010/11 e 2011/12. Gli studenti laureandi devono conseguire uno dei titoli di cui sopra, nelle medesime classi di laurea e Università, entro il 30 giugno 2012.

**Titolo di ricerca:** N. 2 Premi di laurea "ACBGroup SpA - Finanziaria Internazionale" III Edizione

**Importo:** Euro 2.000,00 ciascuno

**Scadenza:** 14 settembre 2012

**Informazioni:** ACBGroup SpA - Via Lanzone, 31 - 20123 Milano - n. tel. 02 480566.1 - n. fax 02 480566.66

**Email:** segreteria@acbgroup.com

**Link:** <http://www.acbgroup.com>