

Aspetti deontologici e giuridici della Responsabilità professionale del chirurgo in Italia.

Evoluzione storica a partire dal '900

Nicola Picardi

Direttivo del Collegio degli Storici della Chirurgia

Aspetti deontologici e giuridici della Responsabilità professionale del chirurgo in Italia. Evoluzione storica a partire dal '900

È pleonastico ricordare che ogni individuo razionante delle essere responsabile delle sue azioni: deve agire con la coscienza degli scopi che si propone evitando possibili conseguenze negative dei suoi atti. In ambito medico questo tipo di responsabilità è codificata con le norme della "deontologia".

Per secoli l'arte terapeutica è stata praticata da individui dotati di una particolare vocazione ed una particolare cultura acquisita da Maestri dell'arte ancor prima che dalla propria esperienza, con nozioni di erboristeria e di elementari conoscenze anatomiche e di fisiologia, circondati da un'aura sacerdotale e da un rispetto derivante dal timore e dall'ammirazione per il coraggio e auspicabilmente dai successi, e facendo riferimento nell'occidente mediterraneo alle regole operative fissate nel Giuramento di Ippocrate, di significato tra il sacro ed il deontologico.

Lo sviluppo delle tecniche anestesiolgiche a partire dalla seconda metà dell'800 ha determinato l'ampliamento delle iniziative chirurgiche di tipo elettivo, a fianco con gli storici interventi in emergenza per la cura di lesioni traumatiche, ancor prima delle acquisizioni riguardanti le infezioni.

Con l'espansione del campo di azione della chirurgia, le possibili complicanze ed i possibili insuccessi hanno fatto da contrappeso ai sentimenti di rispetto e di fiducia nei confronti dei chirurghi, giungendo a far assimilare in tali casi la loro opera quale causa all'origine di danni, provocati rientrando quindi nella categoria dei reati sottoposti alla Legge penale. Così, al termine deontologico di "responsabilità" valido per ogni iniziativa ed ogni professione, per i medici è venuto ad associarsi la qualifica di "professionale", con un significato di presunta colpevolezza.

Da una parte le regole deontologiche si sono ampliate, ed hanno coinvolto direttamente il paziente nella fase decisionale delle terapie chirurgiche, formalizzate programmaticamente in moderni codici deontologici ed operativamente nel documento del "consenso informato".

Per altro verso le leggi innovative del Codice Civile definito nel 1942, che al posto delle pene del codice penale introduceva il criterio della risarcibilità economica del danno in caso di riconosciuta "responsabilità professionale", ha determinato il coinvolgimento di altre figura professionali, e cioè di avvocati e di medici legali, oltre che delle organizzazioni assicurative, con detrimento alla serenità nell'espletamento delle professioni sanitarie e con l'insorgenza per reazione della cosiddetta "medicina difensiva".

La concretezza di queste problematiche hanno richiesto l'interessamento attivo della Giurisprudenza con una serie di sentenze, ed una formulazione di decreti e nuove leggi parlamentari, ancora in pieno assestamento nel corso del 2017, lasciano in qualche modo ancora irrisolti alcuni nodi.

Premessa

Oggi nel mondo sanitario italiano è entrata in vigore la Legge Gelli che anima i dibattiti interpretativi ed operati-

vi riguardanti tuttora diversi temi, tra cui il valore ed i limiti delle Linee Guida.

Sembra utile l'approfondimento storico delle tappe precedenti alla formulazione di questa legge, ricordando storicamente ciò che ha contribuito alla costruzione della "Responsabilità Professionale" di orientamento giuridico nel corso del XX secolo, a partire dal suo originario significato deontologico.

Ogni individuo ha il dovere di essere "responsabile" delle sue azioni, che devono essere guidate da riflessione critica circa le finalità che si propone di raggiungere, e



Ann. Ital. Chir., 2018 89, 1: 1-19
pii: S0003469X18027975

Pervenuto in Redazione Ottobre 2017. Accettato per la pubblicazione Novembre 2017.

Correspondence to: Prof. Nicola Picardi, Via Montevideo 6, 00918 Roma (e-mail: nicola.picardi@gmail.com)

consapevolezza delle conseguenze negative che possono derivarne e che vanno evitate.

Ma questo termine, in sé astratto, assume un significato molto preciso se lo si accompagna all'aggettivo *professionale*. In tal caso si vengono ad affiancare l'*imperativo etico* di dover agire al meglio delle proprie conoscenze e capacità tecniche, e l'*implicazione giuridica* che pretende dal professionista la giustificazione di eventuali comportamenti inadeguati in relazione a possibili danni che ne siano l'effetto.

Nel caso della professione chirurgica la questione di *responsabilità "professionale"* ha un peso particolarmente rilevante, non solo perché si tratta di agire su soggetti fragili anche psicologicamente in quanto malati, ma anche perché andranno ad essere sottoposti a procedure terapeutiche ed eventualmente anche diagnostiche di tipo cruento, e non sempre sarà possibile ottenere senza risvolti negativi il successo o addirittura la guarigione della patologia su cui si interviene, ed evitare completamente possibili danni collaterali per il paziente.

Al chirurgo si richiede non solo una completa conoscenza della sua disciplina, in particolare riguardo alla problematica del caso specifico da trattare, e adeguate capacità tecniche per eseguire il necessario trattamento, ma anche la necessaria riflessione critica ed il discernimento nell'individuare le scelte più opportune e l'impiego dei mezzi idonei al raggiungimento della cura, che è suo compito esclusivo. Per altro verso egli deve anche farsi carico dell'emotività del paziente, ed eventualmente di quella dei suoi congiunti, riuscendo ad ottenerne la fiducia e motivarne le speranze, memore della affermazione di Seneca *"anche se il timore ha più argomenti, scegli la speranza"*.

Il chirurgo deve dunque saper trattare anche gli aspetti psicologici che la malattia comporta, fornendo le spiegazioni necessarie per ridurre e razionalizzare timori ed ansie, motivare le speranze e fornire gli elementi di incoraggiamento necessari ad affrontare la situazione. Tutto ciò richiede necessariamente una specifica attitudine morale basata su sentimenti di solidarietà, utilizzando cultura ed esperienza per poter fare partecipe il paziente delle proprie certezze. La chirurgia in tal senso è una disciplina e non soltanto una scienza.

È un tipo di "responsabilità" di tipo culturale e tecnica ma innanzitutto morale, basata non solo su piena conoscenza della materia, ma anche sull'etica su cui sono fondate le regole deontologiche.

In ambito giuridico la *"responsabilità professionale"*, valida ovviamente per tutti gli esercenti una professione, indica una valutazione del corretto operato di fronte ad un giudice, ed il dover rendere conto di fronte ad un tribunale della correttezza o meno della propria attività quando insorgano notizie di reato ambientali o a seguito di specifica denuncia di eventi negativi. Nel caso della professione medica, e dunque del chirurgo, essa sot-

tintende una presunzione di colpa nel caso di insuccessi, o di danni derivati al paziente potenzialmente imputabili all'attività sanitaria. L'opera professionale viene allora analizzata dal punto di vista della specifica competenza e capacità tecnica, e la sua ottemperanza ed adeguatezza alla *lege artis*, oltre che alle leggi ed alle norme vigenti in materia sanitaria. In particolare per la delicatezza del rapporto chirurgo-paziente si pretende perizia, prudenza e diligenza in tutte le fasi della sua opera professionale, innanzitutto per ragioni etiche, ma anche il rispetto delle leggi che regolano la professione medica. *È una "responsabilità" di tipo giuridico quella che viene evocata in caso di presunte violazioni di regole e di leggi, a fronte di danni veri o presunti derivati al paziente per l'opera di un chirurgo, ed evocati dal paziente stesso o dai suoi congiunti.*

Si tratta dunque di due tipi di "responsabilità" completamente diverse, una di tipo orgogliosamente deontologico e l'altra evocatrice dell'ipotesi di una possibile colpa. Mentre la responsabilità professionale costituisce una qualità positiva dell'opera del chirurgo, caratterizzata da generosità e nobiltà della vocazione e prestigio della sua azione, diventa invece una chiamata a giustificazione o discolta con procedimento giudiziario in caso di insoddisfazione o danno del paziente.

In senso etico "responsabilità" è una caratteristica doverosa che deve fare onore al medico. Nell'altro caso suggerisce invece la ipotesi di colpa e quindi evoca la pena. Però oggi, anche quando si parla semplicemente di "responsabilità" in ambito medico s'intende quanto meno un sospetto di colpa, con significato quindi giuridico.

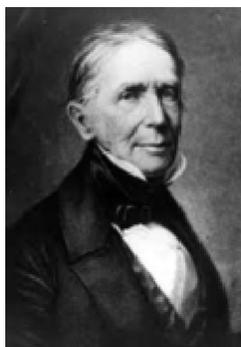
Evoluzione della figura del chirurgo a partire dall'inizio del XX secolo

Per poter inquadrare correttamente in significato concreto di "responsabilità professionale" del chirurgo del XX secolo, non si può più fare riferimento agli aspetti deontologici ed ai principi etici vigenti fino al XIX secolo, che ancora nei primi anni del '900 erano ancora quelli del Giuramento di Ippocrate. Bisogna invece considerare che la chirurgia stava evolvendo in maniera non paragonabile a quanto avvenuto nei secoli precedenti, con un'impennata improvvisa e straordinaria a partire dalla metà dell'800, in particolare da quando divenne possibile procedere ad anestesia generale dei pazienti da sottoporre a terapia chirurgica, sottraendoli alla tortura del dolore.

La data precisa alla quale si verificò un radicale cambiamento è quella in cui fu realizzata la prima consapevole ed efficace anestesia per inalazione di etere, precisamente il 16 ottobre 1846 con l'intervento di John Cotton Warren al Massachusetts General Hospital di Boston – l'*Ether day* – e che segna l'effettiva data di nascita della chirurgia d'elezione.



Massachusetts General Hospital



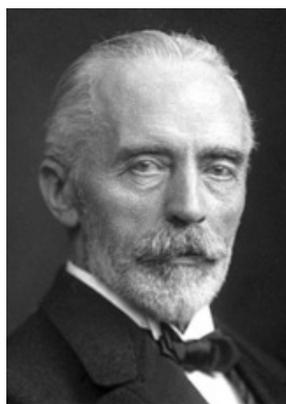
John Cortton Warren



Monumento in memoria dell'Ether Day a Boston



Theodor Billroth



Theodor Kocher



Jacques Reverdin

Nei lunghi secoli precedenti il chirurgo interveniva praticamente soltanto in condizioni di necessità, quasi esclusivamente per cause traumatiche e per lo più belliche, o negli ultimi decenni per la traumatologia connessa con l'industria nascente.

Era invece diventato possibile programmare e realizzare interventi chirurgici di elezione, e sorsero personalità chirurgiche pionieristiche straordinarie a partire dalla seconda metà e negli ultimi anni dell'800, il cui nome è ancora ricordato con ammirazione e rispetto: per la chirurgia gastrica e gastroenterica Theodor Billroth, per la chirurgia tiroidea Emile Theodor Kocher, per i primi passi della chirurgia endocrina Jacques Reverdin, per fare alcuni nomi ben noti.

Nonostante i rischi che comunque questa chirurgia riservava al paziente, negli ultimi anni del XIX secolo la figura del chirurgo godeva nell'immaginario popolare un ruolo di grande rispetto, sia perché affrontava patologie un tempo non curabili, ma anche per il *timor reverentialis* per la sua temibile opera cruenta. Gli interventi chirurgici di elezione, sempre temibili, venivano affrontati per necessità e sulla base di un forte rapporto di fiducia fondato sulla fama del chirurgo ma anche sulla sua umanità.

Ma la situazione era destinata a modificarsi profondamente e progressivamente nell'arco dei primi 70 anni del

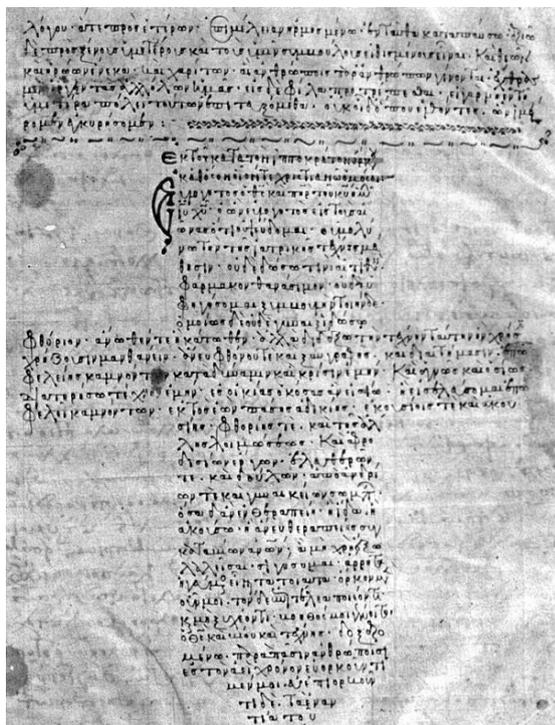
XX secolo, nel corso dei quali si era ormai delineata e consolidata la grande chirurgia moderna, del cuore, del polmone, del fegato, del pancreas, dell'apparato vascolare arterioso e venoso e infine la chirurgia dei trapianti di organo e la chirurgia mininvasiva.

In parallelo significativi eventi storici, discussioni accademiche e dibattiti giuridici hanno portato a innovazioni legislative, con la trasformazione delle norme deontologiche in regole precise ed impegnative, e definendo i confini del reato di lesione personale superando ogni paternalismo nelle professioni sanitarie.

LA DEONTOLOGIA DAL GIURAMENTO DI IPPOCRATE AL GIURAMENTO DEL MEDICO DEL 1995

La deontologia, ovvero *legge del dovere* (*δεόντως*), è l'impegno soggettivo di ciascuno ad essere responsabili del proprio operato, con chiarezza degli scopi da realizzare e capacità di conseguirli.

Nel caso della professione medica la deontologia ha fatto per secoli riferimento, almeno formalmente e tradizionalmente, alle norme sacrali rappresentate dal Giuramento di Ippocrate, che ancora veniva consegnato nella seconda metà del secolo alla nostra generazione di neolaureati subito dopo la proclamazione di Dottore in



Medicina e Chirurgia al termine dell'esame di laurea. Con questo giuramento il medico si impegnava a rispettare i doveri etici nei confronti del paziente, cioè ad un comportamento deontologico che liberava la professione sanitaria dal pericolo di assomigliare ad una qualsiasi forma di commercio, sottolineando nello stesso tempo gli aspetti più lodevoli e meritori della professione. Il Giuramento di Ippocrate risale al V secolo a.C., e attri-

buiva al medico un ruolo quasi sacerdotale, invocando e chiamando a testimonianza del giuramento "Apollo medico e Asclepio e Igea e Panacea e tutti gli dei e le dee" per affermare l'aura di sacralità che avvolgeva la figura del medico, anche se, riconsiderata con gli occhi odierni, rivela già anche aspetti che potrebbero definirsi di una reale "medicina difensiva" ante litteram, quando includeva nel giuramento "Non opererò coloro che soffrono del male della pietra, ma mi rivolgerò a coloro che sono esperti di questa attività": in pratica il prestigio del medico non doveva essere compromesso dalle difficoltà, le sofferenze, le complicità e gli insuccessi della cura chirurgica della calcolosi vescicale, lasciando ad altri questi oneri.

L'aspetto ieratico e solidale della figura del medico crollò definitivamente e drammaticamente alla fine della seconda guerra mondiale, quando la scoperta dei campi di sterminio nazisti nel 1945 rivelarono gli obbrobriosi esperimenti condotti da medici di quel regime su popolazioni inermi e incolpevoli, utilizzate come cavie umane.

Sappiamo su documentazione purtroppo scientifica dei tempi di sopravvivenza di uomini al freddo estremo, e conosciamo la degenerazione bruna del miocardio nel caso dell'inanizione completa e prolungata, cui vennero sottoposti fino al decesso uomini e donne internati nei campi di sterminio del Terzo Reich, a seguito di esperimenti disumani, ricontrollati con minuziosi riscontri autoptici.

Nel corso della 2° Assemblea della **World Medical Association** che si svolse a Ginevra nel 1948, per reazione alla scoperta di questi fatti disumani venne formulata la **Dichiarazione di Ginevra** nell'ambito della **Dichiarazione per i diritti dell'uomo**, di alto contenu-

Testo originale della Dichiarazione di Ginevra del 1948	
<p>Nel momento di essere ammesso come membro della professione medica:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Mi impegno solennemente a consacrare la mia vita al servizio della umanità;</i> 2. <i>Darò ai miei insegnanti il rispetto e la gratitudine che gli è dovuta;</i> 3. <i>Svolgerò la mia professione con coscienza e dignità;</i> 4. <i>La salute e la vita dei miei pazienti saranno le mie prime preoccupazioni;</i> 5. <i>Rispetterò i segreti che mi sono confidati;</i> 6. <i>Manterrò per tutto ciò che è in mio potere, l'onore e la nobile tradizione della professione medica;</i> 7. <i>I miei colleghi saranno i miei fratelli;</i> 8. <i>Non permetterò che considerazioni di ordine religioso, nazionale, razziale, posizione politica o stato sociale interferiscano tra il mio dovere ed i miei pazienti;</i> 9. <i>Manterrò il massimo rispetto per la vita umana, dal momento del suo concepimento, anche sotto minaccia, non userò la mia conoscenza medica contro le leggi dell'umanità;</i> 10. <i>Ho fatto questa promessa solennemente, liberamente e sotto il mio onore.</i> 	<p>Segue una versione emendata della dichiarazione di Ginevra, riguardante gli articoli 4, 8, 9 e l'aggiunta di un nuovo articolo 10</p> <p>Nel momento di essere ammesso come membro della professione medica:</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. <i>La salute dei miei pazienti sarà la mia prima preoccupazione;</i> 8. <i>Non permetterò che considerazioni su età, malattia o disabilità, credo, origine etnica, sesso, nazionalità, affiliazione politica, razza, orientamento sessuale, stato sociale, ed ogni altro fattore, interferiscano tra il mio dovere ed i miei pazienti;</i> 9. <i>Manterrò il massimo rispetto per la vita umana;</i> 10. <i>Non userò la conoscenza medica per violare i diritti umani e le libertà civili, anche sotto minaccia;</i> 11. <i>Ho fatto questa promessa solennemente, liberamente e sotto il mio onore.</i>

to etico e finalizzata specificamente alla umanizzazione della medicina, con l'adesione delle rappresentanze di 27 paesi.

La **World Medical Association** era stata fondata il 18 settembre 1947 a Parigi per suggerimento nel 1945 della *British Medical Association* di Londra alla ripresa della sua attività al termine degli eventi bellici ed in sostituzione della *Associazione Professionale Internationale des Médecins*.

Attualmente l'associazione ha sede a Ferney-Voltaire in Francia, e rappresenta attualmente 122 associazioni mediche nazionali di altrettanti paesi e rappresenta più di 10 milioni di medici.

La dichiarazione venne pensata come una nuova formulazione e sostituzione del giuramento di Ippocrate, basata su verità morali comprensibili e riconoscibili modernamente da tutti, al di fuori da condizionamenti mitici o confessionali.

L'ampliamento analitico del punto 8. e l'interposizione di un nuovo punto 10. rappresentavano un indiscutibile miglioramento. Però, per una forma di ulteriore laicità dal punto 4 scompariva "e la vita" nel testo emendato, e il punto 9 venne abbreviato con l'abolizione di ogni riferimento all'inizio della vita umana. Si trattava di punti che sbarravano la strada alla pratica dell'eutanasia ed avrebbero impedito eticamente la pratica abortiva, in omaggio a concetti anticonfessionali e di estrema laicità civile.

Con queste due ultime modifiche venivano ad essere palesemente sconfessati i due punti relativi del Giuramento di Ippocrate, abolendo i possibili conflitti ideologici, ma in virtù dei principi della Carta dei diritti dell'uomo veniva preservato il diritto naturale all'obiezione di coscienza.

Come conseguenza della Dichiarazione di Ginevra il **Giuramento di Ippocrate** che aveva resistito per secoli, veniva ad essere relegato ad un ruolo di romantico ricordo storico, per essere sostituito da nuove regole che rispecchiassero le nuove acquisizioni e potenzialità delle conoscenze mediche e con una impronta decisamente laica e non confessionale.

Come conseguenza della Dichiarazione di Ginevra del 1948 il codice comportamentale etico del medico e della sua responsabilità professionale richiedevano una nuova formulazione e la definizione di un **Codice deontologico**.

Indipendentemente da queste considerazioni storiche già nel 1912 l'Ordine dei Medici di Torino aveva pubblicato un Codice Deontologico, che nel 1948 fu sottoposto ad un referendum presso tutti i medici italiani, ad iniziativa della FNOM. Constatato il consenso a seguito del referendum, nel 1953 la FNOM nominò una Commissione per elaborare un Codice Deontologico destinato ad essere valido su tutto il territorio nazionale. Il progetto venne poi sottoposto nel 1954 ad un esame da parte di una

Commissione di studio costituita nell'ambito della Società Romana di Medicina Legale. Il Codice di Deontologia Medica risultante venne portato a conoscenza dei medici italiani, e divenne noto come "Codice Frugoni".

Nel 1972 questo codice venne sottoposto a revisione e aggiornamento, sempre per iniziativa della FNOM, e trovò la sua conclusione nel 1976 ad opera di un comitato ristretto. Il testo varato venne sottoposto nel 1977 all'approvazione del Comitato Centrale della FNOM, e dopo alcune precisazioni e modifiche, venne assunto come testo da presentare al Consiglio Nazionale.

L'approvazione finale del nuovo "Codice di Deontologia Medica" si ebbe il 7.01.1978.

Una sua revisione del 1985 venne approvata il 15.07.1989 dal Consiglio Nazionale, ma la Commissione di Studio venne trasformata in Commissione Permanente per le eventuali ulteriori modifiche che si sarebbero dimostrate necessarie.

Sulla scia degli eventi storici, della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e della Dichiarazione di Ginevra, e sulla base dei numerosi precedenti progetti di elaborazione di un moderno Codice Deontologico, tra il 24 e il 25 giugno 1995 il Consiglio Nazionale degli Ordini dei Medici approvò il nuovo "**Codice di Deontologia Medica**", fatto proprio dalla FNOM (*il cui testo integrale è riportato in appendice*), cui fa riferimento il nesso giuridico che richiama all'osservanza di "leggi, regolamenti, ordini o discipline", dell'articolo n°43 del Codice Penale, come si vedrà.

Negli articoli 30, 33 e 34 della sua formulazione, veniva esplicitamente richiesta la compartecipazione decisionale del paziente alle cure cui sottoporsi, il cui consenso diventava un impegno, destinato a non restare solo etico, per poter procedere a pratiche invasive e potenzialmente rischiose, ed in particolare ad interventi chirurgici.

La vicenda del Codice Deontologico è tutt'ora in movimento dato che una nuova commissione nominata nel 1997 ha elaborato un nuovo testo, inviato nel 1998 al Comitato Centrale, e quindi approvato il 3.10.1998, e poi sottoposto ad aggiornamenti nel 2006 e nel 2014, con l'inserimento di quattro nuovi articoli e procedendo ad un restyling su doveri e lessico.

I moderni Codici Deontologici riconoscono alla loro radice il secondo paragrafo dell'articolo 32 della Costituzione della Repubblica Italiana "... Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La Legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana", ma soprattutto nei Principi della **Dichiarazione di Ginevra del 1948**.

L'esigenza di tale consenso rimase di tipo etico fino all'inizio degli anni '90, quando era ancora assente tra le norme giuridiche, ma era chiaramente un impegno deontologico tra gli articoli del **Giuramento del Medico** ela-

GIURAMENTO DEL MEDICO (FNOM, 1995) FONDATO SUL RISPETTO DELLA VITA E DELL'ONORE DEL MEDICO

Consapevole dell'importanza e della solennità dell'atto che compio e dell'impegno che assumo, giuro:

- di esercitare la medicina in libertà e indipendenza di giudizio e di comportamento;
- di perseguire come scopi esclusivi la difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo della sofferenza, cui ispirerò con responsabilità e costante impegno scientifico, culturale e sociale, ogni mio atto professionale;
- di non compiere mai atti idonei a provocare deliberatamente la morte di un paziente;
- di attenermi nella mia attività ai principi etici della solidarietà umana, contro i quali, nel rispetto della vita e della persona, non utilizzerò mai le mie conoscenze;
- di prestare la mia opera con diligenza, perizia e prudenza secondo scienza e coscienza e osservando le norme deontologiche che regolano l'esercizio della medicina e quelle giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della mia professione;
- di affidare la mia reputazione esclusivamente alla mia capacità professionale e alle mie doti morali;
- di evitare, anche al di fuori dell'esercizio professionale, ogni atto e comportamento che possano ledere il prestigio e la dignità della categoria;
- di rispettare i colleghi anche in caso di contrasto di opinioni;
- di curare tutti i miei pazienti con eguale scrupolo e impegno indipendentemente dai sentimenti che essi mi ispirano e prescindendo da ogni differenza di razza, religione, nazionalità, condizione sociale e ideologia politica;
- di prestare assistenza d'urgenza a qualsiasi infermo che ne abbia bisogno e di mettermi, in caso di pubblica calamità, a disposizione dell'Autorità competente;
- di rispettare e facilitare in ogni caso il diritto del malato alla libera scelta del suo medico, tenuto conto che il rapporto tra medico e paziente è fondato sulla fiducia e in ogni caso sul reciproco rispetto;
- di astenermi dall' "accanimento" diagnostico e terapeutico;
- di osservare il segreto su tutto ciò che mi è confidato, che vedo o che ho veduto, inteso o intuito nell'esercizio della mia professione o in ragione del mio stato.

borato dalla FNOM quale espressione del Codice di Deontologia Medica del 1995, che veniva a sostituire l'antico Giuramento di Ippocrate, e successivamente ulteriormente aggiornato (16 dicembre 2006) con modifica parziale degli articoli 33, 35 e 38.

Con esso si impegnava in Italia il medico a richiedere ufficialmente il consenso del paziente prima di procedere professionalmente.

Con questo lungo iter si era giunti a riconoscere in Italia la norma etica di dover richiedere esplicitamente il consenso del paziente per poterlo sottoporre a procedure diagnostiche e terapeutiche - non solo per la chirurgia - e che merita una analisi storica specifica.

Il passaggio dal Giuramento di Ippocrate a quello del moderno **Codice Deontologico** ed al **Giuramento del medico** esprime il passaggio da un paternalismo medico ad una medicina rispettosa non solo dello stato di necessità dei pazienti, e della solidarietà fattiva loro dovuta, da sempre finalizzata al raggiungimento del beneficio per il malato, ma anche della massima considerazione della volontà e della libera scelta di ciascuno. Il fine dell'azione medica oggi si deve realizzare con i mezzi liberamente concordati tra medico e paziente. Ciò non significa che sarà il paziente a decidere il modo di curarsi, basandosi su informazioni

tratte dai mezzi di informazione o da pareri amichevoli per quanto profani. È evidente che il medico non può abdicare alla sua cultura ed esperienza a fronte di scelte del paziente da lui non condivise. In tal caso vale reciprocamente il punto 11. del Giuramento del medico: *di rispettare e facilitare in ogni caso il diritto del malato alla libera scelta del suo medico...*

In altre parole la libera scelta del paziente riguardo i trattamenti da effettuare non deve e non può rappresentare una prevaricazione della cultura ed esperienza del medico, obbligandolo ad agire in difformità al vantaggio delle sue proposte operative. In caso di dissenso la libertà del paziente si esplicherà nella scelta di un altro medico che concordi con le sue preferenze.

Origine e definizione del consenso informato

All'articolo 35 del Codice deontologico del 2006 è prescritta l'acquisizione del consenso del paziente. Questo articolo ha una origine culturale molto lontana nel tempo, con radici rintracciabili addirittura agli inizi del '900 e proprio in Italia, ben prima che in altri paesi compresi gli Stati Uniti d'America.

Fin dall'inizio del XX secolo grazie ad alcuni studi giuridico-filosofici condotti in Italia, al momento solo a



Filippo Grisogni



Franz von Liszt

carattere teorico ed accademico, era stata intuita l'importanza della compartecipazione decisionale del paziente per legittimare ogni attività medica e soprattutto nel caso di scelte chirurgiche, dando valore giuridico decisivo alla sua libertà di determinazione.

Si trattava degli studi giuridico-filosofici condotti dal 1914 al 1922, da **Filippo Grisogni**, professore di Diritto penale prima a Camerino nel 1912, poi a Cagliari, a Milano e infine nel 1942 a Roma con la cattedra di Procedura penale e quindi nuovamente con quella di Diritto penale. Furono studi al momento teorici e limitati nel campo accademico delle disquisizioni giuridiche, e tali restarono per oltre 30 anni, e precisamente fino all'elaborazione della Costituzione della Repubblica del 1947.

Il prof. Grisogni aveva frequentato a Berlino il Kriminalistisches Seminar di **Franz von Liszt**, giurista ungherese, cugino del più celebre compositore Franz Liszt, traendo forti suggestioni dalla "scuola sociologica" del diritto penale che si era sviluppata in Germania.

Nei suoi studi Grisogni poneva al centro della liceità delle attività mediche e per le scelte chirurgiche la decisione del paziente e la sua libertà di determinazione – in tal senso antesignano del *Consenso informato*. Significativi i titoli di alcuni suoi scritti:

- “La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario” – La Scuola positiva 1914, p.673
- “La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico” – Riv.Dir.Proc.Pen. – 1914, p.449
- “La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario (1914);
- “La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico” - La Scuola positiva 1921, parte I, pag.493
- “La natura giuridica del consenso dell'offeso” (Modena 1922)

Nelle sue conclusioni Grisogni definiva il **consenso** quale “condizione risolutiva della tutela giuridica di un bene”, quello per la salute e la vita, avente la natura di un “negozio giuridico di un diritto privato”, che è un diritto di ciascuno, alla cui tutela lo Stato avrebbe un interesse soltanto mediato e indiretto, per concludere:

“Un trattamento medico-chirurgico, compiuto bensì con le regole dell'arte, ma senza il valido consenso del paziente o del suo rappresentante legale, costituisce – a meno che non si verta in stato di necessità – un fatto civilmente illecito e, dal punto di vista penale, se l'esito dell'operazione è sfavorevole, costituisce il delitto di lesione personale o di omicidio colposo, mentre se l'esito è favorevole può dar luogo, ove concorrano altre circostanze, ad un delitto contro la libertà”.

Si trattava di una voce isolata che impostava il tema della libertà nel rapporto medico-paziente, con tesi ispirate ad un particolare orientamento teorico presente nella dottrina tedesca, e non ancora di attualità. Al momento la questione rimaneva a livello speculativo, senza risvolti pratici, salvo influenzare nel 1947 l'esplicita e importante affermazione contenuta nel secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione della Repubblica:

Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La Legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

IL CONSENSO INFORMATO

Erano trascorsi circa 50 anni da questi studi quando intorno agli anni '70 si era andato sviluppando negli Stati Uniti d'America un dibattito culturale sullo stesso specifico tema analizzato da Grisogni, in relazione al diritto del paziente a condividere le decisioni terapeutiche. Di conseguenza cominciava a circolare il termine di “consenso informato”, ma che inizialmente era stato trascurato dai giuristi italiani, rigettato con sufficienza come “moda statunitense”, dimentichi degli studi dell'antesignano giurista italiano.

Invece gli studi di Grisogni erano stati premonitori e battistrada di quella che sarebbe diventata una esigenza ufficiale, elevata a norma europea, ma solo nell'ultimo decennio del XX secolo.

La nuova sensibilità che andava creandosi intorno ai problemi oncologici ed ai risvolti comprendenti la necessità dell'informazione anche impietosa del paziente sulla sua condizione e gli effetti collaterali delle cure oncologiche medico chirurgiche da attuarsi, portarono il biochimico ed oncologo del Sud Dakota **Potter van Rensselaer**, a coniare nel 1970 il termine di **bioetica**, che assomma l'etica medica con la deontologia, nel rispetto globale dell'ambiente.

Anche in Italia la questione cominciò ad essere dibattuta nello stesso periodo a livello filosofico, e poi medico e giuridico, senza prese di posizioni ufficiali, fino a quando con Decreto del Presidente del Consiglio il 28 marzo 1990 venne istituito il **Comitato Nazionale per la bioetica** (CNB), e da questo venne avanzata la richiesta

che al paziente fosse data completa informazione dell'atto medico da compiere richiedendone il preliminare consenso. Era ormai comparso ANCHE nel lessico giuridico italiano l'espressione **consenso informato**, superando le riserve nei confronti della ormai non più disprezzata "moda statunitense".

Ancora agli inizi del 1990 non era chiaro se l'acquisizione di questo consenso, quale espressione del diritto del paziente all'autodeterminazione in ottemperanza al secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, comportava un reale mutamento degli orientamenti giuridici, e si recepissero integralmente quelli del *informed consent* americano, con qualche influenza sul modo operandi dei chirurghi.

La questione venne invece esplicitamente alla ribalta e divenne concreta nel 1990 in relazione alle complicazioni insorte a seguito di trasfusioni di sangue e di emoderivati responsabile di contagio infettivo: con la **Legge 4.5.90 n°107** (G.U. n° 108, 11.5.1990) – *regolamentazione dell'uso degli emoderivati* – veniva ad essere richiesto l'esplicito consenso del paziente per effettuare le trasfusioni di sangue e plasma.

Pochi mesi dopo, sull'onda delle preoccupazioni per la diffusione dell'AIDS, con la **Legge 5.6.90 n°135** (*lotta contro l'AIDS*) all'Art. 5 veniva richiesto necessariamente il consenso del paziente prima di procedere alle specifiche indagini diagnostiche, con l'obbligo della riservatezza e addirittura dell'anonimato nell'interesse della reputazione dello stesso paziente, con divieto di divulgazione, per evitare l'allarme sociale.

Sulla stessa linea nel 1991, con l'urgenza in relazione a possibili contaminazioni infettive nel campo dell'epatite, un **Decreto** del Ministero della Sanità del 15.1.91 (G.U. 24.1.91 n°20) recava all'articolo n°19 la richiesta del "consenso informato" del paziente per poter procedere ad emotrasfusioni.

Infine nel 1992 la questione veniva ad investire ogni atto medico come richiesto dal Comitato Nazionale per la Bioetica che richiedeva "Informazione e consenso all'atto medico", mentre il **Decreto** Ministeriale 27.4.1992 portava alla attuazione la Direttiva della Comunità Europea (n°91/507/CE – Supplemento della G.U. 15.6.92) con l'adozione delle Norme Europee di *Good clinical practice* – che comprendevano esplicitamente anche il consenso informato.

Fino a ben oltre la metà del '900 in Italia, il consenso del malato al trattamento chirurgico è stato soltanto di tipo verbale, basato interamente sul rapporto di fiducia tra medico e paziente, e ciò consentiva al chirurgo di nascondere pietosamente all'occasione gli aspetti più gravi riguardanti diagnosi e prognosi della malattia, con la finalità di preservare nel malato il valore positivo della speranza. L'obbligo della documentazione dell'avvenuto "consenso informato" in un documento scritto non può più evitare oggi al paziente il trauma psicologico, talvolta mal affrontato e non sem-

pre seguita da reazioni positive e costruttive, della piena conoscenza sulla diagnosi ed eventuale prognosi negativa della sua malattia. È stato così introdotto nella prassi medico-chirurgica italiana, tradizionalmente protettiva anche degli aspetti psicologici del paziente, l'atteggiamento stoico e calvinista proprio delle culture d'oltralpe, potenzialmente aggravato dall'odierno facile accesso alle informazioni del mondo mediale, di fatto aspecifiche quand'anche corrette. Viene così ad essere trascurato ciò che è noto ad ogni chirurgo, che molti pazienti evitano di voler conoscere una eventuale prognosi radicalmente negativa della propria malattia, preferendo la illusione speranzosa ad una possibilità o probabilità di una evoluzione negativa.

La responsabilità professionale del chirurgo nel Codice Civile e nel Codice Penale

Per i primi decenni del '900 in Italia, al di fuori delle leggi del Codice penale, non c'erano le premesse specifiche per affrontare in termini giuridici eventuali conflitti in ambito medico, ritenendosi adeguato l'atteggiamento paternalistico del medico, purché il trattamento sanitario fosse eseguito da chi ne aveva competenza e titolo, sulla base di un rapporto di fiducia.

La situazione fin dall'inizio del XX secolo era destinata a modificarsi, perché i riferimenti ai principi deontologici del Giuramento di Ippocrate erano troppo generici in relazione al prorompente sviluppo della chirurgia, e si dimostrava necessaria una definizione di principi comportamentali in grado di conservare il grado di purezza e di nobiltà della professione del medico e la salvaguardia del paziente.

L'uguaglianza democratica di fronte alla legge prevedeva che il medico-chirurgo, come ogni cittadino, potesse essere chiamato davanti ad un tribunale a rendere conto del suo operato in caso di danno o di contestazioni da parte dei suoi pazienti, ed il giudizio si svolge sulla base di una serie di leggi del Codice Penale e del Codice Civile. Le radici più lontane ed indirette dell'attuale regime giuridico in tema di responsabilità professionale del medico si individuano addirittura nel 1786 con l'istituzione a Pavia della prima **Cattedra universitaria di medicina Legale e Polizia Medica**, e più recentemente in prossimità dell'inizio del '900 con la fondazione nel 1897 della **Associazione Italiana di Medicina Legale**, che ebbe come primo presidente il criminologo prof. **Cesare Lombroso**, all'epoca pro-



Cesare Lombroso

fessore di Psichiatria all'Università di Torino, ed autore di studi di medicina sociale e di antropologia criminale, che costituirono le fonti principali della legislazione sanitaria italiana di inizio secolo, con la loro chiara finalità primaria di protezione sociale.

Nel frattempo, dopo la proclamazione dell'Unità d'Italia, l'organizzazione amministrativa e giuridica dell'intera nazione aveva richiesto l'unificazione delle leggi del codice penale che fosse valido su tutte le componenti territoriali.

IL CODICE PENALE

Codice Zanardelli – Fino al 1925, quando subentrò il Codice Rocco, le premesse giuridiche di riferimento nei risvolti della professione sanitaria erano quelle del Codice Zanardelli entrato in vigore nel 1890, e con il quale la Medicina Legale e le pratiche peritali erano entrate indirettamente ma definitivamente nelle aule della Giustizia.

Dal codice Zanardelli a questo proposito si rileva semplicemente la distinzione tra esecuzione materiale del reato ed elementi e caratteristiche morali dell'esecutore. La volontarietà dell'atto e la sua piena consapevolezza diventavano fondamentali per l'imputabilità – peraltro non esplicitamente definita – e senza distinzione tra dolo e colpa. In particolare con l'art.46 si stabiliva che nessuno può essere punito per un delitto, se non commesso volontariamente come conseguenza di una azione o di una omissione.

Progetto Ferri di aggiornamento del Codice – Nel 1919, finita la I Guerra Mondiale, le mutate condizioni sociali avevano fatto ritenere necessario procedere ad un aggiornamento del codice Zanardelli. Il compito venne affidato dal guardasigilli Ludovico Mortara ad una commissione ministeriale presieduta dal criminologo Enrico Ferri, allievo di Cesare Lombroso, avvocato e professore di Diritto penale nelle università di Bologna, Siena, Pisa e Roma, esponente dell'estrema sinistra e fondatore della Scuola positivista.

Il progetto di riforma formulato al termine del 1921 dalla commissione, seguendo l'impostazione positiva di fondo, poneva la sua attenzione alla maggiore o minore pericolosità ed antisocialità del responsabile del reato – secon-

do una tipologia criminologica - che alla gravità del delitto stesso, sostituendo il concetto di responsabilità legale a quello di responsabilità morale.

Tutto questo aveva poco a che fare con l'attività sanitaria, perché il problema dell'imputabilità veniva risolto alla luce della volontarietà del fatto.

Dal punto di vista puramente storico il progetto si arenò in parlamento a seguito delle varie critiche dottrinali e politiche, perché ritenuto squilibrato tra pene previste per i delitti contro la proprietà rispetto a quelle in materia di integrità personale, e dunque classista. Ed i tempi non erano ancora maturi.

Codice Rocco – Nel 1925, a tre anni dall'inizio del Governo Mussolini, il Guardasigilli Alfredo Rocco, già professore di Diritto Civile all'Università di Parma, teorico d'avanguardia del nazionalismo italiano, si fece promotore di un **Disegno di Legge** per l'elaborazione di una "modifica" della legislazione in materia penale, le cui leggi erano ritenute insufficienti per il contrasto al delitto in considerazione dell'aumento della criminalità del periodo postbellico, con gravi fenomeni della delinquenza abituale, di quella minorile e degli infermi di mente pericolosi, soprattutto in chiave preventiva, con misure di sicurezza e con aumento delle pene.

Il Codice Penale e di Procedura Penale, ed il riordinamento del regime penitenziario che porta il suo nome, fu approvato con **Regio Decreto** n°1398 del 19.10.1930, ed entrò in vigore il **1 luglio 1931**.

Veniva ad essere confermato l'orientamento, già proprio del Codice Zanardelli, a favore di una "responsabilità penale dei reati, affidata al principio dell'imputabilità psichica e morale dell'uomo, fondato a sua volta sulla normale capacità di intendere e di volere". Si ricorda, che al di là dei riflessi sulle professioni sanitarie, che il Codice Rocco ricalcava le orme del Codice Ferri nel perseguire la difesa sociale, e finiva per tutelare i ceti dominanti ed in linea con l'orientamento nazionalistico vigente.

Il codice Rocco è sostanzialmente quello attualmente vigente, ed alcune leggi hanno riflessi diretti o indiretti sulle professioni sanitarie. Il principio di colpevolezza privilegia la responsabilità dovuta ad imperizia imprudenza o negligenza nell'esercizio professionale, e paragonava l'errore medico addirittura ad un atto di delinquenza comune.



Giuseppe Zanardelli



Enrico Ferri



Alfredo Rocco

Articoli del Codice Penale con riflesso sulla Responsabilità Professionale del chirurgo

Gli articoli del Codice Penale vigente, che in modo più o meno specifico riguardano eventuali reati che possano trarre origine dalla attività chirurgica, sono sostanzialmente otto, tutti riguardanti direttamente o indirettamente la responsabilità professionale del chirurgo in chiave giuridica:

- Art. 40 – Rapporto di causalità
- Art. 41 – Cause e concause
- Art. 42 – Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva
- Art. 43 – Elemento psicologico del reato
- Art. 582 - Lesione personale
- Art. 583 – Circostanze aggravanti
- Art. 584 – Omicidio preterintenzionale
- Art. 589 – Omicidio colposo

Il testo di questi articoli è riportato in appendice

Il chirurgo è soggetto alle leggi del C.P. come ogni altro cittadino, e non ci sarebbero particolari rilievi nei confronti del codice penale in relazione alla Responsabilità Professionale del chirurgo in chiave giuridica, se non per due veri scogli, rappresentati dall'articolo n°582 sulla "lesione personale" e in casi estremi dall'articolo n°583 riguardante le "circostanze aggravanti", che potrebbero determinare una interferenza psicologica con la freddezza e la serenità che l'esecuzione di un intervento chirurgico richiede.

In base all'articolo 582 anche ogni incisione dei tegumenti rappresenta infatti a rigore una "lesione personale" perché l'articolo della legge non parla di finalità terapeutiche ma specifica soltanto "dalla quale deriva una malattia del corpo..." quale è – sempre a rigore e limitandosi a considerare i tegumenti – una cicatrice. Per non parlare poi della possibilità che all'incisione dei tessuti ne conseguano infezioni, fistole o altre complicazioni. E di qui il possibile impianto di quanto descritto dall'articolo 583.

Se poi il paziente dovesse andare incontro al decesso dopo un intervento chirurgico terapeutico a causa della stessa malattia o per sopravvenute complicanze derivate dall'intervento chirurgico, è pronto l'articolo 584 ("Omicidio preterintenzionale") o addirittura l'articolo 589 (Omicidio colposo) a motivare senza scampo quanto meno una imputazione riguardante una Responsabilità Professionale "oggettiva".

Se questa fosse la situazione senza correttivi, anche in considerazione dell'affermazione dell'articolo 40 che "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo" – il che comprende non solo le azioni ma anche le eventuali omissioni del chirurgo – la chirurgia potrebbe dare forfait ed abbandonare il

campo, senza intervenire e lasciando i pazienti all'evoluzione naturale della loro patologia.

Deontologicamente questa rinuncia ad agire sarebbe improponibile, perché in contrasto con la vocazione primaria di ogni medico e riscontrabile chiaramente fin nel testo del Giuramento del Medico. Si deve invece fare affidamento agli orientamenti giuridici ed ai correttivi della giurisprudenza riguardanti questa materia, e trarre da questi motivi di fiducia e serenità nello svolgere la sua attività. Nel campo della colpa medica si fa distinzione tra comportamenti negligenti o imprudenti da quelli che manifestano imperizia.

Secondo l'articolo 43 C.P. il delitto si definisce **colposo** se il danno deriva da condotta negligente o imprudente o per imperizia, nonché per inosservanza di "leggi, regolamenti, ordini o discipline" che hanno la finalità di prevenire il rischio non consentito dall'ordinamento giuridico. La differenza tra **imprudenza** e **negligenza** si riconosce rispettivamente quando l'attività viene svolta senza seguire o contrariamente alle regole di prudenza fondamentali della comune esperienza per tutelare la salute del paziente, oppure con una condotta invece omissiva di quanto la scienza medica consiglia di fare nel caso concreto.

L'**imperizia** è una responsabilità a parte, definita da una sentenza della *Cassazione penale (Sez. IV, 16.02.1987)* come una condotta medica incompatibile con il minimo livello di cognizione tecnica, di cultura, di esperienza e di capacità professionale necessarie nel caso specifico (*Cassazione penale, 17.02.1981 e in Giustizia penale, 1982, III, p. 634*).

Nel caso poi che il professionista sia uno specialista, a lui si richiede una perizia superiore al minimo, con conseguente maggiore severità del giudice nel giudicare un grado di imperizia incompatibile con le conoscenze ed abilità di chi ha acquisito un titolo specialistico" (*Cassazione Penale, 11.03.1983 e in Giustizia Penale, 1984, II, p. 227*) e dunque non scusabile.

Per tutto il '900 nei casi di condotte negligenti o imprudenti la sussistenza della colpa medica doveva essere accertata secondo le regole generali dettate dall'articolo 43, con rilevanza penale anche della **colpa lieve**. Nelle ipotesi di imperizia la condotta del medico avrebbe avuto rilevanza penale solo se riconducibile nell'ambito della **colpa grave**.

IL CODICE CIVILE - 1942

Alle leggi del Codice penale nel 1942 vennero affiancate quelle del Codice Civile italiano, queste con riflessi significativi e specifici sulle professioni sanitarie. Le basi storiche dell'origine di questo Codice, redatto ad opera di una Commissione specificamente designata, si individuano già negli eventi che precedettero l'unità d'Italia.

Storia della formazione del Codice Civile italiano

- All'inizio del 1800 vige in Italia il Codice Napoleonico. Dopo il Congresso di Vienna del 1815;
- nel Regno di Sardegna dal 1827 entrò in vigore il Codice Feliciano (Re Carlo Felice);
- sostituito nel 1837 dal Codice Albertino (20.6.1837) entrato in vigore dal 1.1.1838;
- sulla base del Codice Napoleonico e di quello Albertino nel 1865 entrò in vigore il Codice Civile Pisanelli (Guardiasigilli);
- l'attuale **Codice Civile Italiano**, elaborato nel 1942, formato sotto l'influenza del modello di codice civile tedesco del 1900 (Bürgerliches Gesetzbuch), venne adottato con R.D. 13.6.1942 n°262.

Per ciò che riguarda la professione sanitaria gli articoli del Codice Civile del 1942 consentono di analizzare e modulare la rigidità del Codice Penale, perché stabiliscono riferimenti alla qualità e doveri della condotta professionale, che da una parte consentono di graduare meglio la Responsabilità Professionale e l'eventuale colpevolezza, mentre dall'altra stabiliscono il principio innovativo del risarcimento dovuto dall'eventuale colpevole al danneggiato.

Gli articoli del Codice Civile che riguardano direttamente o indirettamente la Responsabilità Professionale del chirurgo sono sette, ed il testo viene riportato in appendice, insieme con elementi di commento:

Codice Civile

- Art. 1176 – Diligenza nell'adempimento
- Art. 1218 – Responsabilità del debitore
- Art. 2043 – Risarcimento per fatto illecito
- Art. 2055 – Responsabilità d'equipe o solidale
- Art. 2104 – Diligenza del prestatore di lavoro
- Art. 2232 – Esecuzione dell'opera
- Art. 2236 – Responsabilità del prestatore d'opera

Il testo completo ed il commento di questi articoli è riportato in appendice

Nel diritto civile la **Responsabilità civile del medico** configura un obbligo giuridico gravante sul professionista, o per inadempimento di un obbligo contratto col paziente (Responsabilità *contrattuale*) o per qualunque atto illecito doloso o colposo che abbia arrecato ad altri un danno ingiusto (Responsabilità *extracontrattuale* o *aquiliana*). Comunque il termine di "responsabilità" indica l'ipotesi di una colpa, che va verificata in un giudizio, peraltro con la possibilità di essere negata.

La responsabilità contrattuale è la responsabilità che deriva dall'**inadempimento** o dall'**inesatto adempimento** oppure dall'**adempimento tardivo** di una preesistente obbligazione qualunque sia la fonte (ad esclusione del fatto illecito); questa si distingue dalla responsabilità extracontrattuale che deriva dalla violazione del generico obbligo di non ledere alcuno indi-

pendentemente dalla individuazione di una obbligazione derivata da contratto.

L'elemento centrale del diritto civile, dal punto di vista della professione sanitaria, è quello di stabilire un **obbligo di risarcimento** a carico del professionista nel caso venga accertata una sua colpa, e dunque la sua punibilità. L'accertamento di questa colpevolezza che prevede il risarcimento si basa sull'articolo 2043 che si richiama alla responsabilità aquiliana del *neminem laedere*: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno." Dunque al di fuori da qualsiasi specifica attività sanitaria, ma valido per il responsabile di qualsiasi danno nei confronti di terzi.

Si tratta di un elemento ben comprensibile nelle sue motivazioni di giustizia nel garantire l'eventuale paziente che abbia subito danni da una condotta professionale impropria, ma che con il miraggio di questo risarcimento ha prodotto una moltiplicazione di procedimenti giudiziari non sempre giustificati, certamente utili alla professione forense, ma indirettamente causa di una serie di conseguenze in grado di influire negativamente, con i suoi riflessi psicologici ed economici sulla serenità di chi esercita una professione, come quella sanitaria, non esente da intrinseci rischi, e con sovraccarico di procedimenti di Giustizia Civile.

Con l'intento di garantire una certa serenità agli operatori sanitari se l'orientamento giuridico indica come **pericolose** le attività medico-chirurgiche, le considera però **lecite** per la loro finalità di salvaguardia della salute e della vita dei pazienti. I limiti accettati, ma non troppo precisati, per queste attività sono quelli del cosiddetto **rischio consentito**. Al di là di questo gli ulteriori rischi che dovessero concretizzarsi si configurano come reati e si entra nel campo della responsabilità professionale per colpa. Infatti al superamento del limite del "rischio consentito" si cade in una parte dell'**articolo 43** del codice penale, cioè nel "delitto colposo", anche se si esclude il dolo.

Nel 1946 si ebbe il passaggio dal regime monarchico a quello repubblicano a seguito dell'esito del referendum costituzionale, e di conseguenza venne elaborata la **Costituzione della Repubblica Italiana** (Gazzetta Ufficiale 27 dicembre 1947 n.298) che con due suoi articoli investono l'attività medico-chirurgica, uno direttamente e l'altro indirettamente:

Art. 32 – *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*

Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La Legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Art. 24 – Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

Con l'attribuzione alle Regioni nel 1992 di funzioni legislative in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera (D.L. 30.12.1992 n°502) e con la trasformazione nel 1999 delle Unità Sanitarie Locali (USL) in aziende con personalità giuridica di diritto pubblico (D.L. 19.6.1999 n°229) si sono ridefiniti i profili di Responsabilità Professionale del medico in ambito civile e penale rispetto alla dottrina tradizionale riguardante le professioni intellettuali. Le conseguenze significative sulla pratica chirurgica e la relativa responsabilità professionale ha richiesto un chiarimento circa il coinvolgimento collettivo nella responsabilità professionale di più operatori nel campo della sanità pubblica, ed attenuando la responsabilità contrattuale rispetto a quella extracontrattuale, espandendo la responsabilità aquiliana.

Alla apparente spersonalizzazione della responsabilità professionale per le cure praticate nelle strutture pubbliche del SSN ha fatto riscontro la conseguenza che generalmente le pretese risarcitorie del paziente che si ritiene danneggiato non si rivolgono unicamente verso le strutture sanitarie – pubbliche o private – in cui viene prestata l'attività professionale, ma tendono ad estendersi alla responsabilità professionale del singolo operatore, anche in assenza di un diretto rapporto contrattuale tra medico e paziente.

Per la soluzione di conseguenti squilibri si sono avute nei primi anni del 2000 le leggi Balducci e del tutto recentemente la legge Gelli, che pone l'accento sul valore delle Linee Guida, senza peraltro risolvere alcuni aspetti esposti al contenzioso.

Ruolo della Giurisprudenza

L'attività chirurgica presenta, più di altre branche della medicina, una serie di variabili e di possibilità di complicità, che la fanno ritenere "rischiosa" non solo dall'opinione comune – che peraltro ormai se ne aspetta miracoli – ma dallo stesso orientamento giuridico. Essa è praticata da una particolare categoria di medici dotati di coraggio, freddezza, rapidità di decisioni, capacità innovative ed effettuata con una connaturata destrezza manuale. Queste doti sono state particolarmente evidenti fin dall'inizio della chirurgia di elezione della seconda metà dell'800 nelle personalità chirurgiche che ne hanno segnato le tappe iniziali, circondate da grande prestigio e senza particolari limitazioni da parte della Legge, salvo quella del Codice Penale comune a tutti i cittadini. Le Leggi che si sono andate precisando nel corso del '900, conferendo al termine di "responsabilità professionale" un significato di ipotetica colpevolezza, se considerate preventivamente rappresentano oggi per il chirur-

go, che agisce secondo scienza e coscienza, un aggravio psicologico in grado di ridurre la serenità, per di più senza giovare in realtà ai pazienti, perché possono costituire un freno alla loro libera e serena azione professionale, con considerazioni né deontologiche né penali, di possibili risvolti negativi di tipo economico passivo per lo spettro rappresentato dal possibile contenzioso in agguato e relativo obbligo del risarcimento.

Consapevoli del moltiplicarsi del contenzioso, innestato soprattutto dagli articoli n°1218 (*Responsabilità del debitore*) e 2043 (*Risarcimento per fatto illecito*) del codice civile, i giuristi si sono fatti carico di dare una interpretazione applicativa delle leggi penali e civili con una serie di Sentenze della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, mentre il Legislatore si è prodigato con Decreti e Leggi che potessero proteggere il paziente da fatti illeciti senza inibire l'attività del chirurgo.

Il gran numero di sentenze emesse per dirimere aspetti problematici del contenzioso che ha alla base il fatto che non sempre gli atti chirurgici sono del tutto risolutivi della patologia senza creare ulteriori problemi, né sono rigidamente classificabili, configurano tuttavia un'aura di incertezza nell'operare che è andata ad interessare in particolare tutte le attività connesse con la chirurgia.

Lo stesso auspicato ricorso alle "linee guida" presenta in sé dei problemi, sia per l'autenticazione delle istituzioni preposte a formularle e che valgano su tutto il territorio nazionale, sia per la difficoltà intrinseca già ricordata della variabilità delle circostanze in cui il chirurgo si trova ad agire. Di fatto alcune sentenze affermano la liceità della libertà di azione del chirurgo rispetto alle linee guida eventualmente esistenti in casi specifici, ma anche per contro che l'adesione alle linee guida garantisca l'esclusione di una eventuale responsabilità professionale in caso di eventi negativi.

Stabilita per legge la risarcibilità di un "danno illecito" gli avvocati ed i medici legali, ignari o disattenti del possibile danno che ne potrebbe derivare sia ai chirurghi che agli stessi malati che necessitano di cure chirurgiche, hanno avuto sulla base del Codice Civile una ampia giustificazione alla loro azione professionale nel guidare il contenzioso, portando sul banco degli imputati – a ragione o statisticamente più frequentemente a torto – troppi operatori delle branche chirurgiche per presunte storie di "malasanità", non sempre efficacemente protetti da onerose polizze assicurative, e dunque esposti ad un danno di reputazione ed economico a loro volta purtroppo non risarcibili.

Qui è assolutamente opportuno un monito agli avvocati ed ai medici legali ed un richiamo alla loro "responsabilità" in senso puramente deontologico nell'esercizio rispettivamente della professione forense e della attività di consulenza e consiglio.

Il danno per i pazienti – e non solo per loro – è sta-

to lo svilupparsi per reazione una tendenza alla **medicina difensiva**, riprovevole sul piano deontologico e dunque da rigettare, ma pur sempre finalizzata alla pura difesa preventiva del singolo chirurgo, ma anche a difesa di categoria, in emulazione del significato intrinseco del dettato del Giuramento di Ippocrate *“Non opererò coloro che soffrono del male della pietra, ma mi rivolgerò a coloro che sono esperti di questa attività”*.

Se applicata attivamente essa determina un aggravio economico per il SSN varato nel 1978 per l'esagerato ricorso a tecnologia diagnostiche pleonastiche, con intasamento delle liste di attesa nelle strutture pubbliche e con dilazioni dei tempi di intervento nella chirurgia di elezione. In chiave passiva, essa ha trovato realizzazione silenziosa nell'occasionale rinuncia o rifiuto da parte di alcuni chirurghi di affrontare i casi più problematici e rischiosi – come in una famosa storiella umoristica *“non c'è nulla da fare”*!).

SENTENZE finalizzate alla corretta applicazione delle leggi nelle controversie in ambito sanitario (testo di riferimento analitico nelle appendici)

Corte Costituzionale n.166 del 28 novembre 1973 - Ricerca di un limite alla responsabilità medica per colpa. Orientamento favorevole in caso di colpa professionale per imperizia specificamente nell'applicazione dell'art. 2236 c.c.

In particolare la Giurisprudenza assumeva orientamenti tendenzialmente comprensivi nei confronti della eventuale “imperizia” dell'operatore senza intaccare i rigori della Legge nei confronti della “negligenza” e della “imprudenza”, con la consapevolezza della necessità di tutelare il bene della salute, ma anche di consentire le attività sanitarie nell'ambito della teoria del rischio consentito.

Quasi venti anni dopo si ebbe come richiamo una sentenza correttiva della Corte di Cassazione penale n°4028, per evitare di creare disparità di valutazione a favore delle categorie sanitarie.

Corte di Cassazione n.447 - 6 marzo 1967 – Indirizzo alla valutazione con larghezza di vedute della colpa del sanitario (in particolare del chirurgo).

La questione rimaneva controversa perché se l'art. n°132 C.P. (v. in appendice) consente al Giudice un potere discrezionale ma ben regolamentato nell'applicazione della pena, nell'art. n°133 C.P. (v. in appendice) compare il concetto di gravità del reato e del danno, e con l'art. n°43 (v. in appendice) l'elemento psicologico del reato stesso, con la distinzione tra dolo e colpa, e riferimento alla eventuale “negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”, citando infine il delitto preterintenzionale, senza citare i gradi della colpa.

Corte di Cassazione Penale 17.02.1981 – A proposito della perizia richiesta al medico “ai fini della colpa professionale dell'esercente un'attività sanitaria non si richiede una grande perizia, ma quel minimo che si deve attendere dall'esercente la professione medica”

Corte di Cassazione Penale 11.3.1983 – Nel caso invece dello specialista “non si richiede al sanitario solo quel minimo di cognizioni e l'abilità sopra indicate, ma quella conoscenza e quella particolare abilità e perizia proprie di chi ha acquisito un titolo specialistico”

Corte di Cassazione Penale n°4028 (12.4.1991) - Pur nell'atteggiamento comprensivo bisogna restare nell'ambito dei criteri dell'art.43 c.p. evitando una indulgenza eccessiva nei confronti dei medici con deroga alla disciplina generale dell'imputazione del reato per colpa, e conferma della distinzione tra dolo e colpa, e per quest'ultima la gradazione tra negligenza, imprudenza, imperizia e danni al di là delle intenzioni).

Corte di Cassazione Civile n. 4437, 1982 – Possibilità di concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Con questa sentenza l'operatore nel pubblico, anche se non direttamente legato da contratto con l'eventuale danneggiato, è comunque tenuto agli eventuali risarcimenti alla luce della responsabilità aquiliana. Con questa sentenza la Giurisprudenza della Corte di Cassazione ha definito la originaria natura extracontrattuale dell'eventuale illecito, prima in “concorso di responsabilità contrattuale” e aquiliana, e in soli 15 anni alla “Responsabilità del medico di tipo contrattuale” anche in assenza di un rapporto contrattuale diretto tra medico e paziente. Inoltre per alcune branche della chirurgia non è più sufficiente fornire i mezzi, ma anche il risultato entra nella valutazione della responsabilità professionale: sterilizzazione, interruzione di gravidanza, chirurgia estetica.

Corte di Cassazione n° 7618 del 14.8.1997 – Riafferma il primato della legge penale in caso di colpa medica.

Corte di Cassazione Civile n°500 del 22.7.1999 – Conferma la validità della responsabilità aquiliana per ogni danno ingiusto, però senza indiscriminato giudizio di risarcibilità

Naturalmente le sentenze citate vertevano questioni del massimo interesse per tutti gli operatori nel campo della sanità, per chiarire le garanzie per i sanitari di non essere esposti indiscriminatamente ai rigori della legge penale nell'esercizio di una attività che presenta riconosciuti rischi ed esposta alle pretese risarcitorie dilaganti, per interessi non sempre legittimi.

Per quanto riguarda il nesso di causalità tra evento dannoso e colpa due sentenze della cassazione precisano la differenza tra codice penale e codice civile: in ambito penale la valutazione richiesta al giudice deve seguire il criterio di un elevato grado di credibilità razionale prossimo alla “certezza” (“oltre il ragionevole dubbio”: **Cassazione penale a sezioni unite n.30328, 11.9.2002, Franzese**) mentre in ambito civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o “del più probabile che non” (**Cassazione a sezioni unite n. 581/2008**) perché la sentenza della **Corte di Cassazione n°46412 del 17.2.2008** stabilisce che in caso di colpa professionale nei confronti di beni primari, come la salute e la vita, la valutazione va fatta dalle norme del sistema penale e non da quelle del civile da inadempienza del rapporto contrattuale. In riferimento all'articolo 42 del codice penale la sentenza della **Corte di Cassazione n°34521 del 26.5.2010** stabilisce

che in caso di morte del paziente per trattamenti che esulano da finalità terapeutiche – ricerca, didattica, ecc. - si configura l'omicidio preterintenzionale, mentre se l'exitus consegue a trattamenti a finalità terapeutiche si può configurare l'omicidio colposo qualora si dimostri l'inosservanza delle norme di prudenza

Alcune sentenze (Cassazione n. 15993/2011; Cassazione a sezioni unite n. 577/2008; Cassazione n. 20806/2009; Cassazione n.17694/2010), avevano stabilito che era onere del paziente indicare le presunte inadempienze del sanitario quali cause o concause del danno subito, mentre a questi gravava l'onere di dover dimostrare o l'inesistenza della inadempienza o l'assenza di responsabilità tra inadempienza e danno conseguito.

Ad alleggerire la responsabilità professionale del sanitario il Decreto Legge n.158 del 13.9.2012 - "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute" (cosiddetto decreto **Balduzzi**) - poi convertito in Legge n.189 del 8.11.2012 - faceva riferimento all'elemento favorevole al medico se nella sua opera professionale aveva seguito "linee guida" e le "buone pratiche accreditate", introducendo il concetto di "colpa lieve":

Art. 3, comma 1 riguardante la Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie - "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"

Ulteriori sentenze però ponevano regole rigide
Corte di Cassazione - Sentenza Ingrassia del 8.11.2012: Assenza di automatismo tra il rispetto o il mancato rispetto delle linee-guida e l'addebito per colpa del medico

Si riconosce alle linee guida un ruolo di indirizzo per il medico senza rappresentare regole tassative e vincolanti come citate nell'art.43 c.p., e non in grado di prevalere sulla libertà del medico. Nella valutazione giudiziale le linee guida sono di riferimento all'accertamento dei profili di colpa, ma non prevalgono sulla discrezionalità del giudice, libero di valutare se le circostanze concrete esigano una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee-guida.

Corte di Cassazione – Sentenza Cantore del 2013 – Esclude l'esistenza di contraddizione tra sussistenza di colpa se vengono seguite le linee guida .

Corte di Cassazione – Sentenza Pulcini del 2014 - Onere a carico dell'imputato di fornire le linee guida cui si sarebbe attenuto

Corte di Cassazione – Sentenza Rota del 20.3.2015 n°5590 – Riconoscimento di imperizia sia da parte del sanitario che della struttura in caso di comportamento attivo o omissivo che si ponga in contrasto con le regole tecniche dell'attività che si è chiamati a svolgere. A carico del danneggiato l'onere di fornire la prova del contratto, dell'aggravamento della situazione patologica e del nesso di causalità, ed a carico dell'imputato (sanitario o struttura) la prova contraria e l'imprevedibilità di eventuali conseguenze negative.

Ultima intervenuta in questo ambito è la legge n.24/2017 – Legge Gelli – che ha introdotto nel codice penale l'art. 590-sexies (responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario) che esclude la punibilità del medico in caso di colpa per imperizia "quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".

In questa legge l'onere della prova in sede civile è sul paziente, che deve dimostrare l'esistenza del danno, il nesso causale con l'opera del medico e dunque la colpa, e concede al giudice una certa discrezionalità nel valutare la condotta del professionista per stabilire l'entità del risarcimento.

È evidente che nonostante le buone intenzioni, restano nodi significativi per ciò che riguarda le "linee guida", le "buone pratiche" e la valutazione della "condotta professionale", mentre resta l'ombra minacciosa del *neminem laedere* della responsabilità aquiliana, nel confronto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale che dovrà essere chiarita dalla Corte di cassazione.

Per la permanenza di questi nodi da sciogliere anche questa legge non sembra costituire un rimedio efficace nei confronti del contenzioso indiscriminato, e viene da pensare che mentre in parlamento siedono rappresentanti delle professioni sanitarie, non mancano certamente quelli della professione forense.

CONCLUSIONI

Con lo sviluppo delle tecniche anestesiológicas a partire dalla seconda metà dell'800 ha preso slancio la chirurgia, sia per intervenire sui danni da trauma, ma soprattutto su quelli bellici a partire dalla guerra di Crimea (1853-56), per allargarsi ad una serie di patologie di cui si conosceva sempre meglio l'aspetto anatomico-patologico, e in cui si potevano affrontare con la chirurgia, pur senza aver ancora individuato e risolto il problema delle infezioni.

L'opera del chirurgo, guidata dai principi fondamentali del Giuramento di Ippocrate, il cui testo ancora alla metà del secolo veniva consegnato ai laureati in Medicina e Chirurgia all'atto di proclamazione di Dottore, era circondata da un'aura di timore reverenziale, e la temuta figura del chirurgo era profondamente rispettata, senza altre riserve mentali alla sua condotta *propter necessitatem*. Tale era ancora la situazione all'inizio del XX secolo, senza intralci giuridici, e l'attività chirurgica era fondata sulla fiducia incondizionata da parte dei pazienti nell'affidarsi alla rispettata cultura superiore del chirurgo, che poteva agire come un demiurgo, forte della sua cultura ed esperienza, legato semplicemente ai suoi principi deontologici.

Il questo lasso di tempo il Giuramento di Ippocrate, con le sue anacronistiche proibizioni di agire nei confronti della calcolosi urinaria ed il suo impegno rigido nei confronti della riproduzione era di riferimento indiscusso alle pratiche sanitarie e chirurgiche. Esso dava per scontato che l'opera del medico fosse bensì a favore del paziente, ma da un punto di pre-

dominanza costituito dalla consorceria dei sapienti in grado di elargire – con l'aiuto della divinità – la riconquista della salute, e con evidente protezione del prestigio della categoria rifugiando da pratiche all'epoca disastrose nei confronti della "malattia della pietra" evitando il discredito delle allora inevitabili conseguenze.

Ma i cambiamenti incombevano: la responsabilità professionale in senso giuridico veniva ad assumere il significato quanto meno di un rendiconto di eventuali colpe emergenti dall'attività chirurgica, che veniva ad identificarsi pregiudizialmente con il delitto di "lesione personale", e relative pene, e con la formulazione di specifici articoli dell'innovativo Codice Civile, con la risarcibilità dei danni.

Ben presto però, con l'ampliarsi del campo di azione della chirurgia, con sempre maggiore espansione della chirurgia di elezione fino ai trapianti di organo ed alla chirurgia ricostruttiva ed estetica, anche la professione del chirurgo fu prima indirettamente e poi direttamente investita dall'attenzione del legislatore nella ricerca della corretta definizione della colpa professionale. Cominciarono ad essere considerati come valutabili alla luce del Codice penale i danni potenzialmente derivanti dall'attività chirurgica, e ciò fino a circa la metà del secolo, quando nel 1942 alle leggi del codice penale valide per ogni aspetto della vita sociale, si è affiancato il Codice civile, che con alcuni suoi articoli ha definito dei risvolti significativi nei confronti delle professioni sanitarie precisandone gli aspetti giuridici e soprattutto la risarcibilità del danno.

Per altro verso lo sviluppo di nuove conoscenze scientifiche in campo medico e l'inizio dello sviluppo di tecnologie e mezzi via via più innovativi rendeva per alcuni aspetti obsoleto il "Giuramento di Ippocrate", ritenuto sacro ed orgoglioso baluardo deontologico della categoria dei medici di fronte alla platea dei profani, che con la diffusione crescente di informazioni giornalistiche e ultimamente radiofoniche, diventavano sempre meno profani e più smaliziati, con superamento sospettoso del rapporto di fiducia.

Dunque mentre veniva aggiornandosi il Codice penale, ed a metà del secolo XX la formulazione di un Codice civile, anche la deontologia dei medici richiese un aggiornamento.

In questa nostra società che ormai antepone antropologicamente il benessere fisico, estetico ed economico dell'individuo a qualsiasi altra considerazione, orientata tendenzialmente alla sconfezione dei principi tradizionali di comportamento – in particolare del valore fondamentale in ambito sanitario rappresentato dal rapporto di fiducia medico-paziente – ed al contrasto acritico di qualsiasi limite all'incondizionato primato delle libere decisioni dell'individuo, ed al diritto incondizionato alla salute ed alla bellezza sulla base di informazione generica e schematica dei mezzi di informazione anche se in contrasto con opinioni specificamente competenti, l'opera del medico è esposta non solo a giudizi severi ed inflessibili dell'opinione profana, ma anche a gravi rischi economici e patrimoniali, oltre che a detrimento della serenità operativa e di riflesso per reazione un danno per gli stessi pazienti.

Il corretto e responsabile comportamento deontologico degli avvocati e dei medici legali chiamati ad attivare una vertenza in ambito sanitario sul miraggio dei risarcimenti, potrebbe talvolta costituire un efficace argine all'inizio di procedimenti giudiziari infondati ed irragionevoli, che aggravano l'intasamento del contenzioso in ambito civile.

APPENDICI

Articoli del CODICE PENALE

Art. 40 Codice Penale – Rapporto di causalità - Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento (1) dannoso (2) o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione (3). Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo (4).

Art. 41 Codice Penale – Cause e concause - Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra la azione od omissione e l'evento (1).

Art. 42 Codice Penale – Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva - "Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà (1). Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge (2). La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione (3). Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa (4).

Art. 43 codice penale – Elemento psicologico del reato - "Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione"[2], mentre è colposo, o contro l'intenzione, allorché "l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline"; il delitto è preterintenzionale "[...] o oltre la intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente"

Articolo 132 Codice penale - Potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena: limiti - "Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente; esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale. Nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i limiti stabiliti per ciascuna specie di pena, salvi i casi espressamente determinati dalla legge"

Articolo 133 Codice penale - Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena - "Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa....."

Art. 582 C.P. - Lesione personale - "Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale [c.p. 583], dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli articoli 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel numero 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Art. 583 Codice Penale – Circostanze aggravanti - La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni: 1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa (1), ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni; 2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo; 3) se la persona offesa è una donna incinta e dal fatto deriva l'acceleramento del parto.

La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva: 1) una malattia certamente o probabilmente insanabile; 2) la perdita di un senso; 3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella; 4) la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso; 5) l'aborto della persona offesa.

Art. 584 Codice Penale – Omicidio preterintenzionale - Chiunque, con atti diretti unicamente a percuotere o a provocare lesioni personali nei confronti di un altro soggetto ne cagioni, senza volerlo, la morte, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni.

Art. 589 Codice Penale – Omicidio colposo - Chiunque cagiona per colpa [43] la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. Se il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da due a sette anni....

Articoli del CODICE CIVILE

Art. 1176 Codice civile – Diligenza nell'adempimento - Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia (1). Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata (2).

Art. 1218 codice civile – Responsabilità del debitore - Il debitore che non esegue esattamente (2) la prestazione dovuta [1176, 1181] è tenuto al risarcimento del danno [1223 ss.], se non prova (3) che l'inadempimento o il ritardo (4) è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile [1221, 1229, 1257, 1307, 1557, 1558, 1673, 1693, 1821, 2740; 160 disp. trans.] (5) (6).

Art. 2043 codice civile – *neminem laedere* - Risarcimento per fatto illecito - Qualunque fatto (3) doloso o colposo (4), che cagiona (5) ad altri un danno ingiusto (6), obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno [2058] (7). (Responsabilità aquiliana)

Art. 2055 codice civile – Responsabilità d'equipe o solidale - "se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento dei danni (...)"

Art. 2104 codice civile – Diligenza del prestatore di lavoro - Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale [1176] (1).

Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende [2086, 2090, 2094, 2106, 2236].

Art. 2232 codice civile – Esecuzione dell'opera - Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto [1176] (1). Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità [1228], di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione [1717] (2)

Art. 2236 codice civile - Responsabilità del prestatore d'opera - "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 colpa grave - in relazione agli art. 42 e 589 del codice penale

Articoli del CODICE DEONTOLOGICO DELLA FNOM 24-25.6 1995

Art. 30 - Informazione al cittadino - Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate; il medico nell'informarlo dovrà tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche.

Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta.

Il medico deve, altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di prevenzione.

Le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza.

La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione deve essere rispettata

Art. 33 Acquisizione del consenso - Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente.

Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione inequivoca della volontà della persona è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'articolo 30.

Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso.

In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi. non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, ove non ricorrano le condizioni di cui al successivo articolo 34.

Art. 34 – Autonomia del cittadino - Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona.

Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso.

Il medico ha l'obbligo di dare informazioni al minore e di tenere conto della sua Volontà, compatibilmente con l'età e con la capacità di comprensione, fermo restando il rispetto dei diritti del legale rappresentante; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente.

**Articoli del
CODICE DI DEONTOLOGIA MEDICA
AGGIORNATI DALLA FNOM
(16.12.2006)**

Art.33 - Informazione al cittadino - Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate; *il medico dovrà comunicare con il soggetto* tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche.

Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta.

Il medico deve, altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di prevenzione.

Le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza.

La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione deve essere rispettata

Art. 35 - Acquisizione del consenso - Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso *esplicito* e informato del paziente.

Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione *documentata* della volontà della persona è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'articolo 33.

Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso.

In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi. non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona - *il medico deve intervenire, un scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitendo ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente.*

Art. 38 - Autonomia del cittadino e direttive anticipate - Il medico deve attenersi, *nell'ambito dell'autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza della stessa.* professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona.

Il medico, compatibilmente con l'età, con le capacità di com-

preensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà. In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante deve segnalare il caso all'autorità giudiziaria; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente,

Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà *deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stessi in modo certo e documentato,*

**SENTENZE di riferimento storico
(Corte di Cassazione e Corte Costituzionale)**

Sentenza Corte di Cassazione n°447 (6.3.1967) - *“la colpa del sanitario deve 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. Pur tuttavia la esclusione di colpa professionale medica 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”* .

Sentenza Corte di Cassazione n°166 del 1973 - Esprime un orientamento favorevole in sede di valutazione della colpa penale per imperizia specificamente nell'applicazione dell'art. 2236 c.c. (Responsabilità del prestatore d'opera) (*v. in appendice*) del medico, in cui si introduce il concetto di difficoltà della prestazione professionale, in relazione agli Articoli 42 c.p. (Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva) e 589 c.p. (Omicidio colposo) (*v. in appendice*), facendo riferimento al 2° comma dell'art.1176 c.c. (*v. in appendice*) *“Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*

Sentenza Corte Costituzionale n.166 del 28 novembre 1973 - Ricerca di un limite alla responsabilità medica per colpa: *“la particolare disciplina in tema di responsabilità penale desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) c.p., in relazione all'art. 2236 c.c., per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile, n. 917) «di fronte a due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in casi di insuccessi, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista»”*.

Corte di Cassazione Penale 17.02.1981 - *“ai fini della colpa professionale dell'esercente un'attività sanitaria non si richiede una grande perizia, ma quel minimo che si deve attendere dall'esercente la professione medica”*

Corte di Cassazione Civile n. 4437, 1982 - Possibilità di concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. *“la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale possono concorrere allorché il comportamento sia lesivo nello stesso tempo sia dei diritti derivanti al contraente da clausole contrattuali, sia*

dei diritti assoluti della persona quali l'onore o l'incolumità", e che più soggetti possono essere chiamati a responsabilità professionale perché concorrenti nell'attività sanitaria.

Corte di Cassazione Penale 11.3.1983 – di fronte all'errore medico dello specialista è necessario un atteggiamento di maggiore severità, perché "non si richiede al sanitario solo quel minimo di cognizioni e l'abilità sopra indicate, ma quella conoscenza e quella particolare abilità e perizia proprie di chi ha acquisito un titolo specialistico"

Corte di Cassazione n° 7618 del 14.8.1997 – *"in tema di colpa professionale medica l'accertamento va effettuato in base non alle norme civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale, ma a quelle penali; ciò in quanto la condotta colposa, implicante giudizio di responsabilità penale, incide su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, e non già su aspetti patrimoniali-economici"*

Cassazione Civile n°500 del 22.7.1999 - Conferma la qualifica di responsabilità aquiliana per ogni danno ingiusto, senza per questo affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi: la lesione dell'interesse legittimo – cioè della salute e della vita - è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c.

Corte di Cassazione n°46412 del 17.2.2008 – Prevalenza delle norme penali su quelle civili in caso di colpa professionale: *"In tema di colpa professionale, qualora la condotta incida su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, i parametri valutativi debbono essere estratti dalle norme proprie al sistema penale e non già da quelle civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale"*. Ciò nondimeno, *"nella fattispecie della colpa professionale medica, l'art. 2236 c.c. può trovare applicazione come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà"*

Corte di Cassazione - Sentenza Ingrassia del 8.11.2012: Assenza di automatismo tra il rispetto o il mancato rispetto delle linee-guida e l'addebito per colpa del medico: *"in tema di responsabilità medica, le linee-guida – provenienti da fonti autorevoli, conformi alle regole della miglior scienza medica e non ispirate ad esclusiva logica di economicità – possono svolgere un ruolo importante quale atto di indirizzo per il medico; esse, tuttavia, avuto riguardo all'esercizio dell'attività medica che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assurgere al rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline), non essendo né tassative né vincolanti e, comunque, non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la migliore soluzione per il paziente. D'altro canto, le linee-guida, pur rappresentando un utile parametro nell'accertamento dei profili di colpa riconducibili alla condotta del medico, non eliminano la discrezionalità giudiziale insita nel giudizio di colpa; il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze concrete esigano una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee-guida (...)"*

Corte di Cassazione n°34521 del 26.5.2010 – "In tema di trattamento medico-chirurgico, risponde di omicidio preterintenzionale il medico che sottoponga il paziente ad un intervento (dal quale consegue la morte di quest'ultimo) in assenza di finalità terapeutiche, ovvero per fini estranei alla tutela

della salute del paziente, ad esempio provocando coscientemente un'inutile mutilazione, od agendo per scopi estranei (scientifici, dimostrativi, didattici, esibizionistici o di natura estetica), non accettati dal paziente; al contrario, non ne risponde, nonostante l'esito infausto, il medico che sottoponga il paziente ad un trattamento non consentito ed in violazione delle regole dell'arte medica, quando nella sua condotta sia rinvenibile una finalità terapeutica, o comunque la terapia sia inquadrabile nella categoria degli atti medici, poiché in tali casi la condotta non è diretta a ledere, e l'agente, se cagiona la morte del paziente, risponderà di omicidio colposo ove l'evento sia riconducibile alla violazione di una regola cautelare".

Decreto Legge n.158 del 13.9.2012 (cosiddetto decreto **Balduzzi**) - "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute" - convertito in **Legge n.189 del 8.11.2012**

Art. 3, comma 1 riguardante la Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie - "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"

Corte di Cassazione – Sentenza Cantore del 2013 – Inesistenza di contraddizione tra riconoscimento di colpa professionale pur nell'avvenuta adozione delle linee guida – *"che le linee-guida non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere, dunque, che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia e che, in alcuni casi, si trovi a dovervi addirittura derogare radicalmente. Il legislatore ha evidentemente tenuto conto di tale situazione, disciplinando l'evenienza di un terapeuta rispettoso delle «istruzioni per l'uso» e tuttavia in colpa"*

Corte di Cassazione – Sentenza Pulcini del 2014 - Onere a carico dell'imputato di fornire le linee guida cui si sarebbe attenuto:

"in tema di responsabilità medica, ai fini dell'applicazione della causa di esonero da responsabilità prevista dall'art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, è necessaria l'allegazione delle linee-guida alle quali la condotta del medico si sarebbe conformata, al fine di consentire al giudice di verificare: a) la correttezza e l'accreditamento presso la comunità scientifica delle pratiche mediche indicate dalla difesa; b) l'effettiva conformità ad esse della condotta tenuta dal medico nel caso in esame".

Corte di Cassazione – Sentenza Rota n.5590 del 20.3.2015 – Riconoscimento di imperizia on caso di inesatto adempimento della prestazione sanitaria sia attivo che omissivo in contrasto con le regole tecniche dell'attività che si è chiamati a svolgere sia da parte del sanitario che della struttura in

caso di responsabilità contrattuale: *“rientra nella nozione di imperizia il comportamento attivo o omissivo che si ponga in contrasto con le regole tecniche dell'attività che si è chiamati a svolgere”*.

A carico del danneggiato l'onere di fornire la prova del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione, mentre resta a carico dell'imputato (sanitario o struttura) la prova contraria e l'imprevedibilità di eventuali conseguenze negative, indipendentemente dalla eventuale difficoltà dell'intervento.

Legge 8 marzo 2017 n°24 (Legge Gelli) - Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie. Responsabilità medica contrattuale e/o extracontrattuale – G.U. n° 64 - 20 Marzo 2017.

All'**articolo n°5** tratta delle linee-guida, cui tutti gli esercenti le professioni sanitarie, devono attenersi, precisando che queste devono essere elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati iscritti in apposito elenco istituito e regolamentato con

decreto del Ministro della salute; in mancanza, dovranno attenersi alle buone pratiche clinico-assistenziali.

All'**articolo n°6** stabilisce che in caso di evento causato da imperizia, non va punito il professionista che ha rispettato le linee guida o, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali del caso specifico. Inoltre la struttura sanitaria pubblica o privata risponde ai sensi dell'art. 1218 e 1228 c.c. delle condotte dolose o colpose dei professionisti che operano in esse anche se non dipendenti o scelti dal paziente. Stabilisce anche che il professionista risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c. (*neminem laedere*) salvo che abbia agito nell'adempimento di una prestazione contrattuale assunta con il paziente.

All'**articolo n°7, comma 3** – “L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.”