



LA RESPONSABILITÀ MEDICA: NUOVE PROSPETTIVE PER LA COLPA

*Testo della relazione al convegno
“Reato colposo e modelli di responsabilità”,
organizzato in Ravenna dall’Associazione Franco Bricola*

di Rocco Blaiotta

I. Mi è stato assegnato un tema che oltre ad essermi molto caro, reputo importante e decisivo per lo studio della colpa: quello della responsabilità professionale. Tenterò di mostrare che questo ambito consente di confidare che nel presente, nel futuro immediato della giurisprudenza, vi siano le condizioni perché si realizzino gli aspetti ancora inespressi dell'imputazione colposa, nel segno dei valori costituzionali e quindi della rimproverabilità, della esigibilità, della colpevolezza.

Faccio riferimento alla colpa nel suo versante più soggettivo che, detto in parole molto povere, significa un atteggiamento meno rigorista, una visione meno severa che colga con maggiore profondità di quanto accade solitamente gli aspetti più irripetibili, le sfaccettature più singolari della realtà.

Vorrei ripercorrere con voi l'istituto della colpa professionale che propone un peculiare avvicinarsi di temi e soluzioni. Il tema è stato profondamente vissuto nella prassi e reca nel presente, e particolarmente in alcune recentissime sentenze, il germe o qualcosa di più per l'introduzione nella prassi giudiziaria nel concetto operativo di colpa in senso soggettivo.

Prima, però, di raccontare brevemente la storia della colpa professionale, vorrei dedicare quale affettuosa attenzione a questa figura –la colpa- così particolare, così fragile, così umbratile. Una figura che io immagino metaforicamente in ombra, fatta più di vuoti che di pieni. Questo vuoto, se ci pensate, sta spesso nel fatto che la condotta si produce nel momento alfa e che l'evento si realizza nell'evento omega; e spesso tra alfa ed omega vi è il susseguirsi di catene causali assolutamente peculiari. Vi è dunque un vuoto quasi fisico; ed anche un vuoto di conoscenza che ci rende difficile comprendere cos'è realmente accaduto. Il vuoto è però generato soprattutto dal fatto che la colpa è fatta prevalentemente di cose che non sono accadute, di trascuratezze, di omissioni.

La situazione di vuoto, di ombra, che ho sommariamente descritta, determina un risultato peculiare. La scena oscura, vuota, va in qualche guisa illuminata, riempita. Questo agire per concretizzare si riscontra storicamente nella prassi ed accade ancora

in differenti contesti, in differenti territori dell'esperienza giuridica con caratterizzazioni però molto specifiche.

Il complesso scenario indicato trova il suo contrappunto normativo in un dato abbastanza sorprendente e forse unico. Il Codice Rocco definisce la colpa quasi esattamente come la definiva il codice Zanardelli. Con le stesse formule si esprimevano i codici preunitari ed il codice napoleonico. Per capire quanto poco significativa è la formula legale, quanto essa ha bisogno di essere riempita da qualcos'altro, basta ricordare che Zanardelli spiegava che non aveva pensato ad una formula di parte generale per la colpa perché non si sapeva cosa essa esattamente fosse. Vedete, lo dico soprattutto ai giovani, quanto è misteriosa la natura della colpa, quanto è difficile il compito di chi vi si dedica. Un impegno per la vita come diceva in un recente incontro un illustre studioso.

Dunque, per la sua insidiosa oscurità, la colpa ha bisogno di essere illuminata da teorie esplicative, da analisi teoriche. Senza di esse si rischia di perdersi. Da sempre l'ombra, il vuoto chiedono di essere fuggiti da una ben fondata teoria, capace di orientare la prassi e di esprimere e concretizzare efficacemente i valori che stanno dietro le forme d'imputazione soggettiva del fatto. Una teoria che i pratici hanno lungamente atteso.

Agli albori, sin nei codici preunitari, noi troviamo una apparente enfasi sulla colpa specifica; apparente, perché pare che l'evocazione delle regole cautelari codificate fosse espressione del culto della norma frutto della rivoluzione francese, piuttosto che di una consapevole visione della colpa come strumento di regolazione di contesti rischiosi.

In ogni caso, la figura della colpa specifica è stata utilizzata a lungo non in senso liberale ma autoritario. L'evento è stato visto come condizione obiettiva di punibilità. Accertata la violazione e constatato l'evento, si giunge alla conclusione del ragionamento sulla responsabilità, disinteressandosi dello spazio oscuro tra condotta ed evento: una visione rigorosa della colpa, tutta focalizzata sul disvalore d'azione, che ha contrassegnato la dottrina italiana fino alla prima parte del secolo scorso. Giuristi di fama come Manzini, Altavilla, Maggiore, hanno marcato questo modo di vedere le cose che sospingeva la colpa sul piano del *versari in re illicita*.

Guardando alla storia dell'istituto, si coglie che per un lungo tratto la dottrina non è riuscita nello sforzo chiarificatore che le veniva richiesto. Il primo maestro moderno, il Carrara, dipanava le questioni ancora oggi più controverse in un fortunato Opuscolo sul *Caso fortuito*, che tuttavia ripeteva pedissequamente lo stile del pensiero aristotelico, tra causa e fortuito. Non meno deludente la prima importante monografia ottocentesca dello Stoppato. Anche quel giurista evocava gli astratti canoni della scolastica e dell'aristotelismo; e proponeva, per casi esemplari, soluzioni applicative che oggi non risultano per nulla convincenti, all'insegna di categorie sfuggenti (causa efficiente, condizione prossima, evento punibile).

Senza guida, la giurisprudenza ottocentesca procedeva per intuito, con un metro di sensatezza, ma spesso non malamente, adottando soluzioni che sembrano oggi inaspettatamente moderne. In ogni caso, la materia colposa era davvero marginale

nei repertori della giurisprudenza. Si parlava di cocchieri assonnati, cavalli bizzosi, capistazione distratti. Nulla di più.

Vedete, ogni scienza ha deve compiere un passo basilare: il passaggio dalla dogmatica astratta, aristotelica, al piano della scientificità rigorosa e profondamente legata alla sfera naturale, ai fatti. Questo passaggio dall'aristotelismo al galileismo è avvenuto quasi per istinto molti secoli fa nell'ambito delle scienze nomotetiche, che esprimono leggi, ed avviene invece in modo diverso nell'ambito delle scienze idiografiche come la giurisprudenza. Nel mondo della giurisprudenza il passaggio dall'aristotelismo al galileismo non c'è stato ancora del tutto. Penso ancora all'utilizzazione aristotelica del concetto di massima esperienza per fare un esempio. Quanto alla colpa, questo passaggio dall'uno all'altro modello è avvenuto, credo, verso la metà del secolo scorso ad opera, in Italia, di studiosi alcuni dei quali sono qui presenti oggi, che hanno compiuto quel passaggio che Galileo designava come il passaggio dai filosofi *in libris* ai filosofi naturali. Ecco io penso che noi oggi per essere dei buoni giuristi dobbiamo essere filosofi naturali. Cioè dobbiamo prestare maggiore attenzione ai fatti. Ad esempio, nel campo della colpa dovremmo dedicare particolare attenzione alle neuroscienze che ci stanno fornendo informazioni nuove su come si sviluppano i processi decisionali; e dovremmo prestare attenzione alla scienza dell'organizzazione per capire come si articola la distribuzione dei e delle sfere di responsabilità nelle istituzioni complesse.

In sintesi estrema, si può affermare che per un lungo tratto la colpa ha avuto un ruolo marginale nella dogmatica giuridica ed è stata dominata dall'enfasi sul disvalore della condotta, sulla violazione della regola cautelare, con soluzioni di tipo presuntivo che, come si accennava, si proiettavano sul versante del *versari in re illicita*.

Le cose sono mutate, come accennavo, grazie alla dottrina dell'ultima generazione. Alcune penetranti riflessioni hanno mostrato che il nucleo dell'indagine sulla colpa sta nella ricerca di connessioni qualificate tra condotta colposa ed evento, cioè di peculiari relazioni di tipo causale, in un'accezione tutta propria. Queste indagini in chiave causale servono a molti scopi tipici della colpa. In breve, si tratta soprattutto di cogliere il rapporto di prevenzione, cioè la congruenza tra il rischio cautelato dalla regola di comportamento e quello realizzatosi nell'evento. Ed occorre pure verificare l'evitabilità dell'evento, l'attitudine della prescrizione omessa a cautelare in concreto il rischio: ci chiediamo cosa sarebbe accaduto se l'agente avesse tenuto la condotta appropriata, se cioè l'evento sarebbe stato evitato o meno. Ne emerge così, nell'ambito della colpa, una peculiare idea di causalità come influenza, come comprensione delle interazioni, spesso complesse, sottili, che si muovono lungo l'itinerario che conduce dalla condotta all'evento. In breve, la dogmatica della colpa si è evoluta quando essa è stata fondata sulla lettura dei molteplici fili che legano la condotta e l'evento. Si dice, con espressione di sintesi, che la lettura della colpa dall'interno richiede di cogliere peculiari nessi causali. E si parla di causalità della colpa con inflessioni diverse ma pur sempre per evocare questo intreccio.

Penso che il momento del passaggio alla fase che ho chiamato dei "filosofi naturali" sia avvenuta proprio quando si è colto che la comprensione della colpa è basata sulla lettura di molteplici fili che legano la regola cautelare, la condotta e

l'evento. Sono fili di carattere fisico, logico, finalistico. Noi possiamo afferrare la colpa solo se riusciamo a comprendere, magari con l'aiuto di una profonda riflessione e del sapere scientifico, cosa accade tra la condotta ed evento e se la regola cautelare si è inverata nell'evento che si è verificato. A tale riguardo abbiamo sentito l'autorevole voce del professor Marinucci. L'evento deve inverare, deve concretizzare il rischio che la norma intende cautelare. Ed occorre poi verificare che la misura cautelare potesse essere efficace nella situazione data. Qualcuno parla di causalità della colpa, ad altri non piace, altri ancora parlano di comportamento alternativo lecito, alcuni infine di evitabilità. Io non faccio questioni terminologiche. Credo solo che uno dei aspetti essenziali della colpa risieda nei nessi causali di particolare specie ai quali ho fatto breve cenno prima e sui quali non posso trattenermi oltre.

In ogni caso, l'analisi di questi intrecci causali ha sempre più spesso bisogno di essere sorretta da informazioni scientifiche. Il governo di queste conoscenze pone nuove difficoltà. Il lavoro dei giudici è diventato assai complicato, ma la recente esperienza mostra che il fiorire di un qualificato dibattito teorico e la crescente integrazione tra riflessione dottrinale ed esperienza giurisprudenziale hanno prodotto effetti benefici: si leggono sovente sentenze di merito che, indipendentemente dalla sempre discutibile bontà dei giudizi conclusivi, affrontano con consapevolezza scientifica ed in profondità indagini davvero complesse. Basti pensare ai processi per l'esposizione professionale a sostanze dannose e per la responsabilità medica.

L'aspetto che ancora rimane insicuro e rende ancora molto severa, aspra, la colpa della giustizia penale italiana riguarda il profilo squisitamente soggettivo di questa forma di imputazione. Non è, intendiamoci, che nella giurisprudenza non si sia per nulla parlato del profilo soggettivo della colpa o che si sia escluso che la colpa rappresenti un dato a suo modo psichico. Anzi la colpa è sempre stata sentita come qualcosa di profondamente afferente alla sfera interiore. Tutti noi parliamo di colpa come di qualcosa che sta nel nostro fondo.

Non vi è dubbio che questa evocazione del soggettivo vi sia. Il fatto è che le circostanze che potrebbero consentirci di ponderare il soggettivo, di articolare il giudizio sul piano del rimprovero più squisitamente personale, nei processi quasi mai compaiono, non ci sono, non sono state individuate, prospettate, analizzate; e se ci sono quasi mai vengono utilizzate per la risoluzione dei casi giudiziari. Perché? Perché nel vuoto cui abbiamo già accennato penetrano diverse cose ed alcune finiscono per avere un peso preponderante. Evidentemente penetrano le esigenze di tutela, le istanze risarcitorie, il moralismo che per definizione ha tanta parte nel concetto stesso di colpa. Penetra forse la voglia dei giudici di condannare, come diceva simpaticamente un avvocato in un recente incontro. Forse è vero. Forse qualche giudice è moralista e, nel segno di una personale visione delle cose, trascura gli intrecci causali dei quali abbiamo parlato prima e si disinteressano degli aspetti di valore. Ma soprattutto, ed è il punto sul quale voglio maggiormente attrarre la vostra attenzione, la colpa vive ormai dentro diversi, separati sistemi di gestione dei rischi di massa. Nell'ambito di ciascuno di questi sistemi si respirano valori diversi, esigenze di tutela peculiari e questa caratterizzazione dei territori, questa aria diversa modella fortemente la colpa. Vediamo di cosa si tratta.

II. La colpa ha in effetti assunto un crescente rilievo nel sistema penale, in concomitanza con lo svilupparsi, nella seconda modernità, di rischi pervasivi che dominano la nostra vita. In parallelo con questo evolversi della realtà si sono venuti formando diversi sistemi organici di governo di distinti rischi di massa, che includono lo strumento penale: in primo luogo sicurezza del lavoro, circolazione stradale, responsabilità professionale. Può dunque affermarsi senza tema di esagerare che la colpa è al centro del diritto penale contemporaneo.

I diversi contesti e le peculiarità dei rischi influenzano fortemente la concreta configurazione della colpa. Il fatto è che, come si è tentato di accennare, la colpa può assumere molte sfumature intermedie tra la mera ascrizione ed il rimprovero per una condotta mancata ma umanamente esigibile, che concretizza il principio di colpevolezza. Comprensibilmente, in un giudizio così 'normativo', carico di 'dover essere', agli aspetti più razionali dell'indagine si accompagnano tensioni emotive, suggestioni e pressioni di vario genere. E non è esagerato affermare che per capire veramente come si attegga in concreto la colpa, quale colorazione essa assume, occorre solitamente guardare al sistema normativo, all'ambito di regolamentazione.

Gli scenari sono noti. In uno, quello della sicurezza del lavoro, l'uomo diventa ingranaggio fragile di una macchina gravida di pericoli. Naturale, quindi, che il soggetto che gestisce l'attività sia gravato da pressanti obblighi di controllare il rischio e di proteggere il soggetto debole anche dai suoi stessi errori: egli diventa il garante, appunto. Qui la colpa viene solitamente misurata con un metro alquanto severo. Tuttavia il garante non può essere trasformato in un capro espiatorio ed occorre configurare quindi i suoi obblighi in un modo realistico, esigibile. Il fatto è che l'obbligo di garanzia assume un ruolo tanto pregnante che la colpa scolora, con esiti talora preoccupanti a causa dell'offuscamento del principio di colpevolezza. Si mostra, così, il multiforme intreccio tra garanzia e colpa. Qui è sufficiente tratteggiare il dato più rilevante: la figura del garante cambia significato. Il garante è il gestore di un rischio, chiamato a rispondere per via del suo ruolo, anche quando non si è nell'ambito della causalità omissiva. Solo quando il rischio che si concretizza è estraneo all'ambito governato dal garante si ha la cosiddetta interruzione del nesso causale. Questa rivoluzione dogmatica ha determinato un paradosso: la colpa è quasi interamente scomparsa dall'orizzonte. Nei nostri processi le discussioni sulla responsabilità gravitano quasi esclusivamente sull'esistenza o meno del ruolo di garante, sull'interruzione del nesso causale per effetto di condotte esorbitanti solitamente attribuite al lavoratore. Quasi mai si discute di colpa, della violazione, cioè, di una specifica ed efficace prescrizione finalizzata a cautelare il rischio che si è realizzato. Tutto questo, occorre ribadirlo, offusca in modo preoccupante il principio di colpevolezza. La dimensione della colpa in concreto va dunque preservata, riconquistata.

Non molto diversa la situazione della giurisprudenza nell'ambito del contesto della circolazione stradale. Qui l'agente interagisce solitamente con innumerevoli altri soggetti e regna l'idea, sorretta da alcune norme elastiche molto pervasive, che il

pericolo incombe; e che bisogna agire mettendo in conto il peggio. L'affidamento praticamente non esiste e tutto, o quasi, è prevedibile. Anche in quest'ambito, dunque, la colpa è severa. Una situazione per certi versi paradossale, se si considera che la teoria dell'affidamento è nata proprio nell'ambito della circolazione stradale. Solo recentemente la Quarta sezione della Corte suprema¹ ha avuto modo di enunciare che l'affidamento non può essere del tutto obliterato, particolarmente quando si è in presenza di condotte di altri conducenti fortemente esorbitanti rispetto agli standard di prudenza. Si è considerato che le condotte imprudenti nell'ambito della circolazione stradale sono tanto frequenti che esse costituiscono un rischio tipico, prevedibile, da governare nei limiti del possibile. Le norme, tuttavia, non possono essere lette in modo tanto estremo da enucleare l'obbligo generale di prevedere e governare sempre e comunque il rischio derivante dall'altrui attività illecita. Vi sono aspetti della circolazione stradale che per forza implicano un razionale affidamento: di fronte ad una strada il cui il senso di circolazione sia regolato non si può pretendere che l'automobilista si paralizzi nel timore che alcuno possa non attenersi a tale disciplina. Insomma, un'istanza di sensatezza del sistema e di equità induce con immediatezza a cogliere che il principio di affidamento debba essere in qualche guisa riconosciuto nell'ambito della circolazione stradale. La soluzione contraria non solo sarebbe irrealistica, ma condurrebbe a risultati non conformi al principio di personalità della responsabilità, prescrivendo obblighi talvolta inesigibili e votando l'utente della strada al destino del colpevole per definizione o, se si vuole, del capro espiatorio.

Ben più complessa, sfumata e ricca di storia è la colpa nella responsabilità medica. Numerosi fattori conferiscono particolare complessità a questa indagine e talvolta la turbano. Si può provare a stilare un breve elenco. La compassione per la sofferenza della vittima e dei suoi familiari. La rivendicatività di chi a torto o a ragione ritiene di aver subito un pregiudizio. L'irrealistico affidamento nel ruolo taumaturgico dell'atto medico. L'incertezza delle informazioni scientifiche. La complessità a volte altissima dell'agire, che non di rado coinvolge ambiti di alta specializzazione. Le carenze organizzative e le emergenze che frequentemente limitano, condizionano l'atto terapeutico. Le relazioni gerarchiche all'interno delle istituzioni sanitarie. La stessa complessità della scienza medica che propone al professionista un itinerario di formazione praticamente senza fine. La sovrapposizione tra gli aspetti risarcitori e quelli sanzionatori.

Il confuso stato delle cose sembra suggerire che, con uno sforzo intellettuale, noi dobbiamo recuperare la fiducia in un sistema capace di individuare e regolare in modo efficiente ed equilibrato le situazioni realmente patologiche, affinché il principio di responsabilità possa svolgere la sua insostituibile funzione. Senza la prospettiva di un giudizio che distingua il bene dal male, il giusto dall'ingiusto, non c'è da attendersi che nella legge vi sia lo stimolo, la motivazione ad agire bene. Dobbiamo allora andare alla ricerca dei tratti basilari di una appropriata, accettabile definizione della sfera di responsabilità medica.

¹ Sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 46741 Minunno, Rv. 245663.

In questa prospettiva la colpa entra prepotentemente in scena. L'esperienza nel campo della responsabilità medica ci suggerisce che qui, a differenza che in altri contesti come quelli cui si è già fatto cenno, è possibile guardare all'ideale di un giudizio che giunga ad esprimere il rimprovero personale sulla base di una equilibrata, prudente considerazione di tutti i fattori in gioco: un atteggiamento meno rigorista, una visione meno severa della colpa, che colga con maggiore profondità di quanto accada nel presente le spesso irripetibili sfaccettature della realtà.

Le raffinate elaborazioni dottrinali che hanno posto in luce il profilo più squisitamente soggettivo della colpa non trovano grande riscontro negli annali della giurisprudenza. Un poco manca la sensibilità; un poco mancano gli strumenti di analisi; un poco le esigenze di tutela di essenziali beni giuridici impongono soluzioni alquanto severe. Tuttavia la sfera dell'attività medica ha ad oggetto un'attività davvero difficile, rischiosa come poche altre; ed appare quindi ragionevole modulare con maggiore attenzione il giudizio, tenendo conto della complessità del compito in ogni specifica contingenza e della particolare temperie che il professionista è di volta in volta chiamato ad affrontare.

III. L'ambito della responsabilità medica è il *topos* per lo studio della colpa grave. E' questa una lunga storia, ricca di insegnamenti. Vale dunque la pena di tentarne la sintesi.

La più antica giurisprudenza di legittimità in tema di colpa nell'esercizio della professione medica si caratterizza per particolare larghezza: si afferma che la responsabilità penale può configurarsi solo nei casi di colpa grave e cioè di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte. Nelle pronunzie risalenti si legge che la malattia può manifestarsi talvolta in modo non chiaro, con sintomi equivoci che possono determinare un errore di apprezzamento, e sovente non esistono criteri diagnostici e di cura sicuri. La colpa grave rilevante nell'ambito della professione medica si riscontra nell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter adoperare correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria. Dovendo la colpa del medico essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile, l'esclusione della colpa professionale trova un limite nella condotta del professionista, incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica. Insomma, in questa ormai remota giurisprudenza l'esclusione della colpa è la regola e l'imputazione colposa è l'eccezione che si configura solo nelle situazioni più plateali ed estreme.

Il supporto normativo di tale orientamento è stato solitamente individuato nell'art. 2236 del codice civile, letto come strumento per limitare la responsabilità ai soli casi di errore macroscopico. In dottrina il rilievo in ambito penale di tale norma è stato essenzialmente ricondotto ad un'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, cioè alla necessità di evitare che comportamenti che non concretizzano neppure un illecito civile assumano rilevanza nel più rigoroso ambito penale. Tale connessione tra le due normative, tuttavia, è stata sottoposta in dottrina ad importanti precisazioni, che la giurisprudenza ha spesso trascurato: le prestazioni richieste devono presentare speciali difficoltà tecniche, ed inoltre la limitazione dell'addebito ai soli casi di colpa grave riguarda l'ambito della perizia e non, invece, quelli della prudenza e della diligenza. In tale visione si ritiene che la valutazione della colpa medica debba essere compiuta con speciale cautela nei soli casi in cui si richiedano interventi particolarmente delicati e complessi e che coinvolgano l'aspetto più squisitamente scientifico dell'arte medica.

La questione della compatibilità tra l'indirizzo 'benevolo' della giurisprudenza ed il principio d'uguaglianza è stata posta, nell'anno 1973, all'attenzione della Corte costituzionale che ha sostanzialmente recepito le linee della indicata dottrina, affermando che dagli artt. 589, 42 e 43 c.p. e dall'art. 2236 cod. civ. è ricavabile una particolare disciplina in tema di responsabilità degli esercenti professioni intellettuali, finalizzata a fronteggiare due opposte esigenze: non mortificare l'iniziativa del professionista col timore d'ingiuste rappresaglie in caso d'insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso. Tale particolare regime, che implica esenzione o limitazione di responsabilità, però, si applica ai soli casi in cui la prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e riguarda l'ambito della perizia e non quello della diligenza e della prudenza. Considerato che la deroga alla disciplina generale della responsabilità per colpa ha un'adeguata ragion d'essere ed è contenuta entro il circoscritto tema della perizia, la Corte ha ritenuto che non vi sia lesione del principio d'eguaglianza.

Tuttavia l'orientamento indulgente ha finito col coprire anche casi di grave leggerezza, ed ha determinato una situazione di privilegio per la categoria, che è parsa ad alcuni giuristi anche in contrasto col principio costituzionale d'uguaglianza. Si è pure condivisibilmente ritenuto che tanta comprensione verso comportamenti spesso gravemente censurabili fosse espressione della deteriore visione paternalistica della medicina.

Così, le cose sono ad un certo punto mutate. Fattasi strada una visione relazione e non autoritaria del rapporto tra sanitario e paziente, a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo, si è affermata e consolidata una giurisprudenza radicalmente contrapposta, che esclude qualsiasi rilievo, nell'ambito penale, dell'art. 2236 del codice civile; ed impone di valutare la colpa professionale sempre e comunque sulla base delle regole generali in tema di colpa contenute nell'art. 43 c.p. Si osserva che la norma civile riguarda il risarcimento del danno, quando la prestazione professionale comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, e non può essere applicata all'ambito penale né in via estensiva, data la completezza e l'omogeneità della

disciplina penale della colpa, ne' in via analogica, vietata per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi in materia. La gravità della colpa potrà avere eventualmente rilievo solo ai fini della graduazione della pena. Insomma la parola d'ordine è: la colpa è uguale per tutti.

Tuttavia la giurisprudenza segue a volte singolari itinerari. Espunto l'art. 2236 dal novero delle norme applicabili nell'ordinamento penale, esso vi è rientrato per il criterio di razionalità del giudizio che esprime. La Suprema Corte ha così affermato² che la norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico, quando il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà, 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 sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Questa rivisitazione della normativa civilistica è davvero interessante ed importante, non solo perché recupera le ragioni profonde che stanno alla base del tradizionale criterio normativo di attenuazione dell'imputazione soggettiva, ma perché, in un breve passaggio, la sentenza pone in luce i 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 (aspetto mai prima enucleato esplicitamente) le contingenze nelle quali il medico si trova ad operare in emergenza e quindi in quella situazione intossicata dall'impellenza che, come si accennava all'inizio, rende quasi sempre difficili anche le cose facili. Quest'ultima notazione, valorizzata come si deve, dunque, apre alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa.

Il principio enunciato da tale sentenza è stato recentemente ribadito e chiarito più volte dalla Suprema Corte. In una pronunzia³ si è posta in luce la connessione tra colpa grave ed urgenza terapeutica; e si è rimarcato che una attenta e prudente analisi della realtà di ciascun caso può consentire di cogliere i casi nei quali vi è una particolare difficoltà della diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza; e di distinguere tale situazione da quelle in cui, invece, il medico è malaccorto, non si adopera per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omissivi, tanto più quando la sua specializzazione gli impone di agire tempestivamente proprio in urgenza. E' stata quindi confermata la sentenza assolutoria di merito che aveva compiuto una ponderazione basata sull'ambiguità della sintomatologia e dell'esito degli esami ematochimici, nonché sulla necessità di avviare con prontezza il paziente alla struttura sanitaria che, nella situazione data, appariva ragionevolmente dotata delle competenze ed attrezzature più adeguate in relazione alla prospettata patologia neurologica.

² Sez. IV, n. 39592 del 21 giugno 2007, Buggè, Rv. 237875.

³ Sez. IV, n. 16328 del 5 aprile 2011, Montalto.

In altra sentenza⁴ si è affermato 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 o sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate. Da questo punto di vista, si è concluso, l'art. 2236 cod. civ. "non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose". In breve, quindi, 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. Il principio è stato enunciato in un caso in cui si discuteva della responsabilità dello psichiatra di una casa di cura, in cui era da tempo ricoverato un degente affetto da una grave patologia psichiatrica che era precipitato al suolo, perdendo la vita, a causa della sua condizione, verosimilmente per la realizzazione di proposito suicidiario. La Suprema Corte ha affermato che vi sono contesti, come quello psichiatrico, nei quali esiste una ineliminabile misura di rischio consentito; e che la linea di confine tra il lecito e l'illecito è spesso incerta, sicché la valutazione della colpa non può prescindere dalla considerazione di tale incerta contingenza. La psichiatria mostra patologie che non di rado sono difficilmente controllabili completamente. Tale situazione è in gran parte connessa all'abbandono di deprecate pratiche di isolamento e segregazione. In breve, si cura e si protegge il paziente con terapie rispettose della sua dignità che, tuttavia, non possono eliminare del tutto il rischio di condotte inconsulte. Il rischio è insuperabile ma è accettato dalla scienza medica e dalla società: esso è dunque "consentito". Di tale situazione occorre consapevolmente prendere atto nel valutare la colpa: l'esistenza di una posizione di garanzia non basta di certo, da sola, a fondare l'imputazione, dovendosi esperire il giudizio di rimprovero personale che concretizza la colpevolezza.

E' di particolare interesse la trattazione del tema dell'area del rischio consentito: noi ci troviamo spesso in una situazione nella quale la linea di confine tra rischio consentito e rischio illecito è incerta, non c'è una regola giuridica che la fissi, non c'è una norma regolamentare, non c'è una norma amministrativa, in alcuni casi una regola rigida non è neppure concepibile. In tutte queste situazioni il giudice si trova in una situazione drammatica ed imbarazzante. E' lui che è chiamato a fissare la linea di confine. Il giudice rischia di dover essere egli il regolatore e, dopo aver regolato, di dover esprimere il giudizio di colpevolezza. Una situazione molto imbarazzante, si è detto nella sentenza, che richiede una particolarissima cautela. E' evidente che non si può andare con l'accetta ed il comportamento dello psichiatra, come di chiunque gestisce un'area di rischio non perfettamente confinata, deve esser valutato con un metro di particolare cautela di prudente discernimento.

Si è aggiunto che un utile riferimento può venire dalle linee guida con la precisazione che dobbiamo ammettere che in alcuni casi le prassi sono alquanto pigre, economicistiche ed in alcuni casi ciniche. Quindi fiducia nelle linee guida ma non

⁴ Sez. IV, n. 4391/12 del 22 novembre 2011, Di Lella, Rv. 251941.

acritica, dovendosi comprendere come esse sono state costruite, se sono eticamente affidabili e possono costituire una guida per il giudice.

Vi è da sperare che questa risposta della giurisprudenza possa servire a risolvere in modo cauto i casi critici. La giurisprudenza di legittimità si è lasciata andare, in qualche caso, a soluzioni che sono state forse troppo rigorose e non hanno tenuto conto della difficile situazione nella quale si trova non di rado il terapeuta psichiatra. Occorre riflettere che una decisione non giusta non solo ha affetti dolorosi, ma altera pure la fisiologia del regime terapeutico, incoraggiando il medico verso atteggiamenti di medicina difensiva.

Il secondo punto esaminato nella ridetta sentenza è quello dell'applicazione del principio della colpa grave. Nella sentenza, come si è accennato, si è ribadito che il rimprovero personale richiede di tenere conto delle difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi e quindi del contesto, con particolare riguardo alla complessità o novità tecnicoscienza ed all'urgenza, alla precipitazione che rende quasi sempre difficile ogni cosa. Quest'ultima notazione, valorizzata come si deve, apre alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono la valutazione sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa.

Le enunciazioni così sintetizzate secondo me sono utili, sono importanti perché servono anche ad orientare la giurisprudenza nei campi di studio, di ricerca di frontiera, nelle situazioni nelle quali le regole terapeutiche sono incerte o discusse oppure nei contesti in cui si mostrano difficoltà che sovrastano le competenze del modello di agente, oppure quando vi sono situazioni critiche, inattese, impellenti.

Io non so se questa soluzione è dogmaticamente monolitica perché prende in considerazione ed intreccia due profili apparentemente diversi, la colpa grave ed il profilo squisitamente soggettivo della colpa. Il fatto è che il concetto di colpa grave rimanda a situazioni complesse dal punto di vista situazionale, o per la complicatezza scientifica o per la drammaticità dell'urgenza. Attraverso il concetto di colpa grave rivisitato in chiave logica si rinviene lo strumento concettuale, il *topos* per far entrare il profilo più squisitamente soggettivo della colpa nel giudizio di responsabilità.

Questo approccio sembra utile anche in altri ambiti, come è emerso in un recente convegno organizzato dalla protezione civile. Qui si sono colte le preoccupazioni di sismologi, gestori di istituzioni che sono chiamate a valutare il significato di quei pennini che improvvisamente si eccitano e segnalano situazioni di rischio. Ci si è chiesto quale sia il comportamento corretto di chi deve segnalare o non segnalare una situazione di teorico allarme. Sono state tenute relazioni cariche di inquietanti interrogativi. Cosa occorre fare in tali casi? Io credo che la regola basilare della colpa nella sua dimensione soggettiva, volta alla particolare comprensione del contesto debba riguardare non solo gli ambiti cui si è fatto riferimento ripetutamente (difficoltà e novità tecnicoscienza ed urgenza terapeutica), ma anche le situazioni caotiche come quelle della sismologia, nelle quali, cioè, la previsione presenta evidentemente congeniti, fortissimi margini di incertezza ed implica al contempo particolare cautela e prudenza per le molteplici implicazioni sottese.

Spero che queste considerazioni confermino l'enunciazione iniziale a proposito della favorevole prospettiva che si intravede nella giurisprudenza circa la valorizzazione degli aspetti più soggettivi della colpa.