
Centro Studi «Federico Stella»
sulla Giustizia penale e la Politica criminale

Il problema della medicina difensiva

Una proposta di riforma in materia
di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria
e gestione del contenzioso legato al rischio clinico

a cura di

Gabrio Forti, Maurizio Catino, Francesco D'Alessandro
Claudia Mazzucato, Gianluca Varraso

collana diretta da

Marcello Clarich
Aurelio Gentili
Fausto Giunta
Mario Jori
Michele Taruffo

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline penalistiche
Criminalia

Edizioni ETS



JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

filosofia del diritto
discipline penalistiche - Criminalia
discipline civilistiche
discipline pubblicistiche

TESTI

CLASSICI

Comitato scientifico

Marcello Clarich, Aurelio Gentili,
Fausto Giunta, Mario Jori, Michele Taruffo

Centro Studi «Federico Stella»
sulla Giustizia penale e la Politica criminale

Il problema della medicina difensiva

Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale
nell'ambito dell'attività sanitaria
e gestione del contenzioso legato al rischio clinico

a cura di

G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Volume realizzato con il contributo del Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale
e la Politica criminale (CSGP) dell'Università Cattolica del Sacro Cuore
e della Società Italiana di Chirurgia (SIC)*

© Copyright 2010

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884672594-3

Il problema della medicina difensiva

INDICE SOMMARIO

PRESENTAZIONE	13
I. IL PROBLEMA DELLA MEDICINA DIFENSIVA: LA RICERCA EMPIRICA	17
II. ARTICOLATO DEL PROGETTO (VERSIONE PROVVISORIA)	47
III. RELAZIONE DI PRESENTAZIONE DEL PROGETTO	63
IV. TAVOLA ROTONDA DEL 5 GIUGNO 2009	111
V. ARTICOLATO DEL PROGETTO (VERSIONE DEFINITIVA)	199
VI. RELAZIONE INTEGRATIVA	217
Appendice. QUADRO DI SINTESI DEI PROGRAMMI DI GIUSTIZIA RIPARATIVA IN AMBITO SANITARIO	241

Il presente volume documenta le varie fasi del lavoro di ricerca ed elaborazione normativa condotto da un gruppo di studiosi del *Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP)** dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano sul problema della cosiddetta “medicina difensiva”.

Tale ricerca è stata avviata su proposta e con la consulenza della *Società Italiana di Chirurgia (SIC)*, che si è fatta portavoce del disagio diffuso tra i chirurghi, ma comune a larga parte dei medici italiani, per un quadro normativo e giurisprudenziale ritenuto inadeguato a offrire chiarezza sulle cornici di responsabilità, soprattutto penali, entro cui attualmente è destinata a muoversi la professione sanitaria.

Gli studiosi del *CSGP*, attraverso un'accurata ricerca empirica “sul campo”, hanno dapprima ricostruito caratteristiche e dimensioni del fenomeno della medicina difensiva, vedendone confermate le dimensioni e la gravità preoccupanti, nonché l'incidenza negativa sulle condizioni necessarie ad assicurare pienamente la tutela della salute dei cittadini. Su queste basi e dopo un'ampia ricognizione delle principali soluzioni adottate in altri ordinamenti per disciplinare la responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e il contenzioso legato al rischio clinico, essi hanno elaborato un autonomo e innovativo progetto di riforma di tale materia.

Il progetto è stato ulteriormente perfezionato in esito a una tavola rotonda cui hanno partecipato qualificati esponenti del mondo accademico e della magistratura (qui integralmente riprodotta nei suoi contenuti). Il testo definitivo del progetto e la relazione che documenta questo passaggio finale del cammino di ricerca sono raccolti nelle ultime due parti del volume.

I Curatori

Gennaio 2010

* Il *CSGP - Centro studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale* nasce nel 2008 nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano con lo scopo di promuovere la ricerca teorica e applicata sui problemi della giustizia penale e della politica criminale. In continuità con gli insegnamenti del suo fondatore, al quale è intitolato, il Centro è oggi diretto dal prof. Gabrio Forti, ordinario di Diritto penale e Criminologia e Direttore dell'Istituto Giuridico dell'Università Cattolica, e si avvale di un Comitato scientifico composto da personalità del mondo accademico e professionale segnalatesi per l'eccellenza degli studi, delle esperienze e delle sensibilità nel campo della giustizia penale e dei problemi della legalità nella vita economica e sociale.

PRESENTAZIONE

Il presente volume raccoglie vari testi progressivamente elaborati dagli studiosi del *Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia Penale e la Politica Criminale (CSGP)* dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, da me diretto, nel corso di un'ampia ricerca, che ha preso inizio nella primavera del 2008, sulla c.d. medicina difensiva: problema che, già a una prima ricognizione dei dati disponibili, si segnalava per dimensioni e gravità preoccupanti e certamente per un'incidenza negativa sulle condizioni necessarie ad assicurare pienamente la tutela della salute «quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 della Costituzione).

Tale ricerca è stata avviata su proposta e con la consulenza della *Società Italiana di Chirurgia (SIC)*, che si è fatta portavoce del disagio diffuso tra i chirurghi italiani per un quadro normativo e giurisprudenziale ritenuto inadeguato a offrire chiarezza sulle cornici di responsabilità, soprattutto penali, entro cui attualmente è destinata a muoversi la professione sanitaria. Tra i molteplici fattori all'origine dei comportamenti di medicina difensiva, veniva quindi conferito particolare rilievo alla percezione di un rigore sanzionatorio incombente sulla quotidianità della professione medico-chirurgica che, non risultando esattamente ponderabile o facilmente traguadabile da parte degli operatori, ne favoriva condotte e procedure eccessivamente cautelative o l'elusione di trattamenti considerati a rischio.

Questa prospettiva del problema, delineatasi con nettezza già nel corso dei contatti stabiliti inizialmente con un gruppo di chirurghi e con il Comitato direttivo della *SIC*, ha offerto agli studiosi del *CSGP* le basi per l'impostazione e l'approfondimento di almeno due prime ipotesi di ricerca: oltre che dedicarsi a una diretta verifica della sussistenza e dell'estensione del problema della medicina difensiva, ci si è proposti di definire e vagliare possibili interventi sulla disciplina vigente – con riguardo prevalentemente alla responsabilità penale del sanitario – che promettessero una ragionevole attitudine a contenere in termini quantitativi e qualitativi l'occorrenza delle decisioni “difensive”, allentando e chiarificando le tensioni o le distorsioni percettive in merito al rischio di contenziosi legali diffuse tra gli operatori.

Il primo obiettivo è stato conseguito attraverso un'originale ricerca empirica coordinata dal prof. *Maurizio Catino* e condotta con la collaborazione dell'avv. *Paola Cattorini* e della dott.ssa *Chiara Locatelli*. I risultati di tale indagine sono documentati dal primo testo presentato nel volume (*Il problema della medicina difensiva: la ricerca empirica*).

Conclusioni di quel lavoro “sul campo”, a stretto contatto con gli umori e le visuali di un campione rappresentativo delle professioni sanitarie, è stata dunque che «la percezione di una prassi giurisprudenziale particolarmente rigorosa, sul terreno della responsabilità penale e civile, induce spesso i medici a modificare le proprie condotte professionali: la *tutela della salute del paziente* può, così, diventare, per il sanitario, un obiettivo subordinato alla *minimizzazione del rischio legale*». Vi si segnalava dunque come necessario, oltre che opportuno, un intervento di riforma legislativa, che puntasse a «scongiurare i comportamenti di “medicina difensiva”, nella ricerca di un equo bilanciamento tra l’esigenza di salvaguardare gli operatori sanitari da iniziative giudiziarie, che spesso vengono avvertite come arbitrarie e ingiuste, e la necessità di tutelare i diritti dei pazienti che si ritengono danneggiati da episodi di *medical malpractice*».

Nello sviluppo della seconda linea di ricerca, ci si è indirizzati, oltre che a un’approfondita ricognizione comparatistica sulle soluzioni regolative in materia di responsabilità medico-chirurgica e di gestione del rischio clinico adottate in seno agli ordinamenti di altri paesi (compito che ha visto impegnati particolarmente i dott. *Lucia Della Torre* e *Michele Materni*), a un lavoro di raccolta e sistematizzazione (coordinato dai proff. *Francesco D’Alessandro* e *Francesco Centonze* e condotto dai dott. *Pierpaolo Astorina* e *Alessandro Provera*) dei più significativi materiali giurisprudenziali e dottrinali italiani. Lavoro che nelle battute conclusive ha potuto anche avvalersi del riferimento a una serie di istruttive pubblicazioni recenti in tema di diritto penale della medicina, tra le quali in particolare la raccolta delle pronunce di legittimità dal 2004 al 2008, a cura di Fausto Giunta e altri (*ETS*, 2009), nonché il volume *Medicina e diritto penale*, a cura di Stefano Canestrari, Fausto Giunta, Roberto Guerrini e Tullio Padovani (*ETS*, collana *Jura*, 2009).

Dalle acquisizioni maturate in queste due prime fasi dell’indagine, è parsa confermata l’ipotesi iniziale circa la possibilità e opportunità di interventi di riforma specificamente concepiti con l’obiettivo di realizzare uno spostamento sul terreno normativo del punto di equilibrio tra il peso della responsabilità medico-chirurgica e gli spazi di tranquillità e libertà operativa necessari a un esercizio “non difensivo” della professione sanitaria.

Nell’ambito del gruppo di ricerca del *CSGP* si è dunque costituito un nucleo di progettazione normativa che, coordinato dal sottoscritto, ha elaborato il testo delle norme oggetto della proposta di riforma: in particolare, hanno dato al gruppo il loro prezioso apporto di pensiero e cultura giuridica il prof. *Francesco D’Alessandro* (che si è prevalentemente occupato degli aspetti più strettamente penalistici del *Progetto*, oltre che della sezione relativa alla responsabilità civile), la dott.ssa *Claudia Mazzucato* (che ha, tra l’altro, curato gli ampi e complessi profili pertinenti alla giustizia riparativa) e il dott. *Gianluca Varraso* (responsabile, insieme al dott. *Enrico Maria Mancuso*, del coordinamento della ricerca giuridica sui molti risvolti processuali direttamente o indirettamente connessi con le scelte di disciplina adottate nel *Progetto*).

I frutti di questo intenso e paziente lavoro di ideazione e selezione, tra gli innume-

revoli percorsi normativi possibili, di quelli che sono parsi i più convincenti in vista della specifica attitudine a far fronte al problema della “medicina difensiva”, sono raccolti nell’opera qui presentata. Il lettore troverà dunque una prima *Bozza di articolato*, corredata da una *Relazione di presentazione del Progetto*, illustrativa delle opzioni espresse in quella versione provvisoria degli interventi normativi proposti. Anche se in una fase successiva del lavoro di progettazione entrambi i testi sono stati perfezionati con modifiche e integrazioni consistenti, si è ritenuto di dare ad essi pubblicazione entro il presente volume nell’esatta fisionomia con cui si sono configurati al momento della originaria redazione, anche per poter documentare al lettore l’*iter* di elaborazione – sempre interessante metodologicamente per risalire dal risultato legislativo al lavoro *in fieri* che ha condotto alla sua maturazione – poi confluito nel *Progetto* definitivo.

Entrambi questi testi provvisori sono stati sottoposti, il 5 giugno 2009, presso l’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, all’esame e alla discussione di un gruppo di esperti composto da docenti universitari e magistrati (noti per la specifica competenza in materia di responsabilità medica) nel corso di una *Tavola rotonda* i cui contenuti sono qui integralmente riprodotti. Il ringraziamento più vivo e sentito va dunque ai proff. *Marta Bertolino, Adolfo Ceretti, Stefano Canestrari, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Angelo Giarda, Fausto Giunta, Carlo Enrico Paliero, Giulio Ponzanelli, Mario Romano* e alla dott.ssa *Patrizia Piccialli* (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) che, con impegno notevole e sollecito accoglimento del nostro invito a intervenire, hanno offerto il loro contributo di intelligenza e competenza per favorire un più meditato e consapevole avanzamento del *Progetto di riforma*. La nostra gratitudine si rivolge poi al Magnifico Rettore dell’Università Cattolica del Sacro Cuore, prof. *Lorenzo Ornaghi*, ai Presidi delle Facoltà di Giurisprudenza e di Medicina e chirurgia dello stesso ateneo, proff. *Giorgio Pastori* e *Paolo Magistrelli*, che in apertura della *Tavola rotonda* non hanno limitato il loro intervento a formali indirizzi di saluto, ma si sono espressi in modo molto incoraggiante nei confronti di un impegno elaborativo che, specialmente in quella fase, stava attraversando uno dei suoi passaggi più delicati e cruciali, oltre a offrire vari spunti sapienti e preziosi per la riflessione sul difficile tema. Essenziale, nell’occasione, è stata anche la presenza del prof. *Rocco Bellantone*, Segretario della *SIC*, che ha recato un contributo di arguta concretezza e affabile buon senso alla discussione e i cui interventi, in seno a un serrato consesso di giuristi, hanno permesso di immettere nella discussione (come del resto durante le frequenti consultazioni avute da chi scrive nell’*iter* di preparazione del *Progetto*) una più acuta sensibilità per le concretezze operative e i diuturni assilli della professione medico-chirurgica.

Un tale confronto con una nutrita e autorevole rappresentanza di esperti nel campo della responsabilità penale e civile del medico, oltre che con osservatori partecipi e sensibili al problema sul tappeto, non poteva che offrire al gruppo di ricerca innumerevoli stimoli di riflessione e approfondimento, la cui successiva sedimentazione e maturazione ha condotto alla stesura di quello che viene qui presentato come

l'*Articolato definitivo*, a sua volta corredato da una *Relazione* illustrativa. Testo, quest'ultimo, più sintetico di quello apprestato precedentemente, perché concepito come mera integrazione dei rilievi ivi espressi e finalizzato a documentare soprattutto in quali termini si sia dato accoglimento alle osservazioni e ai suggerimenti emersi dalla *Tavola rotonda*.

Come già nelle fasi antecedenti, anche in questo passaggio conclusivo del lavoro di elaborazione normativa (che comunque ha visto compattamente impegnato, in ogni snodo e scansione fondamentale, l'intero gruppo di ricerca), il prof. *Francesco D'Alessandro* ha curato particolarmente le parti dell'*Articolato* e delle *Relazioni* di accompagnamento relative ai Titoli I, II e IV del *Progetto*, la dott.ssa *Claudia Mazzucato* quelle riguardanti il Titolo III, e il dott. *Gianluca Varraso* i materiali relativi all'art. 4, oltre che la revisione delle norme sul programma di giustizia riparativa nelle loro interazioni con la disciplina processuale.

Alla dott.ssa *Mazzucato* si deve altresì lo specchietto che fornisce un efficace *Quadro di sintesi dei programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario* e dunque permetterà al lettore di orientarsi in un ambito, quello della *restorative justice*, tanto affascinante quanto tuttora misterioso anche per non pochi "addetti ai lavori" del mondo della giustizia, e la cui rilevanza nel *Progetto di riforma* qui presentato ne costituisce uno dei profili più innovativi e, direi anche, più coraggiosi. Tra i risultati attesi dai nostri sforzi non possiamo negare vi sia anche quello di contribuire a un avanzamento delle conoscenze su questo ricchissimo ambito di esperienze, filosofie e sensibilità: un campo che difficilmente può lasciare indifferente e, anzi, in genere avvince per forza chi vi si accosti con pazienza e spirito di scoperta.

Un particolare ringraziamento va altresì al prof. *Giulio Ponzanelli*, che ha cortesemente coadiuvato il lavoro del gruppo di progettazione normativa, specialmente con riguardo alla parte civilistica e di diritto delle assicurazioni, suggerendo alcuni dei correttivi apportati alla versione iniziale del *Progetto di riforma*.

Infine, si ringrazia il *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Freiburg im Breisgau, per la consueta, inestimabile disponibilità a ospitare i ricercatori del *CSGP* nei loro soggiorni di studio finalizzati alla realizzazione della presente ricerca.

Gli estensori e curatori dei testi qui presentati si augurano che il loro lavoro possa suscitare l'interesse del lettore e, soprattutto, fornire un contributo utile ad arginare un fenomeno dirompente qual è quello della "medicina difensiva", i cui tratti sono venuti stagliandosi con sempre più inquietante nettezza a ogni successivo passo compiuto per ricostruirne cause ed effetti, per ideare possibili rimedi.

In ogni caso, ciò che è stato fatto ed è ora qui sotto i nostri occhi crediamo possa valere come testimonianza dell'impegno di un affiatato gruppo di studiosi *persuasi*, per dirla con Carlo Michelstaedter, ossia interessati a null'altro che a ricercare e comprendere, a vivere e condividere i problemi del loro presente.

Gabrio Forti

I

IL PROBLEMA DELLA MEDICINA DIFENSIVA: LA RICERCA EMPIRICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'errore in medicina e la medicina difensiva. – 2.1 L'errore in medicina, i danni, i costi. – 2.2 L'approccio accusatorio all'errore. – 2.3 La medicina difensiva. – 3. L'indagine quali-quantitativa. Metodologia e risultati. – 3.1 Aspetti metodologici. – 3.2 Caratteristiche socio-anagrafiche del campione. – 3.3 I comportamenti di medicina difensiva. – 3.4 Le motivazioni dei comportamenti difensivi. – 4. Considerazioni conclusive. – 5. Allegati.

1. *Introduzione*

La “*medicina difensiva*” è identificabile in una serie di decisioni attive o omissive, consapevoli o inconsapevoli, e non specificatamente meditate, che non obbediscono al criterio essenziale del bene del paziente, bensì all'intento di evitare accuse per non avere effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o, al contrario, per avere effettuato trattamenti gravati da alto rischio di insuccesso o di complicanze.

Dall'osservazione dei dati a livello internazionale, i medici adottano frequentemente atteggiamenti di tipo difensivo, prescrivendo esami e terapie non necessarie (c. d. *medicina difensiva positiva*) o evitando pazienti o procedure diagnostiche ad alto rischio (c. d. *medicina difensiva negativa*).

Tale fenomeno origina principalmente dal crescente aumento delle richieste di risarcimento da parte dei pazienti contro i medici e contro le strutture sanitarie: + 65% in dieci anni¹. Le numerose accuse dei pazienti che si ritengono danneggiati, pertanto, inducono diversi medici ad attuare una “strategia” utile a scongiurare la possibilità di mettere a rischio la propria professione².

Questo rapporto presenta i risultati di un'indagine sulla medicina difensiva all'interno di uno studio più generale, promosso dalla Società Italiana di Chirurgia (*SIC*)

¹ ANIA (Associazione Nazionale tra le Imprese Assicuratrici), *L'assicurazione italiana 2006/2007*, Ufficio Studi, Servizio Statistiche e Studi Attuariali.

² Atteggiamenti simili sono stati osservati anche in altri ambienti professionali. Ne è un particolare esempio il settore del *controllo del traffico aereo*, dove i controllori di volo, in seguito alle vicende legate al disastro avvenuto il 24 febbraio 2004 a Cagliari, si vedono costretti ad adottare alcuni comportamenti tutelativi, malgrado questo possa comportare un disagio per l'utenza (cfr. www.anacna.it).

e diretto dal Prof. Gabrio Forti (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – *Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale*). Previa ricognizione delle principali soluzioni al problema rinvenibili negli ordinamenti di altri Paesi, tale studio si propone di esaminare percorsi normativi idonei a offrire alla responsabilità (specialmente penale) connessa all'attività medico-chirurgica, un quadro di maggiore razionalità e certezza, ritenuto necessario per assicurare la reale, e dunque più efficace, tutela della salute dei pazienti.

Il lavoro da noi condotto è strutturato in tre parti: la prima ha lo scopo di presentare i termini del problema anche con riferimento allo scenario internazionale, evidenziando i costi; la seconda parte presenta i risultati dell'indagine sul campo che ha coinvolto 307 medici chiamati a rispondere ad un questionario strutturato ed altri 21 medici intervistati in profondità. L'ultima parte, infine, è stata dedicata alla formulazione delle considerazioni conclusive necessarie a valutare l'entità del problema e a proporre alcune soluzioni migliorative.

Quando si verifica un incidente, la tendenza immediata è quella di procedere all'individuazione delle singole persone che lo hanno originato, a cui vanno attribuite le colpe. Il contesto organizzativo è lasciato sullo sfondo e le soluzioni proposte sono principalmente disciplinari e sanzionatorie. Un contesto giuridico e culturale orientato unicamente alla ricerca delle responsabilità individuali costituisce uno dei fattori alla base dei comportamenti difensivi, inibendo l'apprendimento organizzativo e accrescendo il rischio di minare la qualità delle attività di cura, aumentandone i costi.

2. *L'errore in medicina e la medicina difensiva*

2.1. *L'errore in medicina, i danni, i costi*

Il rischio derivante dall'esercizio della professione medica costituisce un problema di crescente rilievo a livello sociale, economico ed assicurativo. I primi studi su questo tema risalgono agli inizi degli anni '90³. Nel 1991 il *New England Journal of Medicine* pubblicò una serie di articoli che facevano parte di un progetto noto come *Harvard Medical Practice Study*, uno studio su più di 30.000 casi ospedalieri dello stato di New York. Da questa ricerca risultava che quasi il 4% dei pazienti soffriva di complicanze dovute ai trattamenti, che potevano prolungarne la permanenza in ospedale, generare disabilità o provocare la morte. Due terzi di queste complicazioni erano dovute a errori commessi involontariamente dai medici.

È soprattutto con la pubblicazione del rapporto *To err is human* (2000) da parte dell'*Institute of Medicine* (USA) che il tema dell'errore umano in medicina diventa

³ WILSON, P. F., LARRY D. D., GAYLORD F. A., *Root Cause Analysis: A Tool for Total Quality Management*, 1993, Milwaukee, Wisconsin, ASQ Quality Press; LEAPE L., *Error in medicine*, in *JAMA*, 1994, no. 272, p. 1851-1857.

oggetto di dibattito nella comunità professionale dei medici. In questo rapporto si denunciava, attraverso un'analisi dettagliata di alcuni studi, l'inquietante fenomeno delle *malpractice* e delle morti prevenibili negli ospedali americani. La commissione che realizzò il rapporto evidenziò, attraverso due precedenti ricerche condotte in alcuni stati americani (Colorado, Utah e New York), come su 100 pazienti ricoverati una percentuale tra il 2,9% e il 3,7% incorreva in un evento avverso che, in alcuni casi, ne causava il decesso. Il 53% di questi eventi poteva essere evitato. Tali tassi, proiettati su 33,6 milioni di ricoveri/anno negli Stati Uniti, stimavano tra 44.000 e 98.000 il numero di pazienti deceduti per eventi avversi. Pertanto, in base a questi dati, negli Stati Uniti gli errori in medicina costituivano l'ottava causa di morte, con un costo di circa 29 miliardi di dollari l'anno.

Tab. 1 - Fonte: To err is human, 2000.

Eventi avversi sul totale pazienti ricoverati	3-4%
Eventi avversi prevenibili sul totale	53%
Mortalità	6,6%
Costi	\$29 miliardi

A seguito del rapporto americano, furono condotte numerose indagini e ricerche in diversi Stati del mondo occidentale che confermarono, accrescendo in alcuni casi, quanto si stava scoprendo sulla rischiosità degli errori in medicina.

Tab. 2 - Sintesi di alcuni risultati delle ricerche internazionali.

	USA	Australia	Nuova Zelanda	UK
Eventi avversi	4%	16,6%	12,9%	10,8%
Eventi avversi prevenibili (sul totale degli eventi avversi)	53%	53%	35%	47%
Mortalità (sul totale degli eventi avversi)	6,6%	4,9%	15%	8%

All'inizio del mese di settembre 2008, sulla rivista edita dal *British Medical Journal*, QSHC (*Quality and Safety in Health Care*), è stato pubblicato uno studio basato su 8 ricerche riguardanti 74.485 pazienti. Tali lavori sono stati condotti in diversi Paesi, tra cui gli Stati Uniti, l'Australia, l'Inghilterra, la Nuova Zelanda e il Canada a partire dal 1991 sino al 2006. Da questa analisi è emerso che il 9,2% dei ricoverati in ospedale subisce danni iatrogeni, di cui il 43% sono prevenibili e di cui oltre la metà (56,3%)

si presentano senza conseguenze particolarmente serie⁴.

In Italia il problema dell'errore in medicina inizia ad essere indagato dal 2001, anche se sono tuttora assenti analisi sistematiche, precise ed affidabili. Uno studio condotto nel 2004 dal CINEAS, il Consorzio universitario per l'ingegneria nelle assicurazioni del Politecnico di Milano, riprendendo i risultati dell'indagine dell'*Institute of Medicine* americano nel 2000, stima che il numero delle morti in ospedale per errore in medicina vari tra le 14.000 e le 50.000 l'anno. Il 4% circa delle 8 milioni di persone ricoverate ogni anno negli ospedali italiani (320.000) andrebbe incontro ad un danno derivante da un errore imputabile alle strutture sanitarie o agli operatori della sanità. Questi errori costerebbero annualmente alle strutture ospedaliere almeno 260 milioni di euro l'anno per il prolungamento dei tempi di degenza dei pazienti.

Le conseguenze dell'errore in medicina non sono costituite soltanto dai danni ai pazienti e dalle condanne degli operatori sanitari, ma anche dall'impatto che la gestione dei rischi e dei relativi risarcimenti per i danni causati dalle cure mediche, ha sul funzionamento e sui costi degli ospedali.

Una prima conseguenza attiene alla rottura del fragile equilibrio tra assicurazioni e strutture sanitarie. Una tra le più importanti compagnie assicuratrici per *malpractice*, la *St. Paul Cos* (USA), ha lasciato nel 2001 il mercato a causa delle perdite crescenti. Altre assicurazioni, tra le quali la *Reciprocal of America* e la *Medical Assurance Company* sono in gravi situazioni economiche e rifiutano di assicurare ulteriori medici. Il fenomeno riguarda anche altri Stati come l'Australia, dove è fallita la più grande compagnia di assicurazioni mediche, la *United Medical Protection*, lasciando senza copertura 32.000 medici.

Una situazione simile sta riguardando l'Italia con il tentativo di alcune compagnie di assicurazione di uscire dal mercato per i "rischi" e i costi troppo elevati. Nel 2004 l'Ania, l'Associazione Nazionale tra le Imprese Assicuratrici, rileva che il ramo delle polizze per la copertura dei rischi sulla responsabilità civile dei medici e delle strutture sanitarie ha chiuso in forte deficit, con un esborso complessivo per risarcimenti alle strutture sanitarie pari a 413 milioni di euro.

In base a indagini più recenti (Ania, 2007), emerge che dal 1995 al 2005 il numero dei sinistri denunciati è passato complessivamente⁵ da poco più di 17.000 a circa 28.500, con un incremento del 65%. In particolare, i sinistri denunciati legati alla copertura dei singoli medici hanno fatto registrare un aumento più sostenuto, pas-

⁴ DE VRIES, E. N., RAMATTAN M. A., SMORENBURG S. M., GOUMA D. J., BOERMEESTER M. A., *The incidence and nature of in-hospital adverse events: a systematic review*, in *Qual. Saf. Health Care*, 2008, no. 17, p. 216-223.

⁵ Nel campo della responsabilità civile nel settore sanitario esistono due coperture, una riguardante le strutture sanitarie (rientrano in questa categoria tutte le polizze che coprono la responsabilità civile medica della struttura sanitaria sia pubblica che privata), l'altra riguardante i singoli medici (rientrano in questa categoria tutte le polizze che coprono la responsabilità civile professionale dei medici a prescindere dalla loro appartenenza a una struttura sanitaria).

sando da 5.798 del 1995 a 12.374 del 2005 (+134%), mentre i sinistri denunciati legati alla copertura delle strutture sanitarie, sono passati da 11.444 a 16.085, con una crescita del 41%. Di conseguenza, i premi incassati negli anni precedenti la rilevazione di tali dati (2007) sono risultati insufficienti per pagare i sinistri e ciò ha determinato un notevole incremento dei premi assicurativi.

2.2. L'approccio accusatorio all'errore⁶

Ogni qual volta accade un incidente di rilievo in un'organizzazione, si avvia un procedimento giudiziario, spesso penale, orientato ad accertare cause e responsabilità dell'evento e a comminare sanzioni. Questo approccio si focalizza sugli errori e sulle mancanze degli individui, assumendo che le persone sbagliano perché poco attente al compito. Si adotta un modello causale lineare incentrato sulla ricerca e sulla rimozione dei responsabili, trascurando il ruolo del contesto organizzativo. Il fine ultimo è l'assegnazione della colpa, e la ricostruzione della catena causale spesso si ferma quando viene individuato qualcuno o qualcosa di appropriato a tale colpa. Il risultato è che si ottengono analisi superficiali, che non consentono miglioramenti tali da prevenire il riaccadere di eventi simili. Viene attribuita molta importanza a colui che si situa nell'interfaccia dell'incidente e che di fatto eredita falle e difetti di chi progetta, organizza e gestisce il sistema organizzativo.

L'approccio alla persona⁷ si basa su alcune "buone ragioni", una serie di ragioni che gli attori ritengono "buone"⁸ in quanto valide per prendere le decisioni ed effettuare le scelte:

1. *La volontarietà dell'azione.* L'attore sceglie volontariamente le azioni da compiere. Poiché le azioni umane sono percepite come soggette a controllo volontario e sono implicate nell'80-90% degli incidenti, allora gli incidenti sono causati da negligenza, disattenzione, incompetenza, incoscienza, ecc. Ne deriva che chi sbaglia viene considerato "negligente".

⁶ Per approccio accusatorio all'errore si intende un approccio che, in caso di errori e incidenti, è volto principalmente a cercare la persona ritenuta responsabile dell'evento per sanzionarla, lasciando in secondo piano i fattori organizzativi che possono aver contribuito a determinare quel dato comportamento. Ne consegue che, pur sanzionando la persona, continuano a persistere le condizioni di rischio e di possibile ripetizione dell'evento stesso.

⁷ REASON J., *Managing the Risk Organizational Accidents*, Aldershot, Ashgate 1997; CATINO M., *A Review of Literature: Individual Blame vs. Organizational Function Logics in Accident Analysis*, in *Journal of Contingencies and Crisis Management*, 2008, vol. 16, no. 1, p. 53-62.

⁸ Il concetto di buone ragioni non ha valenza valoriale e positiva, come l'aggettivo "buono" potrebbe far credere, ma è indicativo delle ragioni che gli attori ritengono adatte per giustificare le loro azioni in determinate circostanze. Si tratta dunque di scelte razionali, anche se questa razionalità appare portatrice di effetti indesiderati che possono contrastare con parte delle motivazioni che hanno spinto gli attori ad agire secondo un approccio colpevolizzante (BOUDON R., *Azione*, in Boudon (a cura di) *Traité de sociologie*, Paris, Presses Universitaires de France, trad. it. *Trattato di sociologia*, Bologna, Il Mulino, 1996).

2. *La responsabilità è individuale.* Il modello basato sulla persona si basa su una concezione della responsabilità individuale. Come accade nel sistema giudiziario di tipo penale, l'approccio alla persona è volto a cercare il singolo responsabile dell'errore.
3. *Il rinforzo del senso di giustizia.* L'approccio alla persona è emotivamente soddisfacente: a fronte di un grave errore, o di un disastro, l'individuazione del colpevole tende ad appagare le persone coinvolte per il danno subito.
4. *La convenienza strumentale.* Basarsi sulla responsabilità individuale ha indubbi vantaggi per le organizzazioni dal punto di vista legale ed economico, perché consente di mantenere inalterata la struttura organizzativa, le sue regole di funzionamento e il sistema di potere.

La ricerca delle responsabilità tende a indirizzare l'indagine verso l'individuazione di una o più persone che hanno commesso un errore e che avevano potere di controllo sulle loro azioni, per cui devono essere sanzionate. L'indagine è volta a identificare il colpevole, che spesso è individuato nell'anello finale, nell'interfaccia uomo-macchina che ha attivato l'incidente. In un'analisi incidentale tesa a individuare le responsabilità, ci si focalizza sugli atti insicuri e sulle omissioni che hanno condotto all'incidente. Dall'indagine vengono esclusi o sottostimati quegli eventi relativi ad aspetti organizzativi decisionali e di progettazione, che potrebbero aver avuto un ruolo decisivo nel predisporre le condizioni incidentali e che, se non rimossi, mantengono la loro potenziale pericolosità. È certamente più facile individuare il soggetto a più stretto contatto con il sistema (il pilota dell'aereo, il medico, l'infermiere, l'operatore al pannello di controllo, il macchinista del treno, ecc.) quale responsabile dell'accaduto piuttosto che i fattori latenti, di natura organizzativa e manageriale. Ciò accade per diversi fattori: perché è più facile cognitivamente; perché il sistema giudiziario penale è basato sulla responsabilità personale; perché talvolta le organizzazioni coinvolte hanno indubbi vantaggi, legali ed assicurativi, nell'attribuire all'operatore la responsabilità causale dell'evento. Perché è diffusa una cultura della colpa basata sul capro espiatorio. Già diversi anni fa, Drabeck e Quarantelli⁹ (1967) sostenevano la perfetta razionalità nell'individuazione dei capri espiatori a seguito dei disastri e l'utilità per i gruppi dirigenti nell'attribuire le colpe a singole persone: la loro incriminazione, e quindi la loro trasformazione in capri espiatori, diventa così un espediente per ritardare ed evitare mutamenti strutturali, dal momento che l'opinione pubblica viene indotta a credere che la punizione esemplare dell'individuo "colpevole" possa servire come futuro deterrente.

L'approccio accusatorio, tuttavia, comporta una serie di "effetti perversi" o effetti di composizione¹⁰. Si tratta di quegli effetti non voluti derivati da azioni intenzionali.

⁹ DRABECK T., QUARANTELLI E., *Scapegoats, Villians and Disasters*, in *Trans-action*, 1967, p. 12-17.

¹⁰ BOUDON R., *Azione*, cit.

In primo luogo, la ricerca del colpevole non cambia lo stato delle cose e non migliora l'organizzazione. In secondo luogo, un approccio che guarda al passato, crea un senso di paura per le sanzioni e le controversie legali, ostacolando il *reporting* degli errori da parte degli operatori di *front line* e inibendo l'apprendimento organizzativo. L'approccio accusatorio, perciò, non consente di eliminare le condizioni di rischio e non esclude la possibilità che uno stesso evento possa ripetersi in presenza di altri attori. Tale approccio, infine, si caratterizza per due fattori: l'*hindsight bias*¹¹ e il *fundamental attribution bias*¹². Questi fattori rendono difficile la discussione degli errori e la diffusione delle informazioni, in quanto le persone temono di essere colpevolizzate e gli errori vengono continuamente attribuiti a tratti indesiderabili della personalità, alla mancanza di competenze e alla poca intelligenza.

Merry e Smith¹³, con riferimento al sistema sanitario, affermano che lavorare sotto la minaccia di una controversia legale crea un clima di paura che non conduce al miglior uso delle persone in un sistema medico. Proprio per questi motivi, i medici tendono a nascondere gli errori e a promuovere i comportamenti di medicina difensiva (sovra-prescrizione di esami e trattamenti, elusione di procedure rischiose). Il rischio di perdere la faccia è quindi un potente incentivo all'occultamento degli errori e all'attivazione di comportamenti difensivi. Goffman¹⁴ afferma che "perdere la faccia" significa sentirsi fuori posto, provare vergogna. Tale concetto però è fortemente contestuale, dipende cioè dalle specifiche regole di un'organizzazione e soprattutto attiene alle regole deontologiche di specifiche professioni. Se l'errore, di per sé involontario, è considerato come segno di incapacità professionale e fonte di possibili conseguenze legali, aumenta la propensione a nasconderselo.

La persistenza di una cultura della colpa, rafforzata da un certo tipo di azione giudiziaria, diviene il primo ostacolo alla creazione di una cultura efficace della sicurezza del paziente. Un sistema professionale come quello medico, a rischio continuo di

¹¹ L'*hindsight bias* si caratterizza per due aspetti: 1) l'effetto del "si sapeva bene", per cui gli analisti enfatizzano ciò che gli individui avrebbero dovuto sapere e prevedere; 2) l'inconsapevolezza dell'influenza che la conoscenza dei risultati esercita sulle percezioni dei fatti accaduti. I fatti appaiono quindi più lineari ed evidenti anziché ambigui, contrastanti e con un senso non definito, come probabilmente sono apparsi prima agli attori di quegli stessi eventi. Etichettare un'azione passata come erronea è molto spesso un giudizio basato su differenti informazioni disponibili per le persone, dopo che l'evento è accaduto. Sul tema, v. FISCHOFF B., *Hindsight* foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975, no. 1(3), p. 288-299.

¹² Con *fundamental attribution bias* si intende la tendenza che porta ad attribuire la colpa per i cattivi risultati conseguiti all'incapacità e all'inadeguatezza di un attore, piuttosto che considerarli come il prodotto di una situazione specifica, o come il risultato di fattori situazionali al di fuori del controllo di tale attore. Sul punto, v. FISKE S.T., TAYLOR S.E., *Social Cognition*, New York, NY, Random House, 1984; GILBERT D.T., MALONE P.S., *The correspondence bias*, in *Psychological Bulletin*, 1995, no. 117, p. 21-38.

¹³ MERRY A., SMITH A.M.C., *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, trad. it. *L'errore, la medicina e la legge*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹⁴ GOFFMAN E., *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*, Simon & Schuster, Inc., 1963.

indagine penale, non è, quindi, un sistema più attento e diligente, ma è un sistema che riduce i rischi di chi agisce cercando maggiori tutele formali, anche a scapito dell'utenza. Da qui l'origine della medicina difensiva.

2.3. La medicina difensiva

«La medicina difensiva si verifica quando il medico ordina esami, procedure o visite, o evita pazienti a rischio, o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la propria esposizione al contenzioso legale. Quando i medici effettuano esami o procedure in eccesso, praticano la c.d. *medicina difensiva positiva*. Quando evitano alcuni pazienti o procedure, praticano la c.d. *medicina difensiva negativa*»¹⁵. Esistono, perciò, due tipi di comportamento difensivo: l'uno orientato ad effettuare azioni e procedure in eccesso; l'altro indirizzato ad eludere alcuni trattamenti che possono essere considerati a rischio.

Il fenomeno della c.d. medicina difensiva è sempre più frequente, con implicazioni potenzialmente gravi per il costo, l'accessibilità e la qualità tecnica ed interpersonale dell'assistenza sanitaria.

Lo affermano numerosi studi¹⁶, in cui viene costantemente osservato che medici operanti nelle specialità ad alto rischio (in particolare: ostetricia e ginecologia, chirurgia, anestesia e rianimazione) ritengono che l'aumento del contenzioso costituisca la principale causa della nascita di atteggiamenti difensivi. Secondo queste indagini, sono sempre in maggior numero gli operatori che modificano i loro modi di agire in risposta alla preoccupazione di essere denunciati dai pazienti. Una ricerca condotta dal *Department of Health Policy and Management* della *Harvard Medical School* ha dimostrato che la maggioranza degli specialisti di diverse aree terapeutiche adotta questa strategia professionale¹⁷. I ricercatori americani hanno analizzato un gruppo di specialisti operanti nelle aree terapeutiche con maggiore incidenza di cause giudiziarie (medicina d'emergenza, chirurgia generale, chirurgia ortopedica, neurochirurgia, ostetricia e ginecologia, radiologia). Prendendo in esame un totale di 824 medici operanti in 6 strutture sanitarie della Pennsylvania, si osserva che il 93% dichiara di praticare medicina difensiva. Nello specifico, il 92% afferma di pre-

¹⁵ US Congress, Office of Technology Assessment, *Defensive medicine and medical malpractice*, OTA - H - 602, Washington DC, US Government Printing Office, 1994.

¹⁶ PASSMORE K., LEUNG W.C., *Defensive practice among psychiatrists: a questionnaire survey*, in *Postgrad. Med. J.*, 2002, no. 78, p. 671-673; STUDDERT D. M., MELLO M. M., SAGE W. M., DESROCHES C. M., PEUGH J., ZAPERT K., BRENNAN T. A., *Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment*, in *JAMA*, 2005, no. 293, p. 2609-2617; HIYAMA T., YOSHIHARA M., TANAKA S., URABE Y., IKGAMI Y., FUKUHARA T., CHAYAMA K., *Defensive medicine practices among gastroenterologists in Japan*, in *World J Gastroenterol.*, 2006, no. 21, 12(47), p. 7671-7675.

¹⁷ STUDDERT D. M., MELLO M. M., SAGE W. M., DESROCHES C. M., PEUGH J., ZAPERT K., BRENNAN T. A., *Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment*, cit.

scrivere con facilità test e procedure diagnostiche e chiedere consulti, mentre il 43% riferisce di prescrivere procedure diagnostiche clinicamente non necessarie. Evitare procedure e pazienti che vengono percepiti come “pericolosi” dal punto di vista giudiziario è un altro comportamento assai diffuso: il 42% degli interpellati ammette di aver volutamente ristretto il proprio campo d’azione professionale per evitare complicazioni¹⁸.

Risultati simili sono stati ottenuti da una ricerca condotta in Giappone nel 2006 su un gruppo di 131 gastroenterologi, dove il 98% degli intervistati riporta di aver praticato medicina difensiva ed è stato rilevato che ciò è legato all’incremento della *litigation*. Secondo i ricercatori, la tendenza dei medici di effettuare esami in eccesso e di evitare procedure rischiose è connessa altresì alla presenza di un’ansia collettiva, generata dalla sovraesposizione mediatica del problema della *malpractice* e dal conseguente atteggiamento circospetto del paziente¹⁹.

Le precedenti esperienze di contenzioso, a proprio carico e a carico dei colleghi, influenzano in maniera evidente il comportamento degli operatori sanitari. In un’indagine realizzata in Regno Unito nel 2002, ad esempio, è stato osservato che il 56% degli operatori sanitari ha ricevuto una denuncia da parte dei pazienti e che tali accuse paiono avere un importante effetto sul medico a livello emozionale e relazionale: spesso ad un aumento del contenzioso corrisponde un aumento della comparsa di atteggiamenti difensivi²⁰.

In altri casi, è stato indagato che l’aumento dell’incertezza diagnostica rappresenta un fattore di significativa importanza nell’influencare i comportamenti di medicina difensiva. La tecnologia, di conseguenza, ricopre un ruolo decisivo in quanto gli specialisti ammettono di utilizzarla per tranquillizzare i pazienti e se stessi. L’uso difensivo della tecnologia, però, ha un effetto-valanga: più gli specialisti prescrivono procedure diagnostiche inutili o trattamenti aggressivi per condizioni a basso rischio, più questo tipo di approccio tende a diventare lo standard legale per la pratica clinica²¹.

È evidente come tutto questo abbia un impatto devastante sui costi sanitari a carico del Servizio Sanitario Nazionale e della collettività.

La medicina difensiva può contribuire ad una riduzione della qualità dell’assistenza sanitaria: procedure diagnostiche invasive (ad esempio biopsie) non necessarie

¹⁸ STUDDERT D. M., MELLO M. M., SAGE W. M., DESROCHES C. M., PEUGH J., ZAPERT K., BRENNAN T. A., *Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment*, cit.

¹⁹ HIYAMA T., YOSHIHARA M., TANAKA S., URABE Y., IKEGAMI Y., FUKUHARA T., CHAYAMA K., *Defensive medicine practices among gastroenterologists in Japan*, cit.

²⁰ PASSMORE K., LEUNG W.C., *Defensive practice among psychiatrists: a questionnaire survey*, in *Postgrad. Med. J.*, cit.

²¹ STUDDERT D. M., MELLO M. M., SAGE W. M., DESROCHES C. M., PEUGH J., ZAPERT K., BRENNAN T. A., *Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment*, cit.

rappresentano inutili rischi per i pazienti; risultati ambigui o falso-positivi producono inoltre stress emotivi e la necessità di ulteriori accertamenti diagnostici, innescando un'escalation scarsamente controllabile.

Anche se le pratiche difensive sono state molto studiate negli Stati Uniti²², poche analisi sono state promosse nei Paesi europei e, in particolare, in Italia. Solo di recente (settembre 2008) è stata pubblicata un'indagine promossa dall'Ordine dei medici della Provincia di Roma e condotta su 800 medici intervistati mediante un questionario strutturato. Il focus della ricerca si concentra sul tasso di diffusione della medicina difensiva e sui motivi che inducono i medici ad attivare questo tipo di comportamento. Da questi primi dati si osserva che l'87,6% dei "camici bianchi" ritiene che il rischio di ricevere un esposto o una denuncia da parte dei pazienti sia oggi più elevato. Le paure di vedersi citare in tribunale, inoltre, sono tali che l'89,8% dei medici ritiene molto rischioso affidarsi alla sola analisi clinica e non anche a quella tecnologica per la formulazione di una diagnosi.

In effetti, l'80% dei chirurghi riceve almeno una richiesta di risarcimento danni e i denunciati trascorrono 1/3 della loro carriera sotto processo²³. Dall'indagine, inoltre, emerge che i medici più preoccupati di essere citati in giudizio sono gli anestesisti (96,8%), i chirurghi (98,9%) e il totale di ortopedici e ginecologi. I timori maggiori, rivela lo studio, toccano i giovani medici fino ai 34 anni e quelli di sesso maschile. Da qui il proliferare di prestazioni mediche e ricoveri, oltre che di ricette di farmaci, con l'obiettivo di non assumersi troppe responsabilità.

La situazione italiana, pertanto, sembra essere molto simile a quella vista negli altri Paesi.

3. L'indagine quali-quantitativa. Metodologia e risultati

3.1. Aspetti metodologici

Il focus dell'indagine è orientato a comprendere i fattori che spingono i medici a modificare in senso difensivo il proprio comportamento professionale.

Rifacendoci agli studi condotti a livello internazionale da Paesi come gli Stati Uniti, il Canada, il Giappone e il Regno Unito²⁴, ci si è soffermati sull'individuazione dei

²² SUMMERTON N., *Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners*, in *BMJ*, 1995, no. 310(6988), p. 1200.

²³ Fonte: www.amami.it (Associazione per i medici accusati di *malpractice* ingiustamente).

²⁴ PASSMORE K., LEUNG W.C., *Defensive practice among psychiatrists: a questionnaire survey*, in *Postgrad. Med. J.*, cit.; STUDDERT D. M., MELLO M. M., SAGE W. M., DESROCHES C. M., PEUGH J., ZAPERT K., BRENNAN T. A., *Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment*, cit.; HIYAMA T., YOSHIHARA M., TANAKA S., URABE Y., IKEGAMI Y., FUKUHARA T., CHAYAMA K., *Defensive medicine practices among gastroenterologists in Japan*, in *World J Gastroenterol.*, cit.

comportamenti di medicina difensiva più diffusi e sulle motivazioni che inducono i medici ad agire in tal modo.

In particolare, quanto ai comportamenti c.d. difensivi, sono stati selezionati gli atteggiamenti più frequentemente citati dalla letteratura, facendo attenzione a distinguere quelli caratterizzanti una *medicina difensiva positiva* da quelli tipici di una *medicina difensiva negativa*.

Quanto alle motivazioni che possono indurre l'operatore sanitario ad agire in senso difensivo, si è focalizzata l'attenzione principalmente sulle preoccupazioni della classe medica di incorrere in un contenzioso medico-legale o di subire una richiesta di risarcimento²⁵, nonché di compromettere la propria carriera, piuttosto che la propria immagine.

Sempre dalla letteratura e dagli studi internazionali emergono le seguenti problematiche: l'impatto della criminalizzazione mediatica, causato dalla diffusione di messaggi contrastanti offerti dai mass media, che da un lato esaltano importanti traguardi raggiunti dalla medicina, ma che, allo stesso tempo, denunciano l'aumento dei casi di *malpractice* dovuti a gravi errori medici; il forte sentimento di sfiducia da parte dell'opinione pubblica che ne deriva e che favorisce l'incremento del contenzioso; i seri danni dal punto di vista morale ed economico che i medici subiscono, a seguito dei giudizi provenienti dalla stampa e dei controlli della magistratura, nonostante il numero delle assoluzioni si mantenga su tassi elevati (80% dei procedimenti giudiziari avviati)²⁶.

La ricerca da noi condotta è stata articolata in due parti: una di tipo qualitativo e l'altra di tipo quantitativo.

Nella fase "qualitativa" sono state condotte 21 interviste in profondità a medici di differenti reparti e specializzazioni: pronto soccorso, urologia, pediatria, chirurgia generale e d'urgenza, anestesia e rianimazione, endocrinologia, patologia della gravidanza, ginecologia e otorinolaringoiatria. Agli operatori intervistati sono state sottoposte nove questioni, indirizzate a cogliere l'entità del problema e le cause.

²⁵ Sotto il profilo concettuale, va chiarito che per timore di una "richiesta di risarcimento danni" si intende l'inizio di un'azione in sede civile o la richiesta dei danni in sede stragiudiziale, mentre per timore di "un contenzioso medico legale" si intende il rischio di essere sottoposti a procedimento penale, con o senza richiesta di risarcimento danni ad esso consequenziale.

²⁶ Fonte: www.amami.it.

Tab. 3 - Check-list intervista.

1. È a conoscenza del problema della medicina difensiva?
2. In base alla Sua esperienza, è una pratica diffusa tra i professionisti sanitari?
3. A Suo parere, quali sono i comportamenti di medicina difensiva maggiormente adottati?
4. Durante l'ultimo mese di lavoro, quali comportamenti di medicina difensiva Le è capitato di osservare o di esserne venuto a conoscenza?
5. Secondo Lei quali sono i motivi che possono spingere ad agire in questo modo?
6. Tra i motivi che mi ha appena indicato, secondo Lei, quale pesa in misura maggiore?
7. Personalmente, si sente minacciata/o dalla possibilità di incorrere in sanzioni disciplinari, qualora si verificasse un evento avverso?
 - 7.1. ... di essere coinvolto/a in un contenzioso di tipo medico-legale?
 - 7.2. ... di essere screditato/a professionalmente e pubblicamente (attraverso i mass media)?
8. Secondo Lei, quali azioni migliorative si possono attivare per circoscrivere il problema della medicina difensiva?
9. Dedichiamo l'ultima parte dell'intervista per osservazioni, consigli o per qualsiasi cosa Lei ritenga utile condividere in merito al tema della medicina difensiva.

Per condurre la fase “quantitativa”, invece, è stato costruito un questionario strutturato (v. *infra*, par. 5) composto da nove domande, in parte simili a quelle poste durante le interviste dirette. Gli *item* che compongono il documento sono stati suddivisi in tre sessioni, in relazione alle aree da indagare:

1. i dati socio-anagrafici degli intervistati (età, genere, professione, ruolo, reparto di appartenenza, anzianità di servizio, tipo di struttura);
2. la tipologia dei comportamenti difensivi maggiormente adottati;
3. le motivazioni che inducono i medici a ricorrere alla medicina difensiva.

L'indagine campionaria è stata effettuata tra luglio e novembre 2008 ed ha coinvolto 1.000 medici, a cui è stato inviato il questionario tramite posta elettronica. Al questionario hanno risposto 307 medici, generando un tasso di risposta pari al 30%. I principali risultati verranno presentati nel paragrafo successivo.

3.2. Caratteristiche socio-anagrafiche del campione

Con riferimento alle caratteristiche anagrafiche del campione analizzato mediante questionario, la maggioranza degli intervistati ha un'età compresa tra i 43-52 anni (29,6%) e tra i 53-62 anni (47,7%). L'anzianità di servizio è medio-alta: da 21 a 30 anni il 31,1% e più di 30 anni il 43,6%. Il 94,4% è di genere maschile; nell'87,3% dei casi lavora in un ospedale pubblico. Si tratta per lo più di medici specialisti (97,4%), dirigenti (42,7%) o direttori di presidio/dipartimento (52,6%).

Tab. 4 - Caratteristiche socio-anagrafiche del campione, presentate attraverso le variabili: genere, età, anzianità professionale, qualifica professionale, ruolo ricoperto e tipo di struttura.

CARATTERISTICHE SOCIO-ANAGRAFICHE	
Genere	% sul totale
Maschio	94,4%
Femmina	5,6%
Totale	100,0%
Età	% sul totale
32-42	8,6%
43-52	29,6%
53-62	47,7%
63-72	14,1%
Totale	100,0%
Anzianità professionale	% sul totale
Fino a 1 anno	0,7%
Da 1 a 5 anni	2,6%
Da 6 a 10 anni	4,3%
Da 11 a 20 anni	17,7%
Da 21 a 30 anni	31,1%
Più di 30 anni	43,6%
Totale	100,0%
Qualifica professionale	% sul totale
Medico strutturato	97,4%
Medico specializzando	2,6%
Totale	100,0%
Ruolo ricoperto	% sul totale
Dirigente medico	42,7%
Direttore di presidio / dipartimento / struttura complessa / struttura semplice	52,6%
Altro	4,6%
Totale	100,0%
Tipo di struttura	% sul totale
Pubblica	87,3%
Privata accreditata	12,7%
Totale	100,0%

3.3. I comportamenti di medicina difensiva

I medici intervistati²⁷ dichiarano che il problema della medicina difensiva è sempre più diffuso: frequentemente prescrivono test, trattamenti e visite, od evitano pazienti o procedure ad alto rischio, principalmente allo scopo di ridurre la propria esposizione alle accuse di *malpractice*.

Il 77,9% degli operatori intervistati mediante questionario ha adottato almeno un comportamento di medicina difensiva durante l'ultimo mese di lavoro.

Tab. 5 - Composizione percentuale della frequenza in cui si verificano comportamenti difensivi (dati aggregati).

	Frequenza di comportamenti di medicina difensiva durante l'ultimo mese di lavoro		
	Mai	Almeno una volta	Totale
Medici	22,1%	77,9%	100%

Nel dettaglio, possiamo vedere che i soggetti più propensi ad assumere comportamenti difensivi presentano un'età anagrafica e un'anzianità di servizio piuttosto basse. Ed infatti il 92,3% dei soggetti appartenenti alla classe di età "32-42 anni" dichiara di aver avuto comportamenti di medicina difensiva nell'ultimo mese di lavoro, contro il 67,4% dei soggetti appartenenti alla classe "63-72 anni".

Tab. 6 - Composizione percentuale della frequenza in cui si verificano comportamenti difensivi, disaggregata in base alle variabili "Età" e "Anzianità di servizio".

	Frequenza di comportamenti di medicina difensiva durante l'ultimo mese di lavoro		
	Mai	Almeno una volta	Totale
Età			
32-42	7,7%	92,3%	100,0%
43-52	16,7%	83,3%	100,0%
53-62	24,8%	75,2%	100,0%
63-72	32,6%	67,4%	100,0%
Anzianità profess.le			
Fino a 1 anno	0,0%	100,0%	100,0%
Da 1 a 5 anni	0,0%	100,0%	100,0%
Da 6 a 10 anni	7,7%	92,3%	100,0%
Da 11 a 20 anni	13,0%	87,0%	100,0%
Da 21 a 30 anni	21,1%	78,9%	100,0%
Più di 30 anni	30,1%	69,9%	100,0%

²⁷ Ci si riferisce a tutti i medici interpellati, sia mediante questionario, sia mediante intervista in profondità.

La variabile “*Tipo di struttura*”, invece, sembra non influire sulla possibilità di compiere azioni di questo genere, in quanto i valori dei medici che operano in strutture pubbliche sono molto simili a quelli di coloro che operano in strutture private.

Tab. 7 - Composizione percentuale della frequenza in cui si verificano comportamenti difensivi, disaggregata in base alla variabile “*Tipo di struttura*”.

	Frequenza di comportamenti di medicina difensiva durante l'ultimo mese di lavoro		
	Mai	Almeno una volta	Totale
Tipo struttura			
Pubblica	22,2%	77,8%	100%
Privata accreditata	23,7%	76,3%	100%

Se si prendono in considerazione unicamente i medici che ammettono di aver assunto una condotta di tipo difensivo (77,9%)²⁸, possiamo vedere che i comportamenti più diffusi riguardano (tabella 8):

- l’inserimento in cartella clinica di annotazioni evitabili, adottato dall’82,8% degli intervistati;
- la proposta di ricovero di un paziente in ospedale, gestibile ambulatorialmente, adottata dal 69,8%. Dato peraltro confermato dalle interviste effettuate ai 21 medici delle diverse specialità: «*Un'altra forma di medicina difensiva, attuata soprattutto dai medici di medicina generale, è quella di scaricare il paziente alle strutture ospedaliere, giustificando tutta una serie di richieste, di visite specialistiche, di ricoveri, di esami diagnostici e di accertamenti vari, con motivazioni che sono praticamente inesistenti o comunque poco plausibili, spesso etichettandole con il carattere dell'urgenza, quando invece di urgente non c'è assolutamente nulla*»;
- la prescrizione di un numero maggiore di esami diagnostici rispetto a quello necessario, adottata dal 61,3%.

Anche in questo caso i dati vengono convalidati dall’indagine qualitativa:

- a) «*In campo anestesiologicalo, la pratica di prescrivere un numero sovrabbondante di esami, rispetto a quanto sarebbe necessario, viene fatta di frequente, a scopo cautelativo, per stare tranquilli*».

E ancora:

- b) «*Porto l'esempio di un trauma cranico minore, per il quale ci sono linee guida condivise... però appena c'è qualcosa, uno dice: "Facciamo anche la Tac o la Rx in aggiunta!"*»;

²⁸ Una nota metodologica: le percentuali di risposta riguardano unicamente l’indagine quantitativa, ovvero si riferiscono ai medici intervistati mediante questionario, mentre le affermazioni riportate in corsivo sono tratte dall’analisi qualitativa, ovvero dalle interviste in profondità.

Tab. 8 - Composizione percentuale riferita alla domanda del questionario
 “Durante l’ultimo mese di lavoro, quante volte ha compiuto azioni come quelle qui sotto riportate?”
 (dati aggregati).

	Durante l’ultimo mese di lavoro, quante volte ha compiuto azioni come quelle riportate?			
	Mai	Da 1 a 6 volte	Da 7 a 10 volte e più	Totale
a. Prescritto un numero maggiore di esami diagnostici rispetto a quello necessario (es. oltre a quelli raccomandati da Linee Guida o Protocolli).	38,7%	53,0%	8,3%	100,0%
b. Richiesto procedure invasive (es. biopsia) non necessarie.	85,7%	13,8%	0,5%	100,0%
c. Prescritto trattamenti non necessari (es. oltre a quelle raccomandate da Linee Guida o Protocolli).	75,6%	22,0%	2,4%	100,0%
d. Prescritto farmaci non strettamente necessari.	48,5%	44,8%	6,7%	100,0%
e. Accettato/proposto il ricovero di un paziente in ospedale, anche se le condizioni avrebbero consentito una gestione ambulatoriale.	31,2%	63,3%	5,5%	100,0%
f. Chiesto un consulto specialistico non necessario.	41,4%	53,5%	5,1%	100,0%
g. Scritto in cartella clinica annotazioni che avrebbe evitato di riportare se non fosse stato preoccupato per possibili problemi medico-legali.	17,2%	63,1%	19,7%	100,0%
h. Evitato procedure (diagnostiche o terapeutiche) rischiose su pazienti che avrebbero potuto averne beneficio.	86,0%	14,0%	0,0%	100,0%
i. Escluso pazienti “a rischio” da alcuni trattamenti (oltre le normali regole di prudenza).	73,8%	25,4%	0,8%	100,0%

c) «A fronte di un’evidenza che alcune cose non servono a niente, vengono comunque richiesti (esami diagnostici in eccesso) per tutelarsi e così si sta tranquilli. Ad esempio: radiografia del torace per interventi chirurgici in età nella quale è noto che non servono a niente, salvo che non ci sia un’anamnesi; elettrocardiogrammi, esami della coagulazione, esami del sangue, che ormai in letteratura è assolutamente accertato che siano sufficienti, non bastano mai e bisogna sempre chiedere altri esami. E questo genera, tra l’altro, un costo spaventoso»;

- la consultazione non necessaria di altri specialisti è adottata dal 58,6% ed emerge anche in sede di interviste:
 - a) «Nella routine di tutte le unità operative, e di tutti i professionisti, è prassi effettuare qualche consulenza in più, proprio allo scopo di diluire la responsabilità della decisione finale su un maggior numero di persone. In questo senso, probabilmente, cercando sia di ridurre il rischio di una diagnosi errata, di un trattamento errato, sia di coinvolgere un maggior numero di persone nell'eventualità che un problema di responsabilità venga sollevato. Per esempio: se la paziente è in ambito ostetrico-ginecologico e riscontro un qualche problema che mi desta perplessità, chiedo al neurologo la risonanza, al cardiologo la visita, ecc.»;
 - b) «L'eccessivo coinvolgimento di altri consulenti allunga i tempi per poter pervenire ad una diagnosi e ovviamente aumenta le spese che sono correlate sia all'uso di un maggiore numero di strumenti diagnostici, quali esami, radiografie, ecografie, Tac, e via discorrendo... sia appunto all'uso di un maggior numero di consulenti, per cui sicuramente si creano dei forti disservizi»;
- ed infine la prescrizione di farmaci non necessari, adottata dal 51,5%. Dato che, anche in questo caso, trova conferma dalle parole degli intervistati: «Come pratica frequentemente abusata, direi sicuramente prescrivere farmaci non strettamente necessari. Magari prescrivere un antibiotico non necessario, per stare tranquilli».

In ogni caso, sintetizzando quanto emerso dalle interviste in profondità, osserviamo che tutti i medici ritengono che la pratica della *medicina difensiva positiva* sia una costante: l'iper-prescrizione di esami, terapie, accertamenti, consulti con altri medici oltre le normali regole di prudenza è, in altri termini, una prassi quotidiana. Ecco alcune delle affermazioni più ricorrenti: «La prescrizione di accertamenti superiori alla norma è una costante»; «È una routine di tutte le unità operative e di tutti i professionisti adottare una certa tendenza ad effettuare qualche accertamento diagnostico in più, qualche esame di laboratorio in più, qualche consulenza in più».

Pertanto, alla domanda circa l'aver osservato, nell'ultimo mese prima dell'intervista, comportamenti significativi di medicina difensiva, la risposta è stata negativa, nel senso di ritenere che la *medicina difensiva positiva* è quasi una consuetudine.

Quanto alla pratica della *medicina difensiva negativa*, ha risposto di aver escluso pazienti a rischio da alcuni trattamenti (oltre le normali regole di prudenza) il 26,2% dei 307 medici campionati. Gli intervistati che hanno dichiarato di praticare medicina difensiva negativa affermano che il problema riguarda soprattutto l'ambito chirurgico e le motivazioni addotte sono: il timore di un insuccesso e «il timore di sostenere una causa a seguito dell'insuccesso medesimo».

Da notare, inoltre, le differenze riscontrabili dalla disaggregazione dei dati in base alla variabile "Età", in quanto ancora una volta i medici più giovani dichiarano in misura maggiore di adottare comportamenti difensivi.

Afferma un intervistato, che si sofferma sul modo di intendere, oggi, la scienza

medica: «La medicina difensiva è diffusa soprattutto tra i colleghi più giovani. Perché ora i tempi sono diversi... Vent'anni fa o trent'anni fa la professione si faceva in un modo; adesso, magari, noi vecchi continuiamo a farlo un po' su quella falsa riga, ma è cambiata parecchio la situazione. Anche molto banalmente, una volta c'erano il medico, il parroco ed il farmacista, figure di riferimento ritenute autorevoli, ai quali ci si affidava. Oggi la situazione si è ribaltata: c'è gente che si è presentata dicendo: "Stia attento a quello che fa, perché io la tengo d'occhio"! Quindi si può capire che i colleghi più giovani partano già sulla difensiva».

Tale tendenza viene osservata in tutti i comportamenti di medicina difensiva più diffusi, ad eccezione dell'inserimento di note inutili nella cartella clinica, che sembra essere una pratica particolarmente frequente tra i medici più anziani.

Tab. 9 - Composizione percentuale riferita ai comportamenti di medicina difensiva più diffusi, disaggregati secondo l'età degli intervistati.

Età	Almeno una volta nell'ultimo mese di lavoro					
	Prescritto un numero maggiore di esami diagnostici rispetto a quello necessario	Prescritto farmaci non strettamente necessari	Accettato/proposto il ricovero di un paziente in ospedale, gestibile ambulatorialmente	Chiesto un consulto specialistico non necessario	Scritto in cartella clinica annotazioni evitabili	Escluso pazienti a rischio
32-42	75,0%	66,7%	75,0%	79,2%	75,0%	33,3%
43-52	60,8%	54,1%	70,3%	54,8%	85,3%	31,1%
53-62	60,6%	50,9%	69,4%	60,6%	80,7%	21,3%
63-72	55,2%	37,9%	58,6%	44,8%	89,7%	24,1%

Come possiamo vedere dalla tabella 9, in quasi tutti i casi, i soggetti che dichiarano di avere tra i 32 e i 42 anni manifestano un'inclinazione più evidente a prescrivere un numero maggiore di esami diagnostici e di farmaci non necessari (75%); ad accettare il ricovero di pazienti gestibili ambulatorialmente (75%); a chiedere consulti specialistici non necessari (79,2%) e ad escludere pazienti "a rischio" da particolari trattamenti (33,3%). Le medesime considerazioni valgono per la variabile "Anzianità professionale", dove i soggetti operativi da un numero di anni inferiore a 10 manifestano più frequentemente comportamenti di medicina difensiva. I dati sono conformi a quanto visto finora, poiché si presuppone che i medici che lavorano da meno di 10 anni siano gli stessi che presentano un'età anagrafica piuttosto bassa.

3.4. Le motivazioni dei comportamenti difensivi

Come abbiamo già potuto osservare in precedenza, il fenomeno della medicina difensiva ha principalmente origine dal crescente aumento di cause legali intentate dai pazienti contro i medici.

A giudizio di molti intervistati, inoltre, la situazione si è aggravata anche in seguito all'introduzione del "Patto Quota-Lite" nel rapporto tra cliente e avvocato, ovvero di un accordo tra le parti che prevede che il paziente danneggiato possa pattuire con il professionista incaricato un compenso in misura percentuale sul risultato ottenuto. Si ritiene che tale meccanismo possa indurre molti, che si ritengono danneggiati, ad intentare comunque una causa, in quanto, in caso di esito negativo del processo, rimarranno a carico del cliente soltanto le spese di giustizia anticipate per istruire la pratica²⁹. Ne deriva una significativa riduzione di costi che incentiverebbe ulteriormente il meccanismo del contenzioso. Determinante sembra essere anche la proliferazione di associazioni che ritengono di tutelare il paziente attraverso la concessione di consulenze gratuite, stimolando la presentazione delle denunce.

Tutto ciò produce serie conseguenze non solo sulla salute stessa dei cittadini, ma anche sull'identità, sul ruolo e sull'immagine della professione medica. L'essere chiamati in tribunale a seguito di una *malpractice litigation*, infatti, per il medico ha gravi ripercussioni sotto il profilo professionale, morale e psicologico, contribuendo a rafforzare la propensione a rifugiarsi nella medicina difensiva.

Dai dati analizzati possiamo osservare, dunque, che le motivazioni che spingono i medici a modificare i loro comportamenti durante l'esercizio della pratica medica, riguardano principalmente la preoccupazione di essere denunciati legalmente³⁰ per *malpractice*.

Nello specifico si rileva che (vedi tabella 10):

- l'80,4% dei medici dichiara di avere timore di un contenzioso medico-legale. Dato supportato dalle dichiarazioni di alcuni degli operatori intervistati:
 - a) «Direi che il problema grosso è sempre: "Ma se questo mi denuncia? Ma se io non faccio questo, e non va bene, allora mi denunciano"»;
 - b) «La paura è sempre quella di essere denunciato. Di far qualcosa per cui ad un certo punto qualcuno salti fuori a dire: "Ah ma guarda che lì c'erano gli estremi per agire", e allora parte il contenzioso»;

²⁹ Vale chiarire che esiste, sul punto, una certa confusione, ingenerata anche dai mass media. Le spese di giustizia per istruire il processo (ai sensi del d.P.R. n.115/2002) e le spese per i consulenti, quali, ad esempio, i medici legali, in genere sono anticipate dal cliente; così come, nel caso di soccombenza, le spese del processo e le spese legali di controparte saranno a carico del cliente.

³⁰ Si ricorda, a titolo di chiarezza, che per "richiesta di risarcimento danni" si intende l'inizio di un'azione in sede civile o la richiesta dei danni in sede stragiudiziale, mentre per "contenzioso medico legale" si intende il rischio di essere sottoposti a procedimento penale, con o senza richiesta di risarcimento danni ad esso conseguenziale.

Tab. 10 - Composizione percentuale riferita alla domanda del questionario
 “Quali fattori hanno influito sui comportamenti sopra indicati?” (dati aggregati).

Quali fattori hanno influito sui comportamenti sopra indicati? (Risponda con una crocetta esprimendo il suo grado di accordo/disaccordo con le seguenti affermazioni)	Accordo	Disaccordo	Totale
Timore di una richiesta di risarcimento danni, in caso di complicanze/eventi avversi.	59,8%	40,2%	100,0%
Timore di un contenzioso medico-legale, in caso di complicanze/eventi avversi.	80,4%	19,6%	100,0%
Timore di sanzioni disciplinari, in caso di complicanze/eventi avversi.	15,0%	85,0%	100,0%
Timore di pubblicità negativa, perdita di immagine, in caso di complicanze/eventi avversi.	43,5%	56,5%	100,0%
Precedenti esperienze personali di contenziosi medico-legali.	51,8%	48,2%	100,0%
Precedenti esperienze di contenziosi medico-legali a carico di un Suo collega.	65,7%	34,3%	100,0%

- il 65,7% risente l’influenza di precedenti esperienze di contenziosi a carico dei propri colleghi: *«So di alcuni colleghi a cui è capitato: è un’esperienza che ti segna»;*
- il 59,8% afferma di avere timore di ricevere una richiesta di risarcimento. Gli stessi intervistati ribadiscono questo aspetto: *«C’è questa tradizione americana, che ormai è diventata nostra, secondo cui se qualcosa va storto conviene chiedere il risarcimento perché si ottengono spesso dei soldi ed è conveniente»;*
- il 51,8% dichiara di essere influenzato da precedenti esperienze personali di contenzioso. Anche in questo caso, a titolo di esempio, si riportano le parole di un medico intervistato: *«A me è capitato di avere pazienti che hanno avuto sfortuna durante accertamenti. Mi ricordo il caso di una paziente che durante un esame diagnostico, dopo aver subito un grosso intervento, ha avuto una lesione iatrogena: le si è bucato l’intestino e hanno dovuto rioperarla. Dopodiché è stata bene ed uscita dall’ospedale desiderava solo dimenticare l’accaduto. Ma ha trovato il medico curante, l’avvocato che hanno insistito dicendo: “Ma cosa fai?! Devi denunciarli! Guarda che hai ragione. Da questa storia puoi ricavare un sacco di soldi”. Questo è un esempio pratico. Lo stesso medico curante ha insistito perché lei ci denunciasse!»;*
- il 43,5% degli intervistati esprime il timore di ricevere una pubblicità negativa da parte dei mass media. Anche dalle interviste numerosi sono i medici che pongono all’attenzione questo problema: *«Sì, la perdita di immagine e la pubblicità negativa... esatto... sono tutti riflessi delle denunce. Se uno mi denuncia perché dice che sono una bestia perché ho richiesto questa cosa... effettivamente io perdo l’immagine».*

I 21 medici intervistati indicano come nociva per tutta la categoria la modalità di informazione che i mezzi di comunicazione attuano verso la sanità in genere, in quanto veicolata dai mass media come amplificazione/generalizzazione di casi che, in realtà, sarebbero isolati. Con le parole di un intervistato: «*C'è una grande pubblicità negativa a livello dei mass media, di pubblicità*».

Emerge in particolare il fatto che i mass media riportino “in prima pagina” un evento avverso verificatosi, per ipotesi, in un ospedale (i casi cui si fa riferimento sono di supposta sussistenza di responsabilità penale), ma poi, con il passare del tempo, non seguono la notizia, né il corso degli eventi e non riportano l'esito dei fatti, che si concludono, nella maggior parte dei casi con l'assoluzione dei medici inizialmente coinvolti. Si stima che l'80% delle controversie legali si risolve a vantaggio del medico denunciato³¹.

Quanto all'impatto reputazionale³² negativo che un errore – e l'eventuale denuncia in sede penale – ha per il medico presso gli altri colleghi e presso la collettività, gli intervistati dichiarano di riportare gravi conseguenze psicologiche, nonché di subire l'isolamento dei colleghi con i quali sta venendo meno, al pari che con i pazienti, il rapporto fiduciario: «*Poi ci vorrebbe una coesione di reparto tra colleghi. Se uno ha la percezione che quello che sta facendo per il paziente non sia la cosa migliore e quindi è stato fatto un errore, è importante non farselo scappare davanti ai parenti, soprattutto se non se ne ha la certezza. Spesso le cose più gravi che sono successe, le denunce nei confronti di altri professionisti, sono generate dall'invidia. Medici che fanno delazione con i parenti... questo succede molto. Di questo, ho presente dei casi ben precisi. Anche i casi in cui ad un medico scappa un giudizio negativo su un collega davanti al paziente o ai parenti*»;

– infine, dalla tabella 10, si osserva che solo il 15% dei medici manifesta la preoccupazione di incorrere in sanzioni disciplinari (da parte dell'organizzazione). Dato confermato anche dalle interviste, ove tutti i medici dichiarano che le aziende ospedaliere tendono a non applicarle: «*Sanzioni disciplinari, francamente non ne vedo*».

Invece, la preoccupazione di mettere a repentaglio la propria carriera ed il timore di incorrere in provvedimenti di tipo legale colpiscono in maniera generalizzata i soggetti che manifestano comportamenti difensivi.

Disaggregando i dati in base alla variabile “Età” si possono però individuare particolari differenze (tabella 11).

In primo luogo vediamo che il timore di essere coinvolti in un contenzioso legale, piuttosto che di una richiesta di risarcimento danni, è maggiormente diffuso tra le fasce più giovani (32-42 anni) e tra le fasce più anziane (63-72 anni).

³¹ Fonte: www.amami.it.

³² Sull'effetto reputazionale delle sanzioni penali, e sulla loro connessione con le sanzioni sociali, cfr. FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Cortina, 2000, p. 345, 354, 539.

Tab. 11 - Composizione percentuale riferita alla domanda del questionario "Quali fattori hanno influito sui comportamenti sopra indicati?" (dati disaggregati per "Età").

Età	Solo "Accordo"				
	Timore di una richiesta di risarcimento danni	Timore di un contenzioso medico-legale	Timore di pubblicità negativa, perdita di immagine	Precedenti esperienze personali di contenziosi medico-legali	Precedenti esperienze di contenziosi medico-legali a carico di un Suo collega
32-42	75,0%	79,1%	41,7%	45,8%	75,0%
43-52	60,0%	84,7%	27,1%	47,1%	63,4%
53-62	51,9%	74,3%	46,8%	51,0%	61,0%
63-72	74,0%	92,6%	70,4%	67,9%	78,6%

In secondo luogo, significative sono le distinzioni legate agli item "*Timore di pubblicità negativa, perdita di immagine*" e "*Precedenti esperienze personali di contenziosi medico-legali*", dove il livello di accordo espresso dai medici più anziani si attesta su livelli molto elevati, dimostrando un attaccamento alla propria reputazione professionale di gran lunga maggiore rispetto agli operatori più giovani.

* * *

I risultati dell'indagine confermano quanto già riscontrato da altre ricerche in America ed in Europa. I comportamenti di medicina difensiva sembrano essere principalmente originati dal timore di essere coinvolti in contenziosi legali. Sarebbe da indagare ulteriormente il possibile ruolo svolto dalla perdita di fiducia nei "sistemi esperti"³³, come quello medico ad esempio, della possibile minore fiducia³⁴ nelle capacità e nell'affidabilità della classe medica, che mette in moto il circuito giudiziario.

Afferma un intervistato: «*Quando operiamo degli avvocati siamo già sulla difensiva. Una volta è arrivato un paziente che mi ha subito detto di essere un pubblico ministero. Mi sono sentito a disagio, quasi mi avesse avvertito. A volte capita anche con carabinieri e poliziotti. Oramai manca il rapporto fiduciario.*».

³³ GIDDENS A., *The Consequences of Modernity*, 1990, Cambridge, Polity Press.

³⁴ Sull'importanza della fiducia, quale inestimabile "bene immateriale", su cui si fonda la stessa sovranità di ogni entità statale, cfr. FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, cit., p. 411 ss.

Si rileva talvolta un problema legato alla comunicazione tra medico e paziente. È stato notato, infatti, che in alcuni casi le denunce da parte dei pazienti traggono origine da situazioni nelle quali il medico non ha fornito né al paziente, né ai familiari adeguate informazioni e/o rassicurazioni sullo stato di salute del paziente medesimo. In sostanza colui che si ritiene danneggiato si rivolge ad un legale più per avere chiarimenti sul proprio caso che per animo di rivalsa. Dichiarano gli intervistati:

- a) *«Tutto è nel rapporto medico-paziente, con i parenti, identificando bene quali sono i parenti con cui parlare, di cui il paziente si fida maggiormente. Il rischio è che ne spuntino altri, cattivi consiglieri».*
- b) *«La ferita è guarita, abimè, con una cicatrice più brutta, e i parenti del paziente che litigavano quotidianamente con gli infermieri perché avevano un atteggiamento ostile nei confronti delle persone, perché il fidanzato della ragazza non poteva sedersi sul letto...».*
- c) *«Una comunicazione corretta, e l'istituzione di un rapporto di cooperazione con il paziente e la famiglia di questi, eviterebbe l'insorgere di tali problemi».*

4. Considerazioni conclusive

Questa ricerca ha evidenziato la diffusione di un atteggiamento difensivo da parte dei medici, orientato a ridurre il rischio di controversie legali. I risultati dell'indagine, pertanto, confermano quanto già rilevato in altri contesti internazionali come gli Stati Uniti, il Giappone e la Gran Bretagna, dove la maggior parte dei sanitari afferma di modificare il proprio comportamento lavorativo per tutelare la propria carriera.

L'incremento esponenziale delle richieste di risarcimento dei pazienti (Ania, 2007), aumenta i costi per la Sanità pubblica e privata, senza che a ciò corrisponda un aumento di qualità e di sicurezza del Servizio Sanitario Nazionale.

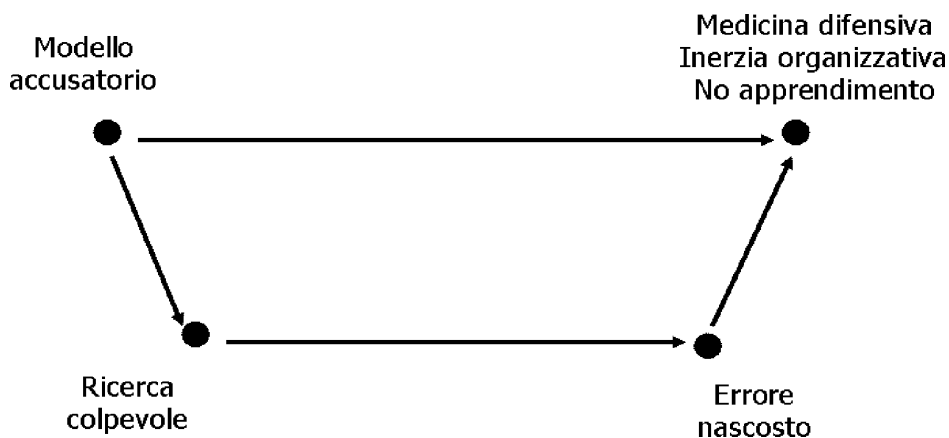
Riassumendo, le principali conclusioni che si possono trarre dalla ricerca:

1. *Elevata incidenza della medicina difensiva.* Il 77,9% dei medici afferma di aver assunto una condotta difensiva durante l'ultimo mese di lavoro. Tra questi, l'82,8% ha inserito in cartella clinica annotazioni evitabili; il 69,8% ha proposto il ricovero di un paziente gestibile ambulatorialmente; il 61,3% ha prescritto un numero maggiore di esami diagnostici rispetto a quello necessario; il 58,6% ha richiesto un consulto non necessario di altri specialisti; ed infine il 26,2% ha escluso pazienti "a rischio" da alcuni trattamenti.
2. *Maggiore diffusione di medicina difensiva tra i giovani medici.* Conformemente a quanto visto in altre ricerche, emerge che i medici più giovani dichiarano in misura maggiore di praticare la medicina difensiva, rispetto ai più anziani. Difatti, la percentuale di coloro che ammette di ricorrere ad atteggiamenti difensivi raggiunge il 92,3% all'interno della classe di soggetti che hanno tra i 32 e i 42 anni di età, contro il 67,4% dei soggetti aventi tra i 63 e i 72 anni.

3. *Timore diffuso di ripercussioni legali.* L'80% dei medici che adottano atteggiamenti difensivi manifesta il timore di subire un contenzioso legale, mentre il 60% dichiara di avere paura di ricevere una richiesta di risarcimento danni.
4. *Timore di pubblicità negativa.* Una parte cospicua dei medici intervistati (43,5%) denuncia l'atteggiamento accusatorio adottato dai mass media, i quali sono sempre più orientati a diffondere slogan allarmistici che mettono in cattiva luce l'operato e la professione della classe medica.

L'aumento delle controversie legali medico-paziente e dei costi assicurativi si inserisce in un quadro di tendenza più ampio, comune anche ad altre professioni ad alto rischio (controllori del traffico aereo, piloti, ecc.). Emerge una "coscienza del rischio" che porta la società a pretendere sempre maggiori livelli di sicurezza per un numero sempre maggiore di fonti e di tipi di rischio.

L'approccio "accusatorio", orientato alla ricerca del colpevole più che delle criticità che hanno favorito l'errore, è da ritenersi tra i principali responsabili della diffusione degli atteggiamenti difensivi nei medici.



La ricerca del colpevole non favorisce il *reporting* degli errori, impedendo la possibilità di apprendere dai fallimenti e favorendo la diffusione di comportamenti difensivi. Per favorire la visibilità degli eventi anomali e dei *near misses* (mancati incidenti) è necessario, da un lato, avere maggiori e realistiche informazioni sugli incidenti, dall'altro, creare degli "spazi di non punibilità" all'interno dei quali le persone si sentano libere di poter discutere dei fallimenti per poter apprendere da questi. Va però chiarito che un'organizzazione totalmente *no blame* rischia di comportare, di fatto, un'approvazione di tutti gli atti insicuri. Una cultura organizzativa nella quale tutte le azioni sono possibili secondo la discrezionalità delle persone è una cultura che perde

credibilità agli occhi delle persone stesse. Come sostiene Reason³⁵, un prerequisito per un'equa e giusta cultura della sicurezza è che tutti i membri di un'organizzazione comprendano dove sia tracciata la linea tra i comportamenti inaccettabili che meritano sanzioni ed il resto dei comportamenti, per i quali una punizione non appropriata non aiuta a promuovere la sicurezza.

In conclusione, emerge l'esigenza di ripensare l'utilizzo del diritto penale, promuovendo una diversa *civic epistemology*³⁶ in caso di incidenti causati da errori non intenzionali. La sanzione penale è considerata un'importante strumento per il controllo sociale delle organizzazioni, ma ci sono forti dubbi, ed una scarsa evidenza empirica, sul suo potere deterrente in caso di incidenti³⁷ e sul ricorso al diritto penale come strumento privilegiato per impedire futuri incidenti tecnologici³⁸ così come gli errori in medicina. Come abbiamo affermato, *un sistema professionale come quello medico, a rischio continuo di indagine penale, non è un sistema più attento e diligente, ma è un sistema che riduce i rischi di chi agisce cercando maggiori tutele formali, anche a scapito dell'utenza. Da qui l'origine della medicina difensiva.*

La percezione di una prassi giurisprudenziale particolarmente rigorosa, sul terreno della responsabilità penale e civile, induce spesso i medici a modificare le proprie condotte professionali: la *tutela della salute del paziente* può, così, diventare, per il sanitario, un obiettivo subordinato alla *minimizzazione del rischio legale*. Si segnala dunque come necessario, oltre che opportuno, un intervento di riforma legislativa, che punti a scongiurare i comportamenti di medicina difensiva, nella ricerca di un equo bilanciamento tra l'esigenza di salvaguardare gli operatori sanitari da iniziative giudiziarie che spesso vengono avvertite come arbitrarie e ingiuste e la necessità di tutelare i diritti dei pazienti che si ritengono danneggiati da episodi di *medical malpractice*.

Nel campo sanitario, così come in altri settori caratterizzati da attività ad elevato contenuto rischioso (controllo del traffico aereo, aeronautica militare e civile, ecc.), occorre privilegiare le esigenze della prevenzione rispetto alla ricerca del colpevole, fermo restando il soddisfacimento del diritto dei danneggiati al risarcimento dei danni.

È auspicabile la promozione di una *Just Culture*, così come è stata definita dall'ICAO (International Civil Aviation Organisation), ovvero una cultura in cui gli

³⁵ REASON J., *Achieving a safe culture: theory and practice*, in *Work & Stress*, 1998, vol. 12, no. 3, p. 293-306.

³⁶ JASANOFF S., *Restoring Reason: Causal Narratives and Political Culture*, in Hutter, B. and Power, M. (a cura di), *Organizational Encounters with Risks*, Cambridge, UK, Cambridge University Press., 2005.

³⁷ VAUGHAN D., *Rational Choice, Situate Action, and the Social Control of Organizations*, in *Law and Society Review*, 1998, no. 32, pp. 23-61.

³⁸ STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, Giuffrè, 2003; CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004.

operatori di *front-line* non vengano puniti per le azioni, le omissioni o per le decisioni commisurate alla loro esperienza, ma esclusivamente per gli atti di negligenza, le violazioni e le azioni distruttive considerate non tollerabili.

5. Allegati: il questionario e la check list per le interviste

IL QUESTIONARIO

SESSIONE 1: DATI SOCIO-ANAGRAFICI

d.1 – Et :

d.2 – Genere:

¹ Maschio ² Femmina

d.3 – Professione:

¹ Medico ² Medico Specializzando

d.4 – Nello spazio sottostante indichi il tipo di reparto in cui lavora (es. medicina generale, pronto soccorso, ecc.):

d.5 – Specifichi, inoltre se appartiene ad una delle seguenti categorie:

- ¹ Dirigente medico
² Direttore di presidio / dipartimento / struttura complessa / struttura semplice
³ Altro (specificare) _____

d.6 – Anzianit  professionale:

- ¹ Fino a 1 anno ² da 1 a 5 anni ³ da 6 a 10 anni
⁴ da 11 a 20 anni ⁵ da 21 a 30 anni ⁶ pi  di 30 anni

d.7 – Specifichi, inoltre, se lavora in:

- ¹ Ospedale pubblico ² Ospedale privato accreditato

☐ SESSIONE 2: MEDICINA DIFENSIVA

d.8 – Durante l’ultimo mese di lavoro, quante volte ha compiuto azioni come quelle qui sotto riportate? (Per ognuno degli “items” presentati, risponda inserendo una crocetta all’interno della casella che ritiene più appropriata)

	Mai ¹	1-3 v. ²	4-6 v. ³	7-9 v. ⁴	10 v. e più ⁵
a. Prescritto un numero maggiore di esami diagnostici rispetto a quello necessario (es. oltre a quelli raccomandati da Linee Guida o Protocolli).					
b. Richiesto procedure invasive (es. biopsia) non necessarie.					
c. Prescritto trattamenti non necessari (es. oltre a quelle raccomandate da Linee Guida o Protocolli).					
d. Prescritto farmaci non strettamente necessari.					
e. Accettato/proposto il ricovero di un paziente in ospedale, anche se le condizioni avrebbero consentito una gestione ambulatoriale.					
f. Chiesto un consulto specialistico non necessario.					
g. Scritto in cartella clinica annotazioni che avrebbe evitato di riportare se non fosse stato preoccupato per possibili problemi medico-legali.					
h. Evitato procedure (diagnostiche o terapeutiche) rischiose su pazienti che avrebbero potuto averne beneficio.					
i. Escluso pazienti “a rischio” da alcuni trattamenti (oltre le normali regole di prudenza).					

Se ha risposto “Mai” in tutti gli items presentati, da (a) a (i), per Lei il questionario termina qui, altrimenti vada alla domanda d.9

d.9 – Quali fattori hanno influito sui comportamenti sopra indicati? (Risponda con una crocetta esprimendo il suo grado di accordo/disaccordo con le seguenti affermazioni).

	Molto d'accordo ⁴	Abbastanza d'accordo ³	Poco d'accordo ²	Per nulla d'accordo ¹
Timore di una richiesta di risarcimento danni, in caso di complicanze/eventi avversi.				
Timore di un contenzioso medico-legale, in caso di complicanze/eventi avversi.				
Timore di sanzioni disciplinari, in caso di complicanze/eventi avversi.				
Timore di pubblicità negativa, perdita di immagine, in caso di complicanze/eventi avversi.				
Precedenti esperienze personali di contenziosi medico-legali.				
Precedenti esperienze di contenziosi medico-legali a carico di un Suo collega.				

CHECK LIST PER LE INTERVISTE

1. È a conoscenza del problema della medicina difensiva?
2. In base alla Sua esperienza, è una pratica diffusa tra i professionisti sanitari?
3. A Suo parere, quali sono i comportamenti di medicina difensiva maggiormente adottati?
(Riportare alcuni esempi: - Prescritto un numero maggiore di esami diagnostici rispetto a quello necessario; - Richiesto procedure invasive non necessarie; - Prescritto farmaci non necessari; - Prescritto trattamenti non necessari; - Evitato procedure rischiose su pazienti che avrebbero potuto averne beneficio; - Escluso pazienti “a rischio” da alcuni trattamenti, oltre le normali regole di prudenza)
4. Durante l’ultimo mese di lavoro, quali comportamenti di medicina difensiva Le è capitato di osservare o di esserne venuto a conoscenza?
(Riportare alcuni esempi: - Prescritto un numero maggiore di esami diagnostici rispetto a quello necessario; - Richiesto procedure invasive non necessarie; - Prescritto farmaci non necessari; - Prescritto trattamenti non necessari; - Evitato procedure rischiose su pazienti che avrebbero potuto averne beneficio; - Escluso pazienti “a rischio” da alcuni trattamenti, oltre le normali regole di prudenza)
5. Secondo lei quali sono i motivi che possono spingere ad agire in questo modo?
(Riportare qualche esempio: - Timore di una richiesta di risarcimento danni, in caso di complicanze/eventi avversi; - Timore di un contenzioso medico-legale; - Timore di sanzioni disciplinari; - Timore di pubblicità negativa, perdita di immagine; - Precedenti esperienze personali di contenziosi medico-legali; - Precedenti esperienze di contenziosi medico-legali a carico di un Suo collega)
6. Tra i motivi che mi ha appena indicato, secondo Lei, quale pesa in misura maggiore?
7. Personalmente, si sente minacciato/a dalla possibilità di incorrere in sanzioni disciplinari, qualora si verificasse un evento avverso?
 - 7.1.... di essere coinvolto/a in un contenzioso di tipo medico-legale?
 - 7.2.... di essere screditato/a professionalmente e pubblicamente (attraverso i mass media)?
8. Secondo Lei, quali azioni migliorative si possono attivare per circoscrivere il problema della medicina difensiva?
9. Dedichiamo l’ultima parte dell’intervista per osservazioni, consigli o per qualsiasi cosa Lei ritenga utile condividere in merito al tema della medicina difensiva.

II

PROGETTO DI RIFORMA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ PENALE NELL'AMBITO DELL'ATTIVITÀ SANITARIA E GESTIONE DEL CONTENZIOSO LEGATO AL RISCHIO CLINICO

ARTICOLATO
(VERSIONE PROVVISORIA)

TITOLO I *Principi generali*

ART. 1 *Trattamento medico-chirurgico*

I trattamenti medico-chirurgici adeguati alle finalità terapeutiche ed eseguiti secondo le regole dell'arte da un esercente una professione medico-chirurgica o da altra persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia del corpo o della mente, non si considerano offese all'integrità fisica.

TITOLO II *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271*

ART. 2 *Modifiche al codice penale*

1. Dopo l'articolo 590-*bis*, è inserito il seguente:

«Art. 590-*ter* (Morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria) – L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave.

Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria è inosservante di fondamentali regole dell'arte e ha realizzato un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente.

I delitti previsti dal presente articolo sono punibili a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi.

In tutti i casi previsti dal presente articolo, il reato è estinto se sono eseguite le condotte e le attività di cui agli articoli 7 e 18, ultimo comma, della legge ...» [inserire il riferimento al numero della presente legge, recante norme in materia di «responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico»].

ART. 3

Modifiche al codice di procedura penale

1. Dopo l'articolo 411, è inserito il seguente:

«Art. 411-bis (*Richiesta di archiviazione in caso di morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria*) – Nei casi previsti dall'ultimo comma dell'articolo 590-ter del codice penale, il pubblico ministero chiede l'archiviazione per estinzione del reato, previa audizione della persona sottoposta alle indagini e del querelante».

ART. 4

Modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271

1. All'articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, il secondo comma è sostituito dal seguente:

«2. Nell'albo dei periti sono sempre previste le categorie degli esperti in medicina legale, psichiatria, altre specialità mediche, contabilità, ingegneria e relative specialità, infortunistica del traffico e della circolazione stradale, balistica, chimica, analisi e comparazione della grafia. Gli elenchi degli esperti in medicina legale, psichiatria e altre specialità mediche sono forniti dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, riconosciute con decreto del Ministero della Salute, ai sensi e per gli effetti del D.M. 31 maggio 2004, pubblicato nella G.U. 2 luglio 2004, n. 153, le quali provvedono ad aggiornarli ogni cinque anni».

2. Al primo comma dell'articolo 73 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, le parole “*di regola*” sono abrogate.

3. All'articolo 73 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, dopo il primo comma è inserito il seguente:

«2. Nella nomina dei consulenti tecnici nell'ambito dei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria, ai sensi dell'articolo 590-ter cod. pen., si osservano le disposizioni di cui agli articoli 67 e 73 bis».

4. Dopo l'articolo 73 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, è inserito il seguente:

«Art. 73-bis (*Collegio peritale nei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria*). – 1. Nei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria, ai sensi dell'articolo 590-ter cod. pen., il giudice, a pena di nullità, affida con ordinanza motivata l'espletamento della perizia a un collegio composto da uno specialista in medicina legale e da uno o più specialisti nelle singole materie oggetto del procedimento, da scegliere negli elenchi e secondo le modalità di cui all'articolo 67».

TITOLO III

Giustizia riparativa

Capo I – Programmi di giustizia riparativa

ART. 5

Principi di giustizia riparativa

1. Sono promossi programmi di giustizia riparativa per favorire soluzioni volontarie, responsabili e condivise delle controversie in ambito sanitario, nel rispetto dei principi enunciati dalla Raccomandazione (19)99 del Consiglio d'Europa su *Médiation en matière pénale* e dalla Risoluzione 12/2002 del Consiglio Economico e Sociale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite recante i *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*.

ART. 6*Programma di giustizia riparativa. Definizione e tipologia*

1. Con “programma di giustizia riparativa” si intende ogni procedimento informale svolto ai sensi dell’articolo 5, nel quale la persona offesa, la persona alla quale il fatto è attribuito e, ove occorra, i loro congiunti o altri soggetti interessati partecipano attivamente, in modo libero, a un confronto volontario, diretto o indiretto, con l’aiuto di mediatori imparziali.
2. Sono programmi di giustizia riparativa ai fini della presente legge:
 - a) la mediazione, preferibilmente diretta;
 - b) l’incontro delle parti allargato ad altri soggetti.
3. Possono essere realizzati, con finalità riparative, anche programmi diversi dai precedenti, nel rispetto dei principi dell’articolo 5, e in particolare:
 - a) l’ascolto protetto della persona offesa;
 - b) l’assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione unilaterale delle conseguenze del reato.
4. I programmi di giustizia riparativa di cui ai precedenti commi possono essere avviati anche indipendentemente dal procedimento penale, su richiesta dei soggetti in conflitto.

ART. 7*Risultato del programma*

1. Il risultato del programma consiste in adeguate condotte riparatorie o risarcitorie, sole o connesse ad attività conformative.
2. La riparazione è volontaria.

Capo II – Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario

ART. 8

Istituzione

1. In ogni distretto di Corte d'appello è istituita una "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario". La Commissione opera ispirandosi ai principi di giustizia riparativa.

ART. 9

Competenze

1. La Commissione:
 - a) promuove programmi di giustizia riparativa a seguito di trasmissione della notizia di reato ai sensi dell'articolo 15;
 - b) promuove altresì programmi di giustizia riparativa su richiesta degli interessati per dirimere in via stragiudiziale le controversie relative a profili di responsabilità giuridica nell'esercizio della professione sanitaria.

ART. 10

Composizione

1. La "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario" è composta da commissari onorari specializzati, in funzione di mediatori.
2. I componenti sono scelti tra professionisti esperti di discipline giuridiche e mediche, dotati di specifica preparazione ed esperienza nei settori giuridico-penale e civile, medico-legale e medico-specialistico, nonché di specifica formazione, attitudini e sensibilità alle pratiche di giustizia riparativa. A tal fine il Consiglio Superiore della Magistratura, in collaborazione con il Ministero della Giustizia, il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, gli enti locali e le aziende sanitarie locali, cura la formazione e l'aggiornamento degli operatori, mediante la realizzazione periodica di appositi corsi, anche decentrati.
3. I commissari onorari sono nominati con provvedimento del Consiglio Superiore della Magistratura, su proposta del Presidente della Corte d'Appello nel cui distretto ha sede la Commissione.

4. Il Consiglio Superiore della Magistratura provvede altresì a designare il Presidente.
5. Il numero dei componenti, comunque non inferiore a cinque, è determinato in relazione al carico degli affari.

ART. 11

Organizzazione e gestione degli affari

1. Il Presidente vigila sul buon funzionamento della Commissione e dirige l'organizzazione del lavoro.
2. La Commissione lavora suddivisa in collegi.
3. Ciascun caso viene trattato da un collegio, rappresentativo delle competenze interdisciplinari presenti nella Commissione, composto di regola da tre mediatori, uomini e donne.
4. In situazioni particolari, in relazione al numero delle persone coinvolte nella controversia o alla complessità della questione, il caso viene trattato da un collegio di cinque mediatori, uomini e donne, dotati delle specifiche competenze medico-specialistiche, medico-legali e giuridiche richieste dalle circostanze.
5. Il collegio può sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità.

ART. 12

Garanzie di libertà e indipendenza della Commissione

1. La Commissione esercita le sue funzioni con indipendenza e autonomia.
2. I componenti della Commissione hanno l'obbligo di astenersi dal deporre sui fatti appresi nell'esercizio delle loro funzioni.
3. Ai componenti della Commissione non si applicano gli articoli 361, 362, 363, 364, 365 c.p. in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell'esercizio o a causa delle loro funzioni.
4. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano altresì agli esperti che intervengono ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 11.

ART. 13

Doveri dei mediatori

1. I mediatori improntano la loro attività a imparzialità, curando in special modo l'assenza di qualsiasi discriminazione in ordine alla posizione rivestita dalle parti nel procedimento penale.
2. I mediatori
 - a) accolgono le parti con rispetto per la dignità della persona;
 - b) assicurano il corretto svolgimento del programma di giustizia riparativa e delle eventuali attività connesse;
 - c) sono garanti dell'equità e ragionevolezza degli accordi e vigilano in particolare sulla congruità degli impegni riparativi assunti dalla persona alla quale il fatto è attribuito.

ART. 14

Sede

1. La Commissione ha sede in locali appositi, idonei a garantirne l'accessibilità e tali da salvaguardare la confidenzialità, la dignità e la sicurezza degli utenti.
2. La sede della Commissione è individuata al di fuori degli uffici giudiziari e dalle strutture penitenziarie e di pubblica sicurezza.

Capo III – Programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario

ART. 15

Adempimenti del pubblico ministero

1. Contestualmente all'iscrizione della notizia di reato per taluno dei fatti preveduti dall'articolo 590-ter c.p., il pubblico ministero, salvo che debba immediatamente richiedere l'archiviazione, informa la "Commissione per la Giustizia riparativa in ambito sanitario" ai fini dell'avvio di un programma di giustizia riparativa di cui all'articolo 6, a pena di nullità degli atti di indagine successivi.
2. Il pubblico ministero trasmette alla Commissione, unitamente alla notizia di reato con gli eventuali allegati, i dati identificativi e il recapito o domicilio eletto del querelante, del danneggiato e della persona alla quale è attribuito il fatto di reato.

ART. 16***Sospensione del procedimento penale***

1. Il procedimento penale per i reati di cui all'articolo 590-ter c.p. è sospeso dal momento in cui la Commissione riceve la comunicazione ai sensi dell'articolo 15 fino al momento in cui al pubblico ministero perviene l'informativa ai sensi dell'articolo 21, comma 2.
2. La sospensione del procedimento non impedisce l'assunzione delle prove con incidente probatorio, né gli atti urgenti di indagine preliminare.

ART. 17***Sospensione della prescrizione***

1. Il corso della prescrizione del reato di cui all'articolo 590-ter rimane sospeso dal momento in cui la Commissione riceve la comunicazione ai sensi dell'articolo 15. La prescrizione riprende il suo corso dal momento in cui al pubblico ministero perviene l'informativa di cui all'articolo 21 comma 2.

ART. 18***Svolgimento del programma***

1. Ricevuta la comunicazione ai sensi dell'articolo 15, la "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario" provvede a:
 - a) informare adeguatamente il querelante, il danneggiato e la persona cui il fatto è attribuito, dell'avvio di un programma di giustizia riparativa, con la sommaria indicazione dei principi di cui all'articolo 5;
 - b) invitare le parti di cui alla lett. a) a colloqui preliminari individuali davanti al collegio di mediatori; nel corso dei colloqui viene acquisito l'eventuale consenso delle medesime all'incontro diretto;
 - c) svolgere l'incontro tra gli interessati, se consenzienti, organizzando le necessarie sedute con il coinvolgimento, se opportuno, di esperti e altri soggetti rilevanti;
 - d) assistere le parti nella definizione degli accordi, anche transattivi, e nelle condotte riparatorie fino al completamento del programma;
2. Il rifiuto o l'abbandono del programma di giustizia riparativa da parte della persona offesa non impedisce lo svolgimento di altro programma pertinente.

3. In tal caso la Commissione procede comunque agli adempimenti di cui al comma 1, in quanto compatibili, avviando, con il consenso della persona cui il fatto è attribuito, un programma di riparazione unilaterale ai sensi dell'articolo 6, comma 3, lett. *b)* della presente legge.
4. In caso di rifiuto o abbandono del programma di giustizia riparativa da parte della persona cui il fatto è attribuito, la Commissione può procedere a norma dell'articolo 6, comma 3, lett. *a)*, previo consenso dell'offeso.
5. La Commissione procede a norma del presente articolo, in quanto compatibile, anche nel caso di richiesta pervenuta ai sensi dell'articolo 9 lett. *b)*.
6. La Commissione nel dichiarare il completamento del programma, ai sensi dell'articolo 7, indica le condotte risarcitorie e riparatorie, nonché le attività conformative.

ART. 19

Confidenzialità e riservatezza

1. È assicurata la confidenzialità e la riservatezza di ogni programma di giustizia riparativa.
2. Fatte salve le comunicazioni di cui all'articolo 21, le dichiarazioni rese da chi partecipa e gli atti compiuti nel corso del programma di giustizia riparativa sono inutilizzabili nel procedimento penale e in ogni altro procedimento.
3. Si applica quanto previsto dall'articolo 598 c.p.
4. I programmi di giustizia riparativa si svolgono a porte chiuse, salvo l'ipotesi di cui al comma successivo, e in un ambiente sicuro e confortevole.
5. Nell'interesse delle persone coinvolte e con il loro consenso, i mediatori possono proporre di svolgere fasi del programma o altre attività riparative al di fuori della sede della Commissione e alla presenza o con il coinvolgimento di altri soggetti della comunità locale, ivi inclusa la struttura in cui è avvenuto il fatto.

ART. 20

Assistenza alle parti

1. I soggetti invitati a partecipare al programma possono farsi assistere da persone di fiducia e da esperti appositamente nominati, nel rispetto dei principi di giustizia

- riparativa. La persona alla quale il fatto è attribuito e la persona offesa sono altresì assistite da un difensore appositamente nominato.
2. L'assistenza di un interprete è assicurata a chi non parla o comprende la lingua utilizzata nel programma. È parimenti garantita l'assistenza di un mediatore culturale ove ciò sia richiesto dalle questioni da trattare.
 3. Si applicano le norme del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in tema di patrocinio a spese dello Stato.

ART. 21*Informativa all'autorità giudiziaria*

1. La Commissione provvede periodicamente a informare l'autorità giudiziaria penale circa l'andamento del programma di giustizia riparativa.
2. La Commissione informa senza ritardo l'autorità giudiziaria penale circa il risultato del programma ai sensi dell'articolo 7. In tutti gli altri casi, la Commissione informa senza ritardo l'autorità giudiziaria della chiusura del programma, indicando le attività comunque svolte.

ART. 22*Termini*

1. Il programma di giustizia riparativa viene espletato nel termine di sei mesi dall'iscrizione della notizia di reato, prorogabile in caso di necessità per un tempo non superiore a sei mesi.

ART. 23*Interventi informativi e di sensibilizzazione alle pratiche di giustizia riparativa in ambito sanitario*

1. Gli ordini dei medici chirurghi e odontoiatri, gli ordini degli avvocati, i collegi IPASVI, nonché le società scientifiche e le associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, i comitati etici e altre idonee formazioni sociali collaborano con il Consiglio Superiore della Magistratura alla diffusione della cultura della giustizia riparativa in ambito sanitario con appositi interventi.

2. Le aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale (SSN), le strutture o enti privati operanti in regime autonomo o di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, le strutture o enti che, a qualunque titolo, rendano prestazioni sanitarie a favore di terzi, gli uffici giudiziari, gli ordini degli avvocati sono tenuti ad affiggere nella propria sede e in ciascuna delle proprie dipendenze aperte al pubblico, in modo facilmente visibile, apposito avviso contenente le informazioni inerenti alla possibilità di avvalersi gratuitamente della “Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario”.

ART. 24

Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario: finanziamento

1. È istituito un Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario.
2. Gli assicuratori versano al Fondo Nazionale un contributo obbligatorio pari a per ogni contratto stipulato inerente alla copertura assicurativa per responsabilità civile nell’esercizio della professione sanitaria.
3. Sono altresì destinati al Fondo.....
4. Il Fondo è amministrato da.....

ART. 25

Vigilanza sulle Commissioni. Monitoraggio

1. Il Consiglio Superiore della Magistratura vigila sul funzionamento e sui risultati delle “Commissioni per la giustizia riparativa in ambito sanitario” e promuove, in collaborazione con le università e gli enti di ricerca, periodici monitoraggi sull’efficacia dei programmi e sulla qualità dei mediatori.

TITOLO IV***Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile
in ambito sanitario*****ART. 26*****Assicurazione obbligatoria delle strutture sanitarie per la responsabilità civile connessa
al rischio clinico***

1. Entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, ciascuna azienda sanitaria del Servizio sanitario nazionale (SSN), ciascuna struttura o ente privato operante in regime autonomo o di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché ciascuna struttura o ente che, a qualunque titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi è tenuta a dotarsi di copertura assicurativa per responsabilità civile verso i terzi, in relazione ai danni a persone causati dal personale sanitario, operante a qualunque titolo presso la struttura o ente.
2. Il massimale minimo per la garanzia assicurativa di cui al comma 1 è fissato dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano, mediante apposito accordo quadro regionale da stipulare con le organizzazioni sindacali del personale sanitario, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro. In prima applicazione, esso non può comunque essere inferiore a euro ...
3. Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano provvedono ad adottare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, linee guida per l'adempimento dell'obbligo assicurativo da parte delle aziende sanitarie, strutture o enti di cui al comma 1.
4. La copertura assicurativa di cui al comma 1 è condizione necessaria per l'accredimento e la convenzione di enti o strutture private con il Servizio sanitario nazionale, nonché per il finanziamento delle attività istituzionali delle aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale, in coerenza con le linee guida di cui al comma 3.

ART. 27***Fondo di garanzia***

1. Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possono istituire, in relazione alla responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende sanitarie ubicate sul proprio territo-

- rio, un apposito fondo di garanzia sostitutivo della copertura assicurativa di cui all'articolo 26, attribuendo direttamente al fondo le risorse finanziarie necessarie.
2. Entro un anno dall'istituzione del fondo di garanzia di cui al comma 1 cessano di avere efficacia le polizze assicurative eventualmente stipulate dalle aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale.
 3. Nei casi di cui al comma 1, l'ammontare e le modalità di gestione del fondo di garanzia sono fissati dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano, mediante apposito accordo quadro regionale da stipulare con le organizzazioni sindacali del personale sanitario, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro. Il fondo di garanzia non può comunque essere inferiore a euro ... [*deve trattarsi di valore omogeneo a quello di cui all'articolo 26, comma 2*].

ART. 28

Responsabilità per danni occorsi nell'ambito di strutture sanitarie

1. La responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende, strutture o enti di cui all'articolo 26, comma 1, è sempre a carico dell'azienda, ente o struttura sanitaria.
2. Nei casi in cui sia stata attivata la Commissione di giustizia riparativa in ambito sanitario di cui all'articolo 8, l'assicuratore è tenuto a garantire il soddisfacimento delle obbligazioni patrimoniali nascenti dal completamento con risultato positivo del programma di giustizia riparativa, ai sensi degli articoli 7 e 21.
3. Salvo che il fatto sia stato commesso con dolo, preterintenzione o colpa grave, accertati con sentenza passata in giudicato, è escluso il diritto di rivalersi nei confronti del sanitario da parte dell'assicuratore e delle aziende, enti o strutture di cui all'articolo 26 comma 1.
4. Nel caso di colpa grave accertata con sentenza passata in giudicato, l'assicuratore ovvero le aziende, enti o strutture di cui all'articolo 26, comma 1, procedono al recupero dell'ammontare riconosciuto a titolo di risarcimento, attraverso trattenu- te sullo stipendio del sanitario, nella misura massima del quinto.

ART. 29***Esercizio dell'azione per il risarcimento dei danni occorsi nell'ambito di strutture sanitarie***

1. Il danneggiato a seguito di prestazioni sanitarie esercita l'azione per il risarcimento dei danni convenendo in giudizio direttamente l'assicuratore e l'azienda, struttura o ente, di cui all'articolo 26, comma 1, presso cui la prestazione è stata ricevuta.
2. Il danneggiato che intenda proporre innanzi al giudice civile la domanda di risarcimento deve previamente inviarla, a pena di improcedibilità dell'azione, all'assicuratore ovvero al fondo di garanzia di cui all'articolo 27, ove istituito, tramite raccomandata con avviso di ricevimento, allegando alla domanda idonea documentazione medica.
3. L'assicuratore, ovvero il fondo di garanzia di cui all'articolo 27 ove istituito, comunica al danneggiato, entro novanta giorni dal ricevimento della domanda di cui al comma 2, l'ammontare offerto a titolo di risarcimento, ovvero indica i motivi per i quali non ritiene di formulare alcuna offerta.
4. Se il danneggiato accetta l'ammontare offerto a titolo di risarcimento, l'assicuratore, ovvero il fondo di garanzia di cui all'articolo 27 ove istituito, è tenuto a provvedere al pagamento entro venti giorni dal ricevimento per iscritto dell'accettazione.
5. L'assicuratore non può opporre al terzo eccezioni di carattere contrattuale, tranne che si tratti di mancato versamento del premio; in tale ipotesi, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 1901 cod. civ.
6. In ogni stato e grado del giudizio, il danneggiato che, a causa del fatto, venga a trovarsi in stato di bisogno, può chiedere l'assegnazione di una somma da imputarsi nella liquidazione definitiva del danno. Il giudice, sentite le parti, qualora da un sommario accertamento risultino gravi elementi di responsabilità a carico del sanitario o dell'azienda, ente o struttura di cui all'articolo 26, comma 1, provvede con ordinanza immediatamente esecutiva all'assegnazione della somma, nei limiti dei quattro quinti della presumibile entità del risarcimento che sarà liquidato con la sentenza.

ART. 30*Unità di gestione del rischio clinico*

1. Entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, ciascuna azienda, struttura o ente, di cui all'articolo 26, comma 1, istituisce, all'interno della propria organizzazione ovvero con l'ausilio di soggetti esterni specialisti della materia, una "Unità di gestione del rischio clinico", alla quale, salvo eventuali integrazioni da parte delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, compete:
 - a) di realizzare iniziative e promuovere azioni finalizzate a ridurre i rischi e a migliorare gli standard di qualità dell'assistenza sanitaria, grazie alla programmazione e alla gestione del rischio clinico. In particolare, l'"Unità di gestione del rischio clinico" individua le situazioni e le prestazioni sanitarie potenzialmente rischiose, anche sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro, favorisce l'apprendimento organizzativo dagli errori, promuove attività formative, informative e comunicative sulla gestione del rischio clinico, realizza *audit* e sistemi di *incident reporting*, individuando le soluzioni da adottare in vista della più efficace riduzione del rischio e al fine di aumentare la sicurezza del paziente;
 - b) di cooperare, se richiesta, con gli organi di prevenzione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori;
 - c) di interagire con la Commissione di giustizia riparativa in ambito sanitario di cui all'articolo 8, ovvero con l'assicuratore o il fondo di garanzia di cui all'articolo 27, ogniqualvolta si verifichi un fatto che importi l'attivazione del percorso di giustizia riparativa o della copertura assicurativa obbligatoria.
 - d) di svolgere attività di consulenza, in materia assicurativa e di analisi e gestione del rischio, a favore delle aziende, strutture o enti di cui all'articolo 26, comma 1, e di quanti, nel loro ambito, siano dotati di poteri di amministrazione, gestione e controllo.
2. Ai componenti dell'"Unità di gestione del rischio clinico", in relazione all'attività di *incident reporting*, non si applicano gli articoli 361, 362, 363, 364, 365 c.p. in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell'esercizio o a causa delle loro funzioni.
3. Gli atti compiuti dall'"Unità di gestione del rischio clinico" nello svolgimento della propria attività di *incident reporting* sono inutilizzabili ai fini dell'avvio di ogni procedimento e nell'ambito dei procedimenti già avviati.

III

RELAZIONE DI PRESENTAZIONE DEL PROGETTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Titolo I: Principi generali. – 3. Titolo II: Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. – 4. Titolo III: Giustizia riparativa. – 5. Titolo IV: Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario.

1. Premessa

Il «Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico» – elaborato dal Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale – si propone di fornire una adeguata risposta normativa al problema, estremamente attuale, della c.d. “medicina difensiva”.

Senza che sia qui necessario dilungarsi in un'analisi dettagliata delle problematiche connesse alla *defensive medicine* (sul punto, si rinvia alla indagine empirica condotta dal Gruppo di ricerca coordinato dal prof. Catino), basterà appena ricordare che, storicamente, la medicina difensiva è stata suddivisa in due categorie: la medicina difensiva “positiva” e la medicina difensiva “negativa”.

La medicina difensiva “positiva” consiste nella somministrazione di analisi, procedure, trattamenti sanitari che non solo non sono necessari, ma si caratterizzano per la loro sostanziale superfluità, avendo come unico fine quello di “porre al riparo” il medico da eventuali contestazioni, sollevate *ex post*, alla correttezza del proprio operato; la medicina difensiva “negativa”, invece, si manifesta in una serie di comportamenti che rappresentano vere e proprie auto-limitazioni nell'esercizio della professione: per quanto riguarda i medici, in particolare, tali atteggiamenti si concretizzano, esemplificativamente, nel rifiutarsi di eseguire procedure particolarmente rischiose, ovvero nel disporre il trasferimento del paziente in un altro reparto o in un'altra struttura sanitaria, il tutto nell'ottica di preservare se stessi da eventuali contenziosi legali, piuttosto che in quella di assicurare la migliore risposta terapeutica per le esigenze del paziente.

La letteratura anglosassone più recente, per evitare possibili fraintendimenti dei termini “positiva” e “negativa”, ha proposto l'impiego di una nuova terminologia, distin-

guendo i comportamenti di medicina difensiva in *assurance behaviors* (invece di medicina difensiva positiva) e *avoidance behaviors* (invece di medicina difensiva negativa).

Le pratiche di *assurance* e *avoidance behaviors*, indotte dal timore delle possibili responsabilità civili e penali per il sanitario, oscillano – per quanto riguarda la conformità con l’interesse di cura del paziente – dal poter essere (1) di poco beneficio rispetto al costo che comportano (come ad esempio una mammografia per una donna in giovane età che non presenti segnali di un possibile tumore al seno), al (2) non essere di beneficio alcuno (come ad esempio ecografie non indicate), finanche a (3) essere apertamente dannosi per la salute del paziente (si pensi a una biopsia che presenti delle controindicazioni e sia disposta per finalità esclusivamente “difensive”).

Gli studi empirici, ivi compreso quello condotto dai ricercatori del CSGP, indicano in maniera inequivoca – nonostante la difficoltà di reperire dati certi in materia – che il timore di essere chiamati a rispondere giudizialmente di comportamenti riconducibili al fenomeno della c.d. *medical malpractice* esercita una grande influenza sulle decisioni cliniche dei sanitari, dando vita a una situazione di grave crisi nel rapporto “medico-paziente”, con pesanti ricadute per l’intera società (oltre che una tutela meno efficace della salute, infatti, i comportamenti di medicina difensiva determinano un significativo aggravio dei costi a carico del Sistema Sanitario Nazionale, creando squilibri che, nel lungo periodo, portano inevitabilmente ad una contrazione delle prestazioni erogate gratuitamente a tutti i cittadini).

Il *Progetto di riforma* elaborato dal CSGP si sforza di suggerire un percorso innovativo per la gestione del fenomeno della medicina difensiva e del contenzioso legato al c.d. “rischio clinico”, nel tentativo di perseguire una tutela più efficace della salute dei cittadini attraverso una serie di misure che, in estrema sintesi, possono riassumersi come segue: 1) una ragionevole restrizione dell’area dei comportamenti colposi che, realizzati nell’esercizio dell’attività sanitaria, abbiano rilevanza penale; 2) un migliore assetto delle norme che disciplinano l’acquisizione dei “saperi tecnici” nel processo penale, attraverso una modifica delle previsioni in tema di consulenza e perizia nell’ambito dei procedimenti aventi ad oggetto fatti di *medical malpractice*; 3) un percorso di “giustizia riparativa”, alternativo al processo penale ordinario, in grado di assicurare risposte più efficaci da parte dell’ordinamento, rispetto alla minaccia, spesso soltanto teorica, dell’irrogazione di una pena detentiva; 4) una nuova disciplina in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario, basata sull’introduzione di un obbligo assicurativo in capo a tutte le strutture che rendano prestazioni sanitarie a favore di terzi; 5) una specifica previsione di legge dedicata al fenomeno, ineliminabile, del c.d. “rischio clinico”, che dia finalmente la possibilità alle strutture sanitarie complesse, attraverso un’apposita unità di gestione del rischio, di apprendere dai propri errori ed evitare quelle situazioni di “miopia organizzativa” che spesso sono alla base degli eventi avversi in danno dei pazienti.

2. Titolo I: Principi generali

La proposta di legge, costituita da quattro titoli per complessivi 30 articoli, si apre con una dichiarazione di principio, finora assente nell'ordinamento italiano, che recepisce autorevoli posizioni assunte da una parte della dottrina e della giurisprudenza, al contempo richiamando previsioni simili contenute in codici penali stranieri¹.

L'articolo 1, intitolato «*Trattamento medico-chirurgico*», statuisce infatti che: «I trattamenti medico-chirurgici adeguati alle finalità terapeutiche ed eseguiti secondo le regole dell'arte da un esercente una professione medico-chirurgica o da altra persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia del corpo o della mente, non si considerano offese all'integrità fisica».

Si stabilisce, pertanto, che il trattamento medico-chirurgico, eseguito in ossequio alle *leges artis*, non è da considerarsi, per definizione, un fatto tipico di offesa all'integrità fisica del paziente, accogliendo così l'impostazione dottrinale secondo la quale l'attività medica trova legittimazione nella sua intrinseca utilità e adeguatezza sociale e nel fatto che essa viene realizzata per garantire il perseguimento di beni costituzionalmente tutelati².

¹ È il caso del codice penale portoghese: «Artigo 150: Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no n.º anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal» (Redação da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro). Affine l'Entwurf 1962, § 161 «Heilbehandlungen – Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschaden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar».

² «Un intervento praticato *lege artis* dal chirurgo non è assimilabile, seppur privo di consenso, a una qualsiasi ferita da arma da taglio. Il che implica, in termini giuridici, o escludere la tipicità della stessa, quanto al delitto di lesioni, dell'aspetto invasivo di un trattamento chirurgico *lege artis*, o, almeno, configurare l'indicazione terapeutica come scriminante» (EUSEBI L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, II, p. 729). La questione relativa alla natura intrinseca dell'attività medica e dunque anche all'efficacia del consenso rispetto a quest'ultima ha lungamente impegnato la dottrina e la giurisprudenza italiane: basti ricordare che già il Grisogni se ne occupò a partire dal 1914. Secondo un primo orientamento, soltanto il consenso del paziente potrebbe scriminare la condotta del medico, altrimenti connotata da illiceità e dunque sussumibile sotto la fattispecie di lesioni volontarie o, in caso di esito infausto, sotto quella di omicidio preterintenzionale. Conforme a tale orientamento, Cass. sez. V, n. 5639/1992 (Massimo). Altra autorevole dottrina, invece, pur ritenendo che, presente il consenso, il comportamento del medico «diviene un normale accadimento della vita sociale o di relazione, refrattario a qualsiasi valutazione giuridico-penale» (ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, artt. 1-84, III ed., Milano, 2004, p. 528), e considerando quindi il consenso non perfettamente assimilabile alle tradizionali cause di giustificazione, non esclude, in caso di trattamento con esito infausto eseguito senza consenso, la configurabilità di una responsabilità penale dell'agente. Anche

In tal modo, il *Progetto* elaborato dal *CSGP* recepisce, tra l'altro, posizioni ormai consolidate nella giurisprudenza civile e ribadite di recente anche in quella penale. Da tempo, infatti, le sezioni civili della Corte di cassazione affermano la c.d. autolegittimazione dell'attività medica³, la quale trova il suo fondamento nella finalità di tutela della salute come bene costituzionalmente rilevante. Tale posizione è stata di recente recepita anche dalle Sezioni Unite penali della Suprema Corte, secondo le quali: «l'attività sanitaria, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ed attuare la prescrizione dettata dall'articolo 2 della Carta, ha base di legittimazione direttamente nelle norme costituzionali che, appunto, trattengono il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo»⁴.

Ciò ovviamente non significa escludere l'importanza centrale che riveste, in ogni caso, il consenso del paziente: tale centralità, riconosciuta in numerosi atti interna-

questo orientamento viene recepito in alcune sentenze della Cassazione: esemplificativamente, Cass. sez. IV n. 35822/2001. Si afferma in tale sentenza che l'attività medica sarebbe autolegittimata, trovando la propria giustificazione negli articoli 13 e 32 della Costituzione: riduttivo sarebbe, pertanto, fondare la sua legittimazione soltanto sul consenso dell'aveute diritto; d'altro canto, la legittimità dell'attività medica richiederebbe comunque di per sé il consenso del paziente. Altrettanto controversa poi la questione relativa alla fattispecie penale realizzata dal medico, prospettandosi come alternative o le lesioni e l'omicidio preterintenzionale, da un lato, o la violenza privata, dall'altro. Alla dottrina che sostiene il primo orientamento si oppone generalmente l'insussistenza dell'elemento oggettivo (poiché la *malattia* non sarebbe assimilabile alle *lesioni*) oltre che la mancanza dell'elemento soggettivo (non essendo riscontrabile, in un'attività medica terapeuticamente orientata, alcun *animus laedendi*). La giurisprudenza è altrettanto ondivaga: nella sentenza Massimo, più sopra citata, si ritengono ad esempio integrate le lesioni e l'omicidio preterintenzionale, mentre nella sentenza n. 26446/2002, invece, si prospetta solo la sussistenza del reato di violenza privata. Una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite, da ultimo, ha rivisitato l'intera giurisprudenza in materia, ed è giunta a escludere anche la configurabilità di quest'ultimo reato, (Cass. sez. un. n. 2437/09, la quale testualmente afferma: «la violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di "qualcosa" di diverso dal "fatto" in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe consistere nella operazione; e poiché l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di "tollerare" l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di "costrizione a tollerare" rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 cod. pen.»); si lascia invece impregiudicata la possibilità che assumano «un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui si possa configurare un errore sull'esistenza della scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa».

³ Sulla salute come diritto fondamentale dell'individuo: Cass. n. 356/1991, 202/1991, 559/1987. Sul diritto ai trattamenti sanitari come diritto a sua volta fondamentale: Cass. n. 432/2005, 233/2003, 252/2001. A questo proposito, la sentenza delle Sezioni Unite penali n. 2437/2009 afferma a sua volta che: «non è senza significato la circostanza che l'articolo 359 c.p. inquadri fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità proprio i privati che esercitano la professione sanitaria, rendendo dunque davvero incoerente l'ipotesi che una professione ritenuta, in sé, di pubblica necessità abbia bisogno, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorché attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il paziente. Se di scriminante si vuole parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di scriminante costituzionale, tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che giustifica l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica, in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici».

⁴ Cass. sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437.

zionali⁵, è stata di recente oggetto di un'importante sentenza della Corte Costituzionale, la quale ha affermato che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali e negli articoli 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge. La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative»⁶.

L'affermazione dell'articolo 1 non sottrae, quindi, il medico all'obbligo deontologico di impegnarsi, per quanto possibile, nella ricerca di un pieno e consapevole consenso da parte del paziente, costruendo un rapporto di fiducia che è la migliore e più efficace garanzia contro l'ingerarsi di comportamenti di medicina difensiva, da parte del sanitario, o di iniziative giudiziarie infondate, da parte del paziente o dei suoi congiunti⁷.

Tuttavia, non si è ritenuto opportuno inserire il consenso del paziente quale requisito essenziale della liceità del trattamento medico-chirurgico, al fine di evitare possibili letture di tipo "contrattualistico", che ben poco hanno a che fare con le peculiarità che contraddistinguono l'attività medica. Ciò che è necessario – e al contempo sufficiente – per escludere la rilevanza giuridica del comportamento del medico, *sub specie* «offesa all'integrità fisica del paziente» – è che si tratti di atti «adeguati alle finalità terapeutiche» (la precisazione esclude dalla disciplina i trattamenti con finalità non terapeutiche, quali, salvo casi specifici, il trattamento cosmetico, estetico e plastico, la sperimentazione sulla persona umana, l'inseminazione artificiale), che siano eseguiti «secondo le regole dell'arte» e con lo scopo di «prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia».

⁵ Convenzione sui diritti del fanciullo, 1989, art. 24. In particolare, poi, la Convenzione dei diritti dell'uomo e sulla biomedicina, c.d. Convenzione di Oviedo, ratificata dall'Italia con legge 145/2001 prevede, al suo articolo 5, che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato»; da ultimo la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 7 dicembre 2000) sancisce che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica».

⁶ Corte Cost. 15 dicembre 2008, n. 438.

⁷ Cfr. EUSEBI L., *Sul mancato consenso*, cit., p. 739: «Il consenso – la cui rilevanza permette al malato di controllare le scelte terapeutiche – serve per riuscire ad ottenere il meglio (inteso nel senso più pregnante) secondo la *lex artis* e non già, come qualcuno sembra ritenere, per poter non fare quel meglio». Peraltro, l'importanza di tale "alleanza terapeutica" viene anche riconfermata dal nuovo codice di deontologia medica (approvato nel 2000) il quale prevede che il «medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente» (art. 5).

Sul punto, si segnala che si è preferito non distinguere tra «interventi chirurgici» e «trattamenti» (così invece i modelli tedesco e portoghese), essendo ormai acquisito, anche nella giurisprudenza penale italiana, il concetto onnicomprensivo di «trattamento medico-chirurgico».

Inoltre, si è preferito limitare l'ambito di operatività di questa norma, a differenza di quelle contenute nel titolo II, ai soli «esercenti una professione medico-chirurgica», escludendo perciò il riferimento al più ampio concetto di «professione sanitaria», che comprende, ai sensi dell'art. 99 del t.u.l.san., oltre al medico-chirurgo, anche il veterinario, il farmacista, l'odontoiatra non medico. La nozione di «professione medico-chirurgica», accolta nell'art. 1 del *Progetto*, esclude evidentemente queste tre ultime categorie: tale scelta, che accorda in certa misura una "preferenza" nei confronti del medico-chirurgo, serve a indicare con maggiore evidenza che solo a questo soggetto compete la scelta delle opzioni diagnostico-terapeutiche. Tuttavia, si è reputato opportuno aggiungere, come nel modello portoghese, il riferimento ad «altra persona legalmente autorizzata», così da ricomprendere nella portata della norma anche altri soggetti, come gli infermieri e i tecnici di laboratorio o di altre specialità (tecnico-radiologo, ecc.), che cooperano col medico-chirurgo nell'effettiva erogazione della prestazione sanitaria.

Quanto alle conseguenze che derivano, per l'ordinamento, dalla presenza dei requisiti sopra indicati, si è optato per una formula che – a differenza della classica "non punibilità" – esprima in maniera immediata l'assenza di tipicità della condotta, in virtù della intrinseca adeguatezza sociale della condotta del medico. Oltre tutto, trattandosi di una norma di principio, non destinata a entrare nel codice penale, la formulazione indicata è sembrata più omogenea col tessuto complessivo della proposta di riforma.

3. Titolo II: Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271

Il titolo II del *Progetto di riforma* consta di tre articoli, che innoverebbero in maniera significativa il tessuto del codice penale e del codice di rito, in relazione al tema della responsabilità colposa del sanitario⁸.

⁸ Si segnala che, nel titolo II e in particolare nell'art. 2 che prevede un nuovo assetto della responsabilità penale, l'alveo dei soggetti presi in considerazione è più ampio rispetto al titolo I, facendosi qui riferimento, almeno come proposta giudicata preferibile secondo il *CSGP*, alla più vasta categoria degli «esercenti una professione sanitaria», così da ricomprendere anche ostetrici, infermieri, fisioterapisti, tecnici laboratoristi ecc. In alternativa, indicata tra parentesi quadre, si potrebbe prevedere una limitazione ai soli esercenti la professione medico-chirurgica: tale restrizione dell'ambito di applicazione della norma, tuttavia, se pure avrebbe il beneficio di accentuare la particolarità dell'attività tipica del medico, si esporrebbe probabilmente a censure di irragione-

a) *La fattispecie di cui all'art. 2 del Progetto.* Prima di analizzare nel dettaglio le norme di cui si propone l'introduzione, si deve precisare che il *Progetto* elaborato dal *CSGP* ha espressamente escluso (a differenza di altre proposte di legge recentemente avanzate)⁹ l'opportunità di interventi riformatori che possano incidere su istituti gene-

volezza, lasciando maggiormente l'impressione, oltre tutto, di un privilegio eccessivo e ingiustificato a vantaggio della sola categoria professionale dei medici. Nell'ottica di un efficace contrasto a tutte le forme di medicina difensiva, invece, pare senz'altro preferibile l'estensione a tutte le professioni sanitarie, purché – naturalmente – nel rispetto delle competenze di ciascuna professione.

⁹ Si veda in particolare l'art. 1 della Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Santelli, Palumbo, Scapagnini, Papa, Mario Pepe, Barani, Rizzoli, Bertolini, che reca le seguenti previsioni.

«All'articolo 40 cod. pen. dopo il secondo comma aggiungere il seguente:

“L'omissione di un intervento o di un trattamento medico-chirurgico rende attribuibile l'evento lesivo qualora, avuto riguardo alle regole scientifiche e di esperienza riguardanti la natura e l'efficacia dell'intervento o del trattamento e alle condizioni fisiche del paziente, l'omissione risulti obiettivamente ingiustificata”.

2. All'articolo 41 cod. pen. dopo il terzo comma aggiungere i seguenti:

“La reazione oggettivamente imprevedibile dell'organismo, determinante l'inefficacia in concreto di un intervento o di un trattamento medico-chirurgico eseguito, previa corretta diagnosi, secondo le regole tecnico-scientifiche che lo regolano, costituisce causa sopravvenuta che esclude il rapporto di causalità in quanto sia stata da sola sufficiente a determinare l'evento.

La causa sopravvenuta costituita da un intervento o da un trattamento medico-chirurgico esclude il rapporto di causalità con l'evento se l'intervento o il trattamento è eseguito osservando i principi scientifici e applicando le metodologie tecniche che ne regolano l'esecuzione.

Le condizioni cliniche del paziente, simultanee a un intervento o a un trattamento medico-chirurgico, escludono il rapporto di causalità, se l'intervento o il trattamento è eseguito nel rispetto dei principi scientifici che lo regolano e in applicazione delle metodologie tecniche per esso prescritte. Escludono altresì il rapporto di causalità le condizioni cliniche sopravvenute in dipendenza di fattori estranei all'intervento o al trattamento qualora siano oggettivamente imprevedibili o, se ipoteticamente previste, siano state accettate dal paziente”.

Serie perplessità suscita innanzi tutto il contenuto precettivo proposto per l'art. 40: senza volersi qui soffermare troppo sul fatto che, come nel caso del concetto di “attribuibilità” dell'evento lesivo, alcune locuzioni impiegate sono estranee al lessico comunemente usato dal legislatore – circostanza che potrebbe suscitare non poche incertezze in fase applicativa – si deve segnalare come l'art. 40 co. 3, di cui si propone l'inserimento, è espressamente dedicato alle sole condotte omissive («L'omissione di un intervento medico-chirurgico ...») e punta a limitare la possibilità di «rendere attribuibile» l'evento al sanitario (*rectius*, ritenere causale la sua condotta omissiva) solo quando l'omissione risulti «obiettivamente ingiustificata». Una previsione di tale genere, però, sembra presentare due inconvenienti che non possono essere sottovalutati: da un lato, essa non pare in grado di assicurare quella riduzione dei «margini di aleatorietà dell'interpretazione giurisprudenziale», di cui ci si duole nelle premesse introduttive del documento; dall'altro, essa sembra mescolare pericolosamente – col rischio di confonderle tra loro – le valutazioni attinenti al requisito della causalità con quelle riguardanti il requisito della colpa. Sotto il primo profilo, non si può fare a meno di considerare che, salvo rarissimi casi, gli episodi di *medical malpractice* non ruotano quasi mai attorno ad una omissione “pura e semplice” del trattamento medico-chirurgico: nella stragrande maggioranza delle ipotesi, essi nascono da una serie complessa di comportamenti, sia omissivi (es.: mancanza di una corretta anamnesi), sia attivi (es.: somministrazione di una terapia diversa da quella opportuna). Da questo punto di vista, allora, è facile ipotizzare che l'introduzione di una regola espressamente dedicata ai soli comportamenti omissivi, volta a limitare l'attribuibilità al sanitario dell'evento lesivo, finirebbe verosimilmente con l'indurre la giurisprudenza a valorizzare il “momento commissivo” della condotta del sanitario, ritenendolo responsabile non già, come si legge oggi nella maggioranza delle sentenze civili e penali sul tema, per aver causato l'evento a seguito di una omissione di un certo trattamento medico-chirurgico (causalità omissiva), bensì per avere tenuto delle condotte difformi da quelle che avrebbe tenuto un professionista modello e avere così cagionato le conseguenze dannose lamentate dal paziente (causalità attiva). In uno scenario del genere, l'ipotizzato intervento di riforma mostrerebbe immediatamente la propria inutilità, perché esso non

rali del diritto penale (in particolare, sull'imputazione causale dell'evento lesivo), e che finirebbero dunque per avere, fatalmente, un impatto notevole su questioni e proble-

riguarderebbe – per espressa definizione normativa – le ipotesi di causalità commissiva: il rischio, pertanto, sarebbe quello di ritrovarsi con le stesse oscillazioni giurisprudenziali lamentate attualmente, che non riguarderebbero più il versante dell'efficacia causale dell'omissione, bensì quello dell'efficacia causale dell'azione. Accanto a questo primo aspetto di criticità, poi, si deve segnalare, come già anticipato, il pericoloso inserimento, nel contesto di una norma dedicata esclusivamente all'elemento oggettivo del reato, di valutazioni che invece attengono evidentemente al tema della colpa. È infatti chiaro che una regola come quella citata in precedenza, che ruota attorno alla natura «obiettivamente ingiustificata» dell'omissione, sulla base delle «regole scientifiche e di esperienza riguardanti la natura e l'efficacia dell'intervento o del trattamento», non sia in realtà una regola in tema di nesso causale, bensì un principio relativo all'accertamento della colpa. Ma se le cose stanno così, allora non si vede davvero l'opportunità di intervenire sulle norme in tema di causalità – con tutti i problemi metodologici e dogmatici richiamati in precedenza – e non su quelle in tema di elemento soggettivo del reato (art. 43 c.p.), dettando delle regole volte a chiarire in modo più specifico i contenuti della diligenza del medico, così da ottenere – realmente e non solo in apparenza – il risultato di auspicata «tipizzazione dell'illecito professionale».

Accanto alla proposta di modifica dell'art. 40 c.p., il citato progetto di riforma prevedrebbe l'inserimento di ben tre commi nel corpo dell'art. 41 c.p. Anche su questo fronte, tuttavia, sembra possibile esprimere una serie di perplessità, che ripropongono e in parte sviluppano quelle già illustrate in precedenza. In particolare, non pare condivisibile la premessa da cui prende le mosse l'intero intervento riformatore in tema di concause, e cioè che la regola dell'equivalenza causale sancita dall'art. 41 c.p. – in base alla quale non è possibile effettuare alcuna “caratura” tra le diverse cause di un evento, quando si tratti di antecedenti tutti necessari per il verificarsi dello stesso – sia una regola «imposta da esigenze di politica legislativa indipendenti, se non in contrasto, col principio di legalità e con le garanzie del diritto penale». Un'affermazione del genere, invero, appare il frutto di un evidente errore prospettico, che nasce dalla mancata considerazione di quelle conoscenze epistemologiche che, ormai acquisite da oltre trent'anni al dibattito giuridico italiano – in particolare, grazie al volume di STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975 – non possono essere ignorate dal giudice nella determinazione del nesso causale tra condotta ed evento. Ovvie ragioni di spazio non permettono di affrontare compiutamente il problema: tuttavia, è evidente che se un comportamento (es.: la somministrazione di una terapia inappropriata) ha contribuito a cagionare l'evento lesivo (e ciò possa essere dimostrato al di là di ogni dubbio ragionevole, secondo le cadenze illustrate dalle Sezioni Unite nella sentenza del luglio 2002), esso è a tutti gli effetti – e non potrebbe non esserlo – una delle cause dell'evento, e ciò anche in presenza di ulteriori e diverse cause, tutte ugualmente necessarie per il verificarsi dell'evento. Da questo punto di vista, imporre al giudice di escludere la rilevanza causale del comportamento, in ragione della presenza di “*altre cause*” ritenute preponderanti, sarebbe chiaramente una forzatura inammissibile, poiché – nuovamente – darebbe vita ad un inaccettabile “diritto speciale” degli operatori sanitari. Ancora una volta, il terreno privilegiato per affrontare e risolvere, in modo coerente con le categorie dogmatiche di teoria generale del reato, il problema delle lamentate oscillazioni giurisprudenziali sulle concause, sembra essere quello della colpa, ovvero della effettiva prevedibilità ed evitabilità del singolo evento lesivo. Non è un caso, infatti, che il progetto di riforma citato, pur prevedendo una modifica dell'art. 41 c.p. dedicato alle concause, ruoti in realtà attorno alla prevedibilità o meno dell'evento da parte dell'agente, dettando nella sostanza una regola in tema di colpa. Per accertarsene, è sufficiente leggere il primo dei commi di cui si propone l'inserimento nel corpo dell'art. 41 c.p.: «La reazione oggettivamente imprevedibile dell'organismo, determinante l'inefficacia in concreto di un intervento o di un trattamento medico-chirurgico eseguito, previa corretta diagnosi, secondo le regole tecnico-scientifiche che lo regolano, costituisce causa sopravvenuta che esclude il rapporto di causalità in quanto sia stata da sola sufficiente a determinare l'evento». Come si vede, la disposizione in esame fa riferimento ad una «reazione oggettivamente imprevedibile» (*i.e.*: imprevedibile da parte di chiunque), a fronte di un intervento chirurgico eseguito in base ad una corretta diagnosi e secondo le regole tecnico-scientifiche dell'arte. Ma in una situazione del genere non è certo necessario prevedere una clausola di esclusione del rapporto di causalità, per giungere ad un'esenzione di responsabilità in capo al sanitario: le regole generali in tema di colpa, infatti, sono già oggi sufficienti ad escludere la possibilità di muovere un rimprovero al medico in una situazione come quella descritta, proprio perché non c'è alcuna negligenza che possa essere rilevata nella sua condotta (evento imprevedibile e condotta conforme alle regole dell'arte). E ciò, si badi, non solo quando la

matiche anche molto distanti da quelle relative al fenomeno della medicina difensiva. Il rapporto di causalità costituisce infatti un elemento oggettivo del reato e rappre-

«reazione imprevedibile» dell'organismo sia stata «da sola sufficiente a determinare l'evento» (in tal caso, per escludere la responsabilità del medico basterebbe già l'art. 41 cpv. attualmente vigente), ma anche quando, per ipotesi, il trattamento chirurgico prescelto abbia effettivamente contribuito a cagionare l'evento, che senza di esso non si sarebbe verificato (è l'ipotesi prevista dal secondo comma di cui si sollecita l'introduzione). La mancanza di prevedibilità, infatti, non consentirebbe in ogni caso di muovere un rimprovero all'agente, che dovrebbe dunque (già sulla base delle norme attualmente vigenti) essere prosciolto con la formula «perché il fatto non costituisce reato». Anche l'ultima disposizione in tema di concause, dedicata alle «condizioni cliniche» del paziente, suscita, per ragioni analoghe a quelle fin qui illustrate, una serie di dubbi sulla sua effettiva utilità e coerenza sistematica. Essa distingue le «condizioni cliniche simultanee ad un trattamento medico-chirurgico» da quelle «sopravvenute in dipendenza di fattori estranei al trattamento», stabilendo che le prime «escludono il rapporto di causalità, se l'intervento o il trattamento è eseguito nel rispetto dei principi scientifici che lo regolano e in applicazione delle metodologie tecniche per esso prescritte», mentre le seconde determinano il medesimo risultato (esclusione del rapporto causale) «qualora siano oggettivamente imprevedibili o, se ipoteticamente previste, siano state accettate dal paziente». Come si vede, anche la norma in esame sembra affetta dalla stessa pericolosa commistione, segnalata in precedenza, tra il profilo della causalità e quello della colpa, che devono invece essere tenuti rigorosamente distinti. Tanto il riferimento al trattamento medico-chirurgico eseguito «nel rispetto dei principi scientifici che lo regolano e in applicazione delle metodologie tecniche», quanto il richiamo a condizioni cliniche «oggettivamente imprevedibili» sono infatti chiari segnali che ciò che manca, nelle ipotesi considerate dalla norma, è la rimproverabilità dell'evento lesivo in capo al medico: manca, in altri termini, il requisito soggettivo (la colpa) che consentirebbe di addebitare l'evento infausto al sanitario. Parlare di «esclusione del rapporto di causalità», in ipotesi di questo genere, pare davvero una svista prospettica, poiché la sussistenza del nesso di condizionamento è un requisito materiale che attiene esclusivamente all'elemento oggettivo del reato e che, si ripete, o è presente (e allora si potrà proseguire nell'accertamento delle responsabilità soggettive), oppure è assente (e allora la verifica giudiziale di responsabilità si concluderà già al primo stadio), senza che siano possibili, nell'attuale sistemazione dell'ordinamento penale italiano, ulteriori alternative (es.: un nesso di causalità materiale sussistente, ma «escluso» *ex lege* per ragioni di politica del diritto). Ancora più problematica, infine, la previsione finale della «esclusione del rapporto causale» nell'ipotesi di condizioni cliniche sopravvenute che, pur essendo state previste come possibili, siano state «accettate dal paziente». Anche qui, infatti, appare impropria la scelta di intervenire sulla causalità e sulla imputazione dell'evento dal punto di vista oggettivo, trattandosi – all'evidenza – di un problema riguardante il «consenso dell'avente diritto» e dunque da risolvere, stando all'ottica accolta dal progetto patrocinato dall'*Associazione Italiana di Chirurgia* (AIC), sul terreno dell'antigiuridicità del fatto e della operatività della causa di giustificazione di cui all'art. 50 c.p.

Conclusivamente, il citato progetto di riforma della responsabilità professionale del medico sembra presentare, nella versione attuale, una serie di problematicità che ne sconsigliano – tanto sul terreno della novella dell'art. 40 c.p., quanto su quello della modifica dell'art. 41 c.p. – la promozione in sede legislativa, poiché darebbe luogo a notevoli anomalie sistematiche e, verosimilmente, non riuscirebbe comunque a raggiungere gli obiettivi di chiarificazione e limitazione della responsabilità per i quali è stato predisposto. Più fruttuosa e praticabile, invece, ove si fosse inteso intervenire sulla disciplina del reato omissivo, sarebbe stata l'idea di precisare in modo analitico i contenuti della posizione di garanzia del medico – sulla scia di quanto già previsto nel progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso –, cercando altresì di individuare delle regole di diligenza il più possibile precise, alla violazione delle quali dovrebbero essere collegate delle sanzioni efficaci e dissuasive (magari in forma interdittiva e non strettamente “penale”), svincolate dall'affermazione di responsabilità per l'evento lesivo eventualmente verificatosi. Una prospettazione di tal genere avrebbe verosimilmente un forte effetto deflattivo sul contenzioso giudiziale, perché – una volta previste delle fattispecie volte a sanzionare la mera condotta non conforme a diligenza (ovviamente punite in misura meno grave rispetto ai reati d'evento) – i tentativi giurisprudenziali di rendere più flessibili le previsioni codicistiche in tema di causalità sarebbero verosimilmente destinati a diminuire in modo considerevole, essendo disponibili altre strade, ben più facilmente praticabili.

senta l'architrave su cui poggia l'intera categoria dei delitti d'evento. La disciplina vigente, così come precisata dalla pronuncia delle Sezioni Unite penali del 10 luglio 2002, n. 30328 – che ha ricostruito in modo analitico e coerente l'interpretazione da assegnare alle norme del codice penale in materia – prevede che il giudice, attraverso il richiamo a leggi scientifiche o a massime d'esperienza equiparabili a generalizzazioni scientifiche, sia in grado di affermare che l'evento dannoso è conseguenza della condotta (attiva od omissiva) dell'imputato e che, senza tale condotta, l'evento lesivo non si sarebbe verificato. Solo a queste condizioni egli potrà affermare la responsabilità dell'imputato, viceversa dovrà assolverlo con la formula più ampiamente liberatoria.

È evidente, allora, che l'attuale assetto della responsabilità penale, per un qualsiasi reato d'evento (non solo, dunque, le fattispecie di omicidio e lesioni), prevede, dal punto di vista della causalità, soltanto due possibili esiti: o l'evento è conseguenza dell'azione/omissione dell'imputato, e allora l'indagine del giudice potrà proseguire nell'accertamento degli altri elementi costitutivi del reato (*in primis*, nel caso della colpa professionale del medico, la effettiva negligenza dell'imputato), oppure l'evento non è conseguenza dell'azione/omissione dell'agente, e allora mancherà lo stesso elemento oggettivo del reato ipotizzato.

Alla luce di ciò, sembrerebbe davvero una scelta singolare, quella di introdurre una norma che intervenisse appositamente per escludere, in presenza di determinate condizioni, la sussistenza "giuridica" del rapporto di causalità materiale tra l'omissione di un trattamento medico-chirurgico e la morte o le lesioni del paziente. Una regola di questo genere, infatti, costituirebbe una vistosissima e ben difficilmente giustificabile eccezione all'intero sistema di imputazione penale degli eventi lesivi, finendo per realizzare una sorta di "diritto speciale" degli operatori sanitari che si porrebbe in evidente stridore con principi costituzionali fondamentali.

Le considerazioni che precedono concorrono dunque a spiegare perché, tra le svariate opzioni prospettabili in vista di un contenimento del problema della medicina difensiva, si sia scelta quella di un intervento legislativo più specifico che, introducendo nel tessuto del codice penale (all'art. 590-ter) una fattispecie autonoma dal titolo «Morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria», provveda a disciplinare in maniera innovativa i profili della responsabilità penale "per colpa" del sanitario, spezzando quel meccanismo vizioso che, nella vigenza dell'attuale normativa, ha consentito (e, per certi aspetti, favorito) il preoccupante aumento dei comportamenti di medicina difensiva.

La scelta delineata nel presente *Progetto* parte dalla considerazione che un eccessivo sindacato dell'autorità giudiziaria penale sull'attività del sanitario, lungi dall'assicurare una tutela più efficace della salute dei cittadini, finisce col determinare risultati contrari a quelli auspicati, favorendo l'insorgere di atteggiamenti "difensivi" da parte del medico, il quale viene spinto a preoccuparsi maggiormente della propria "incolumità giudiziaria", piuttosto che della salute del paziente affidato alle sue cure.

Già questa considerazione potrebbe bastare per giustificare una qualche forma di limitazione dell'ambito di responsabilità nell'esercizio dell'attività medica. In aggiunta, peraltro, si deve anche osservare come la necessità di delineare un ambito, quanto più possibile chiaro e determinato, di astensione del diritto penale dal giudizio sull'attività del sanitario discenda, come già sottolineato, dalla rilevanza sociale di questa, nonché dalla diffusa constatazione della difficoltà di distinguere gli eventi avversi dovuti a un errore "colposo" del sanitario da quelli legati al semplice svolgimento di un'attività intrinsecamente rischiosa qual è l'attività medica.

Si è osservato, in proposito, che «poiché ogni diagnosi che viene effettuata da un clinico è sempre caratterizzata da una certa probabilità di essere vera, essa è anche sempre caratterizzata da una certa probabilità di essere falsa. Se, allora, i valori della probabilità variano secondo un *continuum* da 0 a 1, a quale valore di probabilità si potrà dire che un medico è responsabile o addirittura colpevole per aver sbagliato diagnosi?»¹⁰.

Il tutto è ulteriormente complicato dalla assenza in Italia di rilevazioni attendibili circa il tasso di errori in ambito medico, il che è indicativo di un atteggiamento culturale orientato più alla repressione che alla prevenzione, estremamente pericoloso in un ambito che dovrebbe, al contrario, essere caratterizzato da un procedimento continuo di apprendimento dai propri errori, secondo i paradigmi popperiani oggi sviluppati dagli studiosi di teoria delle organizzazioni.

L'intervento riformatore deve, dunque, farsi carico di adeguare il complessivo assetto normativo all'alto valore sociale dell'atto medico e alla complessità intrinseca della scienza e della pratica medica.

Il versante della colpa è dunque sembrato quello più indicato per dar vita a un nuovo equilibrio tra esigenze generalpreventive e tutela della professione medica, tra il *proprium* del rimprovero penale, come strumento ad alta efficacia stigmatizzante nei confronti della persona, e il suo essere, conseguentemente e necessariamente, *extrema ratio* di tutela contro specifici e frammentari fatti lesivi di beni giuridici. È proprio attraverso una ridefinizione della colpa rilevante in ambito medico che sembra possibile intervenire lungo quella prospettiva *ex ante* che è propria delle regole cautelari fondanti la responsabilità colposa e così riscrivere, nel rispetto del principio di legalità, lo spazio del diritto penale nell'ambito degli errori in medicina.

¹⁰ FEDERSPIL G. - VETTOR R., *Modi dell'errore clinico e responsabilità medica* in *Medic*, 1998, p. 223. Secondo una opinione specificamente penalistica potrebbe distinguersi tra "errore" e "sbaglio" in questi termini: «il primo è insito fatalmente nella relatività della scienza come tale, il secondo invece si riferisce soltanto alle attività per i quali una soluzione è stata trovata. Potremmo anche dire, con il linguaggio giuridico, che mentre l'errore è tale solo *ex post*, lo sbaglio lo è anche *ex ante*». (DI LANDRO A., *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della gravità ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone* in *Ind. Pen.*, 2004, p. 733 ss., 757.) Alla luce di questa impostazione può, perlomeno, affermarsi che non possono essere addebitati al medico i fallimenti (o i danni derivanti da atti) terapeutici, diagnostici, chirurgici che siano *ex ante* convalutati nella stessa previsione – a livello scientifico e pratico – di determinate terapie, diagnostiche e pratiche chirurgiche.

Tale attitudine della colpa a divenire il centro di un possibile intervento riformatore dipende, a ben vedere, dalla stessa origine e fondamento delle regole cautelari della cui violazione si discute. Esse, infatti, altro non sono che il precipitato tecnico di un bilanciamento, cui partecipa l'intero ordinamento, del «valore o l'utilità dell'attività esercitata da una parte con il tipo e le dimensioni del possibile danno dall'altra, con un peso decisivo assegnato al grado di probabilità del verificarsi della lesione (e, sia pure in parte, altresì al grado di probabilità di raggiungere lo scopo proprio dell'attività)»¹¹.

Peraltro, questa prospettiva di maggior tutela della prestazione sanitaria – ma il discorso potrebbe valere, *de iure condendo*, anche per altre attività professionali¹² – attraverso un peculiare bilanciamento degli interessi in gioco non è, già oggi, estranea al nostro ordinamento. Come noto, infatti, l'art. 2236 c.c.¹³, rubricato «Responsabilità del prestatore d'opera», dispone che «se la prestazione implica la soluzione di pro-

¹¹ FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 255 ss.

¹² Questa prospettiva di introduzione, in via sperimentale, in alcuni settori particolarmente delicati, del limite della colpa grave sembra condivisa anche dalla Commissione Pisapia per la riforma del codice penale (istituita con d.m. 31 luglio 2006): «Mentre, nel codice vigente, la figura della colpa cosciente si risolve unicamente in una aggravante del reato colposo, nel presente progetto la colpa grave rappresenta una nozione a cui, in alcuni settori, la Commissione pensa di agganciare la condizione della incriminazione stessa del reato colposo. A ben vedere, infatti, l'opportunità politico-criminale di far dipendere lo stesso "an" della punibilità dalla presenza di una colpa grave dovrebbe essere presa seriamente in considerazione nel ripensare i modelli di disciplina penale di alcuni settori tecnicamente complessi, notoriamente caratterizzati dalla difficoltà di prova del nesso causale e, nel contempo, dall'esigenza di bilanciare in maniera equilibrata l'esigenza del controllo penale col mantenimento di adeguati margini di libertà di azione (emblematico, com'è facile intuire, il settore della responsabilità medica; si pensi anche al settore della criminalità economica)». In dottrina, da ultimo, pare condividere questa prospettiva CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 556.

¹³ Sull'argomento specifico la letteratura è decisamente vasta. Partendo dall'imprescindibile CRESPI A., *La colpa grave nell'esercizio dell'attività chirurgica* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 255 ss., tra contributi più recenti e rilevanti si vedano: IADECOLA G., *Colpa medica e adeguata scelta del perito nel processo* in *Giur. Merito*, 2007, p. 1942 ss.; ID., voce *Colpa professionale (dir. pen.)* in Cassese S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, p. 961 ss.; SALCUNI G., *Aporie e contraddizioni in tema di colpa professionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1594 ss.; VITALE G., *Responsabilità e rischi professionali del chirurgo*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1866 ss.; PIERRI P., *Riflessioni in tema di applicabilità dei principi dell'art. 2236 c.c.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005 p. 179 ss.; ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1279 ss.; DI LANDRO A., *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della gravità ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 733 ss.; CRESPI A., *I recenti orientamenti giurisprudenziali nell'accertamento della colpa professionale del medico-chirurgo: evoluzione o involuzione?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 785 ss.; SIRACUSANO F., *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulla forma e i gradi della colpa* in *Cass. pen.*, 1997, p. 2804 ss.; BLAIOTTA R., *Art. 43*, in Lattanzi G., Lupo E. (direttori), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. I, tomo, I, Milano, 2000, p. 336-342; VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi* in Marinucci G., Dolcini E. (direttori), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, tomo II, Padova, 2003, p. 322 ss.; FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario* in Cadoppi A., Canestrari S., Papa M. (direttori), *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, p. 615 ss.; LUNGHINI G., *Art. 43*, in Dolcini E., Marinucci G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 433 ss.; TASSINARI D., *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in Canestrari S., Fantini M.P. (a cura di) *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, Milano, 2006, p. 1 ss.

blemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

La rilevanza e l'interpretazione di questa disposizione in sede penale è stata ed è piuttosto discussa. Senza che sia possibile dilungarsi troppo su tale aspetto, in questa sede sembra comunque opportuno riassumere, seppur brevemente, i termini del dibattito dal quale ha tratto ispirazione la proposta di riforma avanzata dal CSGP, assumendo, come punto di riferimento iniziale, le indicazioni espresse dalla Corte Costituzionale con la notissima sentenza interpretativa n. 166 del 1973.

In tale sentenza, la Corte costituzionale¹⁴, respingendo la interpretazione allora prevalente in giurisprudenza – secondo cui colpa penalmente rilevante sarebbe stata da considerarsi soltanto quella propriamente grossolana – ritenne di poter ancorare l'interpretazione della norma ad un corretto bilanciamento degli interessi in gioco: «la particolare disciplina in tema di responsabilità penale desumibile dagli artt. 589 e 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 particolare difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata di fronte a due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso. Ne consegue che solo la colpa grave, e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale».

In virtù di questa decisione, per circa un decennio, la giurisprudenza si orientò nel senso di richiedere una imperizia grave e di ritenere, invece, sufficiente anche una lieve negligenza o imprudenza per affermare la responsabilità del medico.

Non tardò, tuttavia, ad emergere, in dottrina e in giurisprudenza, un orientamento – che oggi pare prevalente specie in quest'ultima¹⁵ – teso a escludere la rilevanza dell'art. 2236 c.c. in sede penale. Vari gli argomenti: l'eccezionalità della norma; l'assenza nel codice penale di qualsivoglia riferimento al grado della colpa per decidere sull'*an* della responsabilità ma solo, *ex art.* 133 c.p., sul *quantum*; il principio di uguaglianza, che impedirebbe di configurare aree sottratte alla generale rilevanza anche della colpa lieve.

A questo orientamento, la dottrina ha variamente replicato, opponendo, soprattutto in virtù del principio penalistico di *extrema ratio*, l'irrazionalità di un'interpretazione che consenta di chiamare a rispondere il medico nel processo penale e, con-

¹⁴ La Corte costituzionale in questa sentenza sembra aver fatto proprio l'orientamento di Crespi, il cui pensiero può riassumersi nella formula: «quanto maggiori le difficoltà del compito, tanto più indulgente il giudizio del magistrato sulla perizia dell'agente, ma tanto più severo quello sulla diligenza e prudenza spiegate nel medesimo».

¹⁵ Tra le tante, si vedano: Cass. sez. IV, 25 settembre 2002 – 22 novembre 2002, n. 39627; Cass. sez. IV, 16 giugno 2004 – 21 luglio 2004, n. 28617; Cass. sez. IV, 21 giugno 2007 – 26 ottobre 2007, n. 39592.

temporaneamente, ne escluda qualsivoglia responsabilità civilistica¹⁶.

Anche ove, peraltro, la giurisprudenza si orientasse per l'applicabilità in sede penale dell'art. 2236 c.c., rimarrebbe, comunque, decisamente problematica la definizione di quelle «prestazioni di speciale difficoltà», cui la norma subordina la limitazione alla colpa grave della responsabilità del medico, specie ove si tenga conto delle interpretazioni iper-restrittive cui quel concetto si presta¹⁷.

La descritta situazione normativa e giurisprudenziale appare dunque ben lontana da quel corretto e necessario bilanciamento – così come indicato dalla Corte costituzionale – delle due istanze fondamentali, che si confrontano nella definizione del quadro di responsabilità del medico: da una parte, «non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in caso di insuccesso» e, dall'altra, «non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso» (Corte Cost. n. 166 del 1973).

Lo strumento più congruo per introdurre nel nostro ordinamento un nuovo temperamento dei contrapposti interessi sembra, dunque, quello di agire sui criteri della imputazione colposa, che, per loro stessa natura, esprimono l'operatività di un bilanciamento normativo operato alla stregua dell'intero ordinamento.

Rispetto a ciascuno degli elementi caratterizzanti la colpa, infatti, è possibile esprimere un giudizio di minore o maggiore rimproverabilità – soggettiva od oggettiva – del comportamento tenuto rispetto a quello doveroso in base all'*homo ex ante* preso in considerazione. Così: il *quantum* di prevedibilità dell'evento; il *quantum* di rappresentabilità della propria condizione di incapacità nelle ipotesi di colpa c.d. per assunzione; il *quantum* di evitabilità dell'evento; il *quantum* di divergenza tra la condotta tenuta e quella doverosa; la più o meno elevata esigibilità di un comportamento diverso da

¹⁶ In particolare è sembrato inconcepibile che, ove si consideri irrilevante in sede penale l'art. 2236 c.c., non possa poi risarcirsi, una volta che sia stata affermata la responsabilità penale dell'imputato, il danno derivante da reato, così generando una macroscopica violazione dell'art. 185 c.p. In questo senso, CRESPI A., *op. loc. ult. citt.*; ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1279 ss., p. 1296. A detta di Angioni, peraltro, l'art. 2236 c.c. «non rompe l'equilibrio e la validità dell'ancoraggio alla figura dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*: in situazioni di particolare difficoltà anche tale professionista modello può frequentemente incorrere in errori minimi di conoscenza o di esecuzione. Piuttosto, va sempre tenuto in conto che di fronte a un caso clinico o chirurgico di speciale difficoltà il medico che comunque intervenga e operi potrebbe incorrere in un'ipotesi di colpa per assunzione, ove il caso appaia al di sopra delle sue capacità professionali. Pertanto, se così è, l'area di operatività dell'art. 2236 c.c. viene a ridursi alle situazioni di repentinità e di emergenza, dove cioè urge l'immediato intervento ovvero la difficoltà della prestazione si manifesti solo in corso d'opera, e non ci sia per il medico agente la possibilità spazio temporale di chiedere l'ausilio o la consulenza di un espertissimo del settore».

¹⁷ Si veda, ad esempio, Cass. civ. sez. III, 8 novembre 1988 – 26 marzo 1990 n. 2428: «il medico risponde per colpa grave quando il caso concreto sia straordinario od eccezionale, sì da essere non adeguatamente studiato nella scienza medica e sperimentato nella pratica, ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico opera la sua scelta».

parte del soggetto concreto¹⁸. Queste misurazioni di scostamenti dalla personificazione dell'ordinamento nella situazione concreta, dunque, sembrano in grado di consentire, da parte dell'interprete, l'individuazione di un livello al di là del quale la condotta del soggetto può assumere senz'altro la caratteristica della "gravità".

Proprio partendo da tale consapevolezza, il *Progetto* elaborato dal CSGP prevede, all'art. 2, comma 1, che «L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omissso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli art. 589 e 590 solo in caso di colpa grave».

Attraverso tale disposizione viene dunque fissato un limite espresso di rilevanza penale della colpa del sanitario, che – focalizzandosi esclusivamente sul disvalore della condotta (si è scelto infatti di non prevedere risposte sanzionatorie diverse a seconda della gravità dell'evento lesivo cagionato) – consentirà verosimilmente di ottenere una significativa riduzione dei comportamenti di medicina difensiva.

Si tratta, evidentemente, di una scelta molto forte di riduzione del perimetro di rilevanza penale della colpa medica (in ipotesi, anche la morte del paziente, se conseguenza di una condotta solo lievemente colposa da parte del sanitario, resterebbe penalmente irrilevante), ma essa non si connota come un irragionevole privilegio riconosciuto ad una determinata categoria professionale, bensì come un riconoscimento delle peculiarità dell'attività terapeutica e, soprattutto, delle conseguenze perniciose che derivano dai comportamenti di medicina difensiva.

Senza incidere sulle cornici edittali degli artt. 589 e 590 c.p., che dunque resterebbero immutate, il *Progetto* persegue infatti una valorizzazione del principio di *extrema ratio*, ritenendo opportuno riservare l'intervento dell'autorità giudiziaria penale soltanto in relazione a quei comportamenti del sanitario che siano caratterizzati da un elevato coefficiente di rimproverabilità, tale da far ritenere irrimediabilmente compromessa e "tradita" quell'alleanza medico-paziente che costituisce il fondamento di ogni corretto intervento terapeutico.

Quanto alla individuazione dei profili che connotano la gravità della colpa, si è scelto – nonostante si tratti di concetti che hanno già trovato una discreta elaborazione giurisprudenziale – di fornire ugualmente una definizione, contenuta nell'art. 2 comma 2 del *Progetto*: in particolare, si è stabilito che «ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria è inosservante di fondamentali regole dell'arte e ha realizzato un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente».

Ci si basa, dunque, su un duplice requisito: da un lato, la macroscopica violazione dei fondamenti della *lex artis*, quale coefficiente di rimproverabilità soggettiva del

¹⁸ Cfr. MANTOVANI F., *Colpa (voce)* in *Dig. disc. pen.*, 1988, p. 313 ss. Nello stesso senso anche PADOVANI T., *Il grado della colpa* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969 p. 819 ss.

sanitario (che avrebbe dovuto senz'altro osservare la regola cautelare violata, proprio perché tale regola si connota come un "fondamento" dell'esercizio dell'attività professionale); dall'altro, l'avvenuta concretizzazione del rischio in tal modo creato – che deve essere contraddistinto da una evidente, palmare irragionevolezza rispetto ai possibili benefici per la salute del paziente – in uno degli eventi avversi presi in considerazione dalla norma (morte o lesioni)¹⁹.

Attraverso questa duplice connotazione, si ritiene di aver delineato un percorso di accertamento della gravità della colpa in grado di orientare adeguatamente l'interprete, consentendo di superare quelle perplessità che hanno indotto una parte della dottrina, apertamente scettica sulla possibilità di distinguere adeguatamente la colpa grave dalle altre forme di colpa, ad affermare che «in difetto di canoni puramente logici, il giudizio dovrà largamente ispirarsi ad intuizioni emotive»²⁰.

Non ci si nasconde, naturalmente, l'inevitabile elasticità che il parametro normativo così individuato può assumere nelle concrete applicazioni giurisprudenziali: ciò non significa, tuttavia, che la norma penale debba rinunciare a esercitare la propria funzione di individuazione di un criterio valutativo generale, idoneo ad orientare la prassi in modo sufficientemente stringente. Al contrario, tale strada sembra l'unica possibile espressione del principio di legalità e della necessaria funzione di orientamento della legge penale in materie caratterizzate da un altissimo grado di tecnicità e da una fisiologica, inestirpabile, incertezza scientifica²¹.

¹⁹ Nel concetto di "concreta realizzazione del rischio", si vuole qui ricomprendere anche il rischio che residi dopo l'impiego dei mezzi e delle capacità professionali del medico, la cui "comune riconoscibilità" derivi quindi dal riscontro di un difetto di idoneità tecnica dei mezzi impiegati durante l'esecuzione dell'atto medico. La riconoscibilità del "rischio iniziale", ossia sorto nel momento in cui viene avviato il trattamento non basta dunque per la configurabilità della colpa, richiedendosi altresì la riconoscibilità del rischio anche dopo l'impiego da parte del medico dei mezzi diagnostici e terapeutici diretti a "tenerlo sotto controllo". Sul punto, Cass. sez. IV, 15 maggio 1977, in *Giur.it.*, 1978, II, p. 294, come cit. in CRESPI A., *Medico chirurgo*, cit., p. 594, secondo cui il rischio che si fa correre al paziente deve essere sotto il costante controllo del medico in ogni momento della sua evoluzione. Vd. anche App. Milano, 7 gennaio 1977, Bariatti, come cit. in RIZ R., voce *Medico (IV)*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 4. Correlativamente, incorrerà nella responsabilità colposa il medico che abbia omissso di seguire con diligenza e prudenza il decorso della malattia e, quindi, non si sia posto nella condizione di controllare i rischi che potessero sorgere dopo l'avvio del trattamento (v. Cass. sez. IV, 6 febbraio 1979, Andria, in *Cass. pen. mass.*, 1981, p. 548). Si ritiene che il requisito della realizzazione del rischio possa assorbire anche la valutazione che il rischio iniziale fosse irragionevole, tenuto conto del bilanciamento. Per una recente applicazione giurisprudenziale del criterio della concretizzazione, v. Cass. sez. IV, 19 maggio 2005, Pauletti, in *Ced.*, rv. 232438.

²⁰ Cfr. GALLO M., *Colpa (voce)* in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 331 ss. Queste difficoltà sono segnalate anche da una parte della dottrina medico-legale, che pone in rilievo come, nella prassi, si ponga maggiore attenzione al disvalore dell'evento che non al disvalore della condotta: «Quali parametri tecnici di riferimento autenticamente medico-legali esistono per giudicare la gravità della colpa del medico? Non sarà forse la gravità delle conseguenze morbose che alla condotta medica sono addebitate? Criteri oggettivi e seri per l'individuazione della gravità dell'eventuale colpa non sussistono, per cui la decisione resta affidata a valutazioni molto discrezionali» (FIORI A., D'ALOJA E., *In tema di cosiddetta certezza del diritto: la colpa grave del medico, ovvero in qual modo le buone intenzioni del legislatore sono state vanificate e tramutate in danno* in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 1317 ss.).

²¹ Sulla necessità della introduzione del limite della colpa grave anche come realizzazione del principio di

In particolare, se le regole cautelari esprimono, come si è già detto, il bilanciamento del «valore o [del]l'utilità dell'attività esercitata, da una parte, con il tipo e le dimensioni del possibile danno, dall'altra»²², sembra chiaro che qualsiasi opera di delimitazione normativa della responsabilità in ambito sanitario non possa che avvenire attraverso l'assegnazione, da parte dell'ordinamento, di un peso diverso all'attività potenzialmente lesiva di beni giuridici, in funzione dell'importanza della regola cautelare violata e dell'effettiva concretizzazione di tale violazione in un evento lesivo per il paziente. È solo attraverso un'adeguata gradazione dell'elemento normativo della colpa che possono, in definitiva, trovare adeguata composizione i configgenti interessi che vengono in rilievo in ambito medico.

Del resto, come osserva autorevole dottrina d'Oltralpe²³, se il «predicato della colpa grave (*Leichtfertigkeit*) è primariamente quello di una azione particolarmente pericolosa» e tuttavia la rilevanza del pericolo ai fini dell'imputazione penale dipende innanzi tutto dal significato sociale dell'attività rischiosa esercitata, la limitazione della responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria alla sola colpa grave rispecchia una tale elevazione del livello di rischio consentito, sulla base del valore sociale della attività svolta.

Un importante precedente in questa direzione può rinvenirsi nel «Progetto Pisapia» di riforma della parte generale del codice penale, laddove si fa espresso riferimento ad una possibile normativizzazione, in via generale, della colpa grave come criterio di imputazione soggettiva, stabilendo che «la colpa sia grave quando, tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell'agente, sia particolarmente rilevante l'inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili»²⁴.

Il *Progetto* elaborato dal CSGP, nel prevedere l'introduzione del criterio della colpa grave come limite della rilevanza penale della nuova fattispecie di «Morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria» (art. 590-ter c.p.), non

sussidiarietà dell'intervento penale e del principio di colpevolezza, si veda DONINI M., *Teoria del reato. Un'introduzione*, Milano, 1996, spec. p. 78, p. 368.

²² FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 255 ss.

²³ ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁸, München, 2006, p. 1094, p. 1077.

²⁴ La relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale (c.d. Commissione Pisapia, istituita con D.M. 31 luglio 2006) afferma: «In proposito si è constatato come la colpa cosciente (o con previsione) non rappresenta necessariamente una forma più grave di colpa, potendo la colpa incosciente risultare, a seconda delle circostanze, comparativamente più grave della colpa cosciente (è ben plausibile infatti considerare più grave il fatto di chi, per sconsideratezza, negligenza o indifferenza, ignora le più elementari cautele in una situazione di evidente pericolosità, rispetto a quello di chi si rappresenta una remota possibilità di verificazione di un evento lesivo). Si è dunque incentrato il nucleo della maggior gravità della colpa nella "particolare rilevanza" dell'inosservanza delle regole cautelari o della pericolosità della condotta (sul presupposto di una sua misurabilità): dati che, nella loro evidenza, si sono riflessi nella sfera dell'agente e che, comunque, costui avrebbe dovuto agevolmente percepire, sicché è elevato anche il grado di colpevolezza (art. 13, lettera f)».

trascura, peraltro, la circostanza che, se la violazione di regole cautelari comporta, per definizione, l'assunzione e la realizzazione di un rischio "irragionevole" alla luce dell'ordinamento, l'individuazione di tale sfera di irragionevolezza del comportamento colposo non può che rimandare a una valutazione in concreto – e non definibile una volta per tutte in astratto – del comportamento del soggetto in relazione ai beni lesi.

L'individuazione di una nozione di colpa grave, tale da imporsi nella prassi, non potrà, dunque, che prendere atto di questo fisiologico rimando dalla norma al caso e dal caso alla norma. E tale movimento circolare potrà essere adeguatamente "indirizzato" mediante una formula che evidenzii sia gli interessi di tutela della salute del paziente che il giudice deve prendere in considerazione, sia, dall'altra parte, gli aspetti della "condotta" del sanitario che possano contribuire a enucleare i profili di "gravità" e "irragionevolezza" del rischio realizzatosi nella situazione concreta.

Il grado di astrazione di ogni definizione possibile della colpa grave richiede dunque – anche avendo a mente l'esperienza comparatistica²⁵ – uno sforzo di approfondimento scientifico, adeguatamente inserito nel contesto del caso concreto, da parte del singolo giudice, che rimanga il più possibile legato «a criteri di accertamento riportati alla natura e alle caratteristiche dell'attività svolta ed al livello delle prestazioni concretamente esigibili dall'operatore, evitando di introdurre nell'accertamento della colpa penale limiti o parametri precostituiti che mal si conciliano con la concre-

²⁵ Quanto all'Inghilterra, la forma di responsabilità più vicina alla colpa grave è la c.d. *gross negligence*. In una sentenza relativa precisamente alla responsabilità medica si afferma che l'agente può essere considerato responsabile per *gross-negligence* soltanto qualora «la [sua] condotta sia stata così negligente in tutte le circostanze da integrare una condotta o un'omissione grave penalmente rilevante»; tale valutazione deve essere lasciata alla giuria (House of Lords, *Regina Respondent v. Adomabo*, 10 maggio – 30 giugno 1994). In Francia, dopo la riforma del 2000, esistono due nuove tipologie di colpa: *faute délibérée* e *faute caractérisée*. A detta degli stessi proponenti della riforma, la *faute caractérisée* è stata strutturata appositamente per ridurre la sfera di responsabilità penale di soggetti ricoprenti funzioni decisionali, oltre che degli stessi medici. Tale forma di responsabilità viene definita da una circolare interpretativa come: «un'imprudenza, una negligenza che presentano una caratteristica peculiare... la colpa deve presentare un certo grado di gravità, un carattere ben definito, un'evidenza particolare, un'intensità specifica. L'esigenza di una colpa caratterizzata esclude quindi le colpe lievissime e lievi, la colpa semplice, la mera distrazione». Da ultimo, in Spagna colpa grave e colpa semplice sono considerate separatamente dal legislatore; ma, nonostante le importanti conseguenze che derivano dall'ascrizione della responsabilità alle due categorie di colpa, ne manca una descrizione nel codice penale. A tale mancanza tentano di supplire la dottrina, affermando che per imprudenza grave (corrispondente alla imprudenza temeraria del precedente codice) si deve intendere «la più grave violazione dei doveri oggettivi di diligenza» (QUINTERO-OLIVARES G., MORALES-PRATS F., *Comentario al Nuevo Código Penal*, Madrid, 2004), e la giurisprudenza, piuttosto unanime non solo nel definire i contorni della colpa in generale, ma anche nel delineare i criteri differenziali tra colpa grave e lieve. A questo proposito, ad esempio, il Supremo Tribunale afferma testualmente quanto segue: «per risolvere la questione relativa al grado della colpa occorre fare riferimento sia all'elemento psicologico della stessa (dato dal poter sapere e dal poter evitare) sia all'elemento normativo (ovvero sia il dovere di diligenza richiesto). La colpa raggiunge il suo livello più alto quando *si agisce con completa disattenzione, quando si omettono le attenzioni più elementari richieste dalla situazione concreta, e si crea un'ovvia sproporzione tra lo scopo perseguito dall'agente ed il pericolo o il danno arrecati ai beni giuridici protetti*» (Tribunale Supremo, Sentenza 17 novembre 1992, p. 2).

tezza e la personalità che tale accertamento è destinato ad assumere»²⁶. L'affermazione del carattere di «regola fondamentale dell'arte medica», che dovrà essere attribuito alla norma cautelare violata, così come la qualificazione del rischio in tal modo creato dal sanitario come «manifestamente irragionevole», rappresentano gli elementi indispensabili affinché l'ordinamento, attraverso la valutazione del giudice penale²⁷, possa ritenere meritevole di sanzione penale la condotta colposa del sanitario, proprio in virtù della manifesta, evidente, macroscopica incongruità della scelta diagnostica e/o terapeutica effettuata.

Come si è anticipato nella Premessa di questa relazione, peraltro, il *Progetto* elaborato dal CSGP non vuole risolversi in una semplice riduzione dell'area dei comportamenti di *medical malpractice* penalmente rilevanti, ma punta a dar vita ad un complessivo riassetto del contenzioso legato alla gestione del rischio clinico.

In quest'ottica, rivestono particolare importanza le norme contenute ai commi 3 e 4 dell'art. 2, che fissano, per tutte le ipotesi disciplinate dalla norma (*i.e.*: tanto per le lesioni, quanto per la morte), sia la procedibilità a querela di parte (nel termine di sei mesi), sia una speciale causa di estinzione del reato, connessa al positivo completamento di uno dei percorsi di giustizia riparativa in ambito sanitario, dettagliatamente disciplinati nel Titolo III del *Progetto* (cui si rinvia).

In tale ultimo caso, viene normativamente prevista – mediante l'introduzione nel codice di procedura penale di un art. 411-*bis* – una speciale ipotesi di richiesta di archiviazione del procedimento per intervenuta estinzione del reato, da formularsi da parte del pubblico ministero, una volta sentiti il querelante e la persona sottoposta alle indagini (art. 3 del *Progetto*).

b) *Le modifiche alle disposizioni di attuazioni del codice di procedura penale di cui all'art. 4 del Progetto.* – Uno dei punti che è riconosciuto unanimemente tra i più problematici, nell'accertamento della responsabilità del sanitario, è quello relativo all'ingresso, nel contesto del processo penale, delle indispensabili conoscenze tecnico-scientifiche, mediante gli strumenti della consulenza tecnica e della perizia.

Anche su questo tema il *Progetto* elaborato dal CSGP ha ritenuto opportuno introdurre delle modifiche, contenute nell'art. 4, riformulando gli articoli 67 e 73 delle norme att. c.p.p. e prevedendo l'introduzione di un nuovo art. 73-*bis*.

La proposta di riforma nasce dalla consapevolezza che il tema della prova scienti-

²⁶ CAVE BONDI G., CIPOLLONI L., *Delitti colposi e prestazioni d'opera professionali nel progetto di riforma del codice penale* in *Riv. it. med. leg.* 1998, p. 26.

²⁷ Sembra piuttosto difficile, infatti, immaginare una ulteriore riduzione dello spazio di apprezzamento affidato al giudice, magari attraverso la cristallizzazione in protocolli vincolanti o, addirittura, in testi di legge, delle ipotesi specifiche di colpa grave: in ambito terapeutico, infatti, tali ipotesi non possono che possedere un valore sempre relativo e condizionato dalla evoluzione della prassi. Così CAVE BONDI G. - CIPOLLONI L., *op. loc. cit.*; nello stesso senso INTRONA F., *Metodologia medico-legale nella valutazione della responsabilità medica per colpa* in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 1295 ss.

fica, nei procedimenti penali per colpa medica, assume un rilievo sempre crescente, in dipendenza del carattere specialistico del sapere cui il giudice attinge nella ricostruzione del fatto. La nomina dei periti e, ancor prima, dei consulenti tecnici del pubblico ministero e delle parti private costituisce, il più delle volte, il momento risolutivo per le scelte inerenti l'esercizio dell'azione penale ovvero per il sindacato sulla colpevolezza.

La valutazione circa la competenza dell'esperto, in tale ottica, deve affidarsi a criteri di natura oggettiva, che siano definibili *ex ante* e che orientino il sapere giudiziale nell'ambito tecnico delle distinte specialità medico-chirurgiche. La necessità di garantire uno standard adeguato di competenza professionale dei tecnici rispetto all'oggetto del procedimento suggerisce, anzitutto, un'adeguata suddivisione delle competenze.

Questo risultato appare perseguibile mediante due scelte, in stretta connessione reciproca l'una rispetto all'altra. Si ritiene essenziale, in primo luogo, il ricorso alla collegialità dell'organo peritale, sì da imporre al giudice o all'inquirente la pertinenza delle competenze scientifiche richieste dal caso concreto.

Si impedisce, così, che il perito o il consulente che non siano in possesso di un adeguato grado di specializzazione tale da garantire un'appropriata capacità valutativa possano essere chiamati a esprimere una valutazione medica senza essere in possesso delle conoscenze tecnico-scientifiche più aggiornate. L'uso di parametri generalisti, propri della scienza medica di base, può dar luogo a errori valutativi di non poco momento, soprattutto laddove la patologia oggetto di cura afferisca a specialità molteplici, per natura o sequela.

Ciò impone, in seconda analisi, una scelta di tecnici afferenti a distinte scuole di specialità medica, con l'unica costante della presenza di uno specialista in medicina legale, in modo da consentire l'instaurazione di una sorta di ponte tra il *thema decidendum* e il campo medico secondo categorie non solo tecniche, bensì anche giuridiche, riguardanti – in particolar modo, ma non esclusivamente – il tema del nesso causale tra condotta (attiva/omissiva) ed evento e quello dell'accertamento della colpa e del relativo grado.

La duplice opzione, collegialità e pluralità di settori d'afferenza, ha suggerito al CSGP la modifica delle disposizioni attuative del codice di procedura penale, espressamente dedicate alla materia, in particolar modo mediante l'inserimento di una normativa speciale, da coordinare con le già presenti previsioni dettate in materia di perizia e consulenza tecnica del pubblico ministero.

Si ritiene di dover, anzitutto, inserire la nuova previsione dell'art. 73-*bis* delle norme attuative, che disciplina il collegio peritale nei procedimenti per omicidio e lesioni colpose riconducibili alla professione sanitaria (art. 4, comma 4 del *Progetto*) e che stabilisce che: «Nei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria, ai sensi dell'art. 590-*ter* c.p., il giudice, a pena di nullità, affida con ordinanza motivata l'espletamento della perizia a un collegio composto da uno specialista in medicina legale e da uno o più specialisti nelle singole

materie oggetto del procedimento, da scegliere negli elenchi e secondo le modalità di cui all'art. 67».

Come si vede, la norma sancisce il principio di collegialità e quello della pluralità di competenze, con l'espressa nomina di un esperto in medicina legale. La previsione è posta a pena di nullità dell'atto, nell'ottica di un'effettività che riempia di contenuto la discrezionalità vincolata dell'autorità giudiziaria.

Si tratta, dunque, di una previsione non avente esclusiva valenza organizzativa del lavoro giudiziario, bensì destinata a incidere in maniera diretta sulle modalità di ricostruzione del fatto demandate al giudice, e – di conseguenza – coperte dalla sanzione processuale della nullità per il caso dell'inosservanza.

In chiusura, l'art. 73-*bis* norme att. c.p.p. richiama la previsione dell'art. 67 norme att., anch'essa in parte emendata, per la determinazione delle modalità di scelta dei periti che siano in possesso di specifiche conoscenze tecniche: il giudice, per il combinato disposto degli artt. 221 c.p.p. e 67, comma 2 norme att. c.p.p., ha l'obbligo di scegliere il perito tra gli iscritti nell'apposito albo e, nell'impossibilità di trovare esperti nella materia di cui si controverte, ovvero qualora siano richieste particolari competenze nella specifica disciplina, può sceglierlo in modo autonomo, individuando preferibilmente una persona che svolga la propria attività professionale presso un ente pubblico.

La norma dell'art. 73-*bis* prevede che in ogni caso, e quindi senza eccezione alcuna, la nomina del collegio peritale nei procedimenti per fatti di cui all'art. 590-*ter* c.p. avvenga in forma di ordinanza motivata: l'organo giurisdizionale è tenuto a indicare in modo specifico le ragioni della propria scelta, a pena di nullità relativa del provvedimento.

Secondo il disegno suesposto è poi da ripensare la modalità di formazione dei cataloghi peritali di area medica: gli elenchi degli esperti in medicina legale, psichiatria e altre specialità mediche dovranno essere forniti e periodicamente aggiornati dalle società scientifico-professionali di appartenenza, in modo da consentire un ricambio periodico effettivo e la scelta dei esperti che garantiscano un maggior affidamento anche sotto il profilo dell'aggiornamento e della competenza (art. 4, comma 1).

Le garanzie previste per la formazione del collegio peritale valgono, nella prospettiva di riforma, anche per la consulenza tecnica disposta dal pubblico ministero, di regola nella fase delle indagini preliminari (art. 4, comma 3, del *Progetto*). La frequente non ripetibilità dell'accertamento compiuto dalla parte pubblica per il tramite degli esperti e la rilevanza della dinamica dialettica dell'incidente probatorio impongono l'estensione dei criteri già enunciati anche all'organo inquirente, la cui ricerca è finalizzata, anzitutto, a sciogliere l'alternativa azione/inazione. In tal senso si spiega la proposta di modifica dell'articolo 73 norme att. c.p.p., mediante l'inserimento di un nuovo comma, finalizzato a rendere pienamente operative le disposizioni di cui agli articoli 67 e 73-*bis* anche nel caso di consulenza tecnica investigativa ovvero peritale.

Si è ritenuto opportuno, da ultimo, eliminare dal testo dell'art. 73, comma 1 norme att. c.p.p. l'inciso «di regola», in modo da rendere del tutto speculare la modalità di nomina dei consulenti tecnici da parte del pubblico ministero rispetto a quella periti: anche gli esperti della pubblica accusa, pertanto, dovranno soddisfare i criteri di collegialità e pluralità delle competenze (art. 4, comma 2).

4. Titolo III: Giustizia riparativa

Il Titolo III del *Progetto di riforma* consta di ventuno articoli, suddivisi in tre capi, e rappresenta il naturale completamento, in un'ottica di equilibrata disciplina del fenomeno della *medical malpractice* e di efficace contrasto ai comportamenti di medicina difensiva, delle previsioni contenute nel Titolo II e illustrate in precedenza.

a) *La giustizia riparativa nel disegno politico-criminale del progetto.* – L'impianto politico-criminale del *Progetto* ha suggerito l'introduzione di un sistema di «giustizia riparativa», da cui dipende il prodursi dell'effetto estintivo del (nuovo) reato di «morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria» (art. 2 del *Progetto*).

La disciplina del Titolo III si ispira ai principi internazionali in materia, espressi nelle raccomandazioni delle Nazioni Unite²⁸ e del Consiglio d'Europa²⁹, nel rispetto altresì di quanto disposto dalla Decisione Quadro 2001/220/GAI del Consiglio dell'Unione Europea relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale³⁰.

Si ricorda fin d'ora che, secondo la definizione delle Nazioni Unite, con *restorative justice in criminal matters* si fa riferimento a procedimenti nei quali «la vittima e il reo e, se opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità, leso da un reato, partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore»³¹.

²⁸ UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, Risoluzione n. 12/2002, recante i *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*.

²⁹ CONSIGLIO D'EUROPA, *Raccomandazione 99(19)* concernente la *Médiation en matière pénale*, adottata dal Comitato dei Ministri nel settembre 1999.

³⁰ Per un breve commento alle fonti internazionali, cfr. CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e Nazioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, n. 6, p. 772-776; più ampiamente: MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; MAZZUCATO C., *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, 2005, p. 123 ss.; EAD., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in Picotti L., Spangher G. (a cura di), *Verso una giustizia penale «conciliativa». Il volto delineato dalla Legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 85 ss.

³¹ UN *Basic Principles*, I, § 2: «Restorative process means any process in which the victim and the offender and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative justice may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles».

In estrema sintesi, e ricorrendo ancora una volta ai *Basic Principles* dell'ONU, la giustizia riparativa consente alle parti di pervenire a risposte concordate «quali la riparazione, le restituzioni, le attività socialmente utili, aventi lo scopo di corrispondere ai bisogni individuali e collettivi e alle responsabilità delle parti e di realizzare la reintegrazione della vittima e del colpevole»³².

L'opzione a favore di un sistema di giustizia riparativa, e non di un organo di conciliazione stragiudiziale volto a favorire il mero componimento transattivo delle controversie, è motivata da ragioni politico-criminali e criminologiche che più avanti verranno chiarificate. È utile fin d'ora segnalare che, con questa opzione, il metodo riparativo di risoluzione del conflitto qui proposto viene iscritto all'interno degli scopi tipici di un sistema penale "orientato alle conseguenze", fuggendo – a garanzia di soggetti attivi e persone offese – il pericolo di improprie derive verso privatizzazioni negoziali e monetizzazioni di vicende pur sempre penalmente rilevanti.

Quello qui illustrato è infatti un sistema per l'appunto di *restorative justice in "criminal" matters*, dove cioè le ipotesi che danno causa tipicamente ai programmi riparativi sono dei reati e dove questo modello di giustizia si fa carico di fornire una risposta – costruttiva – a responsabilità propriamente penali.

Si tratta di un elemento distintivo di particolare novità, non solo – in tutta evidenza – rispetto all'ordinamento italiano vigente, ma anche in rapporto ad altri ordinamenti che hanno sì optato per metodi alternativi di risoluzione delle controversie, nel quadro però di una responsabilità medica di pertinenza della *tort law* (es. Stati Uniti) o nel quadro di un ricorso a tali strumenti limitato ai soli profili non penali di fatti pur qualificati come criminosi (es. Francia). Si osservi, inoltre, che la "giustizia riparativa in ambito sanitario" di cui al *Progetto* del *CSGP* non si colloca neppure nell'alveo della "difesa civica" per l'efficienza dell'amministrazione sanitaria, non essendo in nulla simile a uno "sportello" a disposizione del cittadino nei rapporti con l'azienda ospedaliera, né di un "tribunale del malato".

Con la scelta di innovare le modalità di risposta ai reati nascenti da responsabilità medica, grazie alla previsione di strumenti riparativi "in ambito penale", il *Progetto* del *CSGP* concilia le istanze che hanno motivato la diffusione di pratiche alternative di *dispute resolution*³³, con la funzione di orientamento culturale alla rilevanza dei beni giuridici offesi svolto dai precetti penali. A ciò si aggiunga che la collocazione penalistica dell'intero sistema non si accompagna a finalità repressive, bensì reca il corredo di garanzie tipiche dell'intervento penale, a ulteriore tutela di soggetti attivi e passivi.

³² UN *Basic Principles*, I, § 3: «Restorative outcome means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcome includes responses and programmes such as reparation, restitution, and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender».

³³ Su cui v. *infra*, par. 4, lett. b).

Ciò premesso, il progetto si pone in linea di continuità con le macro tendenze evolutive più interessanti espresse da diversi ordinamenti stranieri. In Australia³⁴, Nuova Zelanda³⁵, Gran Bretagna³⁶ e, per certi versi, negli Stati Uniti³⁷, la disciplina del settore medico-sanitario, in risposta agli eventi avversi e ai casi di *malpractice*, si muove verso l'adozione di politiche premiali di «*open disclosure*»³⁸, unite all'incentivazione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie per attenuare le distorsioni derivanti da un eccesso di contenzioso che induce il professionista sanitario a pratiche difensive e trascura, paradossalmente, le implicazioni umane tipicamente connesse agli episodi di responsabilità medica.

Simile modello trova eco anche nell'Europa continentale: in Francia, per esempio, la cosiddetta *Loi Kouchner*³⁹, nel riformare il *Code de la santé publique*, ha introdotto apposite procedure di composizione amichevole delle controversie⁴⁰, mentre in Belgio

³⁴ Cfr. BRAITHWAITE J., HEALY H., DWAN K., *The Governance of Health Safety and Quality: A Discussion Paper*, Commonwealth of Australia, 2005. Il documento offre una sintetica declinazione nel contesto sanitario dei modelli cooperativi di *regulation* ed *enforcement* già illustrati, nel quadro di una sapiente integrazione "piramidale" di strumenti di persuasione e di (residuale) repressione, in AYRES I., BRAITHWAITE J., *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York, 1992, nonché in BRAITHWAITE J., *Restorative Justice & Responsive Regulation*, New York, 2001. Le tesi di Braithwaite *et al.* sono riprese e raccomandate dalla Organizzazione mondiale della Sanità, nel recente *paper, Enforcement of Public Health Legislation*, WHO – Western Pacific Region, Geneve, 2006.

³⁵ In Nuova Zelanda, un programma assicurativo nazionale, grazie al quale il danno subito viene "socializzato" con ricadute contenute sul personale sanitario (*Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act* (2001), riformato nel 2008: www.legislation.govt.nz), fa da contorno alla tutela dei pazienti lesi da condotte di *medical malpractice*, tutela centrata sulla figura di un *ombudsman* indipendente (*Health and Disability Commissioner*) cui sono demandati compiti di composizione delle controversie (inclusa la mediazione) e di impulso al miglioramento dell'efficienza medica, mediante poteri di segnalazione, ispettivi e di indirizzo: cfr. *Health and Disability Commissioner Act* (1994), Parts 2-4 e il relativo *Code of Health and Disability Services Consumers' Rights* (per entrambi è in corso, nel 2009, la prescritta procedura di revisione quinquennale: www.hdc.org.nz). Cfr., anche per i profili critici, OLIPHANT K., *Beyond Misadventure: Compensation for Medical Injuries in New Zealand*, in *Med. L. Rev.*, 2007, vol. 15, p. 357.

³⁶ Cfr. *Pre-Action Protocol for Clinical Disputes*, 1998 (in particolare la quinta sezione dedicata ad *Alternative Approaches to Settling Disputes*), *Access to Justice Act*, 1999.

³⁷ Numerosi Stati hanno adottato il ricorso preliminare, obbligatorio o facoltativo, a forme di *arbitration* o ad appositi *medical mediation panels* (fra gli altri: Wisconsin, Pennsylvania, Connecticut, ecc.). Si ricorda anche l'interessante progetto di legge *National Medical Error Disclosure and Compensation (MEDiC) Program – Medic Act*, presentato nel 2005 dagli allora senatori Hillary Clinton e Barack Obama, giunto al *Committee on Health, Education, Labor, and Pensions*, ma non all'esame definitivo del Congresso (cfr. <http://thomas.loc.gov/>). Tra le previsioni di cui al MEDiC Program, vi è l'obbligo in capo al medico di «disclose the matter to the patient, and offer to enter into negotiations for fair compensation to the patient. The terms of negotiation for compensation assure confidentiality, protection for any apology made by a health care provider to the patient within the negotiation period, a patient's right to seek legal counsel, and allow for the use of a neutral third party mediator to facilitate the negotiation».

³⁸ AUSTRALIAN COMMISSION ON SAFETY AND QUALITY IN HEALTH CARE, *Open disclosure Standard. A National Standard for Open Communication in Public and Private Hospital, Following an Adverse Event in Health Care*, Commonwealth of Australia, 2003(2006).

³⁹ Loi n. 2002-303 du 4 mars 2002.

⁴⁰ *Code de la santé publique*, Section 2: *Procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affec-*

la legge annovera espressamente, tra i diritti del paziente, quello di ricorrere a una «funzione di mediazione»⁴¹.

Il trend evolutivo evidenzia un ulteriore elemento importante ai fini di questo progetto: il superamento della prospettiva meramente risarcitoria (e dunque transattiva), troppo legata ancora all'idea di un contenzioso "monetario" che può schiacciare il medico e lasciare comunque insoddisfatte le vittime. Simile tendenza a superare la conciliazione a favore della *restorative justice* rappresenta di per sé uno slittamento verso interessi e scopi più "penalistici", ancorché non punitivi, ed è motivata dalle forzature e dalle insidie di una gestione "civilistica" di questi peculiari conflitti, oltre che da una attitudine marcata, in molti ordinamenti (non solo di *common law*), a "socializzare" i danni subiti dai pazienti grazie ad appositi fondi e strumenti assicurativi, con l'effetto di riconfigurare secondo nuove dinamiche le parti della controversia civile⁴².

Emerge in ogni caso l'attenzione per pratiche propriamente riparative e modelli di giustizia "correttiva", fino al concetto di «*therapeutical jurisprudence*»⁴³. In altre paro-

tions iatrogènes ou d'infections nosocomiales. Si vedano in particolare gli artt. L1142-4 ss., recanti la disciplina dell'apposita «commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales» incaricata della composizione stragiudiziale delle controversie che coinvolgono chiunque si ritenga «victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins» (art. L. L1142-7). La commissione può avvalersi di mediatori esterni, cui delegare in tutto in parte i propri compiti (art. L.1142-5). Sull'esperienza della mediazione in ambito sanitario in Francia, cfr. ROCHANT H., CHEVALIER P., *La médiation médicale à l'hôpital. Un autre regard*, Lamarre, 2008.

⁴¹ *Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient*, Art. 11: «§ 1er. Le patient a le droit d'introduire une plainte concernant l'exercice des droits que lui octroie la présente loi, auprès de la fonction de médiation compétente. § 2. La fonction de médiation a les missions suivantes: 1° la prévention des questions et des plaintes par le biais de la promotion de la communication entre le patient et le praticien professionnel; 2° la médiation concernant les plaintes visées au § 1er en vue de trouver une solution; 3° l'information du patient au sujet des possibilités en matière de règlement de sa plainte en l'absence de solution telle que visée en 2°; 4° la communication d'informations sur l'organisation, le fonctionnement et les règles de procédure de la fonction de médiation; 5° la formulation de recommandations permettant d'éviter que les manquements susceptibles de donner lieu à une plainte, telle que visée au § 1er, ne se reproduisent. § 3. Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres les conditions auxquelles la fonction de médiation doit répondre en ce qui concerne l'indépendance, le secret professionnel, l'expertise, la protection juridique, l'organisation, e fonctionnement, le financement, les règles de procédure et le ressort».

⁴² Interessante appare la disposizione di un'altra recente legge belga, la *Loi 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé*, dedicata ai profili di responsabilità civile, assicurativi e all'istituzione dei *Fonds des accidents soins de santé*, il cui art. 7, nel prevedere in via di principio la preclusione di qualsiasi azione giuridica nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, dispone altresì che la costituzione di parte civile nel procedimento penale per colpa medica non sia consentita «que pour autant que celle-ci tende à une condamnation d'un dédommagement moral à un euro symbolique».

⁴³ GREENE E., *Can we talk? Therapeutical Jurisprudence, Restorative Justice, and Tort Litigation*, in BORNSTEIN B., WIENER R.L., SCHOPP R., WILLBORN S. (Eds.), *Civil Juries and Civil Justice. Psychological and Legal Perspectives*, New York, 2008, p. 233 ss.; KING M.S., *Non-adversarial justice and the coroner's court: A proposed therapeutic, restorative, problem-solving model*, in *J. Law&Med.*, 2008, vol. 16(3), p. 442-457; TODRES J., *Toward Healing and Restoration for All: Reframing Medical Malpractice Reform*, in *Conn. L. Rev.*, 2006, vol. 39, p. 667-737. Già in precedenza, le «mode thérapeutique» come connotato delle pratiche di mediazione (in contrapposizione al «mode négociaire») era stato segnalato da BONAFÉ-SCHMITT J.P. nel noto volume, *La médiation: une justice douce*, Paris, 1992, p. 183 ss.

le: si riscontra un vivo interesse per strumenti maggiormente capaci di garantire risposte adeguate ai bisogni reali dei soggetti offesi e dei loro congiunti (non certo riducibili al mero profilo economico-risarcitorio)⁴⁴ e di tenere nella necessaria considerazione, al contempo, i vissuti umani e professionali dei medici e i contesti complessi e “incerti” nei quali questi ultimi operano. Così, per esempio, in Nuova Zelanda, l'*Health and Disability Commissioner* promuove la risoluzione dei conflitti in ambito sanitario⁴⁵ concentrandosi sui profili non risarcitori dei medesimi: dalla composizione della controversia, le persone offese (comunque garantite da una copertura assicurativa nazionale) ricevono risposte in ordine alle cure ricevute, eventuali scuse scritte per la violazione delle disposizioni del *Code of Patients' Rights*, oltre alla certezza che al sanitario verrà richiesto di svolgere un percorso di revisione e miglioramento del suo operato o (nei casi più gravi) di sottoporsi a incontri di verifica avanti a un collegio di specialisti, anche in sede disciplinare⁴⁶.

Intriso di componenti riparative è già il prioritario obiettivo – caro a chiunque, dal lato attivo o passivo, si è trovato coinvolto in fatti di colpa medica – di istituire un sistema in grado di evitare il ripetersi degli eventi lesivi, grazie all'apprendimento e all'educazione dagli errori, nonché all'implementazione di procedure per correggerli. Esplicita in tal senso, fra altre, la legge belga che assegna alla «funzione di mediazione» in ambito sanitario anche compiti di raccomandazione «*permettant d'éviter que les manquements susceptibles de donner lieu à une plainte, ..., ne se reproduisent*»⁴⁷.

Non sorprende allora che nel panorama internazionale, tra i programmi di *restorative justice* frequentemente citati in relazione al contesto sanitario⁴⁸, compaia la pro-

⁴⁴ Si veda, fra gli altri, per il Regno Unito: *Lord Woolf's Recommendations on Medical Negligence and Protocols in his Access to Justice Final Report 1996*, p. 4, nel quale Lord Woolf riconosce che «most patients probably want: (A) impartial information and advice, including an independent medical assessment; (B) fair compensation for losses suffered; (C) a limited financial commitment; (D) a speedy resolution of the dispute; (E) a fair and independent adjudication; (F) (sometimes) a day in court». Cfr. inoltre BISMARCK M., DAUER E., PATERSON R., STUDDERT D., *Accountability sought by patients following adverse events from medical care: the New Zealand experience*, in *CMAJ*, 2006, vol. 175(8), p. 889-894: dai risultati di questo studio emerge l'importanza degli interessi “non patrimoniali” nella motivazione delle persone offese ad agire nei confronti dei medici; gli Autori rimarcano come l'esigenza “correttiva” di evitare il ripetersi di analoghi eventi ad altre persone sia decisiva per le vittime.

⁴⁵ Anche mediante il ricorso a incontri di mediazione o *conferences* (mediazioni allargate a diversi soggetti): cfr. section 61, *Health and Disability Commissioner Act*.

⁴⁶ PATERSON R., *The Patients' Complaints System In New Zealand. A unique system that addresses individual complaints and then uses the remedies to improve everyone's health care*, in *Health Affairs*, 2007, vol. (21)3, p. 74.

⁴⁷ Art. 11 § 2me, 5°. Analogo compito spetta anche, per citare un altro esempio, all'*Health and Disability Commissioner* neozelandese, il quale è incaricato di «make recommendations to any appropriate person or authority in relation to the means by which complaints involving alleged breaches might be resolved and further breaches avoided»: cfr. *Health and Disability Commissioner Act*: section 14(1)(g).

⁴⁸ Così, BRAITHWAITE J. ET AL., *The Governance of Health Safety and Quality*, cit.; MCNEIL C.B., *Introduction and Premises: The Apology and Medical Malpractice*, in *Restorative Directions Journal*, 2006, p. 1-21. Si veda anche la *National Health Service (NHS) Complaints Procedure* del Regno Unito, «designed to provide patients with an explanation of what happened and an *apology* if appropriate. It is not designed to provide com-

cedura più semplice: l'*apology*⁴⁹. Le scuse formali rivolte dall'autore del comportamento lesivo al soggetto offeso corrispondono invero alle finalità promozionali assolute da sistemi che premiano la trasparenza sugli eventi avversi: per formulare l'*apology*, il medico deve sottoporre a revisione la propria condotta, analizzando ciò che avrebbe dovuto fare nel rispetto delle regole dell'arte, in vista dell'impegno a lasciarsi "rieducare" dall'infausta esperienza occorsa, così da non riprodurla⁵⁰.

Unità di gestione del rischio clinico (art. 30 del *Progetto*, su cui vd. *infra*, par. 5) e giustizia riparativa in ambito sanitario rappresentano, nel *Progetto* qui illustrato, due profili della stessa innovativa logica politico-criminale giocata su una regolazione "dinamica" e "responsiva" del rischio clinico e, dunque, su forme di prevenzione "consensuale" della responsabilità penale derivante da colpa medica. L'unità di *risk management* e la giustizia riparativa sono sorrette da un identico intento: favorire rispettivamente il non verificarsi e il non ripetersi di eventi lesivi/pericolosi nell'esercizio della professione medico-chirurgica, senza tentare (per lo più inutilmente) di impedirli sotto la (sola) minaccia di sanzioni o di punirli una volta accaduti.

L'Unità di *risk management* rappresenta *ex ante*, in termini organizzativi e di gestione interna dell'ente, ciò che la giustizia riparativa esprime a valle di un evento avverso colposamente cagionato, in termini di responsabilizzazione del medico e, ove occorra, dell'*équipe*, del reparto o dell'intera struttura sanitaria.

La causa estintiva del reato, *ex art. 590-ter* ultimo comma (art. 2 del *Progetto*), è connessa a condotte riparatorie, ad attività conformative e alla collaborazione con l'Unità di gestione del rischio clinico scaturenti dalla partecipazione del professionista sanitario a un programma di *restorative justice* (art. 7, 21, 30 lett. d). Tale previsione incentiva comportamenti virtuosi da parte del medico: a tutto vantaggio della prevenzione (generale e speciale) delle condotte colpose incriminate, e dunque della sicurezza dei malati, come pure a vantaggio dei medici tutelati dall'incombere di un rischio penale foriero di atteggiamenti difensivi.

pensation for cases of negligence. However, patients might choose to use the procedure if their only, or main, goal is to obtain an explanation, or to obtain more information to help them decide what other action might be appropriate».

⁴⁹ *L'apology* è stata inserita nell'elenco degli strumenti appartenenti al "paradigma riparativo" presentato dall'*International Scientific and Professional Advisory Board* (ISPAC) al *X Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei rei* (Vienna, 2000): sul punto, CERETTI A., DI CIÒ F., MANNOZZI G., *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, in Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Milano, 2001, p. 313.; MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, p. 126 ss.

⁵⁰ BRAITHWAITE J. et al., *The Governance of Health Safety and Quality*, cit.: «A meeting might be held between health professionals and family, with guidance from the National Standard for Open Disclosure that sets out principles that contain elements of restorative justice. When restorative justice works, an apology fosters a culture of forgiveness, which is more conducive to learning from mistakes than a culture of defensiveness that kills off learning by tolerating cover up. Further, the evidence is that apologies from health practitioners that are perceived as sincere do reduce tort litigation (*i.e.* suing doctors and hospitals)».

In questa prospettiva, sia l'Unità di gestione del rischio clinico sia il sistema di giustizia riparativa sono pensati come realtà che devono operare tenendo conto – in modo non formale – della difficoltà e della complessità specifiche della professione sanitaria, troppo banalmente dimenticate dalle criteriologie correnti di responsabilità penale e civile cui gli esercenti tale professione sono quotidianamente esposti.

b) *Le ragioni della scelta a favore di un sistema di giustizia riparativa in ambito sanitario.* – I fatti da cui origina la responsabilità civile e penale del medico sono molto particolari: coglierne la specificità aiuta a comprendere perché la giustizia riparativa può rappresentare una risposta particolarmente efficace alla domanda di giustizia che si leva dai malati, dai medici, dai congiunti⁵¹, e a spiegare ulteriormente le ragioni che ne hanno motivato l'inserimento nel *Progetto* elaborato dal CSGP.

Sono qui in gioco beni giuridici primari – la vita, l'integrità fisica, la salute – i quali fra l'altro vengono "affidati" al medico, all'interno di una relazione particolarissima, non paritaria, fondata sulla fiducia e, se vogliamo, sulla speranza⁵². Se è tipico di ogni vittima sentire un pungente senso di tradimento⁵³ a seguito del reato, le persone offese da condotte di cd. colpa medica si sentono doppiamente tradite. O meglio tradite proprio da chi, in qualche misura, aveva loro "promesso" una cura, talvolta persino una guarigione.

Il contenuto disvalore penale delle lesioni e dell'omicidio colposi (rispetto alle corrispondenti ipotesi dolose) non ha nulla a che vedere con la percezione di gravità e con i sentimenti feriti delle vittime e dei loro familiari, il che contribuisce a radicalizzare la posizione delle persone offese, spinte a strategie processuali non di rado aggressive, a reclamare le risposte sanzionatorie più severe e a pretendere risarcimenti ingenti cui si attribuisce il compito di misurare e mostrare la severità di quanto accaduto.

Ma i soggetti passivi degli illeciti in questione sono, generalmente, individui che nutrono vissuti di ingiustizia e di tradimento già a causa della malattia che, per l'appunto, li ha resi in qualche modo vittime anche della vita o della sorte. Non è escluso che, con l'azione giudiziaria, essi intendano, inconsciamente, chiamare il medico a rispondere perfino dell'infermità che li ha colpiti o del decorso infausto della loro patologia.

⁵¹ Per un primo approfondimento, si rinvia a DUBLER N.N., LIEBERMAN C.B., *Bioethics Mediation. A Guide to Shaping Shared Solutions*, United Hospital Fund of New York, New York, 2004; FARBER POST L., BLUSTEIN J., NEVELOFF DUBLER N., *Handbook for Health Care Ethics Committees*, Baltimore, 2006, pp. 140-150.

⁵² Per l'approfondimento di tali complessi profili, occorre riferirsi agli studi di antropologia medica, fra cui per esempio PIZZA G., *Antropologia medica. Saperi, pratiche e politiche del corpo*, Roma, 2005. Evocativo, per gli intrecci con i temi del progetto, il riferimento dell'A. al medico come «mediatore della guarigione» (p. 216 ss.).

⁵³ Per l'approfondimento, si rinvia a CERETTI A., *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Milano, 2000, p. 793 ss.; nonché ID., *Vita offesa, lotta per il riconoscimento e mediazione*, in Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di soluzioni alternative delle controversie*, Milano, 2001, p. 57 ss.

Dal versante del medico, l'altro polo della «molecola criminale»⁵⁴, tutto appare diverso: i sentimenti, i vissuti e le prospettive sono capovolti.

Del resto, nel reato colposo – per definizione – l'evento lesivo non è voluto. Così, l'autore delle condotte colpose ha spesso un profondo bisogno di spiegarsi e, per certi aspetti, di vedere riconosciute delle “ragioni” ovvero di poter mostrare alla controparte le proprie reali intenzioni e i propri – magari maldestri o persino inopportuni – sforzi volti ad attenuare le conseguenze dannose del reato.

Si tratta di un'altra peculiarità della responsabilità medica: l' esercente la professione sanitaria, che ha il compito di guarire, curare, alleviare le sofferenze ecc., si muove in verità in costante esposizione al rischio dell'errore e dell'evento avverso e a operare nell'ambito di organizzazioni complesse, non sempre efficienti.

Queste brevi osservazioni bastano forse a chiarire il livello di conflittualità e, comprensibilmente, il grado di emotività che circonda le vicende giudiziarie del settore e aiutano a cogliere quanto un percorso di giustizia riparativa, libero e volontario, possa ospitare un confronto tra le parti proprio sui temi umanamente decisivi in gioco, in vista di una riparazione che potrebbe persino contribuire a riannodare l'alleanza tra quel paziente e, come minimo, la classe medica. Non altrettanto può dirsi per il procedimento penale o civile che finisce per radicalizzare la conflittualità, innescando dinamiche difensive che non contribuiscono alla prevenzione e non favoriscono certo lo scambio di gesti significativi tra le parti. Del pari, anche le procedure conciliative in senso stretto, spersonalizzano la controversia rendendola oggetto di una giustizia di tipo negoziale, se vogliamo “mercantile”.

Tra gli obiettivi della *restorative justice*, invece, trovano posto la “riparazione dell'offesa” nella sua “dimensione globale” (vale a dire anche nei suoi profili esistenziali ed emozionali), il riconoscimento delle vittime⁵⁵, la (auto)responsabilizzazione dell'autore della condotta lesiva, il coinvolgimento della comunità (nella specie: i familiari dell'offeso, i colleghi dell'*équipe* medico-chirurgica, gli organi direttivi dell'ospedale) nel procedimento di riparazione delle conseguenze del fatto e nella prevenzione

⁵⁴ FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 287 ss.

⁵⁵ Innumerevoli le raccomandazioni internazionali dirette a indicare i programmi di mediazione e giustizia riparativa quali utili risorse, fra altre, per offrire un adeguato sostegno alle vittime di reato: tra le più rilevanti, Consiglio dell'Unione Europea, *Decisione Quadro sulla posizione delle vittime nei procedimenti penali*, art. 10, che impone agli Stati membri di provvedere a «promuovere la mediazione nell'ambito dei procedimenti penali per i reati» ritenuti idonei per questo tipo di misura e a «garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione nell'ambito di procedimenti penali vengano presi in considerazione»; Consiglio d'Europa, *Raccomandazione (2006)8 sull'assistenza alle vittime di reato*, § 13, che sollecita a «prendere in considerazione i potenziali benefici della mediazione riguardo alle vittime» (così, in sostanza, già la *Raccomandazione R (85)11 sulla posizione della vittima nel quadro del diritto e della procedura penali*: § G. II.1); ONU, *Dichiarazione dei Principi Base di giustizia per le vittime dei reati e degli abusi di potere*, 1985, § 7, che invita a ricorrere a percorsi informali per la risoluzione delle controversie per favorire la riparazione e il recupero delle vittime («informal mechanisms for the resolution of disputes, including mediation, arbitration and customary justice or indigenous practices, should be utilized where appropriate to facilitate conciliation and redress for victims»).

ne, l'innalzamento degli «standard di cultura civica»⁵⁶ (nella specie: la promozione di una cultura sanitaria meno difensiva).

La mediazione e i programmi di giustizia riparativa offrono, in particolare, alla persona offesa uno spazio nel quale poter essere accolta, riconosciuta e aiutata a riguadagnare progressivamente il controllo sulla propria vita e sulle proprie emozioni, superando gradualmente eventuali sentimenti di rancore o di sfiducia⁵⁷.

Il dialogo libero consentito (solo) da un programma di *restorative justice* consente alle parti di spiegarsi, senza trascurare quei “particolari” esistenzialmente significativi che fanno della vicenda un *unicum*, e di ricomporre delle ragioni. La reciproca fiducia, tanto decisiva nell'alleanza terapeutica, può essere piano piano ricostruita dandosi nuovamente delle “regole” – a partire dalla riscoperta del precetto penale e delle *leges artis* che sarebbe stato necessario osservare per prevenire l'evento lesivo. Quel non aver fatto ciò che era possibile e doveroso fare viene messo in comune dentro un confronto che volge verso un atto di riparazione aperto al futuro.

Le condotte riparatorie consisteranno presumibilmente, nella maggior parte dei casi, nelle scuse non disgiunte dall'assunzione di impegni comportamentali (attività conformative) o da attività socialmente utili, volte per lo più a segnalare la presa di distanza dalla condotta colposa e a garantirne la prevenzione.

Si osservi, comunque, che i programmi di giustizia riparativa contemplati nel progetto possono includere una fase negoziale-transattiva avente ad oggetto la ripara-

⁵⁶ Per un'analisi di tali obiettivi, si rinvia a CERETTI A., DI CIÒ F., MANNOZZI G., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., pp. 311-312. Più ampiamente: UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, New York, 2006, p. 9 ss. che elenca i seguenti obiettivi: «a) supporting victims, giving them a voice, encouraging them to express their needs, enabling them to participate in the resolution process and offering them assistance; (b) repairing the relationships damaged by the crime, in part by arriving at a consensus on how best to respond to it; (c) denouncing criminal behaviour as unacceptable and reaffirming community values; (d) encouraging responsibility taking by all concerned parties, particularly by offenders; (e) identifying restorative, forward-looking outcomes; (f) reducing recidivism by encouraging change in individual offenders and facilitating their reintegration into the community; (g) identifying factors that lead to crime and informing authorities responsible for crime reduction strategy».

⁵⁷ I dati ricavabili dalla più che trentennale esperienza statunitense nel campo generico della *restorative justice in criminal matters* sono confortanti: i livelli di gradimento e soddisfazione da parte di vittime e autori di reato sono particolarmente elevati. Questo dato è confermato anche da alcune ricerche italiane. Gli studi empirici evidenziano inoltre effetti positivi di riduzione della recidiva. Si è poi riscontrato che la diffusione della cultura riparativa favorisce l'iniziativa delle persone offese le quali, negli Stati Uniti per esempio, richiedono e attivano direttamente i programmi di *restorative justice*, preferendoli significativamente ad altri servizi loro offerti. Sul punto cfr. UMBREIT M.S., VOS B., COATES R.B., LIGHTFOOT E., *Restorative Justice in the Twenty-First Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls*, *Marquette Law Rev.*, 2005, vol. 89, p. 251 ss.; UMBREIT M.S., *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, San Francisco 2001; ID., *Impact of Victim-Offender Mediation in Canada, England and the United States*, in *The Crime Victims Report*, 1998. Per le ricerche empiriche italiane: CERETTI A., DI CIÒ F., *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano. Un'indagine quantitativa e qualitativa*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, n. 3, p. 99 ss.; MASTROPASQUA I., CIUFFO E., *L'esperienza della mediazione penale nei servizi della Giustizia Minorile. Indagine su un anno di attività*, in A. Mestitz (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, 2004, p. 111 ss.

zione materiale e/o il risarcimento del danno (art. 7 del *Progetto*). Tali questioni, però, vengono trattate nelle fasi conclusive del programma, fasi cui si approda solo dopo il confronto, a ben altri livelli, sul tema dell'offesa e della domanda di giustizia (art. 18, comma 1, lett. d). Anche il risarcimento del danno diventa così il risultato di un percorso di riconoscimento tra le parti e di riflessione critica sulla condotta colposa; la prestazione risarcitoria si carica, quindi, di significati comunque riparativi, più penalistici che civilistici⁵⁸, e in tal senso è idonea a concorrere all'estinzione del reato di «morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria».

c) *Le norme che compongono il Titolo III del Progetto*. – Il Titolo III del *Progetto di riforma* si compone di tre capi: il primo ha carattere generale e disciplina principi e tipologie di programmi di giustizia riparativa. I successivi capi riguardano l'applicazione della giustizia riparativa allo specifico ambito sanitario, prevedendo l'istituzione di una Commissione *ad hoc* presso ogni distretto di Corte d'Appello (Capo II - «Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario», d'ora in avanti Commissione) e il funzionamento dei programmi di giustizia riparativa, con gli opportuni raccordi al procedimento penale (Capo III).

L'articolato offre una disciplina senza precedenti nell'ordinamento italiano, dove ancora la giustizia riparativa *tout court* non è espressamente disciplinata⁵⁹, nonostante i vincoli imposti dalla citata Decisione Quadro dell'Unione europea⁶⁰, le più recenti sollecitazioni del Consiglio d'Europa⁶¹ e pur essendo stati istituiti negli ultimi anni appositi «uffici» o «centri» di mediazione penale e/o giustizia riparativa mediante

⁵⁸ Il settimo considerando della *Decisione Quadro 2001/220/GAI* rammenta opportunamente che «le disposizioni in materia di risarcimento e di mediazione», di cui alla Decisione stessa, «non riguardano le soluzioni che sono proprie del procedimento civile».

⁵⁹ Non è possibile, in questa sede, dar conto invece delle scelte dei legislatori europei in materia di mediazione reo-vittima o di altri programmi riparativa, strumenti compiutamente incorporati ormai negli ordinamenti giuridici di molti Paesi, fra cui Austria, Germania, Francia, Belgio, Gran Bretagna. Si rinvia, per una sintetica (ma piuttosto accurata e recente) illustrazione, Stato per Stato, al saggio di PELIKAN C. (già componente dell'Experts Committee che ha predisposto la citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa) e TRENCEZEC T., *Victim Offender Mediation and Restorative Justice. The European Landscape*, in Sullivan D., Tiff L. (Eds.), *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, London-New York, 2006, p. 63 ss. Per una più ampia ricognizione comparatistica, si rinvia a MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, cit., con particolare riguardo alla Sezione II e *ivi* a p. 197 ss.

⁶⁰ *Decisione Quadro 2001/220/GAI* che, quanto all'art. 10 in tema di mediazione reo-vittima, prevedeva il termine del 22 marzo 2006 per ottemperare all'obbligo di entrata in vigore delle «disposizioni legislative, regolari o amministrative necessarie ai fini dell'attuazione» della Decisione stessa.

⁶¹ CONSIGLIO D'EUROPA, *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, Strasburgo, 2007, CEPEJ (2007)13, su cui cfr. CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione reo/vittima: le «istruzioni per l'uso» del Consiglio d'Europa. Un commento alle Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, in *Nuove Esperienze di Giustizia minorile*, Ministero della Giustizia – Dipartimento per la Giustizia minorile, 2008, n. 1, pp. 201-209.

accordi e convenzioni tra Ministero della Giustizia ed enti locali⁶². La progettazione normativa delle disposizioni del Titolo III è avvenuta anche alla luce delle *best practices* consolidate in Italia in oltre un decennio di esperienze⁶³.

Alle disposizioni di apertura del Capo I (artt. 5, 6, 7) è affidato il compito di “situare” culturalmente il sistema di giustizia riparativa nel solco di principi internazionali riconosciuti e con un richiamo alle finalità promozionali dell’intero titolo⁶⁴, da cui dipende il carattere “cooperativo”, proattivo e dinamico della sicurezza in ambito medico-chirurgico nell’impianto politico-criminale qui congegnato.

Il tratto distintivo della *restorative justice* è condensato nel principio del consenso più volte ribadito nelle fonti internazionali che integrano l’art. 5⁶⁵: la partecipazione al programma, il suo svolgimento, le eventuali condotte riparatorie, i possibili impegni comportamentali futuri decisi dalle parti avvengono su base squisitamente volontaria.

La giustizia riparativa, insomma, non ospita contenuti coercitivi. Diverse disposizioni, nel progetto, tornano sul punto saliente, senza lasciare adito a dubbi (artt. 5, 6, 7, 18, 19 ultimo comma).

L’altro aspetto decisivo è la dimensione partecipativa, già presente nelle parti definitorie degli strumenti internazionali cui rinvia l’art. 5: reo, vittima e collettività sono invitati a partecipare attivamente, insieme, a un confronto “costruttivo” sugli effetti “distruttivi” del fatto criminoso. I modelli di *restorative justice* si fanno, dunque, carico della dimensione plurisoggettiva, “molecolare”, del crimine che finisce invece per rimanere dimenticata all’interno del procedimento giudiziario e trascurata dal diritto penale, entrambi giocoforza “reo-centrici” a motivo delle loro finalità punitive.

Come è facile intuire, la fedeltà alla vocazione della giustizia riparativa ha richiesto un complesso (e non scontato) raccordo con il procedimento penale. La natura della giustizia riparativa è stata preservata intatta, senza cedimenti a istanze di controllo e repressive e senza compromessi con la giustizia penale “tradizionale”, nella consapevolezza che l’efficacia del disegno complessivo del *Progetto* dipende dalla capacità delle norme qui illustrate di innescare dinamiche consensuali e motivazionali che sarebbero impedita da ibridi sconfinamenti in territori *adversary* o punitivi.

⁶² Tali uffici/centri operano prevalentemente in ambito minorile e della competenza penale del giudice di pace. Sono ormai numerosi, inoltre, i servizi di mediazione sociale.

⁶³ L’articolato qui proposto, con gli opportuni adattamenti, può essere una base di partenza per l’avvio di una seria riflessione su una normativa generale in tema di giustizia riparativa. I nodi giuridici che è stato necessario risolvere in questa sede valgono invero per ogni pratica di *restorative justice* nell’ordinamento italiano.

⁶⁴ Art. 5, comma 1: «Sono promossi programmi di giustizia riparativa»; art. 9: «La Commissione [per la giustizia riparativa in ambito sanitario] promuove programmi di giustizia riparativa...».

⁶⁵ UN *Basic Principles*, II, § 7: «restorative processes should be used only... with the free and voluntary consent of the victim and the offender. [...] Agreements should be arrived at voluntarily...»; IDEM, III, § 13, c): «neither the victim nor the offender should be coerced, or induced by unfair means, to participate in restorative processes or to accept restorative outcomes»; Raccomandazione (99)19, II, § 1 «la médiation... ne devrait intervenir que si les parties y consent librement»; IDEM, V, 4, § 31: «des accords devraient être conclus volontairement par les parties».

Così, nel Titolo III, la giustizia riparativa non viene sacrificata nei suoi profili caratterizzanti alle esigenze del processo penale: lo dimostrano l'esclusione di poteri ispettivi, coercitivi e sanzionatori in capo alla Commissione, la quale deve invece ispirarsi, nel suo operare, ai principi di cui all'art. 5 (art. 8), la garanzia della confidenzialità e riservatezza dei programmi (art. 19), l'obbligo per i mediatori e gli altri esperti che intervengono nei programmi riparativi di «astenersi dal deporre sui fatti appresi nell'esercizio delle loro funzioni» (art. 12, comma 2), l'inapplicabilità ai mediatori e agli altri esperti delle disposizioni del codice penale in tema di omesse denuncia, rapporto, referto (art. 12, comma 3)⁶⁶, l'ingresso «senza alcuna formalità» di saperi specialistici nelle procedure di giustizia riparativa, mediante la possibilità di sentire il parere di esperti che non si qualificano come consulenti tecnici della Commissione (art. 11, comma 5)⁶⁷.

È, semmai, il sistema penale a venire adattato alla giustizia riparativa, grazie ad apposite previsioni in deroga alla disciplina ordinaria: si pensi alla sospensione del procedimento penale «dal momento in cui la Commissione riceve la comunicazione» della notizia di reato «fino al momento in cui il pubblico ministero riceve l'informativa» sull'esito del programma riparativo (art. 16), alla sospensione del corso della prescrizione di cui all'art. 17, alla inutilizzabilità «nel procedimento penale e in ogni altro procedimento» delle «dichiarazioni rese da chi partecipa e [de]gli atti compiuti nel corso del programma di giustizia riparativa» (art. 19, comma 2).

L'obiettivo di incentivare le pratiche riparative, a motivo della loro particolare utilità nel contesto sanitario, è perseguito mediante la massima accessibilità⁶⁸ a tali programmi i quali sono *a fortiori* attivabili dai «soggetti in conflitto», «indipendentemente dal procedimento penale» (art. 6, comma 4), per le situazioni di mera rilevanza civile, incluse quindi le ipotesi di morte o lesioni per colpa lieve dell'esercente la professione medico-chirurgica. Altre disposizioni precisano ulteriormente simile scelta, specificando che la Commissione «promuove altresì programmi di giustizia riparativa su richiesta degli interessati per dirimere in via stragiudiziale le controversie relative a profili di responsabilità giuridica nell'esercizio della professione sanitaria» (art. 9, lett. b). Lo «svolgimento del programma» resta comunque identico nei due casi, così da conservare il carattere riparativo e non (solo) transattivo del percorso

⁶⁶ Previsioni estese dall'art. 30 anche al personale dell'*unità di gestione del rischio clinico*, a dimostrazione dell'identica *ratio* politico-criminale che accomuna unità di *risk management* e giustizia riparativa.

⁶⁷ Analoga previsione è presente nel procedimento penale minorile, dove l'art. 9 d.P.R. 448/1988 dà facoltà al giudice e al pubblico ministero di «assumere informazioni da persone che hanno avuto rapporti con il minore e sentire il parere di esperti, *anche senza alcuna formalità*». Il parallelo è interessante poiché, a sua volta, il processo a carico di minorenni si conforma al preminente interesse del minore, adeguandosi ex art. 1 d.P.R. 448/1988, alle esigenze educative del giovane imputato.

⁶⁸ Peraltro richiesta anche dalle raccomandazioni internazionali, le quali prevedono che i programmi di giustizia riparativa siano «generalmente fruibili» e «utilizzati in ogni stato e grado del processo» (*Raccomandazione (99)19*, II, § 3-4; UN *Basic Principles*, II, § 6).

anche ove la controversia assuma rilevanza (solo) civile (art. 18, comma 5).

Il *Progetto* elaborato dal CSGP ha inteso unificare in capo all'apposita Commissione la trattazione di affari sia penali sia civili, evitando il problematico "sdoppiamento" che si riscontra invece in altri Paesi dove coesistono pratiche generali, legislativamente previste, di mediazione reo-vittima (*in criminal matters*) e metodi alternativi specifici (civilistici) di risoluzione delle liti tra medico, paziente e assicuratore (pur in presenza di una rilevanza anche penale della *medical malpractice*)⁶⁹.

Il modello qui proposto si presenta invece lineare e unitario: alla «Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario» viene affidato il funzionamento dei diversi programmi riparativi i quali – merita ribadirlo – possono servire chiunque si trovi coinvolto in «controversie relative a profili di [generica] responsabilità giuridica nell'esercizio della professione sanitaria»⁷⁰.

Si osservi che l'articolata tipologia di programmi di cui all'art. 6 consente, ove opportuno, il coinvolgimento (con il loro consenso) di «altri soggetti rilevanti» (art. 18, lett. c): non solo i familiari del malato o i colleghi di reparto, ma anche il responsabile dell'unità di gestione del rischio clinico e/o l'assicuratore (art. 30 lett. c). Il punto è importante, a fronte della disciplina del successivo Titolo IV in tema di assicurazione e responsabilità civile che ridisegna i rapporti tra danneggiante e danneggiato sotto il profilo degli obblighi risarcitori.

Il *favor* per la giustizia riparativa è collegato infine alla diffusione della relativa cultura, grazie al coinvolgimento degli ordini professionali interessati (dei medici, degli avvocati, degli infermieri), in collaborazione con il Consiglio Superiore della Magistratura, nella realizzazione di appositi «interventi informativi e di sensibilizzazione», nonché nella più ampia informazione ai potenziali destinatari dei programmi (art. 23).

⁶⁹ Limitandoci all'Europa continentale, è questo il caso di Paesi come il Belgio dove dal 2006 è entrata in vigore la Loi 22 juin 2005, recante disposizioni «relatives à la médiation dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale et dans le Code d'instruction criminelle», che ha introdotto un compiuto sistema di mediazione reo-vittima, creando qualche problema di raccordo, per i casi di rilevanza penale, tra le due forme di giustizia "alternativa", in ambito sanitario e processuale-penale. Apertamente ispirata ai medesimi principi internazionali qui più volte richiamati è la definizione di mediazione contenuta nell'art. 2 della legge belga, dove si dispone che «La possibilité de recourir à une médiation est offerte aux personnes ayant un intérêt direct dans le cadre d'une procédure judiciaire, conformément aux dispositions légales y afférentes. La médiation est un processus permettant aux personnes en conflit de participer activement, si elles y consentent librement, et en toute confidentialité, à la résolution des difficultés résultant d'une infraction, avec l'aide d'un tiers neutre s'appuyant sur une méthodologie déterminée. Elle a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles-mêmes à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation». In Francia, dove pure sono istituiti sistemi alternativi di composizione delle controversie in ambito medico, la mediazione penale è prevista dall'art. 41 del *code de procédure pénale* (a seguito di diversi interventi legislativi) su iniziativa del pubblico ministero, prima dell'esercizio dell'azione penale, «s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits».

⁷⁰ Cfr. il già richiamato art. 9, lett. b).

La necessaria copertura finanziaria per l'attivazione e l'operatività del sistema di «giustizia riparativa in ambito sanitario» viene garantita da un apposito Fondo, all'uo-
po costituito (art. 24), alimentato dal versamento di contribuzioni obbligatorie da
parte degli assicuratori, in ragione dei contratti stipulati per la copertura assicurativa
della responsabilità civile nell'esercizio della professione sanitaria. Altre provvigioni,
anche a carattere riparativo, potrebbero essere individuate (si pensi, solo per fare uno
dei tanti esempi ipotizzabili, al versamento di somme da parte dell'autore del reato di
cui all'art. 590-ter a titolo di condotta riparatoria).

d) *Principi generali e tipologie di programmi.* – Richiamando espressamente la
Raccomandazione del Consiglio d'Europa e i Principi base delle Nazioni Unite, l'art.
5 del *Progetto*, come già ricordato, prescrive la conformità dei programmi di giustizia
riparativa ivi contemplati alle indicazioni generali elaborate nelle sedi internazionali,
sintetizzabili nelle seguenti:

- partecipazione diretta, libera e volontaria degli interessati ai programmi proposti;
- confidenzialità e riservatezza dei programmi;
- imparzialità e indipendenza dei mediatori/facilitatori;
- accessibilità e gratuità dei programmi;
- promozione, per quanto possibile, della riconciliazione tra le parti, della definizione
di accordi volontari fra le stesse e dell'assunzione di impegni riparativi volontari;
- principio di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva;
- rispetto della dignità di tutte le persone coinvolte nei casi da trattare;
- sostegno e assistenza alle persone offese.

La formulazione dell'art. 5 ricorre volutamente a un linguaggio non prescrittivo,
consono senz'altro al carattere di principio della disposizione, ma votato altresì a con-
durre subito nel vivo dei compiti della giustizia riparativa: «favorire soluzioni volon-
tarie, responsabili e condivise delle controversie in ambito sanitario» nel rispetto dei
principi di cui sopra.

L'articolo seguente definisce al primo comma il significato di «programma di giu-
stizia riparativa», attenendosi in modo quasi letterale alle definizioni internazionali già
citate e ribadendo opportunamente talune caratteristiche salienti a rigore già incluse
nel richiamo di principio contenuto nell'art. 5 (volontarietà, partecipazione), ma mai
abbastanza rammentate, visti i rischi sempre in agguato di un uso punitivo della *resto-
rative justice* che entra nel procedimento penale (si pensi all'imposizione di condotte
riparatorie)⁷¹.

⁷¹ «Sometimes the problem arises from inattention to some of the basic principles and guidelines that have
now become well established and widely known»: così UMBREIT M.S., VOS B., COATES R.B., LIGHTFOOT E.,
Restorative Justice in the Twenty-First Century, cit., p. 298 ss. La “scoperta” della giustizia riparativa da parte
della magistratura ordinaria, minorile e di sorveglianza ha condotto anche in Italia, in più di un'occasione, a cri-
ticabili provvedimenti nei quali la flessibilità informale tipica dell'assunzione *volontaria* di obblighi riparatori è
stata trasformata nella discutibile porta di ingresso di vere e proprie prestazioni personali *inflitte* a titolo di ritor-

L'art. 6, secondo comma, enuncia le tipologie di programmi "principali", definite ancora una volta sulla scorta dell'esperienza internazionale⁷²: sono annoverati così l'incontro diretto, o in subordine indiretto, tra le parti (mediazione, lett. a) e l'incontro delle parti allargato ad altri soggetti ritenuti rilevanti per il migliore componimento della controversia (lett. b)⁷³, sulla cui utilità ci si è già soffermati. Il terzo comma individua, invece, programmi "secondari" che si caratterizzano, al contrario dei precedenti, per la loro unilateralità: si tratta dell'«ascolto protetto della persona offesa», sul modello del *victim-impact statement* (art. 6 comma 3, lett. a)⁷⁴ e dell'«assistenza [dei mediatori] alla persona indicata come autore del fatto nella riparazione unilaterale delle conseguenze del reato», riparazione che può assumere vari contenuti di *face-re o non face-re*, anche socialmente orientati, o consistere in una *apology*⁷⁵.

Le ipotesi indicate dall'art. 6, comma 3, diventano essenziali nei casi di «rifiuto o abbandono» del programma di giustizia riparativa da parte della persona offesa o della «persona cui il fatto è attribuito», previsti dall'art. 18, commi 2 e 3.

Il combinato disposto degli artt. 6 e 18 è di particolare importanza nella struttura del sistema di giustizia riparativa in ambito sanitario, poiché ne garantisce l'effettiva volontarietà.

sione retributiva o con intenti di rafforzamento "intensivo" dei contenuti di un certo beneficio, ritenuto altrimenti *troppo blando*. Esempio lampante è l'applicazione della cosiddetta «prescrizione riparativa» (il che è già significativo) prevista dall'art. 47, comma 7 o.p., su cui DELLA CASA F., *Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) «pay-back sanction»? Equivoci sul significato dell'art. 47 comma 7 o.p.*, in LP, 2004, VI, p. 380 ss.

⁷² I *Basic Principles* delle Nazioni Unite accennano genericamente a programmi quali «mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles». L'UNODC *Handbook on Restorative Justice Programmes* elenca, più analiticamente, le seguenti categorie: «(a) victim offender mediation; (b) community and family group conferencing; (c) circle sentencing; (d) peacemaking circles; (e) reparative probation and community boards and panels».

⁷³ I Paesi che maggiormente hanno sviluppato il sistema dei *circles/conferences* sono la Nuova Zelanda e l'Australia, (senza escludere il Sud Africa e, per il coinvolgimento dei nativi americani, gli Stati Uniti): è del tutto naturale quindi che, anche nel contesto sanitario, l'*Health and Disability Commissioner Act* neozelandese, section 61 (3), preveda che «in addition to the parties or their representatives, the Commissioner may also invite to attend the conference any other person whose attendance would in the Commissioner's opinion be likely to assist in resolving the matter by agreement between the parties».

⁷⁴ Nel già rammentato documento preparatorio curato dall'ISPAC (v. *supra* nota 49 e Autori cit.), tra i programmi riparativi *victim-oriented* sono annoverati i *victim impact statements*, consistenti nella descrizione, in forma orale o scritta, da parte della vittima o della comunità lesa dal reato, delle ricadute di quest'ultimo sulla vita individuale, familiare o collettiva; i *victim/community impact panel* anche denominati *victim-offender groups*, i quali consentono a gruppi di persone offese di incontrare autori di reato "aspecifici" (diversi, cioè dai soggetti attivi dell'illecito che le ha colpite) per un confronto mutuamente riparativo (nonché risocializzativo) sull'esperienza vissuta.

⁷⁵ Tra i programmi *offender-oriented*, si suole indicare i seguenti, certamente debitori dell'esperienza dei paesi di *common law*: il *community service* (lavoro gratuito di utilità sociale), i *compensation, restitution e reparation programs* (nel primo caso, la riparazione alle persone offese è prestata dallo Stato, negli altri due, invece, la riparazione economica o simbolica proviene dal reo, anche a seguito dell'eventuale *victim impact statement* della vittima), il *personal service to victims* (utilizzato per i reati di lieve entità, soprattutto se commessi da minorenni, consiste nella prestazione di attività gratuita a diretto favore del soggetto passivo del reato): cfr., di nuovo, il documento ISPAC, nonché CERETTI A., DI CIÒ F., MANNOZZI G., *Giustizia riparativa e mediazione*, cit., p. 312-316.

Non basta, invero, il riferimento al consenso (alla partecipazione al programma e allo svolgimento delle attività riparatorie): la volontarietà è assicurata anche dal fatto che, per l'appunto, il rifiuto o l'abbandono di uno degli interessati non osta alla prosecuzione del programma che può coinvolgere singolarmente chi ne resterebbe altrimenti escluso, grazie proprio all'attivazione delle modalità appena descritte. Si vuole evitare che l'atteggiamento di eventuale ostilità o chiusura di una parte impedisca all'altra di avvalersi della giustizia riparativa. In tal modo, in particolare, la persona cui il fatto è attribuito è messa in condizione di assicurarsi l'effetto estintivo del reato mediante un autonomo e unilaterale impegno in chiave riparativa, anche ove – per le più svariate ragioni – la persona offesa o i suoi congiunti fossero indisponibili o impossibilitati a partecipare alla procedura.

La norma sul «risultato del programma»⁷⁶ (art. 7) è decisiva per le sue implicazioni penali: le «condotte riparatorie e risarcitorie, sole o connesse ad attività conformative» estinguono il reato⁷⁷. Le fonti internazionali in materia di giustizia riparativa offrono indicazioni precise riguardo al concetto di riparazione, a differenza del legislatore italiano che non fornisce all'interprete un quadro univoco, avendo confuso, più che chiarire, l'idea *lato sensu* riparatoria con la continua mescolanza – nei più svariati istituti e contesti – di espressioni quali «risarcimento» (del danno “civile”), «restituzioni», «riparazione del danno» (“criminale”), «riparazione delle conseguenze del reato», condotte atte a «elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato», «adoperarsi» (spontaneamente o meno) a favore della vittima o per eliminare le conseguenze dell'illecito⁷⁸.

L'art. 7, nella sua precisione, lascia comunque “aperto” l'esito estrinseco del programma riparativo. Quel che conta, anche per le implicazioni politico-criminali, non

⁷⁶ Locuzione ricavata dai *Principi Base* delle Nazioni Unite, I, § 3 («restorative outcome»).

⁷⁷ Si ricorda che la *Decisione Quadro 2001/220/GAI* prescrive, in via generale, che ogni Stato membro provveda a garantire che «eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione» (art. 10).

⁷⁸ Nozioni differenti, spesso invece unificate sotto l'etichetta di condotte «riparatorie» o «risarcitorie», configurate dal legislatore di volta in volta – solo per citare alcuni esempi – come: attenuante (art. 62 n. 6 c.p.); indice di commisurazione della pena in relazione alla capacità a delinquere (art. 133, comma 2 n. 3 c.p.); sanzione civile (artt. 185-186 c.p.); requisito ai fini dell'esercizio della facoltà di concedere la sospensione della pena non superiore a un anno (art. 163 ultimo comma, riformato dalla l. 145/2004); obbligo generale del condannato cui può (e in taluni casi deve) essere subordinata la sospensione condizionale della pena (art. 165, comma 1 c.p., riformato dalla l. 145/2004, la quale ha altresì introdotto l'ipotesi dell'attività non retribuita a favore della collettività, in alternativa alla «eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato»); prescrizione nell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 comma 7, dove si introduce la nozione di «adoperarsi in quanto possibile a favore della vittima del reato»); requisito per l'ammissione alla liberazione condizionale (art. 176 comma 4); condizione per l'oblazione speciale (162-*bis* comma 3) o per la riabilitazione (art. 179, comma 6, n. 2); tassello innovativo di una compiuta partecipazione al trattamento penitenziario (art. 27 comma 1 cpv. Reg. att. o.p.). Per l'approfondimento, anche per gli specifici richiami alla *restorative justice*, si rinvia a: GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale* e MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, entrambi in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, rispettivamente Vol. I, p. 343 ss., Vol. II, in particolare p. 1149 ss.

è solo (o tanto) cosa l'autore del fatto si vincolerà a svolgere, quanto come egli sarà pervenuto a simile decisione: da qui l'aggettivo «adeguate» che qualifica le condotte e le attività concordate, sottraendole alle logiche perverse (e impossibili) di una commisurazione (retributiva) alla gravità del reato.

L'essenziale, in altre parole, è che gli impegni volontariamente assunti – siano essi di carattere economico o riguardino comportamenti futuri, di contenuto materialmente apprezzabile o meramente simbolici – risultino comunque dal programma, cioè siano il prodotto esteriore di quel «partecipare attivamente, in modo libero» alla «neutralizzazione dell'offesa»⁷⁹. Il «risultato del programma» può condurre all'estinzione del reato proprio perché in sé «conforme allo scopo dell'incriminazione» ed è lungi dall'arrecare un «indebolimento del precetto»⁸⁰, che ne esce al contrario rafforzato, pur senza ricorrere a controproducenti dinamiche punitive.

L'esito del programma consisterà sempre in una «riparazione» ove intesa come «condotta antagonista finalizzata a scongiurare la lesione del bene giuridico o a reintegrarlo dopo l'avvenuta offesa»⁸¹ e a comunicare la responsabilizzazione di chi ne è l'autore. Emerge nuovamente il carattere penalistico (ancorché non repressivo) dell'intero sistema di giustizia alternativa di cui al *Progetto* del CSGP. Ciò evita inoltre che la riparazione si sostanzi in una prestazione privata verso la vittima, ipotesi verso la quale giustamente si sono da tempo nutrite fondate perplessità⁸²; del pari, la procedura disegnata dagli artt. 6, 7 e 18 del progetto scongiura l'esposizione dell'autore del fatto anche ad altri tipi di strumentalizzazione⁸³.

Tornando alla lettera della norma, merita osservare la scelta di tre categorie – le condotte riparatorie, le condotte risarcitorie, le attività conformative – fra loro variamente combinabili grazie alla congiunzione «o» e all'esplicito riferimento a un possi-

⁷⁹ DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1047 ss.

⁸⁰ DONINI M., *Non punibilità*, cit., p. 1047.

⁸¹ Così ancora GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione*, cit., p. 345. Tali obiettivi corrispondono appieno agli scopi della *restorative justice*, come ricorda il preambolo dei *Basic Principles* delle Nazioni Unite: l'approccio riparativo offre «an opportunity for victims to obtain reparation, feel safer and seek closure; allows offenders to gain insight into the causes and effects of their behaviour and to take responsibility in a meaningful way; and enables communities to understand the underlying causes of crime, to promote community well-being and to prevent crime».

⁸² Si rinvia ai rilievi di ROMANO M., *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 882-883, laddove l'Autore fa osservare, fra l'altro, che «una riparazione del danno strutturata come prestazione a favore della vittima, diversamente da una a favore della comunità o comunque di pubblico interesse, che per taluni reati potrebbe effettivamente avere un significato, non persuaderebbe come sanzione penale» e anzi «ogni previsione normativa di una possibile conclusione definitiva di una vicenda penale mediante una semplice monetizzazione a vantaggio del solo danneggiato e/o con una trattativa personale con lui è un sicuro indizio della non necessità della penalizzazione del comportamento» (corsivo dell'A.).

⁸³ DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 254-255: «in questi casi, la «composizione del conflitto» tra autore e vittima, postula che la giustizia pubblica, nel prendere atto di una soluzione realizzata fuori dal meccanismo punitivo, non ne comprometta l'attuazione per effetto di logiche retributive e general-preventive dissonanti e strumentalizzanti».

bile cumulo fra le stesse. La disposizione ricalca il testo dell'art. 40 dei «principi di delega» elaborati dalla Commissione Pisapia nel 2007⁸⁴.

Quanto alla prima categoria, si è preferito confermare una locuzione già presente nell'ordinamento italiano vigente: quella utilizzata nell'art. 35 D.Lgs. 274/2000 sulla competenza penale del giudice di pace per disciplinare un'ipotesi di definizione anticipata del procedimento penale con estinzione del reato che molto si avvicina, pur nella diversità di contesto, alla *ratio* politico-criminale qui perseguita.

Quanto al risarcimento, si osservi che lo si è voluto tenere distinto dalle condotte riparatorie, proprio per evitare l'impropria confusione che abita, come sopra ricordato, tante disposizioni vigenti. Riparazione e risarcimento non coincidono, anche se quest'ultimo può ben scaturire dal programma di *restorative justice* e avere il significato riparativo anzidetto, cioè essere a sua volta segno di un'avvenuta presa di coscienza della natura colposa della condotta e dell'evento lesivo che ne è derivato. Inoltre, gli attori di un accordo risarcitorio in materia medico-sanitaria sarebbero comunque diversi dalle parti della vicenda penale, alla luce delle disposizioni del Titolo IV, ancorché il coinvolgimento di tutti gli interessati al programma di giustizia riparativa potrebbe proprio servire per non scindere il «danno» dalle «conseguenze del reato» di cui resta suo malgrado portatore il soggetto offeso.

La terza categoria è, se vogliamo, la più interessante. Le «attività conformative» consentono all'esercente la professione sanitaria di impegnarsi in condotte correttive, in linea con la vocazione di tutto il sistema. Tali condotte potranno essere anche solo simboliche e prendere la forma di attività atte a segnalare la comprensione critica della condotta colposa tenuta e il proposito di non ripeterla.

In estrema sintesi e a titolo di mero esempio, il «risultato del programma» potrà consistere, a seconda dei casi e alla luce del confronto tra gli interessati, in un gesto di scuse accompagnato da un'attività socialmente utile, nella collaborazione con l'Unità di gestione del rischio e nel contributo fattivo del medico a un migliore *risk management* futuro, nella volontà di seguire un corso di aggiornamento professionale, nella disponibilità a sottoporre a verifica di altri esperti il proprio operato, nell'impegno ad astenersi da determinate prestazioni professionali, nella devoluzione di una parte del proprio stipendio in opere benefiche in qualche modo connesse all'evento lesivo causato, nel promuovere il miglioramento delle regole e/o delle prassi organizzative interne al proprio reparto o alla struttura sanitaria, ecc.

e) *Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario. Mediatori.* – Gli artt.

⁸⁴ *Schema di disegno di legge recante la delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, «Articolo 40 - (Attività riparatorie) - 1. Prevedere che, nei casi espressamente stabiliti dalla legge, reati di non particolare gravità possano essere dichiarati estinti quando, prima del giudizio, l'agente abbia posto in essere adeguate condotte riparatorie o risarcitorie, sole o congiunte ad attività conformative».

8-14 disciplinano la «Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario».

Il carattere penalistico della giustizia riparativa ha suggerito la collocazione della Commissione nel sistema *lato sensu* “giudiziario”: non quanto ai compiti – che restano esclusivamente riparativi – bensì quanto alle garanzie, prime fra tutte quelle di indipendenza e imparzialità. Si osservi fin d’ora, comunque, che per evitare ogni sospetta confusione con funzioni inquirenti, giudicanti o sanzionatorie, la Commissione ha sede, ai sensi dell’art. 14, «fuori dagli uffici giudiziari e dalle strutture penitenziarie e di pubblica sicurezza»⁸⁵.

Per il resto, la Commissione opera sotto la vigilanza del Consiglio Superiore della Magistratura, competente a nominarne i commissari e il presidente, su proposta del Presidente della Corte d’Appello nel cui distretto ha sede la Commissione (art. 10). Il Consiglio Superiore della Magistratura garantisce altresì il costante aggiornamento del personale, in sinergia con i Ministeri della Giustizia e del Welfare, gli enti locali e le aziende sanitarie, e il monitoraggio scientifico delle attività⁸⁶, in collaborazione con le università e altri enti di ricerca (artt. 10 e 24).

La disciplina della nomina dei commissari è analoga a quella vigente per i giudici onorari dei tribunali per i minorenni e i componenti esperti dei tribunali di sorveglianza⁸⁷: così, i membri della Commissione «sono scelti tra professionisti esperti di discipline giuridiche e mediche, dotati di specifica preparazione ed esperienza, nonché specifica formazione, attitudini e sensibilità alle pratiche di giustizia riparativa». In tal modo si coniuga l’attenzione per l’elevato grado di specializzazione ed esperienza richiesti dalle materie da trattare con l’apprezzamento per sensibilità e attitudini proprie di un incarico alquanto delicato che presuppone una forte motivazione personale⁸⁸.

La combinazione di professionalità tecnica e sensibilità umana corrisponde altresì alle linee guida sulla giustizia riparativa, posto che anche il Consiglio d’Europa ha sottolineato che i mediatori devono acquisire un alto livello di competenza che tenga presenti le capacità di risoluzione del conflitto, i requisiti specifici per lavorare con le vittime e gli autori di reato, nonché una conoscenza base del sistema penale⁸⁹.

⁸⁵ In linea, fra l’altro, con la disposizione dell’art. 8, comma 3, della *Decisione Quadro 2001/220/GAI* il quale impone che «si evitino i contatti tra vittima e autore del reato negli edifici degli organi giurisdizionali».

⁸⁶ Ciò è espressamente raccomandato dal Consiglio d’Europa (Racc. (99)19, § VI.33-34) e dalle Nazioni Unite (*Basic principles*, IV, 20-22).

⁸⁷ Parimenti a tale disciplina, potrebbe essere anche la regolamentazione dei requisiti per la nomina (per es. il possesso della cittadinanza italiana; la residenza in un comune compreso nel distretto in cui ha sede la commissione; l’esercizio dei diritti civili e politici; la condotta incensurabile; l’età compresa tra i 30 e i 72 anni), la durata della carica (per es. tre anni rinnovabile), il regime delle incompatibilità, le ipotesi di rimozione dall’incarico, l’ammontare del gettone di presenza, ecc.

⁸⁸ Il riferimento a «specifica attitudine, preparazione ed esperienza» è locuzione testualmente contenuta, per es., nell’art. 4 disp. att. p.p.m. (assegnazione dei magistrati alla sezione di corte d’appello per i minorenni) e ripresa più volte in altri articoli (comma 2; 7, comma 5, ecc.).

⁸⁹ *Raccomandazione* (99)19, V.2., § 23-24: i mediatori devono essere dotati di «qualités relationnelles nécessaires à l’exercice de leurs fonctions», la loro preparazione deve «assurer un niveau de compétence élevé,

Nel caso di specie, si è poi avvertita la necessità di optare per un organismo di giustizia riparativa *ad hoc* e non per l'appoggio a realtà di mediazione penale già esistenti, ritenendo decisivo considerare la specificità delle controversie in ambito medico-chirurgico e la "complessità" di talune questioni per risolvere e riparare le quali possono essere indispensabili «competenze specialistiche» (art. 11, comma 4). La composizione della Commissione è comunque in sintonia con l'indicazione internazionale secondo cui gli operatori di giustizia riparativa dovrebbero essere espressione delle comunità in cui operano e conoscerne le culture⁹⁰; nel caso che ci occupa, a ben vedere, è proprio l'appartenenza dei mediatori alle culture giuridica e medica, unitamente alla preparazione nella *restorative justice*, ad assicurare la rappresentatività delle parti e il giusto "*insight*" per accoglierle e accompagnarle nel percorso riparativo. La facoltà di avvalersi informalmente di altri esperti (art. 11, comma 5), per esempio di mediatori culturali, garantisce che l'eventuale incidenza di tradizioni culturali specifiche verrà tenuta nel debito conto.

Tipicamente ispirata alle prassi riparative è l'organizzazione interna della Commissione che «lavora suddivisa in collegi» di mediatori, composti necessariamente da uomini e donne (art. 11, commi 2 e 3).

L'esperienza maturata in oltre un trentennio di pratiche di *restorative justice* ha suggerito l'adozione del modello d'*équipe* (tre o cinque mediatori), anziché del mediatore singolo (art. 11, commi 3 e 4). Tale modello, più gravoso sul piano economico, si è però rivelato l'unico davvero efficace nel garantire la conduzione in sicurezza degli incontri di mediazione reo-vittima e l'imparzialità dei mediatori, senza contare che nell'ambito sanitario è ancora una volta la specifica complessità dei temi del conflitto ad escludere l'opportunità di un organo monocratico.

L'art. 13, dedicato ai «doveri dei mediatori», riprende puntualmente i principi internazionali ispiratori dell'intero Titolo III. Imparzialità, assenza di giudizio, pari considerazione e premura per tutti gli utenti dei programmi (indipendentemente dalla «posizione rivestita nel procedimento penale») sono i criteri guida dell'attività dei mediatori che si pongono anche quali "custodi" del «corretto svolgimento del programma» e «garanti dell'equità e ragionevolezza degli accordi»⁹¹, con una specifica

tenant compte des aptitudes à régler les conflits, des exigences spécifique qu'implique le travail avec les victimes et les délinquants et des connaissances de base du système judiciaire» (sul punto, si veda anche il *Commentaire sur l'annexe*, VI. § 28, 33). L'undicesimo considerando della *Decisione Quadro 2001/220/GAI* ricorda che «alle persone che hanno contatti con le vittime va fornita una formazione adeguata e sufficiente. Questa costituisce infatti un aspetto fondamentale sia per le vittime sia per conseguire gli obiettivi del procedimento».

⁹⁰ *Raccomandazione (99)19*, V.2, § 22: «Les médiateurs devraient être recruté dan toutes les catégories de la société, et posséder en général une bonne compréhension des cultures et communautés locales»; UN *Basic Principles*, III, § 19: «Facilitators shall possess a good understanding of local cultures and communities...».

⁹¹ I concetti di ragionevolezza e proporzione delle prestazioni riparatorie sono ricavati testualmente dai *Principi Base delle Nazioni Unite* (II, § 7) e dalla *Raccomandazione (99)19* (V.4, § 31).

attenzione per gli impegni assunti dal soggetto più esposto al riguardo, cioè la persona cui il fatto è attribuito.

Gli artt. 13 e 14 hanno eco negli artt. 19-20, collocati nel Capo III e relativi, rispettivamente, allo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario, alla confidenzialità e riservatezza dei medesimi e all'assistenza alle parti.

L'insieme di tali disposizioni, globalmente considerate, traccia i confini garantistici delle pratiche riparative e i contorni della "premura" che tali pratiche promettono alle parti: vi ricorrono più volte termini quali «imparzialità», «dignità», «sicurezza», «confidenzialità».

L'imparzialità e l'indipendenza dei mediatori e dell'apposita Commissione, la genuinità della loro funzione (artt. 12 e 13) e la libertà delle parti (artt. 6, 13, 18) non restano una petizione di principio, ma vengono protette dal combinato disposto degli artt. 12 e 19, i quali "sigillano" i contenuti dei programmi di giustizia riparativa, rendendoli inaccessibili al sistema penale nel suo complesso, grazie a un regime, da un lato, di tutela dei mediatori da obblighi di testimonianza e denuncia, dall'altro, di inutilizzabilità di atti e dichiarazioni dalle parti, dichiarazioni alle quali è comunque applicabile l'art. 598 c.p.

Il tema del «rispetto per la dignità della persona»⁹² (colpevole, vittima o quant'altri faccia ingresso in simili procedure) è forse inconsueto in norme di dettaglio che vorrebbero avere forza di legge ordinaria: con la giustizia riparativa il diritto accede anche a nuovi linguaggi⁹³.

f) *Funzionamento dei programmi di giustizia riparativa.* – Senza ripetere le considerazioni già espresse in precedenza sulle disposizioni del Capo III, occorrerà qui limitarsi alla descrizione del funzionamento della procedura riparativa nelle sue fasi essenziali.

Ai sensi dell'art. 15, il pubblico ministero, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato per taluno dei fatti di cui all'art. 590-ter c.p., procede – salvo che non debba immediatamente richiedere l'archiviazione – a darne informazione alla Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario.

Che la Commissione si attivi dietro mandato dell'autorità giudiziaria è raccomandato dalle linee guida internazionali e, in particolare dalla Raccomandazione (99)19 la

⁹² Così l'art. 13, comma 1, del progetto di riforma che ricalca le previsioni del § 24 della Raccomandazione del Consiglio d'Europa («le médiateur devrait toujours respecter la dignité des parties et veiller à ce que les parties agissent avec respect l'une envers l'autre») e del § 18 dei *Basic Principles* dell'ONU («Facilitators should perform their duties in an impartial manner, with due respect to the dignity of the parties. In that capacity, facilitators should ensure that the parties act with respect towards each other and enable the parties to find a relevant solution among themselves»).

⁹³ Ne è un significativo esempio la *Decisione Quadro 2001/220/GAI*, dove pure si rinviene un'apposita norma sul «rispetto e riconoscimento» delle vittime, nella quale si dispone che a queste ultime «sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della dignità personale».

quale espressamente prevede che «la décision de renvoyer une affaire pénale aux services de médiation, ainsi que l'évaluation de l'issue d'une procédure de médiation, devraient être du ressort exclusif des autorités judiciaires»⁹⁴.

Ricevuta la notizia di reato, la Commissione, a sua volta, contatta le parti e, con l'assenso di queste ultime, procede ad una serie di incontri dapprima individuali e poi collettivi, eventualmente anche "allargati" a vari soggetti, in vista della risoluzione della controversia con la definizione delle condotte e delle attività di cui all'art. 7 (art. 18). La scansione delle fasi del programma (colloqui preliminari individuali, incontro di mediazione o *conferences*, eventuali sedute per l'individuazione degli accordi e le condotte riparatorie) è simile in tutto il mondo, ma è qui costruita tenendo conto delle specifiche esperienze consolidate nei centri e uffici di mediazione penale italiani, rivelatesi efficaci.

Colloqui individuali e incontri si svolgono «a porte chiuse» (art. 19, comma 4), preferibilmente nei locali della Commissione «idonei a garantirne l'accessibilità e tali da salvaguardare la confidenzialità, la dignità e la sicurezza degli utenti» (art. 14, comma 1), salvo che «nell'interesse delle persone coinvolte e con il loro consenso» non sia più utile spostarsi in altri luoghi, così da coinvolgere «soggetti della comunità locale, ivi inclusa la struttura in cui è avvenuto il fatto» (art. 19, comma 5). È lasciata dunque una certa libertà ai mediatori di adattare il *setting* al tipo di programma riparativo da portare a termine (individuale, bilaterale o "allargato"). Si osservi che l'incontrarsi delle parti in pubblico – per esempio nello stesso ospedale dove è avvenuto il fatto – per un confronto sull'evento in modo da coinvolgere altri componenti dell'*équipe* o del reparto in una riflessione critica su quanto occorso può già integrare una «condotta riparatoria» idonea a estinguere il reato di cui all'art. 590-ter c.p.

I mediatori sono in ogni caso tenuti a svolgere le sedute «in un ambiente sicuro e confortevole» per tutti gli intervenuti. Per la sua efficacia, l'espressione è presa in prestito testualmente dalla Raccomandazione (99)19⁹⁵. A prima vista, la precisazione potrebbe apparire uno scrupolo fin eccessivo; si tratta invece di un aspetto non secondario: la vulnerabilità della persona offesa e del soggetto attivo va costantemente tenuta in debito conto e il ricorso al termine «ambiente» segnala opportunamente come si debba valutare non solo il luogo fisico, ma l'intero contesto di svolgimento del programma – inclusi i profili reputazionali e gli spazi e i tempi interiori delle parti.

Durante lo svolgimento del programma di giustizia riparativa, il procedimento penale resta sospeso (art. 16) così come il decorso del termine di prescrizione del reato (art. 17). In tal modo, il programma di giustizia riparativa potrà svolgersi secondo le modalità più opportune, con garanzia di riservatezza e confidenzialità, assicurata sia

⁹⁴ Racc. (99)19, IV, § 9.

⁹⁵ Racc. (99)19, V.3, § 27: «Le médiateur a la charge d'assurer un environnement sûr et confortable pour la médiation»; si veda anche il § 10 dei *Basic Principles* dell'ONU che sollecita a tenere in considerazione «the safety of the parties... in conducting a restorative process».

dalla previsione di una clausola di inutilizzabilità, in ogni procedimento, delle dichiarazioni rese e degli atti compiuti nel corso del programma, sia da un obbligo di astensione dal deporre per i mediatori e gli esperti che abbiano partecipato al programma.

L'art. 20 richiama alcune garanzie del giusto processo: diritto di difesa per l'indagato, diritto all'assistenza da parte di persone di fiducia – compresa l'assistenza legale –, l'ausilio tecnico di eventuali esperti, l'assistenza di un interprete per chi non conosce la lingua utilizzata nel programma⁹⁶.

L'attività della Commissione dovrà concludersi entro sei mesi, prorogabili in caso di necessità fino a un massimo di altri sei mesi (art. 22).

Il programma di giustizia riparativa si intende concluso positivamente (artt. 7 e 21) quando siano state definite adeguate attività risarcitorie o riparatorie, sole o connesse ad attività conformative. L'effettivo adempimento di tali attività viene seguito dalla Commissione, la quale assiste le parti «fino al completamento del programma» (art. 18, comma 1, lett. d).

La conclusione del programma, con esito positivo, è oggetto di apposita informativa da parte della Commissione all'autorità giudiziaria procedente (art. 21, comma 2). Lo svolgimento delle attività risarcitorie o riparatorie, nonché delle attività conformative, accertato dall'autorità giudiziaria, estingue il reato (art. 2) di cui all'art. 590-ter c.p.

In generale, la Commissione «provvede periodicamente a informare l'autorità giudiziaria penale circa l'andamento del programma di giustizia riparativa», incluse le ipotesi in cui l'esito delle attività non sia positivo, avendo cura, in tal caso di «indicare», nel rispetto della confidenzialità e riservatezza assicurate alle parti, «le attività comunque svolte» (art. 21).

5. Titolo IV: Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario

Il titolo IV del *Progetto di riforma* consta di cinque articoli, che ripropongono – con una serie di modifiche non del tutto trascurabili – alcune soluzioni già ipotizzate nell'ambito di alcuni disegni di legge attualmente sottoposti all'esame delle competenti commissioni parlamentari (in particolare, ci si riferisce ai d.d.l. S/50, a firma Tomassini e Malan e S/352, a firma Carrara, Bianconi, Colli).

In particolare, questa parte del *Progetto* elaborato dal CSGP punta a disciplinare in

⁹⁶ Oltre agli evidenti vincoli costituzionali, la disposizione si pone in conformità, per quel che riguarda i programmi di *restorative justice*, con le indicazioni internazionali: UN Basic Principles, § 13 («Fundamental procedural safeguards guaranteeing fairness to the offender and the victim should be applied to restorative justice programmes and in particular to restorative processes»); Racc. (99)19, III, § 8 («La procédure de médiation devrait être assortie de garanties fondamentales: en particulier, les parties devraient avoir le droit à l'aide judiciaire et, le cas échéant, à un service de traduction/interprétation»).

maniera efficace anche le problematiche connesse alla responsabilità civile per l'operato del sanitario, così da completare, in un disegno il più possibile equilibrato e armonico, le innovazioni già introdotte, nei titoli precedenti, sul terreno della responsabilità penale.

L'intento complessivo del *Progetto*, in quest'ottica, è quello di prevedere una migliore allocazione delle obbligazioni risarcitorie, coinvolgendo le strutture sanitarie di appartenenza e prevedendo un sistema di garanzie assicurative obbligatorie, che sia in grado, da un lato, di tutelare adeguatamente le vittime di condotte colpose dei sanitari, e garantisca, dall'altro, mediante una più attenta politica di prevenzione e monitoraggio delle fonti di pericolo in ambito sanitario, l'effettivo interesse delle compagnie assicuratrici a farsi carico dei costi connessi alla copertura del c.d. "rischio clinico"⁹⁷.

A tale scopo, viene innanzi tutto previsto, all'art. 26 del *Progetto*, che ogni azienda sanitaria, struttura o ente, pubblico o privato, che renda prestazioni sanitarie a favore di terzi, sia tenuto a dotarsi, entro un anno dall'entrata in vigore della legge di riforma, di una «copertura assicurativa per responsabilità civile verso i terzi, in relazione ai danni a persone causati dal personale sanitario, operante a qualunque titolo presso la struttura o ente».

In analogia a quanto già previsto per l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica, la previsione di un vero e proprio «obbligo assicurativo» punta a porre fine all'attuale sistema caratterizzato da formule assicurative facoltative, spesso contraddistinte da incompletezza di copertura, limitatezza dei massimali, incongruità della garanzia prestata rispetto al reale contenuto di rischio insito nell'attività della struttura sanitaria. Allo stesso modo, la previsione di massimali fissati su base regionale, attraverso appositi accordi-quadro (art. 26, comma 2) che non possano stabilire (almeno in prima applicazione) livelli di garanzia inferiori a una certa soglia patrimoniale, contribuisce a fornire omogeneità a un sistema che, attualmente, non prevede alcuna regola precisa.

Da questo punto di vista, la parificazione prevista per tutte le strutture sanitarie, siano esse pubbliche o private, consentirebbe di eliminare l'attuale disparità di trattamento tra operatori sanitari che prestano servizio in strutture pubbliche, private o private accreditate, ponendo fine a quelle situazioni, correttamente definite ai limiti del

⁹⁷ Secondo i dati presentati nel 2007 dall'ANIA (Associazione Nazionale Imprese Assicuratrici), in relazione al periodo 1995-2005, il numero di sinistri denunciati dalle imprese assicuratrici in Italia, nel campo della responsabilità civile in ambito sanitario, è passato da poco più di 17.000 a circa 28.500 casi, facendo registrare un incremento del 65%. In particolare, i sinistri legati alla copertura assicurativa dei singoli medici hanno fatto registrare un aumento più marcato, passando da 5.798 del 1995 a 12.374 del 2005 (+134%), mentre i sinistri legati alla copertura assicurativa delle strutture sanitarie sono passati da 11.444 a 16.085, con una crescita del 41%. Di conseguenza, i premi incassati negli anni precedenti la rilevazione di tali dati (2007) sono risultati insufficienti per soddisfare le obbligazioni nascenti dai sinistri denunciati: ciò ha determinato, per un verso, una vera e propria fuga di alcuni operatori da tale comparto assicurativo, dando vita, per altro verso, a un cospicuo aumento dei premi assicurativi da parte delle compagnie che hanno deciso di continuare a offrire questo tipo di polizze.

grottesco, nelle quali il sanitario che presta servizio in strutture private con parziale convenzionamento dei posti-letto, può trovarsi ad essere garantito dall'assicurazione dell'ente allorché operi nella parte convenzionata col SSN, mentre perde tale copertura qualora svolga la stessa attività nei confronti di un paziente che si sia rivolto privatamente alla struttura sanitaria.

L'effettiva cogenza della previsione di tale copertura assicurativa obbligatoria è determinata dalla previsione di cui al comma 4 dell'art. 26 del *Progetto*, che stabilisce, per le strutture private, come essa sia «condizione necessaria per l'accreditamento e la convenzione di enti o strutture private con il Servizio sanitario nazionale». Quanto alle strutture pubbliche, un analogo meccanismo *lato sensu* sanzionatorio, per l'ipotesi in cui non provvedano a dotarsi della copertura assicurativa, è previsto mediante l'eventuale esclusione della partecipazione al riparto dei fondi regionali «per il finanziamento delle attività istituzionali delle aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale».

Tuttavia, essendo evidente la diversa posizione rivestita dalle strutture private rispetto a quelle pubbliche, il *Progetto* prevede la possibilità – all'art. 27 – che le regioni possano decidere di non rivolgersi al mercato delle compagnie assicuratrici private, istituendo un apposito «Fondo di garanzia» che sostituisca, attraverso una dotazione di risorse pubbliche omogenee a quanto previsto *ex lege* per le strutture sanitarie private, la copertura assicurativa prevista dall'art. 26, in relazione alla responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende sanitarie ubicate sul territorio regionale.

La previsione di una copertura assicurativa obbligatoria costituisce il primo passaggio per realizzare una più equilibrata allocazione della responsabilità tra il singolo sanitario e la struttura di appartenenza. È un dato ormai noto a tutti gli studiosi, infatti, che l'attività (e, correlativamente, l'errore) del sanitario è solo un momento, un segmento di una più complessa prestazione, alla cui realizzazione concorre integralmente un assetto organizzativo, una struttura complessa, in cui il singolo operatore non rappresenta altro che un piccolo ingranaggio. L'analisi retrospettiva degli «errori in sanità»⁹⁸, infatti, mette sempre più spesso in luce come siano davvero rari i casi in cui la responsabilità dell'evento avverso sia riconducibile esclusivamente a un comportamento scorretto dell'operatore, e non sia, invece, il frutto di un "errore organizzativo" che ha come protagonista, in misura più o meno significativa, l'intera struttura sanitaria nella sua complessità.

In virtù di tale consapevolezza, il *Progetto* elaborato dal CSGP prevede dunque che «la responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende, strutture o enti di cui all'art. 26, comma 1, è sempre a carico dell'azienda, ente o struttura sanitaria» (art. 28, comma 1). Anche questa disposizione segnerebbe un significativo passo avanti rispetto alla realtà attuale,

⁹⁸ Si veda, tra i tanti, CISNOTTI R., *La gestione del rischio nelle organizzazioni sanitarie*, Roma, 2004, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

ponendo fine a quelle situazioni di conflitto tra l'interesse della struttura sanitaria e quello del singolo operatore che, nonostante tutti gli sforzi della contrattazione collettiva, costituiscono oggi un'autentica piaga del sistema sanitario italiano, che si manifesta inevitabilmente ogniqualvolta venga attivato un contenzioso giudiziale per eventi dannosi cagionati in danno di terzi.

La previsione della responsabilità patrimoniale in capo alla struttura sanitaria, peraltro, non si risolve in una totale esenzione di responsabilità per il singolo operatore: sempre secondo l'art. 28 del *Progetto* (art. 28, commi 3 e 4), infatti, l'ente può rivalersi nei confronti del sanitario qualora risulti, con sentenza passata in giudicato, che il fatto sia stato commesso con dolo, preterintenzione o colpa grave. In tale ultima ipotesi, peraltro, l'ente (o, più verosimilmente, l'assicuratore) potrà recuperare l'ammontare riconosciuto a titolo di risarcimento attraverso il meccanismo della «trattenuta sullo stipendio del sanitario, nella misura massima del quinto». Si realizza, così, un adeguato temperamento tra l'esigenza di garantire il soddisfacimento delle pretese risarcitorie della parte lesa (che potrà sempre convenire in giudizio, come previsto dall'art. 29 del *Progetto*, direttamente la struttura sanitaria o l'assicuratore, vale a dire soggetti certamente solvibili) e quella di predisporre un equilibrato assetto di responsabilità nel rapporto interno tra il sanitario e l'ente di appartenenza.

Sempre nell'ottica di semplificare il più possibile la procedura giudiziale – che dovrebbe, a ben vedere, riguardare solo pochi e marginali casi, visto che la gran parte del contenzioso dovrebbe risolversi in via transattiva o, nei casi di possibile rilevanza penale, attraverso il percorso di giustizia riparativa di cui al Titolo III – l'art. 29 del *Progetto* prevede un meccanismo di «offerte risarcitorie» ed eventuali «pagamenti», nel caso di accettazione della proposta da parte dell'assicuratore o del Fondo di garanzia, entro termini perentori (90 + 20 giorni), così da assicurare una rapida definizione di tali controversie.

Per incentivare ulteriormente la definizione del contenzioso in via stragiudiziale si prevede poi una limitazione delle eccezioni contrattuali opponibili dall'assicuratore (solo quelle consistenti nel mancato pagamento del premio), alla quale si accompagna la possibilità, per il danneggiato che a causa del fatto venga a trovarsi in stato di bisogno, di ottenere da parte del giudice l'assegnazione, in ogni stato e grado del giudizio, di «una somma da imputarsi nella liquidazione definitiva del danno». In particolare, «il giudice, sentite le parti, qualora da un sommario accertamento risultino gravi elementi di responsabilità a carico del sanitario o dell'azienda, ente o struttura di cui all'art. 26, comma 1, provvede con ordinanza immediatamente esecutiva all'assegnazione della somma, nei limiti dei quattro quinti della presumibile entità del risarcimento che sarà liquidato con la sentenza» (art. 29, comma 6). Si realizza, così, un sistema nel quale l'ente (e con esso l'assicuratore) ha tutto l'interesse a definire nel più breve tempo possibile le controversie che presentino un qualche rischio di soccombenza, non potendo ottenere significativi vantaggi da una strategia volta alla dilatazione dei tempi processuali.

L'ultima norma del *Progetto*, di cui si è già avuto modo di parlare in precedenza, attiene alla istituzione, presso ciascun ente, azienda o struttura sanitaria, di una Unità di gestione del rischio clinico (art. 30), volta ad assicurare lo sviluppo di prassi idonee ad aumentare la sicurezza dei pazienti e a ridurre il rischio del verificarsi di eventi avversi.

In particolare, tale Unità di gestione del rischio clinico è chiamata a individuare le situazioni e le prestazioni sanitarie potenzialmente rischiose, anche sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro, nonché a favorire l'apprendimento organizzativo dagli errori, promuovendo attività formative, informative e comunicative sulla gestione del rischio clinico, realizzando altresì *audit* e sistemi di *incident reporting*.

Quest'ultimo profilo riveste particolare delicatezza. Le attività di *incident reporting*, infatti, sono ritenute assolutamente indispensabili – secondo le più aggiornate ricerche degli scienziati dell'organizzazione – affinché le organizzazioni complesse, analizzando i propri errori, apprendano comportamenti più efficaci e possano così fronteggiare in maniera adeguata il potenziale di rischio insito nelle attività che esse svolgono. Tuttavia, non sussistono, nella legislazione attuale, norme di salvaguardia che garantiscano la “riservatezza” delle informazioni ottenute nell'esercizio di tale attività, col risultato di porre le organizzazioni di fronte a un singolare dilemma: o svolgere un'attività di *incident reporting* puramente “cosmetica”, con la conseguenza di non riuscire a percepire per tempo i segnali d'allarme e le lacune organizzative, ovvero realizzarla secondo protocolli efficaci e puntuali, col rischio però di dar vita ad autentici dossier utilizzabili, in futuro, contro l'organizzazione stessa.

Proprio per evitare tale paradosso, il *Progetto* elaborato dal CSGP prevede, con una disposizione fortemente innovativa nell'ambito della legislazione italiana, che le informazioni raccolte e gli atti compiuti dall'Unità di gestione del rischio clinico, nello svolgimento della propria attività di *incident reporting*, rimangano segreti e siano inutilizzabili in ogni procedimento giudiziario (art. 30, comma 3).

Parallelamente, si stabilisce che «ai componenti dell'Unità di gestione del rischio clinico, in relazione all'attività di *incident reporting*, non si applicano gli artt. 361, 362, 363, 364, 365 c.p. in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell'esercizio o a causa delle loro funzioni». Attraverso l'esclusione di qualsivoglia obbligo di denuncia/referto, si garantisce ulteriormente quella riservatezza che è la condizione indispensabile per il buon funzionamento dell'attività di apprendimento dagli errori organizzativi, dando vita ad un sistema virtuoso nel quale la struttura sanitaria può indagare su se stessa, adottando le più efficaci politiche di riduzione del rischio clinico, senza timore di danneggiarsi in alcun modo.

L'incentivazione di tali comportamenti di “buona organizzazione” e la complessiva rivisitazione degli assetti di responsabilità penale e civile del sanitario, secondo le cadenze illustrate nei paragrafi precedenti, costituiscono – ad avviso del CSGP – gli strumenti più indicati per contrastare il fenomeno della medicina difensiva e promuovere, per il futuro, una tutela della salute dei cittadini più efficace rispetto a quella garantita dall'attuale assetto normativo.

IV

TAVOLA ROTONDA DI PRESENTAZIONE E DISCUSSIONE DEL PROGETTO

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 5 giugno 2009

Prof. LORENZO ORNAGHI

Magnifico Rettore dell'Università Cattolica del Sacro Cuore

A nome dell'intero Ateneo e mio personale, rivolgo a ognuno di voi il più cordiale saluto. Oggi viene presentato e scientificamente discusso un *Progetto* realizzato grazie all'iniziativa del *Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale*, in collaborazione con la *Società Italiana di Chirurgia*. Il *Progetto*, di grande rilievo, rappresenta il primo frutto di una collaborazione organica e feconda tra docenti della Facoltà di Giurisprudenza di Milano e della Facoltà di Medicina e Chirurgia di Roma. Sulla base di una documentata e rigorosa ricerca, il problema della cosiddetta “medicina difensiva” verrà oggi considerato sia con l'ausilio di un'analisi comparata in grado di raccogliere e valutare le risposte normative sin qui offerte da altri ordinamenti, sia attraverso un'accurata indagine empirica sulle attuali dimensioni di tale fenomeno.

L'attualità del tema in discussione è stringente. Tra i più significativi cambiamenti della società italiana – in quasi nulla dissimili da quelli delle altre società occidentali – sono certamente da annoverare i mutamenti che riguardano non solo il concreto esercizio di una professione, ma anche la percezione “soggettiva” e quella “esterna” della professione e del ruolo sociale a essa connesso. Questo processo di continua trasformazione riguarda quasi tutte le attività lavorative; ma, in misura maggiore e con conseguenze notevoli, coinvolge particolarmente la figura del medico. Chi è medico si sente, e quasi sempre realmente è, socialmente “vulnerabile”. Egli è spesso bersaglio di critiche e lamentele; con crescente frequenza è destinatario di atti giudiziari da parte dei pazienti o dei loro familiari. Accanto al problema dell'accertamento oggettivo delle responsabilità, vi è certamente da sottolineare il rischio crescente – anzi, ormai l'elevato grado di probabilità – di insanabili fratture nel delicato rapporto tra paziente e medico. È un problema che so angustiare i nostri medici del Policlinico «A. Gemelli». È un più ampio problema di natura sociale. Sorgono allora spontanee le domande: come porre rimedio a quella che può diventare una reale e pericolosa situazione di conflitto? Come salvaguardare il valore prioritario della persona-utente, contemporaneamente tutelando e promuovendo non solo la professionalità del medico, ma anche la sua serenità, che è anch'essa risorsa indispensabile al corretto esercizio della professione?

La preziosa ricerca del *Centro Studi «Federico Stella»*, proprio sulla base dell'indagine comparata che richiama all'inizio, tende a individuare modalità innovative di gestione del possibile conflitto – o, comunque, del rapporto critico – fra medico e paziente. La ricerca, in tal modo, offre gli elementi indispensabili per una “buona legislazione” in materia. Grazie al lavoro del *Centro Studi «Federico Stella»* e delle altre istituzioni coinvolte, l'Università Cattolica del Sacro Cuore è in grado di mettere a disposizione dei lavori parlamentari un contributo concreto e significativo. Anche di ciò sono riconoscente a coloro che hanno ideato e realizzato questa proposta di riforma, e in particolare ai professori Gabrio Forti e Rocco Bellantone. A ognuno di voi, e soprattutto ai giovani studiosi, auguro infine una giornata appagante e proficua.

Prof. GIORGIO PASTORI

Presidente della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Aggiungo solo qualche parola a quanto detto dal Rettore. Mi pare che Egli abbia già detto tutte le cose importanti, per cui a me non resta che sottolinearle. Innanzitutto, ha messo in evidenza come quella di oggi sia un'iniziativa realizzata in collaborazione tra due Facoltà, tra le nostre due Facoltà. Si tratta certamente di una cosa molto bella. Vorremmo anzi poter avere la Facoltà di Medicina a Milano o essere noi a Roma per avere rapporti anche più stretti.

Direi poi che il primo punto da sottolineare sia certamente il tipo di iniziativa perché è da tanto tempo, credo, che la nostra Facoltà o più Facoltà insieme non ne prendevano di simili. È un'iniziativa di politica legislativa, un'iniziativa propositiva che vuole affermare il ruolo scientifico dell'Università e insieme il suo ruolo attivo di collaborazione al miglioramento della legislazione. Credo che la nostra Facoltà non abbia concorso ad un'iniziativa del genere dai tempi in cui, con Mario Romano e Federico Stella, si tenne un importante convegno sulla disciplina legislativa dell'aborto. Mi pare, allora, che quella di oggi possa essere considerata non solo come un'iniziativa nuova di per sé, ma anche, si spera, come l'avvio di un nuovo stile e di nuovo modo di operare nella nostra Facoltà di Giurisprudenza come in quella di Medicina e Chirurgia.

Il secondo punto su cui vorrei soffermarmi è il metodo. Dobbiamo dare atto al Direttore della ricerca, e a tutti gli altri collaboratori, che si è cercato di dare spessore, sostanza e rigore metodologico a questa iniziativa, anche attraverso studi empirici e comparatistici e allo stesso tempo chiamando a collaborare esperti di diverse discipline. E direi che l'occasione odierna è forse la migliore dimostrazione del rigore e del metodo che caratterizzano il *Progetto*, perché quello di oggi non vuole essere un semplice convegno ma una vera e propria riunione di lavoro su un testo, su una proposta di legge già strutturata nella forma di articolato e che adesso viene sottoposta alle valu-

tazioni, che saranno certamente costruttive, di coloro che sono qui riuniti.

Il terzo punto da sottolineare è l'oggetto dell'iniziativa che è particolarmente rilevante ed attuale. Personalmente anch'io in passato mi sono occupato, per quanto marginalmente, di un aspetto particolare del tema, quello della giustizia riparativa, come è chiamato nel *Progetto*, quando si propose nella Provincia Autonoma di Trento di dar vita a una prima figura di camera di conciliazione in ambito sanitario. Più in generale osserverei che si tratta di un campo nel quale, anche in Italia, si è sviluppata quella che si può chiamare la «cultura americana della responsabilità», che certamente non era presente nei decenni passati e che oggi forse sembra attingere ad esiti estremi, tali da mettere in difficoltà l'intera professione medica, che è allo stesso tempo una tra le professioni più qualificate ma anche tra quelle tecnicamente e scientificamente più complesse. Ora l'iniziativa che si presenta oggi vuole sottolineare la necessità di ritrovare un punto di equilibrio tra le caratteristiche della professione e della prestazione medica, da un lato, e i diritti al risarcimento e alla riparazione, che spettano ai pazienti, dall'altro.

Spero allora che la proposta all'esame della riunione odierna non si esaurisca solo sul piano delle iniziative di studio, ma che possa proseguire il suo cammino e che si possa fra non molto festeggiare il varo di una legge che nasce oggi in questa sede. Quanto ci vuole per fare una legge? A volte tre giorni, a volte parecchi anni. Mi auguro che questa abbia un *iter* rapido. Grazie dunque a Gabrio Forti e a Rocco Bellantone che hanno coordinato la ricerca e a tutti gli amici che vi hanno collaborato, anche per il contributo così recato alla sempre migliore qualificazione delle nostre due Facoltà.

Prof. PAOLO MAGISTRELLI

Preside della Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma

Grazie. Buongiorno a tutti. Vorrei anzitutto esprimere un preliminare sincero ringraziamento al Magnifico Rettore, al Preside Pastori e al prof. Gabrio Forti per l'invito a partecipare all'incontro odierno. Considero quella di oggi un'opportunità di rilevante valore in considerazione dell'interesse che i membri della Facoltà che rappresento nutrono per l'argomento in discussione. Parto dalle conclusioni del Rettore, perché credo che, al di là dell'apporto strettamente tecnico, sicuramente fornito al meglio dal prof. Rocco Bellantone, docente della nostra Facoltà che si è particolarmente interessato al tema in quanto segretario della *Società Italiana di Chirurgia*, l'apporto che la Facoltà di medicina può fornire oggi sia appunto quello di ricordare ciò che è stato vissuto proprio dai docenti di tale Facoltà rispetto al problema di cui si occupa la ricerca odierna. Ebbene, io posso farlo sulla base di un'anagrafe che mi ha consentito di vivere un periodo lungo di questa storia. Per gli attuali docenti

dell'Università Cattolica che, come me, hanno una certa età, essa comincia intorno agli anni '60 del secolo scorso, quando il panorama era completamente diverso. Abbiamo vissuto un'epoca di "impunità", certamente sbagliata, di un rapporto medico-paziente che vedeva un atteggiamento di tipo paternalistico, sempre e assolutamente accettato, anche in presenza degli inevitabili errori che la medicina comporta. Che cosa invece è successo negli anni seguenti? Secondo me è stata particolarmente negativa la funzione svolta dall'informazione, la quale, alla ricerca della notizia ed in alcuni casi dello *scoop*, ha trasmesso due messaggi contraddittori: da un lato, quello di una medicina onnipotente, che risolve tutto, dove non ci sono morti e non ci sono complicanze; dall'altro lato, un messaggio di allarme per i casi di malasana, di *malpractice*, che certamente fa vendere i giornali, omettendo poi di segnalare che nell'80-90% dei casi si accerta che in effetti nessuna negligenza del sanitario poteva essere riscontrata. Questo perverso meccanismo ha facilitato una modifica del rapporto tra medico e paziente, che non è più paziente ma utente. Egli infatti ha sviluppato progressivamente delle attese sicuramente superiori a quelle che la medicina oggi può offrirgli e questo ha favorito l'incremento, in Italia, di quei contenziosi medico-legali che negli Stati Uniti avevano preceduto già di un ventennio la nostra cultura.

Qual è stata la reazione di difesa della classe medica? La reazione della classe medica è stata quella di attivare i meccanismi che voi chiamate di medicina difensiva, dividendoli in una medicina difensiva positiva e in una negativa. Io personalmente penso che il fenomeno della medicina difensiva sia sempre negativo. Quella positiva qual è? Quella della ricerca spasmodica di un'oggettività. È un girarsi la responsabilità e un passarsi la palla tra diagnostici per poter ottenere l'oggettività di un dato. Questo comporta due cose: un enorme incremento di spesa per sovrautilizzazione di una tecnologia ad alti costi, che non è un bene, e un disagio per i malati che affrontano esami tutto sommato non necessari. Peggio ancora è la medicina difensiva negativa, che ha portato molti medici a rifiutare di assumere l'onere del trattamento di alcuni malati considerati a rischio o a non effettuare alcuni trattamenti considerati a rischio, per quanto potenzialmente utili. Questa è la parte peggiore della medicina difensiva. Mi ha molto colpito qualche anno fa che in occasione di un convegno della *Società Italiana di Chirurgia* insieme agli atti sia stato pubblicato un volume che si chiamava "Sicurezza in chirurgia".

Ora, con "sicurezza in chirurgia" si potrebbe pensare che si facesse riferimento alla sicurezza dei malati. In effetti il volume era dedicato alle cautele che i medici dovevano seguire nella compilazione dei consensi informati di ogni intervento. Faceva quindi riferimento più alla la sicurezza del medico che a quella del malato. Questo la dice lunga sulla mentalità attualmente prevalente. Spesso si considera il consenso informato come una panacea, ma io credo che non lo sia. Io penso al consenso informato un po' come all'*impact factor* dei *curricula* scientifici quando noi facciamo i concorsi universitari. Se non ce l'hai, le speranze di successo sono scarse, se ce l'hai, bisogna vedere qual è il giudizio della commissione e quindi non si può ritenere che il con-

senso informato sia un meccanismo sufficientemente protettivo. Il danno peggiore però, secondo me, è stato quello di una politica incentrata soltanto sulla ricerca del colpevole e non sulla modifica dei problemi procedurali e strutturali. Non ci sono stati grandi miglioramenti con questa politica, perché per capire come si può cambiare un'organizzazione al fine di migliorarla il vero problema dovrebbe essere la prevenzione, cioè il rilievo dei *near misses*. Quindi, a fronte di tanti casi di presunte *malpractices* e di tanti processi, le cose non sono sostanzialmente cambiate. Allora credo che è verso questo tipo di attività che ci dovremo rivolgere.

Questo tipo di approccio al problema comporta anche una revisione del *core curriculum* dei corsi di laurea in area sanitaria attraverso l'inserimento nel piano degli studi di argomenti di *clinical governance*, *risk management* e comunicazione. Sono tre settori ormai divenuti fondamentali per preparare la futura generazione dei medici ai problemi con i quali dovrà confrontarsi. Credo che la modifica di assetto abbia tanti aspetti e che la proposta oggi in discussione sia la più rilevante e la più urgente, ma non tanto come la risposta ad un grido di dolore dei medici e dei chirurghi che chiedono aiuto: essa va vissuta in altro modo, va vissuta come la costruzione della possibilità che la sanità erogata oggi sia efficiente, efficace, sicura ma anche equa. Grazie.

Prof. ROCCO BELLANTONE

Segretario generale Società Italiana di Chirurgia

Pare che tocchi a me. Grazie. Immagino che i fior di giuristi qui presenti non vedano l'ora di affrontare la problematica scientifica oggetto dell'incontro e che di tutto abbiano voglia, meno che di sentire un chirurgo che straparla di problemi giuridici. Devo dirvi che Gabrio Forti, quando venne alla prima riunione del consiglio direttivo della *Società Italiana di Chirurgia*, come prima cosa mi disse: «Ma io non pensavo assolutamente che voi aveste una cultura giuridica così pronunciata!». E da lì nasce il problema.

Nel momento in cui la *Società Italiana* mi ha chiamato a esserne Segretario Generale, il messaggio che da più parti veniva è che dovevamo sì continuare ad occuparci di problemi scientifici, ma che dovevamo soprattutto occuparci di un problema che era diventato preponderante per quanto concerneva la nostra attività. Chiunque di voi vada a leggere i programmi dei congressi di chirurgia troverà sempre e comunque al primo posto una mezza giornata interamente dedicata ai problemi della colpa professionale, ai problemi della cosiddetta *malpractice*. Ecco perché a un certo punto un sano realismo mi ha spinto a dire agli altri colleghi chirurghi: «evitiamo di occuparcene sempre e comunque noi, perché siamo parti in causa e perché non abbiamo le competenze. Cerchiamo cosa ci possa essere di meglio in campo giuridico su questo argomento e cerchiamo di verificare se le nostre lamentele sono giuste». Devo dire, non per piaggeria, che devo ringraziare il Magnifico Rettore perché dovete sape-

re che, alla fin fine, purtroppo la scarsa conoscenza tra Roma e Milano ha fatto sì che io tagliassi la testa al toro e mi rivolgessi al Rettore per esporgli questa mia idea e chiedergli consiglio. Se oggi siamo qui lo dobbiamo all'entusiasmo giovanile di un Rettore che una sera della settimana successiva mi ha richiamato per dirmi: «Pensava che io mi fossi dimenticato! No, Le dico che gli esperti di questa materia sono Gabrio Forti, ecc. ecc.». E perciò, grazie veramente.

L'iniziativa è cresciuta per l'incontro con un gruppo che, dal punto di vista scientifico, conoscevamo benissimo, e che abbiamo cominciato ad apprezzare dal punto di vista umano. Si è creato un grosso *feeling*, devo dirvi che in Italia questo lavoro della Cattolica di Milano sulla medicina difensiva ha avuto un enorme riscontro, così come c'è un'aspettativa enorme, su questo *Progetto* che voi oggi presentate. E vado a concludere: qual è il problema? Il problema è che 8 medici su 10, oggi come oggi, ricevono una richiesta di risarcimento danni o vanno incontro ad un procedimento giudiziario. Il problema è che la stragrande maggioranza dei chirurghi italiani (noi su 5500 soci ne abbiamo contati centinaia e centinaia) è implicata in procedimenti penali. Noi non abbiamo le vostre cognizioni di diritto comparato, però immaginiamo che in Italia ci sia qualcosa che non va perché, nel momento in cui ci confrontiamo con i nostri colleghi americani, statunitensi, avvertiamo una situazione diversa. Una volta, ad un nostro convegno, un mio collega della *Mayo Clinic* (uno degli istituti più prestigiosi degli Stati Uniti) sentendo parlare di medici e chirurghi che correvano il rischio di andare in galera, o per lo meno che avevano riportato delle condanne penali, venne a chiedermi in inglese: «Penso che ci sia stato un errore di traduzione, perché è impossibile che accada: che vuol dire, quando mai?».

Sapete meglio di me che negli Stati Uniti la condanna penale, il procedimento penale per un chirurgo, è qualcosa di eccezionale, che riguarda – e giustamente – colleghi che operano sotto l'effetto di droghe, alcool, ecc. Ma accade lo stesso in Europa, perché quando noi ci confrontiamo con i nostri colleghi francesi, tedeschi, inglesi, spagnoli, ci rendiamo conto che anche lì il numero di procedimenti penali è decisamente minore di quello che c'è in Italia. Allora non venite a chiedere a me cosa non va, vi trasmetto da utente la sensazione che c'è qualcosa che non va, specie considerando che – quando poi andiamo ad analizzare l'esito di questi processi – oltre il 90% delle cause si traducono in assoluzioni. Il che vuol dire che ce ne sono troppe e che, probabilmente, la stragrande maggioranza di questi processi sono impropri. Il secondo problema su cui vi invitiamo a riflettere è il danno che, da tale situazione, deriva alla comunità. Lasciamo perdere il danno dei chirurghi. Due dati: il primo è quello della medicina difensiva. I dati dell'Università Cattolica sono noti in tutta Italia, sono apparsi su tutti i mass media: l'80% dei chirurghi italiani, questa è l'ultima statistica, negli ultimi sei mesi ha compiuto atti di medicina difensiva. Questo si traduce in un dispendio economico enorme, che caratterizza anche la cosiddetta “medicina difensiva innocente”. Vi faccio un esempio: il paziente con mal di testa, che va in pronto soccorso e che fa una tac cerebrale; bene, l'approccio di medicina difensiva a casi del

genere ci porta ad essere il Paese con il più alto numero di tac cerebrali eseguite per abitante. Il che non vuol dire solamente che c'è qualche poveraccio che poi rischia una crisi anafilattica perché è stato impiegato un mezzo di contrasto che non doveva essere utilizzato, che già è importantissimo, ma significa anche che le risorse economiche, già scarse, vanno abbondantemente sprecate. E questo si traduce in un problema per il paziente.

I giovani chirurghi oggi dicono – mi scuso in anticipo, per un termine che sembrerà cinico e cattivo – «Professore, ma proprio qui doveva venire questa grana?». Io penso che i nostri maestri questa parola non l'abbiano mai sentita nelle corsie dell'ospedale, ma il giovane chirurgo oggi è terrorizzato, sa che in una cartella clinica di sei mesi, se quel caso va a procedimento giudiziario, un medico legale troverà sempre e comunque un momento in cui c'è stato un errore. Ecco una legge, consentitemi di dire, iniqua: un piccolo momento errato in una complessa vicenda si può trasformare in un'imputazione o peggio, in una condanna per un omicidio colposo. E qualche volta, paradosso dei paradossi, è stato contestato l'omicidio preterintenzionale. È inutile che spieghi a voi che cosa significa, a noi utenti sembra assurdo dire per definizione che un chirurgo voleva far del male e poi abbia esagerato e abbia ucciso.

L'altro problema qual è? Le scuole di specializzazione di chirurgia generale, oggi come oggi, vedono diminuire vertiginosamente il numero dei candidati. Nel giro di qualche anno in Italia ci troveremo come in Inghilterra: dovremo importare chirurghi da altri Paesi. Con tutto il rispetto per gli altri Paesi, tuttavia, importeremo chirurghi da realtà che tecnicamente ci sono inferiori. E ciò perché nessuno vorrà più fare il chirurgo. Ecco perché vi chiediamo di fare qualcosa, non possiamo assistere nuovamente – faccio sfoggio di cultura – a un caso come quello recentemente discusso in Cassazione, cioè a un caso in cui un chirurgo, che ha operato bene una paziente e che si è trovato, nel corso dell'intervento, a modificare la procedura (anche i periti hanno riconosciuto la correttezza di tale decisione), venga condannato in primo ed in secondo grado per lesioni: soltanto le Sezioni Unite, con una sentenza che sembra a favore del medico, ma che in realtà non lo è, alla fine hanno stabilito che tutto sommato questa persona non andava condannata.

Chiudo ricordando che noi siamo uno dei pochi Paesi al mondo in cui non è codificato l'atto medico. È un qualcosa che ci penalizza: sapere che quando incido un addome, se non ci fosse la scriminante, io sarei una persona che compie una lesione volontaria, se non peggio, è un qualcosa che, devo dire, mi sconvolge. Noi siamo governati, per quanto riguarda l'atto medico, da una legge del 1930. Chiudo con una piccola citazione storica – stiamo parlando degli inizi del '900 – e mi riferisco ai due chirurghi più grandi del mondo, quelli che hanno inventato la chirurgia moderna. Il primo è Kocker, il quale prese il Nobel per i suoi studi sulla tiroide, ai quali peraltro sono affezionato perché è il mio cavallo di battaglia: egli cominciò a operare le tiroidi, che fino a qualche anno prima un suo collega definiva inoperabili (anzi diceva proprio che soltanto un pazzo o un macellaio avrebbe potuto operare una tiroide, perché

si trattava di interventi destinati a provocare la morte del paziente – Kocker rivoluzionò questa chirurgia portando la mortalità dal 40 al 4%. Oggi come oggi in Italia si fanno ogni anno 40.000 tiroidectomie con una mortalità di 1-2 casi su 10.000 persone. Ma la legge che ci governa è quella del tempo di Kocker.

Il secondo esempio che cito riguarda Halsted, altro inventore della chirurgia moderna, che lavorava al *John Hopkins* di Baltimora, rimasto uno dei più prestigiosi ospedali del mondo: il Codice Rocco è del 1930, Halsted muore nel 1922 ma immagino che il codice fosse già in fase di preparazione in quegli anni. Ebbene Halsted a fine '800 vede la sorella che sta morendo per una emorragia *post-parto*, prende una siringa, comincia a togliersi il sangue e a metterlo alla sorella. I gruppi sanguigni furono scoperti soltanto 20 anni dopo. La pratica della trasfusione era assolutamente vietata in quel momento perché, appunto, spesso si moriva dopo una trasfusione. Halsted inventa l'anestesia locale con la cocaina, e siccome eticamente ritiene che si deve sempre provare un farmaco prima di iniettarlo a un paziente, lo fa e diventa cocainomane. Ha qualche problema con il suo Rettore, che gli dice: «tu non sei di grande esempio come docente, perché cocainomane» ma assolutamente continua a operare come molti chirurghi dell'epoca pur essendo cocainomane. A un certo punto esce dalla dipendenza da cocaina grazie alla morfina, diventando così morfinomane. A quel punto il suo Rettore non ha più nulla da ridire e lui continua a fare i suoi meravigliosi interventi da morfinomane. Halsted muore nel 1922 (il codice Rocco è di quell'epoca) per una calcolosi del coledoco, che oggi viene affrontata senza anestesia, con una gastroscopia. Ecco – e chiudo – per i vostri lavori vi invito a ricordare il passato e vi rivolgo un sollecito: toglieteci, per cortesia, da una legge che è dei tempi in cui il migliore chirurgo del mondo operava sotto gli effetti della cocaina, faceva degli atti medici considerati assolutamente illeciti, e morì per un intervento che oggi viene fatto in ambulatorio. Grazie.

Prof. GABRIO FORTI

Direttore del Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale

A nome del *Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale* e mio personale do il benvenuto a tutti i presenti. Ringrazio il Magnifico Rettore, gli illustri Presidi, l'Illustre Segretario della *Società Italiana di Chirurgia* per gli indirizzi di saluto che hanno aperto i lavori odierni. Parole molto incoraggianti, ma direi anche molto illuminanti per il nostro lavoro. Vorrei poi ringraziare tutti i colleghi convenuti qui oggi. Non solo per aver accettato di mettere a disposizione il loro tempo e le loro competenze in questa giornata di lavoro, ma soprattutto per averlo fatto con tanta prontezza ed entusiasmo, il che costituisce per noi, indubbiamente, un ulteriore stimolo a impegnarsi in un *Progetto* che, pur avendo già completato alcuni passag-

gi che ritengo significativi, ha ancora tanta strada da percorrere fino alla sua presentazione ufficiale, cui contiamo di provvedere nel prossimo autunno, se, ovviamente, saranno superati tutti i passaggi precedenti. E una delle più importanti stazioni intermedie lungo questo cammino è certamente l'incontro odierno, dal quale ci attendiamo di ricevere indicazioni e indirizzi di approfondimento, viste non solo le elevate qualificazioni accademiche dei partecipanti, ma soprattutto le loro comprovate competenze nella specifica materia oggi al nostro esame. Ringrazio anche coloro, docenti e magistrati, che, impossibilitati ad intervenire oggi, hanno ricevuto o richiesto il testo del *Progetto* e ci hanno promesso l'invio delle loro osservazioni.

Non spenderò molte parole sui contenuti del *Progetto* che oggi sottoporremo a discussione. Tutti gli invitati a questa *Tavola rotonda* hanno ricevuto antecedentemente, insieme alla proposta di articolato, una relazione di presentazione nella quale, sia pure a grandi linee, sono illustrate le ragioni delle scelte normative avanzate. Ricordo solo che il lavoro progettuale, che ha visto impegnato un cospicuo numero di docenti e ricercatori del Centro da me diretto, è nato da una sollecitazione congiunta della *Società Italiana di Chirurgia* e del Magnifico Rettore dell'Università Cattolica. Una sollecitazione a ricercare, come ha ben detto il collega Bellantone, una possibile soluzione regolativa al delicato problema della medicina difensiva che, a seguito di una ricerca empirica che noi stessi abbiamo condotto – anche questa veniva ricordata dal Prof. Bellantone – ha confermato tutta la sua imponenza, ma direi anche la sua drammaticità.

Vorrei dunque chiarire che il *Progetto* qui in discussione non ha la pretesa, a differenza di altri progetti di legge pendenti in Parlamento, di ridefinire *in toto* la materia della responsabilità medico-chirurgica o della funzionalità delle strutture sanitarie, né tanto meno di intervenire in ambiti che sono in discussione in contesti più qualificati ad occuparsene. Penso al problema del consenso alle cure, alle delicatissime tematiche bioetiche. Non a caso il tema oggi in discussione è: «Il problema della “medicina difensiva”. Una proposta di riforma in materia di responsabilità professionale del medico». Lo scopo del nostro *Progetto*, come si legge nella Relazione di presentazione, è appunto di suggerire una serie di soluzioni innovative per fronteggiare il fenomeno della medicina difensiva e del contenzioso legato al rischio clinico, nel tentativo di perseguire una tutela più efficace della salute dei cittadini. Anche quest'ultimo profilo vorrei che fosse chiaro. Lo abbiamo sempre detto in ogni occasione: non c'è l'intento di creare una condizione di privilegio per il medico, né di abbassare il livello di professionalità e di servizio nei confronti dei cittadini-pazienti. Al contrario, come è ben emerso da quanto detto dal Prof. Bellantone, è proprio nell'interesse della salute dei pazienti che occorre provvedere a migliorare la regolazione di questa materia.

La nostra aspirazione non vuole quindi essere quella di assumere una prospettiva totalizzante sulla materia della responsabilità medico-chirurgica, ma di avanzare proposte che siano specificamente dirette a fronteggiare, nel limite del possibile, un problema che assume dimensioni allarmanti. Ciò anche perché è realisticamente prevedi-

bile che la nostra proposta, laddove trovasse un ascolto parlamentare in sede di Commissioni Giustizia e Commissioni Sanità, verrebbe esaminata congiuntamente agli svariati altri progetti in discussione, all'interno di un contesto normativo destinato a farsi carico anche di siffatti, ulteriori profili.

Aggiungo che il *Progetto* qui presentato, pur elaborato da un gruppo di penalisti, ha fortemente risentito della consapevolezza di quanto, anche nel contesto sanitario, una eccessiva invadenza di quella che viene detta una cultura accusatoria del biasimo, una *blame culture*, sia di grave ostacolo alla rimozione delle criticità strutturali ed organizzative, che, non di rado, sono alla base dell'errore medico. Lo diceva bene il Prof. Magistrelli: i *near misses* spesso salvano medici che hanno commesso gli stessi errori di altri sanitari i quali invece, perché un evento si è verificato, sono poi chiamati a rispondere penalmente; e una quota di questi errori è spesso addebitabile a *deficit* di organizzazione che, come tali, non dovrebbero essere accollati esclusivamente sulle spalle del singolo medico dichiarato "responsabile". Come scrive il collega Maurizio Catino, che ha collaborato alla nostra ricerca, «l'approccio accusatorio, specie quando esso sia troppo invasivo, visto che guarda al passato, crea un senso di paura per le sanzioni e le controversie legali. Non favorisce il *reporting* degli errori da parte degli operatori di *front line* e inibisce l'apprendimento organizzativo e i ritorni di esperienza. Non consente di eliminare le condizioni di rischio e soprattutto non esclude la possibilità, questo è fondamentale, che uno stesso evento, possa ripetersi con altri attori». E a questa cultura del biasimo possiamo ritenere si annetta anche un inconveniente spesso associato alla ricerca delle responsabilità, quello che gli anglosassoni chiamano *hindsight bias*, che si presenta come una distorsione retrospettiva del giudizio, per cui le persone, quando l'evento si è prodotto, e dunque ne hanno ormai conoscenza, sono portate a sovrastimare *ex post* la capacità di prevederne la realizzazione *ex ante*. Ovviamente non si tratta di abolire il *blame*, ma, per un'equa e giusta cultura della sicurezza sanitaria, è necessario che tutti gli operatori comprendano dove corre la linea tra i comportamenti inaccettabili che meritano sanzioni e il resto dei fatti per i quali una punizione non è appropriata alla tutela effettiva e non miope della salute dei pazienti.

Dopo questo *incipit* di inquadramento generale del nostro *Progetto*, passo ora ai ragguagli di tipo organizzativo su come avremmo pensato di impostare la giornata. Ci sarà una prima sessione che prenderà inizio ora e si concluderà alle 13.30. I lavori riprenderanno alle 14.30 con la sessione pomeridiana, che si svolgerà senza interruzioni fino circa alle 17.30. E vengo ora al *modus* organizzativo più specifico. Come anticipato a tutti i convenuti, abbiamo scelto di impostare la riflessione sul *Progetto* in modo agile e informale, il più possibile interattivo e dialogico. Il che significa che non vi saranno relazioni consecutive, ma che, sulle singole sezioni principali del *Progetto*, si aprirà un dibattito cui ognuno, se lo riterrà, potrà dare un contributo. Naturalmente gli interventi di ciascuno potranno anche assumere la forma della replica e del commento agli interventi di altri. Registreremo tutti gli interventi, perché è nostra inten-

zione dare pubblicazione ai risultati di questa giornata. Pertanto invito tutti, prima di ogni intervento, ad accendere il microfono e a dire il proprio nome. La cosa può risultare un pochino stucchevole, visto che ci conosciamo tutti, ma questo è indispensabile per poter provvedere alla sbobinatura. Riceverete in tempi brevi il testo della registrazione che vi riguarda e avrete la possibilità di riformularne o integrarne i contenuti o, semplicemente, di darci il visto affinché si stampi il vostro intervento così com'è. Con due sole avvertenze, di cui dirò tra poco, esamineremo il *Progetto* con le seguenti scansioni. Nella sessione mattutina, fino alla pausa, inizieremo l'esame del Titolo I (norma di principio del trattamento medico chirurgico) e del Titolo II, art. 2, relativo alla colpa grave. Alla ripresa dei lavori del pomeriggio, ancora fino circa alle 16, potremo ulteriormente soffermarci su questa parte. Dalle 16 in poi conterei di passare all'esame congiunto del Titolo II – artt. 3 e 4, norme processuali – e del Titolo III sulla giustizia riparativa. È naturale che, come spesso accade, qualcuno durante un *workshop* come questo possa non aver avuto il tempo di esprimere pienamente il proprio pensiero. Ma sarà dato tutto l'agio possibile a ognuno di esporre la propria opinione in forma scritta anche dopo il presente incontro e dunque non solo negli atti, che come ho detto contiamo di pubblicare senz'altro entro l'autunno, ma, prima ancora, in un corredo di documenti di lavoro, che accompagnerà l'ulteriore elaborazione del nostro *Progetto* fino alla definitiva pubblicazione.

Le avvertenze organizzative di cui parlavo sono le seguenti: prima di avviare la *Tavola rotonda*, daremo la parola al Prof. Mario Romano, che introdurrà l'inquadramento del *Progetto* e ovviamente esprimerà la sua valutazione. Ricordo, accanto alla sua indiscussa autorevolezza scientifica, anche il fatto che il prof. Romano è sia il nostro decano di Facoltà, sia anche, mi risulta, il decano dei penalisti italiani. Dopo di che, passerò la parola al collega Giulio Ponzanelli, che ha fatto un grande sforzo per essere presente qui oggi vista la concomitanza con un altro suo importante impegno precedentemente assunto. Tra l'altro è l'unico civilista oggi presente e quindi sarà particolarmente importante ascoltarlo con attenzione, non solo per la sua qualificazione e competenza, ma anche perché, immagino, sarà l'unico che si occuperà della ultima sezione del nostro *Progetto*, dedicata ai profili assicurativi e di rischio clinico. Ovviamente il collega Ponzanelli avrà anche l'opportunità, visto che non sarà presente nel pomeriggio, di esprimersi su ogni altro punto del *Progetto* che ritenga di suo interesse. Dopo il suo intervento, avvieremo la discussione secondo la scansione che vi ho prima prospettato. Passo dunque la parola al Prof. Mario Romano.

Prof. MARIO ROMANO

Non ho partecipato alla elaborazione del *Progetto*, se non per una breve consultazione iniziale con Gabrio Forti e un paio di altri colleghi. Ma ho seguito con interesse i lavori e non voglio esimermi, in un'occasione come questa, dal formulare in pro-

posito alcuni rilievi sparsi almeno sugli aspetti propriamente penalistici, dopo la lettura dell'articolato e della bella *Relazione* di presentazione. Il fenomeno della medicina difensiva e le dimensioni che a giudicare dalle risposte al questionario esso ha assunto sono sorprendenti. I casi di *assurance* e di *avoidance behaviours* sono a quanto pare frequentissimi. In entrambi tali atteggiamenti medici, si tratta di cure non buone: eccessive, oppure incomplete, comunque non buone: non come dovrebbero essere. Personalmente, avendone avuta testimonianza in famiglia, ho sempre creduto nella missione del medico. Naturalmente, ci credo ancora: ma devo nel contempo prendere atto che il timore di pregiudizievoli sequele giudiziarie condiziona l'attività sanitaria in termini sovente decisivi. Intendiamoci, nessuna disillusione grave, perché è ovvio che ci vuole realismo e che, se la situazione è questa, è non solo legittimo ma doveroso ricercare rimedi.

Intanto, un quesito di fondo. Se la realtà della medicina difensiva è questa, sarebbero in linea di principio ammissibili, in relazione al trattamento medico-chirurgico con esito infausto, scelte integralmente non penali? Ancora di recente, com'è noto, parte della dottrina è tornata, anche specificamente per l'attività sanitaria, su posizioni abolizioniste, di totale estromissione del diritto penale. Basta con il diritto penale invasivo e inconcludente, che radicalizza ed esacerba i conflitti, accanendosi contro l'autore del fatto senza soddisfare la vittima. Meglio una tutela affidata ad altri rami dell'ordinamento, per esempio a reazioni civilistiche e a robuste garanzie assicurative. Un buon risarcimento della vittima sarebbe da preferire a sterili soddisfazioni di altra natura.

Il mio punto di vista è diverso. Di fronte a lesioni di beni come la vita o la salute dell'uomo, indotte dal comportamento di altro uomo, il diritto penale non può essere escluso. Neppure quando le condotte lesive siano solo colpose. E neppure in caso di colpa incosciente, ché la colpa senza previsione, malgrado l'aggravante comune del nostro codice per la colpa cosciente, appare spesso anche moralmente più grave di quest'ultima. Non può escludersi il diritto penale, nell'attività medica, anzitutto perché esso si autolegittima come diretta difesa della persona umana da qualsiasi offesa di beni fondamentali, da chiunque provenga. Nel settore in questione, pertanto, il diritto penale consegna la propria razionalizzazione a un indispensabile equilibrio, ma non tollera autodissoluzioni. La reazione penale, infatti, incontra in questi ambiti primari della vita e incolumità personale un *quid* di psicologia del profondo. Consente al più restrizioni, non la propria eradicazione.

È su questa linea che posso dire di condividere la scelta centrale del *Progetto*, data dal permanere del possibile rilievo penale del comportamento del sanitario che, non conforme alla *lex artis*, abbia colposamente causato un esito infausto. In verità, anche quando il trattamento sia stato invece rispettoso delle *leges artis*, non ritengo possa negarsi *a priori* una rilevanza penale, ove non sia stato richiesto o sia stato oltrepassato il consenso informato del paziente. Qui può restare tra le righe il tipo di illecito integrato, ma non può escludersi in radice la rilevanza penale, neppure quando l'in-

tervento in eccesso si sia risolto felicemente. Il preambolo dell'art. 1 del *Progetto* convince sul punto solo in parte. Credo anch'io che il trattamento medico-chirurgico adeguato alle finalità terapeutiche ed eseguito secondo le regole non equivalga ad un'offesa all'integrità fisica, ma il superamento consapevole del consenso del paziente rappresenta una sicura lesione della sua libertà morale. Il *Progetto* farebbe bene forse a dedicare sul punto almeno un cenno, non foss'altro per cercare di uscire legislativamente dall'attuale ambiguità. In primo luogo perché è importante ribadire nelle norme che, fatto salvo l'interesse anche pubblico della salute di ciascuno, è comunque il malato, con la sua soggettività e libertà, il protagonista autentico del trattamento medico. Inoltre perché, quando si debba ammettere – come anche di recente le Sezioni Unite della Suprema Corte – che l'eventuale errore colposo sulla presenza del consenso può lasciar residuare una responsabilità penale, non può che postularsi implicitamente una tipicità della condotta.

Quanto alla scelta del *Progetto* della limitazione del rilievo penale alla colpa grave, ritengo che – una volta sensatamente esclusa la sostenibilità sistematica di un intervento normativo incentrato sull'improbabile esclusione del rapporto causale tra condotta del sanitario ed evento dannoso – si tratti di una delle poche, se non della sola, realistica limitazione possibile. Non che la limitazione non sia già attualmente rinvenibile nell'ordinamento, almeno quale riflesso dell'art. 2236 c.c. nei casi che comportino soluzioni di problemi tecnici di speciale difficoltà; ma a fronte di persistenti orientamenti contrari della giurisprudenza potrebbe acquistare pregio un'apposita previsione di legge. Beninteso: anche in questo modo temo che l'incertezza connaturata alla nozione di colpa grave – malgrado l'acuta norma definitoria formulata nel *Progetto* – non sia propriamente destinata a svanire d'incanto, ma pare comunque meritorio lo sforzo innovativo compiuto in detta direzione.

Il limite della colpa grave, che ritengo tutto considerato sviluppabile, solleva però anche dubbi e interrogativi. Nel *Progetto* essa non è confinata alla sola imperizia, ma include anche le altre note della responsabilità colposa, quali negligenza e imprudenza. Inoltre, la limitazione è riferita alla sola attività sanitaria. Da qui il problema del rispetto del principio di eguaglianza. Il *Progetto* si concentra sul punto sulla peculiarità dell'attività medica, sul suo particolare significato sociale e appunto sulla necessità di scongiurare i deleteri atteggiamenti di medicina difensiva: fattori questi che, insieme alla frequente problematicità di individuazione dell'errore medico, legittimerebbero l'eccezione.

La soluzione appare tuttavia opinabile e fors'anche poco coraggiosa. Non sarei sicuro, infatti, che il significato sociale dell'attività medica sia a tal punto peculiare, rispetto ad altre, da legittimare, in tema di responsabilità per colpa, questa sola eccezione. A parte che da tempo esistono nel nostro ordinamento penale specifici casi di rilevanza della sola colpa grave (si pensi alla valutazione dell'agire in campo economico in rapporto alla responsabilità per importanti reati concorsuali), non sarei sicuro che altre attività di oggi e di ieri – come stare alla *cloche* di un aereo passeggeri, o

inchiodati per ore agli schermi radar di una torre di controllo o ai monitor di una centrale nucleare, o come anche costruire un grattacielo, o un chilometrico ponte sospeso sul mare – non abbiano un comparabile significato sociale e non implicino a loro volta rischi altrettanto gravi per la vita o incolumità delle persone.

Mi chiedo allora se non valga la pena di porre la soluzione del *Progetto* su un terreno più solido, accogliendo il limite della colpa grave in termini di maggior dettaglio, che includano anche altre prestazioni d'opera, le cui *leges artis* richiedano quanto l'arte medica, a seconda dei casi, doti particolari di manualità, di prontezza, di rapidità di decisione e di esecuzione, oltre a cognizioni tecniche raffinate, aggiornamento scientifico permanente, ecc. Si eviterebbe in questo modo di introdurre nel sistema penale un privilegio sanitario che, seppure non in sé stesso implausibile al fine di affrontare decisamente il problema della medicina difensiva, non so quanto l'opinione pubblica riuscirebbe a comprendere sino in fondo, considerato che nel comune modo di ragionare è proprio l'insostituibilità del medico, insieme alle circostanze spesso drammatiche in cui il ricorso alla sua opera diviene indispensabile, a fondare nel malato la pretesa, nei suoi confronti, di un'estrema professionalità. Con un tacito rinverdimento, tra l'altro, della nota tesi – molto difficile da scalzare nel suo fondamento logico e tecnico-giuridico – secondo cui il limite della colpa grave ha un suo proprio significato con riguardo alla perizia del professionista, mentre ne ha meno, se mai ne ha uno, con riguardo al grado di diligenza e prudenza sempre e comunque da lui dovute nel massimo grado oggettivamente possibile.

E vengo a un altro punto. Accanto al particolare grado della colpa, condivido altresì – sebbene anche qui non senza qualche perplessità – l'opzione della procedibilità a querela di parte nel caso di morte o lesioni, che mi pare possa in definitiva inserirsi positivamente nella struttura complessiva del *Progetto*. All'errore colposo grave resta ancorato il riconoscimento pubblico del disvalore penale, ma il concreto sbocco giudiziario si fa dipendere dalla scelta della vittima. Si tratta di un misto di pubblico e privato in sé stesso non inusuale nel sistema. Ampliato sino a includere anche l'omicidio (potenzialmente) colposo, non mi sentirei invero di approvarlo *tout court* per ogni altro caso di eventuale limitazione della responsabilità per colpa. Nella specie, tuttavia, collegata com'è ad una vicenda a soli due soggetti, di cui uno chiamato dall'altro per promuovere la propria salute, la non procedibilità d'ufficio nel caso di pur serio esito infausto pare non solo ammissibile ma anche a suo modo funzionale all'apertura della fase successiva. Nel *Progetto*, comunque, insieme a novità processuali di notevole impatto, intese ad elevare gli *standard* di serietà nella nomina di periti e consulenti tecnici mediante i criteri della collegialità e della pluralità dei settori di afferenza nei procedimenti per morte o lesioni conseguenza dell'esercizio di professione medica, viene garantito ciò che a mio avviso conta di più, almeno in linea di principio. Sono chiaramente presenti, infatti, sia la qualificazione penale del fatto commesso, sia la facoltà della vittima di sporgere querela. Se la vittima decide in tal senso, la prescrizione del procedimento è subito sospesa, ma resta pronta a riprendere il suo

corso nell'ipotesi di un esito non felice del programma di riparazione.

Ed è su questo programma che, avviandomi alla conclusione, spenderei ancora poche parole. Che esso rappresenti l'asse portante e l'autentica novità del *Progetto* è del tutto ovvio e sul punto si deve render merito al coraggio dei redattori, poiché l'applicazione dei cardini della *restorative justice* al vasto ambito dell'attività medica, ancorché non inedita nel panorama internazionale, potrebbe col tempo assumere nel nostro sistema una portata culturale dirompente.

Ora, è vero che in chi come me, per ragioni di studi e di...anzianità di servizio si è sempre mosso all'insegna dei canoni classici del diritto penale, la giustizia riparativa non suscita particolare entusiasmo. Nondimeno, l'età non mi impedisce di guardare con attenzione a sviluppi e a sperimentazioni che – in taluni settori che maggiormente si prestino (e il settore medico pare uno di questi, se la medicina difensiva ha realmente le proporzioni ipotizzate) – siano in grado di assicurare per l'avvenire prospettive e obiettivi socialmente più produttivi. Ciò che, considerato il livello attuale della giustizia del nostro Paese, non dovrebbe essere così difficile.

Nella specie, risaltano dal *Progetto* alcuni spunti di sicuro interesse. Positive mi sembrano intanto, se davvero si ritiene praticabile un tale tipo di percorso, la composizione, la struttura e l'organizzazione della Commissione per la giustizia riparativa, la sua inserzione nel sistema *lato sensu* giudiziario, almeno quanto all'aspetto fondamentale delle garanzie del suo operato. Molto importante, inoltre, trovo la non limitazione della riparazione al solo risarcimento del danno nei confronti della vittima: una misura insufficiente che rischierebbe di esaurire la vicenda in un semplice rapporto privatistico, mentre è a mio giudizio vitale conservare, in relazione a un reato, il significato di una disapprovazione dai riflessi pubblici. Informati a tale criterio, del resto, sono i rapporti tra la querela, l'apertura della fase di riparazione e l'eventuale successiva remissione e relativa accettazione: remissione che può essere ma anche non essere lo sbocco del programma riparativo. Decisiva, infine, è la sottolineatura del ruolo delle attività conformative, con l'impegno da parte del sanitario a intraprendere condotte correttive e il contributo al miglioramento della gestione del rischio clinico per l'avvenire.

In conclusione: per quanto non esente da problemi, il collegamento dell'estinzione del reato all'esito positivo di un programma concordato di così ampio respiro, che spinga la giustizia riparativa oltre i soli esborsi monetari, vale a mio avviso l'avvio di una sperimentazione, anche se l'appello alla cautela e alla gradualità pare al riguardo particolarmente doveroso. Lo sforzo teoretico del *Progetto*, tuttavia, è indubbio e lodevole. Che poi esso incontri i favori parlamentari è questione bensì di rapporti politici, ma prima ancora, in questo caso, di una corretta comunicazione e percezione da parte dell'opinione pubblica. Se riuscirà ad ottenere un seguito legislativo, comunque, molto dipenderà poi da una persuasiva individuazione di attività conformative e correttive consone alle diverse situazioni e soprattutto dal progressivo affermarsi di prassi delle Commissioni capaci di mostrare nei fatti che nel delicato settore

dell'attività medica l'eventuale conclusiva assenza della pena tradizionale – una pena tra l'altro, come è costume in Italia, quasi mai concretamente eseguita – riceve la sua giustificazione da un ragionevole, reale interesse dell'intera comunità sociale.

Prof. GABRIO FORTI

Ringrazio molto il collega Mario Romano, sia per le sue parole di apprezzamento, sia per le preziose indicazioni che ci ha offerto, delle quali cercheremo di tener conto anche nella discussione, cui a questo punto possiamo dar inizio.

Come anticipato, il meccanismo che abbiamo concepito per i nostri lavori è abbastanza agile, nel senso che non prevediamo relazioni autonome. Aprirò quindi la discussione volta per volta non sui singoli articoli, ma su blocchi normativi, e chiunque potrà intervenire, ovviamente senza necessità di prenotazione; basta che mi faccia un cenno ed io riesca a identificare l'interlocutore. Se fosse possibile, sarebbe meglio non dedicare troppo tempo ai singoli interventi, così da lasciare più spazio a tutti sullo stesso argomento.

Accorperei nella prima sezione della nostra riflessione, dato che sarebbe difficile frazionarli più specificamente, due ambiti che vanno considerati in forma unitaria, cioè quello del Titolo I, con la enunciazione dei «Principi generali relativi al trattamento medico-chirurgico», e del Titolo II (art. 2), dove si parla appunto di «lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria»: si tratta di una fattispecie *ad hoc* da noi introdotta e che, come ha ben analizzato il collega Mario Romano, limita la responsabilità alla colpa grave, tentando, al contempo, di definire tale concetto.

Intanto, come anticipato, do la parola al collega e amico Giulio Ponzanelli, che esprimerà le sue riflessioni, dal punto di vista civilistico e comparatistico, sulle soluzioni avanzate nel *Progetto*.

Prof. GIULIO PONZANELLI

Prima di entrare nel vivo delle considerazioni che intenderei svolgere, vorrei partire da una premessa. I dati da me conosciuti indicano, in modo “solare”, che, tra giustizia civile e giustizia penale, sussiste un rapporto di preponderanza quantitativa a favore della giustizia civile: i casi civili, incardinati nei ruoli degli uffici giudiziari italiani (dati dell'Ufficio Massimario della Corte di Cassazione), sono largamente più numerosi.

Ciò chiarito, l'esperienza italiana si presenta ancora molto lontana dalla “patologia” provocata dalle medicine difensive dell'esperienza americana: certamente, negli ultimi dieci anni, anche da noi, è enormemente cresciuto il numero dei casi di responsabilità sanitaria, con un significativo aumento delle condanne nei confronti degli

ospedali e dei singoli medici e con il conseguente rialzo dei premi assicurativi, ma io credo che, con tale livello, come pure a livello di garanzia e di costo dell'assicurazione, la situazione italiana conosca ancora *standard* molto inferiori rispetto alle degenerazioni del mercato americano. Ovviamente, questo dato va visto in termini positivi.

Detto questo come inquadramento generale e quale studioso non penalista della responsabilità medica, mi limiterei a svolgere qualche veloce osservazione, soffermandomi, in modo particolare, su alcuni punti non adeguatamente sviluppati nel *Progetto*; di alcuni ho trovato, peraltro, conferma nelle premesse di Gabrio Forti e poi in quelle del professor Romano.

Incominciamo da un problema, il quale è sempre di difficile soluzione per il civilista: la previsione del diritto a chiedere il risarcimento del danno in presenza di un'ipotesi di responsabilità medica. Ebbene, non c'è traccia, nell'articolato del *Progetto*, non tanto della durata della prescrizione (dieci anni, essendo la responsabilità medica considerata contrattuale), quanto della decorrenza stessa del credito risarcitorio. Com'è ampiamente noto, in materia è intervenuta ripetutamente, negli ultimi anni, la Corte di Cassazione e, da ultimo, le Sezioni Unite, con diverse sentenze, emesse nel gennaio 2008, una delle quali espressamente dedicata all'individuazione del termine giudiziale di decorrenza della prescrizione¹. Il problema era, come voi ricordate, il contagio provocato dal *virus* dell'HIV a causa di trasfusioni di sangue infetto: i giudici, prima di merito e poi di legittimità, hanno dato un'interpretazione estremamente ampia della prescrizione (art. 2935 ss. c.c.), fino a portare quello che può essere chiamato come «l'elastico temporale della prescrizione» molto indietro nel tempo. Secondo me, ma non vorrei entrare così profondamente nel merito della questione, tale tratto flessibile è stato teso troppo indietro in un modo che solo una decisa prospettiva di riparazione del danno sembra poter giustificare. Il problema della prescrizione ai fini della certezza del diritto è, comunque, secondo me da affrontare e da completare sotto il versante civilistico, costituendo profilo nel quale le primarie esigenze oggettive del diritto si scontrano inesorabilmente con quelle, opposte, tese a garantire un risarcimento ai soggetti danneggiati.

Da affrontare e da completare è anche il profilo del consenso, che non trova alcuna previsione nell'articolo iniziale del *Progetto*, sebbene sia intuibile che l'inquadramento penalistico del testo abbia impedito di affrontare tali più vaste problematiche.

La Cassazione, recentemente, ha avuto modo di confermare la centrale importanza del consenso, nell'ambito del rapporto ente ospedaliero/paziente.

La vicenda (alla base della decisione n. 10741 dell'11 maggio 2009²) è stata male interpretata dalla stampa, che addirittura ha parlato del riconoscimento del «diritto a

¹ Cfr. Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e Resp.*, 2009, p. 667, con commento di S. OLIVARI, *Debito di sangue: danno da emotrasfusione e prescrizione*.

² Cfr. Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno e Resp.*, 2009, con commento di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in Tribunale*.

nascere sani», mentre si trattava soltanto di un *obiter dictum*. La sentenza, in realtà, ruota attorno al «diritto ad essere sempre informati»: in particolare, si sancisce, confermando una giurisprudenza ben solida, il diritto a ottenere il risarcimento quando i medici non abbiano osservato né il dovere di una corretta informazione in ordine alla terapia prescritta alla madre, né l'obbligo di somministrare farmaci non dannosi per lo stesso nascituro.

Sembra necessario, pertanto, che al profilo del consenso informato si dia comunque un rilievo all'interno dell'articolato.

Un ulteriore problema riguarda il profilo della colpa grave, già affrontato con la sua consueta lucidità, dal Prof. Romano. Con gli occhiali del civilista, a me pare che le due definizioni contenute nell'articolo (colpa grave si ha quando sono state violate «le regole fondamentali dell'arte», o si è creato un «rischio irragionevole al paziente»), siano di difficile o, per lo meno, di non facile gestione all'interno del contenzioso civilistico. Ciò proprio anche per le caratteristiche del processo civile, dove la stragrande maggioranza delle cause richiede la presenza del consulente medico di parte. Secondo me, ad una valutazione *ex ante*, è assai pericoloso che un consulente d'ufficio abbia a che fare con questa duplice definizione («fondamentali regole dell'arte» e sottoposizione del paziente ad un «rischio irragionevole»), in quanto troppo indeterminata e potenziale fonte di incertezze applicative.

Passo ora ad analizzare altri distinti profili: assicurazione obbligatoria, azione di regresso dell'ente ospedaliero; responsabilità dell'ente per carenze organizzative.

Come, d'altra parte, già previsto nella precedente legislatura (disegno di legge elaborato per iniziativa di Tommasini, senatore e medico di Varese), l'articolato *di riforma* presentato oggi dal Prof. Forti guarda alla Francia e in particolare alla legge del 4 marzo 2002, n. 303, c.d. *loi Kouchner* – come a tutti noto, assai discussa legge francese – che ha introdotto, da una parte, l'assicurazione obbligatoria e, dall'altra, un fondo di garanzia quando non sia individuabile in capo alla struttura sanitaria alcun elemento di colpa medica. Da un lato, dunque, si ha un'assicurazione obbligatoria che presuppone, secondo le regole tradizionali, l'accertamento della colpa medica; dall'altro lato, viene istituito un Fondo che divide tutte le caratteristiche di un meccanismo indennitario: il danno, quindi, non è più *risarcito* ma *riparato*, anche quando non è *in rerum natura* ravvisabile una colpa, ma si è comunque determinata una lesione della salute del paziente.

Come anticipavo, il *Progetto* introduce appunto l'assicurazione obbligatoria: ciò facendo, ci si allontana progressivamente da quel ruolo preventivo delle regole di responsabilità, civile e penale, che ha costituito il filo rosso di tutti i vari interventi svolti e che potrebbe essere riassunto nello *slogan*: prevenire, prima e più di riparare. Qui, diversamente, si tratta, con l'assicurazione obbligatoria, di trasferire tutte le perdite in capo a un soggetto, la impresa di assicurazioni, ritenuto per una decisione squisitamente politica, economicamente in grado di internalizzare le perdite rappresentate da tutti i pregiudizi alla persona. Così facendo, si abbandona una funzione preven-

tiva e viene fissato un vero e proprio obbligo di assicurazione che svolge una finalità prevalentemente pubblicistica, rivolta, cioè, ad ottenere «l'accreditamento» dell'azienda sanitaria presso i competenti uffici regionali; viene poi spiegato, nel comma successivo, che tale «accreditamento» concerne le aziende sanitarie. Non viene, invece, fissato alcun obbligo per le compagnie di assicurazione. E a titolo, non solo di provocazione, posso dire che le compagnie di assicurazione potrebbero, nei confronti di strutture sanitarie con una storia «di sinistri molto alti» e con questa formulazione letterale del *Progetto*, «alzare i tacchi» e non assicurare più i rischi derivanti dalla responsabilità sanitaria, come reazione ad una situazione ben conosciuta nell'esperienza nordamericana, di vera e propria *overdeterrence*. In sostanza, l'impresa di assicurazione può ritenere non più economicamente soddisfacente l'esercizio di determinati rami assicurativi ed in virtù del generale principio di libertà di iniziativa economica, non svolgere più la sua attività con determinati soggetti: se anche, infatti, il premio assicurativo fosse destinato a salire, l'aumento non sarebbe comunque sufficiente e adeguato a coprire i maggiori costi sostenuti dalle imprese di assicurazione.

L'assicurazione ha sicuramente il compito di trasferire la perdita economica su un soggetto meglio in grado di fronteggiare la perdita, ma non può evidentemente risolvere i problemi collegati ad una seria attività di prevenzione. Ed in ogni caso l'obbligo di assicurazione dovrebbe valere non solo nei confronti delle aziende sanitarie, ma anche, come è successo nella circolazione degli autoveicoli e nell'esercizio della caccia, nei confronti delle stesse imprese di assicurazione.

Affronto, poi, il discorso dell'azione di regresso che, di tutto il reticolato normativo, è, a mio giudizio, una delle parti più importanti. Come è a tutti noto, la responsabilità civile, e per essa il risarcimento del danno, non deve solo svolgere il compito di provvedere alla riparazione della perdita subita dalle vittime, ma deve svolgere anche l'importante funzione di agire come incentivo, affinché la persona che ha commesso un fatto con colpa non lo commetta più (funzione, appunto, di deterrenza).

Nel *Progetto*, l'azione di regresso, esperibile, se ricordo bene, in caso di dolo, preterintenzione e colpa grave, viene ammessa nei confronti del personale sanitario, del medico che ha sbagliato, nei soli limiti del quinto dello stipendio. Primo rilievo: la preterintenzione non è figura conosciuta tra le categorie del diritto civile, anzi, è completamente lontana dalle riflessioni operate dalla dottrina civilistica, che conosce soltanto il dolo e la colpa grave. Per quanto riguarda, poi, il dolo e colpa grave, il sistema conosce come norma centrale l'art. 1229 c.c., norma importantissima, in quanto stabilisce che le clausole di esonero dalla responsabilità e di limitazione della responsabilità vengano assoggettate ad un giudizio di nullità laddove l'inadempimento del debitore sia stato proprio commesso con dolo o colpa grave.

E proprio da tale norma derivano alcune mie considerazioni.

Il fatto che il medico sia tenuto a restituire all'ente ospedaliero una somma, pari ad un quinto dello stipendio, si presenta sostanzialmente come una vera e propria clausola di esonero (in questo caso, di limitazione della responsabilità) che si presenta

assai discutibile non tanto in termini di legittimità, quanto sotto il profilo della coerenza con le finalità e le funzioni svolte dalla responsabilità civile.

Mi spiego meglio: il credito risarcitorio vantato dalla vittima viene soddisfatto direttamente dall'impresa di assicurazione, anche se l'azienda ospedaliera è in dolo o in colpa grave. Ed in tal modo è fatto salvo il principio di integrale riparazione del danno alla persona, che in ogni caso, a detta della Corte Costituzionale, non presenta rilevanza costituzionale; ma è omessa quella giusta pressione sull'autore della *medical malpractice*, affinché lo stesso possa migliorare nel futuro la qualità e la sicurezza della propria condotta.

Rispetto al rapporto assicurazione-Fondo di garanzia, pare preferibile, poi, seguire con maggiore coraggio il modello francese. Questo è chiarissimo e rivela con grande chiarezza l'*actio finium regundorum* tra il territorio governato dalla colpa (per il quale esiste l'assicurazione obbligatoria) e il territorio che invece non può essere governato dalla colpa (per il quale, invece, può operare solo una sorta di indennizzo, che non sia un mero ristoro, ma che non è neanche un risarcimento).

La rilevanza e l'importanza del modello francese è immediatamente percepibile affrontando il tema della responsabilità dell'ente sanitario per carenza organizzativa. C'è, anche nell'esperienza italiana, un filone giurisprudenziale che afferma in modo prepotente la responsabilità dell'ente per carenza organizzativa anche quando la consulenza tecnica d'ufficio non ha individuato nel caso concreto alcun estremo di colpa in carico al personale medico, giudicando ricompresa nell'ambito delle obbligazioni derivanti dal contratto autonomo di ospedalità anche quella di garantire una buona organizzazione della struttura sanitaria.

Alcuni casi rivelano la difficoltà di operare delle scelte, per la presenza di vere e proprie tragedie della responsabilità civile: ne riporto alcuni, a titolo di esempio, cominciando dal caso deciso nel 2003 dal Tribunale di Varese³. Un neonato, dopo 48 ore nella *nursery*, ha un rigurgito. Il personale della *nursery* se ne accorge 37 minuti dopo, però in quei 37 minuti è stato interrotto il passaggio di ossigeno e nel frattempo si è verificata una macrolesione, quantificata nel 98%. Una grande disgrazia, una grande tragedia della responsabilità civile. Viene promossa causa nei confronti dell'ente sulla base dell'elementare considerazione per la quale l'ente doveva, o avrebbe dovuto, organizzarsi meglio: «tu ti dovevi attrezzare meglio, tu ti dovevi strutturare meglio». E paga l'ente, anche se nessuna colpa viene accertata in capo all'ente ospedaliero e alle prestazioni mediche rese dal personale medico perché tutto il servizio è stato svolto in modo rispettoso di tutte le regole del caso.

Il Tribunale di Brescia⁴, nel 2004, si è occupato, invece, del caso seguente: una

³ Trib. Varese, 16 giugno 2003, in *Danno e Resp.*, 2004, p. 897, con commento di AMATO C., *Note a margine di un caso di responsabilità (sanitaria) della struttura ospedaliera*.

⁴ Trib. Brescia, 18 dicembre 2004, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 895, con commento di BREDI R., *Ancora sulla responsabilità della struttura per inadeguata organizzazione del servizio*.

donna, che deve partorire per parto cesareo, viene portata a Chiari. L'ospedale di Chiari, piccolissimo centro vicino a Brescia, ha solo due sale operatorie che sono in quel momento già occupate da alcune pazienti. Non si può fermare l'intervento in corso, altrimenti si salva una persona per "buttarne un'altra" giù dalla torre. La donna viene, quindi, portata subito a Brescia. Tempo di allestire la sala e la donna partorisce ma, per un problema di ossigenazione, la bambina nasce con una rilevante invalidità. Anche in questo caso, viene affermata la responsabilità dell'ospedale di Chiari perché avrebbe dovuto attrezzarsi (forse pensare, cioè, ad una terza, quarta sala operatoria, ecc.).

Questi casi che si stanno imponendo con continuità nella giurisprudenza, in omaggio ai principi di una filosofia marcatamente riparatoria, possono meglio essere risolti attraverso l'applicazione della recente legge francese: mediante l'operatività di un fondo di garanzia che copra il danno verificatosi, grazie a un indennizzo, laddove non sia individuabile anche una colpa medica. Questa soluzione appare sicuramente più rispettosa della razionalità complessiva del sistema giuridico ed eviterebbe di attribuire al perimetro contrattuale un'estensione davvero ingiustificata.

Prof. GABRIO FORTI

Grazie al collega Ponzanelli. Non è previsto che gli estensori del *Progetto* facciamo repliche: siamo soprattutto qui per ascoltare e il punto di vista del civilista, che ci è stato appena espresso, è estremamente significativo. Faccio solo una precisazione: come è scritto nella *Relazione* illustrativa, il Titolo IV del *Progetto* ha visto un nostro apporto originale soltanto in minima parte: nel senso che, ritenendo non si potessero trascurare gli ambiti civilistici-assicurativi, abbiamo largamente assorbito in materia alcune indicazioni che venivano da progetti di legge attualmente pendenti in Parlamento. Questa avvertenza indica allora anche la nostra volontà di ricevere apporti dai colleghi di qualificata competenza nella specifica materia, come appunto il Prof. Ponzanelli. Quindi, com'è anche lo scopo della *Tavola rotonda* odierna, noi considereremo questo suo intervento come un *incipit* da cui partire per poi impostare uno scambio più serrato sulle opzioni normative prospettabili e sulle possibili migliorie a quelle già prospettate. Era comunque importante che emergesse già oggi una qualificata posizione su questo gruppo di norme, e direi che il risultato è stato conseguito.

Prof. GIOVANNI FIANDACA

Ringrazio, innanzitutto, per essere stato invitato a partecipare all'incontro di oggi, che mi interpella come studioso ma, in qualche modo, mi coinvolge anche sul piano

personale. Sia perché sono figlio di medico, sia perché ho vissuto, diciamo sulla mia pelle, vicende abbastanza dolorose che mi hanno sensibilizzato rispetto al problema dell'errore medico.

Dico subito che condivido ampiamente lo spirito di fondo complessivo che anima il *Progetto*, sia per l'approccio empirico, attento alla dimensione reale dei problemi sul tappeto, sia per l'apertura coraggiosa verso soluzioni alternative rispetto al tradizionale paradigma punitivo. Io tra i penalisti guardo con un certo favore alla giustizia riparativa e alla mediazione, perché ritengo che si impongano ormai forme di *métissage*, di meticciano, un po' per riflesso della post-modernità in cui viviamo e un po' perché la giustizia penale tradizionale, specie in questa materia, esiste soltanto sulla carta. Quindi le prospettive alternative, anche se, come sappiamo, problematiche e rischiose, quanto meno prospettano la possibilità o la speranza di tentare qualche cosa di più significativo. Per un altro verso, mi convince molto la consapevolezza che il problema della responsabilità medica o più in generale sanitaria non può essere considerato isolatamente, ma deve essere inserito in una prospettiva di intervento ben più ampia, che rimanda al complessivo aspetto organizzativo gestionale del rischio clinico all'interno delle strutture sanitarie.

Fatta questa premessa di condivisione di massima, mi sia consentito qualche rilievo cominciando dal Titolo I relativo ai principi generali del trattamento medico-chirurgico. In realtà questi principi generali credo che, essenzialmente, si risolvano nella recezione della tesi della cosiddetta auto-legittimazione dell'attività medica, secondo la quale l'attività medica troverebbe il suo fondamento nell'essere destinata alla tutela del bene costituzionalmente rilevante della salute: perciò un'attività medica espletata nel rispetto delle cosiddette *leges artis* non sarebbe da considerare attività tipica e dunque una lesione personale. Come noto, quella della auto-legittimazione dell'attività medica è ormai una tesi forse dominante in giurisprudenza, soprattutto in quella costituzionale (dico forse perché non ho fatto una verifica puntuale, però diciamo che le voci a favore dell'accoglimento di questa tesi nell'ambito penalistico sono numerose).

Ora, io sono dell'avviso che questa tesi, se assunta da sola a giustificazione della liceità dell'attività medica, può rischiare di colorarsi di qualche venatura paternalistica. Specie, consentitemi di dirlo, se, al contempo, non si esplicita la rilevanza fondamentale del consenso individuale. Non ho ravvisato una connessione né concettuale, né tecnico-giuridica stretta, per esempio, tra l'accoglimento nel *Progetto* della tesi dell'auto-legittimazione e il modo in cui si propone di riformulare i presupposti della responsabilità colposa nel progettato nuovo art. 590-ter. Nel senso che, secondo me, tale proposta potrebbe fare a meno, per com'è articolata, di uno strettissimo ancoraggio alla tesi dell'auto-legittimazione. Ho invece l'impressione che la tesi dell'auto-legittimazione funga (non lo dico ironicamente) come una sorta di manifesto ideologico, per sottolineare il valore di azione dell'attività medica e quindi per poter suffragare la tesi che si può rinunciare alla stigmatizzazione punitiva in senso stretto del-

l'errore medico, in chiave retributiva o sanzionatrice tradizionale. E mi pare che serva a giustificare ideologicamente di più la possibilità di accedere ad una forma di giustizia riparativa.

Inviterei quindi a riflettere proprio sulla indispensabilità della premessa consistente nell'accoglimento della tesi dell'auto-legittimazione rispetto alla giustificazione complessiva del *Progetto*. Mi rendo conto che oggi pronunciarsi sul consenso significa, per un verso, toccare questioni spinose e materie calde e che, per un altro verso, il *Progetto* non intende trattare in modo completo ogni profilo concernente la responsabilità del medico; però, siccome è un *Progetto* molto significativo, il problema di dire qualche cosa in proposito me lo porrei.

Passiamo all'art. 590-ter, dove si parla di morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria. Scusate la pignoleria formale, ma non mi entusiasma l'espressione «come conseguenza dell'*esercizio* di un'attività sanitaria»; preferirei che si dicesse «come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario», o qualche cosa di simile. Questa però è una questione puramente formale.

Andiamo a rilievi più di sostanza. Vengo alla proposta di subordinare l'*an* della punibilità alla presenza di una colpa cosiddetta "grave". Sono tendenzialmente d'accordo e non ho forse bisogno di esplicitare le ragioni per cui sono d'accordo.

Per il tempo in cui sono stato componente della Commissione Pisapia di riforma del codice penale, ho anche personalmente contribuito a far sì che la Commissione assumesse un atteggiamento di favore verso la colpa grave come presupposto della punibilità in alcuni settori da questo punto di vista emblematici, tra cui quello della colpa medica. Ovviamente, tanto più si giustificherebbe l'introduzione del limite della colpa grave quanto più, in omaggio al principio di uguaglianza, detto limite venisse dal legislatore contemporaneamente esteso anche ad ulteriori settori che a loro volta presentano caratteristiche tali da giustificare una analoga restrizione della rilevanza penale della colpa.

Premessa questa condivisione di fondo, però avrei qualche rilievo sulla proposta definizione della colpa grave. La definizione della colpa grave consta di due parti. Nella prima, il primo requisito è «l'inosservanza di fondamentali regole dell'arte». È una locuzione generica che ripropone, credo l'abbia già sollevato il Prof. Romano, il dubbio se il requisito della colpa grave lo si voglia introdurre in generale, ovvero con specifico riferimento a quella tipologia specifica di colpa che fa sorgere il problema. Forse la dizione «fondamentali regole dell'arte», se noi interpretiamo "regole dell'arte" nel senso di regole che presuppongono conoscenze, attitudini e competenza del medico, potrebbe riferirsi alla colpa per imperizia; però, facendo rientrare nelle regole dell'arte anche il dovere di attenzione, potrebbe concernere anche la colpa per negligenza. Comunque è questo un punto, mi permetto di rilevare, che forse andrebbe definito con maggiore precisione: occorre in altre parole specificare se si vuole introdurre la colpa grave rispetto a tutte le forme di colpa, oppure soltanto rispetto alla colpa per imperizia.

Perché, poi, soltanto violazione «di fondamentali regole dell'arte»? Se noi interpretiamo il concetto di «fondamentali regole» nel senso in cui lo interpreta normalmente la giurisprudenza, questo indica soltanto il possesso di competenze minime ed essenziali: limitare la colpa grave soltanto all'inosservanza di regole minime essenziali mi parrebbe un po', se mi è concesso dirlo, favoritistico. Se poi guardiamo al comportamento degli specialisti e dei super-specialisti, già in partenza non si tratta solo di possesso di competenze o di abilità essenziali, ma facciamo riferimento al possesso di capacità o competenze superiori.

Se ci si inquadrasse nell'orizzonte, per esempio, della proposta della Commissione Pisapia, perché non tenere anche conto, nella definizione della colpa grave, oltre che della essenzialità o fundamentalità della regola violata, anche della misura del disostamento? Perché, in altre parole, non considerare anche il grado di intensità o significatività della violazione di una regola cautelare che, di per sé stessa, potrebbe anche non essere considerata «fondamentalissima»? Io quindi riporterei la gravità della colpa anche al *quantum*, alla misura della violazione, in modo tale da mantenere sì un limite di colpa grave, però non troppo ristretto, perché altrimenti quello stesso limite potrebbe costituire una scappatoia eccessiva.

Ritengo poi che crei qualche problema ermeneutico l'ulteriore requisito della «realizzazione di un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente». Quando si dice «realizzazione del rischio» si vuole fare riferimento a un rischio concretizzato in un evento: da questo punto di vista, allora, la formula sembrerebbe alludere a quel criterio sviluppato in particolare dalla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento che richiede che l'evento sia concretizzazione del rischio che la norma cautelare violata tendeva a prevenire. Però, siccome si dice anche «*in modo manifestamente irragionevole*» c'è il dubbio che si voglia fare piuttosto riferimento al rischio inizialmente creato. Si vuole allora fare riferimento sia al rischio inizialmente creato, sia al rischio successivamente concretizzato nell'evento, per cui la manifesta irragionevolezza, da questo punto di vista, dovrebbe essere un requisito presente sia al momento della creazione del rischio sia al momento della sua realizzazione? Io credo che la gestione di questo requisito, nelle mani della giurisprudenza, possa far sorgere qualche problema; bisogna quindi in qualche modo cercare di definirlo con minore ambiguità. Io mi sforzo di mettermi nell'ottica di chi interpreta, e siccome questo requisito si aggiunge alla «violazione di fondamentali regole» ho l'impressione che potrebbe creare qualche problema di disorientamento e di confusione.

La «manifesta irragionevolezza» pone poi un ulteriore problema, rappresentato dai criteri che la giurisprudenza impiegherà per definire tale requisito. Come è emerso infatti anche dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte in tema di intervento medico-chirurgico realizzato senza idoneo consenso del paziente (Cass., SS.UU., n. 2437/2009), esiste il problema di definire criteri adeguati per determinare il danno alla salute; in altre parole, occorre stabilire se i parametri impiegati debbano essere tendenzialmente obiettivi e di natura medico-scientifica, oppure se bisogna in

qualche modo anche fare riferimento a criteri che danno spazio al punto di vista soggettivo del paziente. Per cui, nel parlare di manifesta irragionevolezza secondo me rimane insoluto quel problema che ha affrontato, ma senza riuscire a risolverlo, la stessa sentenza poc'anzi citata. Secondo me bisognerebbe riflettere di più se questa irragionevolezza è da considerare solo nell'ottica scientifica e dell'auto-justificazione dell'attività medica (con conseguente rischio di paternalismo) o se bisogna invece in qualche modo dare spazio al punto di vista del paziente. Per il momento avrei finito. Grazie.

Dott.ssa PATRIZIA PICCIALLI

Partecipando a questa *Tavola rotonda* in veste di magistrato della Corte di Cassazione, sono lieta di riferire quali sono le mie esperienze nella materia che oggi analizziamo. Sono contenta di essere qui intervenuta e ascolterò con vivo interesse le vostre relazioni, anche perché ritengo che dietro la cattedra del giudice vi debba essere sempre il confronto e lo studio continuo. Per questo motivo dunque vi ringrazio sentitamente dell'invito.

Ho letto attentamente il *Progetto* e dico, fin da ora, che su alcuni punti mi trovo perfettamente d'accordo, mentre su altri dissento nettamente.

Sono, ad esempio, completamente d'accordo sull'art. 1 disciplinante il trattamento medico-chirurgico, in quanto, come ho anche sostenuto in alcune sentenze, non vi può essere malattia se non vi è un'alterazione funzionale dell'organismo e non si genera nel paziente un processo patologico morboso in evoluzione; ho sostenuto la medesima posizione in alcune sentenze che peraltro sono state riconfermate recentemente dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass., SS.UU. 2437/2009). Sono quindi concorde con l'art. 1, poiché, secondo me, esso corrisponde benissimo a questo orientamento accolto dalla giurisprudenza di legittimità.

Al contrario, mi rende perplessa l'introduzione del concetto di colpa grave, a mio avviso non necessario, in quanto, come diceva il Prof. Fiandaca, crea difficoltà all'interprete.

In ogni caso, laddove volessimo discutere di colpa grave, dovremmo pur sempre limitarne la rilevanza soltanto all'imperizia, senza alcuna estensione anche alla negligenza e all'imprudenza. Questi ultimi due parametri valutativi impongono notevole rigore nell'apprezzamento della condotta del medico, *a fortiori* perché discutiamo di un'attività così potenzialmente invasiva di beni essenziali dell'individuo, quali la vita e l'incolumità fisica.

La vera questione, a mio avviso, non è introdurre una graduazione della colpa, ma di cercare, nella pratica esperienza giudiziaria, elementi oggettivi che consentano di dare concretezza alla nozione della colpa, nelle sue diverse forme. Ciò valendo, in particolare, per le ipotesi in cui si discuta di colpa generica.

Io vedo, infatti, che, ogni volta che in camera di consiglio noi giudici dobbiamo decidere sulla responsabilità del medico, il problema che ci poniamo è quello di dare “concretezza” alla colpa, sì da evitare addebiti che nascano solo, inammissibilmente, sull’apprezzamento della posizione di garanzia e sull’esito infausto dell’intervento.

Ciò significa, secondo me, che occorre verificare se c’è stata effettivamente la concretizzazione del rischio, come ha detto appunto il Prof. Fiandaca, cioè valutare se è stata violata una norma cautelare e se quest’ultima fosse preordinata ad impedire la realizzazione di quel determinato e preciso evento, sviluppando – ed è questo il maggior sforzo che dobbiamo fare sia in dottrina, sia in giurisprudenza – i concetti di prevedibilità *ex ante* e di evitabilità dell’evento.

La «concretizzazione» del rischio è, a mio avviso, il tema centrale della colpa. Come è noto, infatti, nei reati colposi l’individualizzazione della responsabilità penale impone di verificare non soltanto se la condotta colposa abbia concorso a determinare l’evento, ma anche se l’autore della stessa, ovvero l’uomo di media consapevolezza (qui, dovendosi avere riguardo al modello di agente parametrato alla figura professionale del medico), potesse prevedere quello “specifico” sviluppo causale in concreto verificatosi. Con la conseguenza che la pur accertata violazione della regola cautelare non è *ex se* sufficiente per fondare la responsabilità, giacché occorre anche chiedersi se l’evento derivazione rappresenti o no la “concretizzazione” del rischio che la regola stessa mirava a prevenire, ossia occorre chiedersi se tale evento fosse o no prevedibile *ex ante*: ciò in quanto l’inosservanza delle regole cautelari può dare luogo ad una responsabilità colposa soltanto per gli eventi che le regole stesse miravano ad evitare. L’imprevedibilità dell’evento porta in vero, quale ulteriore conseguenza, che questo non poteva essere evitato, e, quindi, al soggetto non può rimproverarsi di non avere posto in essere un qualsivoglia comportamento alternativo lecito, che comunque non avrebbe impedito la verifica del fatto dannoso o pericoloso.

Da ciò deriva, per esempio, che non potrebbe fondarsi la responsabilità del medico quando l’evento, pur prevedibile, risultasse non evitabile, nonostante il rispetto delle leggi dell’arte e delle ordinarie regole cautelari.

È situazione, a ben vedere, di frequente verifica proprio in materia sanitaria, laddove ci si trova di fronte a interventi che possono presentare un’intrinseca pericolosità e, quindi, una prevedibilità del rischio di palmare evidenza. Pur tuttavia, è impraticabile fondare una responsabilità del medico solo sull’esito infausto dell’intervento, pur prevedibile, allorché il medico abbia agito correttamente, in una situazione in cui il non intervento avrebbe esposto il paziente a rischi maggiori; magari al rischio di morte.

Quindi, una volta che ci poniamo di fronte a questo schema, ci si accorge che il concetto di prevedibilità dell’evento necessita di un’analisi approfondita, simile a quella che ha avuto per oggetto il nesso di causalità, per l’accertamento del quale noi magistrati e gli altri operatori del diritto abbiamo ora meno difficoltà, grazie alle pre-

cisazioni offerte dalla nota sentenza Franzese delle Sezioni Unite. Per inciso, vedo, infatti, dalle sentenze che arrivano alla Cassazione, che anche i giudici di merito si stanno adeguando, dopo un periodo di difficoltà, ad un concetto di causalità che tiene conto dei fattori alternativi di esclusione e che dà contenuto concreto all'istituto attraverso una reale, motivata spiegazione sulla ritenuta sussistenza o insussistenza del nesso causale. La stessa opera ermeneutica, secondo me, deve quindi avere ad oggetto anche il concetto di colpa, che finora è rimasto spesso evanescente, anche perché, molte volte, leggendo le sentenze dei giudici di merito, non si riesce ad individuare già il passaggio logico tra l'accertamento avente ad oggetto il nesso di causalità e quello relativo all'elemento soggettivo della colpa: spesso, infatti, vi è confusione e intersecazione tra questi due piani che devono, invece, rimanere distinti.

Credo, però, che, se volessimo definire la colpa grave con i criteri indicati dal *Progetto*, andremmo a complicare questo quadro, anziché migliorare la situazione di evanescenza del concetto di colpa.

Va anzi evidenziato, con specifico riguardo al presupposto del rischio manifestamente irragionevole, indicato nel *Progetto* come uno dei parametri di riferimento da utilizzare per la ricostruzione della colpa grave, che questo già trova sicuro, ma duttile, riconoscimento nelle sentenze della Corte di legittimità, senza bisogno di puntualizzazioni normative, che potrebbero irrigidire l'apprezzamento del caso concreto.

Infatti, come è stato affermato in alcune sentenze, si cerca di dare concretezza a tale parametro valutativo attraverso l'utilizzo del criterio fondato sul rapporto costi-benefici dell'atto medico. In concreto, secondo questa lettura interpretativa del parametro, l'azione del medico sarebbe penalmente rilevante quando, dal punto di vista del rischio, fosse del tutto sproporzionata rispetto al beneficio che si voleva arrecare al paziente.

A mio avviso, un tale giudizio permetterebbe di concretizzare la colpa, creando minore incertezza rispetto all'introduzione della colpa grave come limite alla responsabilità del medico.

Del resto, per corrispondere alle preoccupazioni che stanno evidentemente alla base della previsione della colpa grave, mi sento di potere richiamare quella giurisprudenza, ormai ampiamente diffusa, che ha ben presente la rischiosità coesistente dell'attività del medico e che, quindi, non giudica il medico solo sulla base del "risultato", magari infausto.

La responsabilità del medico non è quindi automaticamente derivata dal risultato negativo, perché si tratta di un'attività intrinsecamente rischiosa, ma nasce ogni volta che ci sia un superamento del rischio consentito. Il superamento del rischio consentito si ha quando vengono violate le norme di cautela e, naturalmente, quando l'evento era prevedibile, ma anche in concreto evitabile. È un'interpretazione equilibrata che evita, di fatto, gli empirici inconvenienti che discenderebbero dalla conseguente instaurazione di metodiche operative da parte dei medici ispirate a distorte applicazioni della cosiddetta medicina difensiva, che, talvolta, di fatto, potrebbe finire addi-

rittura con il “consigliare” al medico di ricusare l’intervento in casi potenzialmente rischiosi e di esito incerto.

Sono poi, invece, perfettamente d’accordo sull’estensione del regime della procedibilità a querela, perché nell’attività medico–chirurgica vi è sicuramente un interesse della parte privata, che trova del resto conforto nella migliore interpretazione del diritto alla salute tutelato dall’art. 32 della Costituzione. È la tematica fondamentale del diritto alla salute che, del resto, come è noto, sta alla base del consenso informato, su cui tanto si è discusso e si discute in giurisprudenza.

Trovo anche molto importante nel *Progetto* il particolare rilievo che viene conferito alla modifica della disciplina processuale relativa ai periti, perché, è pur vero che il giudice è *peritus peritorum*, ma, molte volte, occorre uno sforzo incredibile da parte del magistrato per poter riuscire a decifrare le conclusioni dei periti. Non si possono mai accogliere acriticamente le conclusioni dei periti o dei consulenti tecnici, ma bisogna partire dalle premesse sulle quali costoro hanno fondato il loro lavoro e poi, dopo averle valutate correttamente, rapportarle alle conclusioni.

È noto il principio secondo cui, in virtù del principio del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, il giudice ha la possibilità di scegliere, fra le varie tesi prospettate da differenti periti di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto, con motivazione accurata ed approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermato sulle tesi che ha ritenuto di disattendere e confutati in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, sicché, ove una simile valutazione sia stata effettuata in maniera congrua in sede di merito, è inibito al giudice di legittimità di procedere ad una differente valutazione, poiché si è in presenza di un accertamento in fatto come tale insindacabile dalla Corte di cassazione, se non entro i limiti del vizio motivazionale. E, però, nel concreto, non è sempre facile il compito del giudice di merito, prima, e, della Cassazione, poi, sulla logicità, congruità, pertinenza delle conclusioni tecniche: in questa prospettiva, la scelta di un tecnico il più affidabile possibile pare il primo, inderogabile passo per veicolare nel processo informazioni che, nella tematica di interesse, non infrequentemente hanno una rilevanza decisiva.

Poi, in ultimo, ricollegandomi a quel che ha detto il professor Fiandaca, ritengo che il *Progetto* non possa non dare rilievo al tema del consenso, anche se è una tematica molto spinosa.

Sul punto, inoltre, mi sento di affermare con chiarezza – e vorrei che in merito a ciò si aprisse un dibattito – che la mancanza di consenso non afferisce alla violazione della regola cautelare, ma solamente al diritto di scelta e di informazione del paziente. Soltanto in determinati casi, ho, infatti, sostenuto che la mancata acquisizione del consenso potesse portare a muovere un rimprovero a titolo di colpa al medico. Ad esempio, ciò accadrebbe quando, a causa della mancata acquisizione del consenso, il medico non venisse a conoscenza di particolari condizioni patologiche del paziente, come potrebbe essere un’allergia.

Un'analisi coerente con questa affermazione consentirebbe di dare una soluzione concreta anche alle questioni in cui si discute di prescrizione di farmaci *off label*.

Detto altrimenti, mi sembra di poter dire che la valutazione del comportamento del medico, sotto il profilo penale, quando si sia in ipotesi sostanziato in una condotta (vuoi omissiva, vuoi commissiva) dannosa per il paziente, non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza di consenso. Cosicché il giudizio sulla sussistenza della colpa non presenta differenze di sorta a seconda che vi sia stato o no il consenso informato del paziente. Con la precisazione doverosa che non è di regola possibile fondare la colpa sulla mancanza di consenso, perché l'obbligo di acquisire il consenso informato non integra una regola cautelare la cui inosservanza influisce sulla colpevolezza: infatti, l'acquisizione del consenso non è preordinata ad evitare fatti dannosi prevedibili (ed evitabili), ma a tutelare il diritto alla salute e, soprattutto, il diritto alla scelta consapevole in relazione agli eventuali danni che possano derivare dalla scelta terapeutica in attuazione di una norma costituzionale (art. 32, comma 2). In realtà, in un unico caso la mancata acquisizione del consenso potrebbe avere rilevanza come elemento della colpa: allorquando, la mancata sollecitazione di un consenso informato abbia finito con il determinare, mediatamente, l'impossibilità per il medico di conoscere le reali condizioni del paziente e di acquisire un'anamnesi completa (si pensi, alla mancata conoscenza di un'allergia ad un determinato trattamento farmacologico o alla mancata conoscenza di altre specifiche situazioni del paziente che la sollecitazione al consenso avrebbe portato all'attenzione del medico). In questo caso, il mancato consenso rileva non direttamente, ma come riflesso del superficiale approccio del medico all'acquisizione delle informazioni necessarie per il corretto approccio terapeutico.

Prof. GABRIO FORTI

Per quanto riguarda i temi del consenso e delle posizioni di garanzia, ribadisco e confermo quanto è stato affermato già nelle prime battute dell'odierno dibattito, ossia che non abbiamo ritenuto di investire con la disciplina predisposta dall'articolato settori normativi la cui considerazione e revisione avrebbe largamente trasceso la portata e gli intendimenti del nostro *Progetto*.

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

Riguardo all'art. 1 del *Progetto*, condivido l'opinione favorevole espressa da Giovanni Fiandaca, in quanto la norma, che sicuramente ha una connotazione ideologica, contiene anche un'importante presa di posizione dogmatica. A mio avviso, quindi, il preambolo ha un carattere *sia* dogmatico, *sia* ideologico.

Una considerazione preliminare è però irrinunciabile: c'è un "convitato di pietra" in tale disposizione ed è, certamente, il consenso. Se noi infatti ci limitassimo all'analisi dell'art. 1 proprio per la sua posizione di *Grundnorm* del microsistema delineato nel *Progetto*, evidentemente fondativa dell'intero discorso normativo, dovremmo probabilmente concludere nel senso che non integrerebbe alcun reato offensivo dell'integrità fisica un intervento sanitario eseguito in mancanza totale del consenso o, al limite, in *costanza* di un *dissenso* esplicito del paziente, allorché l'operazione persegua comunque una finalità terapeutica e sia realizzata correttamente in assenza di colpa grave.

Residuerrebbe, se non erro, solo la possibilità di ritenere perfezionati reati diversi e lesivi di altri beni, come ad esempio la violenza privata.

Il quesito non concerne gli esiti fausti: concordo, infatti, con l'orientamento secondo il quale un intervento orientato in senso terapeutico non costituisce lesione personale, poiché non crea una malattia, come si evincerà pacificamente da una ricostruzione "ontologica" del fatto concreto. Il quesito riguarda piuttosto gli interventi in cui l'esito sia infausto: in quest'ultima ipotesi, il riferimento al consenso del paziente andrebbe, a mio parere, recuperato alla luce delle implicazioni strutturali che tale elemento determina in relazione al rischio per il bene tutelato associato alla condotta del medico. In simile veste, il consenso del paziente non opererebbe come scriminante, ma come componente strutturale e come *limite* del tipo secondo le indicazioni della prevalente dottrina tedesca.

Il problema del consenso si riflette inoltre sul rischio immanente alla condotta del medico, risultando decisivo per la *connotazione* da attribuire al medesimo nell'alternativa tra rischio *consentito* e *non*: affrontare, infatti, un'operazione chirurgica in assenza o, addirittura, in totale dissenso del paziente continua ad essere un rischio consentito o è piuttosto un rischio *ab origine* illecito? Ho la sensazione che la risposta sia tendenzialmente nel secondo senso, soprattutto in presenza di un dissenso *esplicito* del paziente. Il *Progetto*, pur non avendo come finalità la scelta di una soluzione per il problema in questione nella vasta gamma delle opzioni prospettabili, non può, tuttavia, prescindere a mio giudizio dal riferimento esplicito al consenso del paziente in quanto pietra angolare del sistema della responsabilità medico-chirurgica nel nostro ordinamento.

Un secondo punto che vorrei affrontare è la perseguibilità a querela: è l'unica presa di posizione contenuta nel *Progetto* sulla quale non concordo in modo radicale; ed è una tematica in relazione alla quale dissento *in toto* anche da chi mi ha preceduto negli interventi.

Dal mio punto di vista, la previsione della perseguibilità a querela è inaccettabile per diverse ragioni.

In primo luogo, essa mi pare, a ben vedere, *antagonistica* rispetto alla finalità del *Progetto*: se l'obiettivo è la neutralizzazione del fenomeno della medicina difensiva, non è congruente lasciare *proprio al paziente* l'iniziativa del perseguimento penale, dal

momento che la *defensive medicine* trae origine appunto da una *ipertendenza denunciatoria* della vittima (o dei gruppi di vittime formatisi attorno ad una comunanza di interessi di cui le stesse sono portatrici). Mettere il processo penale “nelle mani” della vittima – spesso del tutto *presunta* – ne rafforza dunque enormemente il potere contrattuale, senza poterne peraltro razionalizzare in senso deflattivo le scelte. In altri termini, così facendo ci si muove in una direzione opposta a quella che si intendeva perseguire senza riuscire ad arginare l’“assalto alla diligenza” del processo penale compiuto in nome della tutela degli interessi più vari.

La perseguibilità a querela è sconsigliabile anche per una seconda ragione, altrettanto importante: subordinare il giudizio di responsabilità penale all’iniziativa della vittima rischia, infatti, di rendere con ogni probabilità del tutto *opaco* ciò che è il pericolo più grande per i pazienti, ossia il difetto di organizzazione delle strutture sanitarie. Vi è, in proposito, una serie di casi processuali, come dimostra anche la cronaca milanese, nei quali le vittime, particolarmente deboli o mal consigliate e mal sostenute, non hanno mai sporto denuncia anche in relazione a gravi situazioni di *malpractice*; in tali ipotesi, la sola procedibilità d’ufficio o, addirittura, le investigazioni condotte con riferimento ad altri reati hanno permesso che venissero alla luce fatti gravissimi, anche di responsabilità *dolosa* per gli eventi infausti prodotti. Qualora si introducesse per il settore medico uno *sbarramento* come la querela di parte, lo scenario di illegalità appena accennato resterebbe, invece, del tutto impenetrabile determinando un danno gravissimo per la tutela dei beni fondamentali e soprattutto salvaguardando, *paradossalmente*, la cattiva organizzazione interna all’ospedale che, in presenza di vittime *deboli*, non verrebbe mai “*smascherata*” attraverso il meccanismo processuale.

Un ultimo punto sul quale desidero soffermarmi in questo primo intervento è costituito dalla *colpa grave*.

Premetto di condividere l’orientamento e la *ratio* che sta alla base dell’art. 590-ter, ma individuo alcune criticità nella costruzione dell’elemento in questione.

In proposito, ragionando in generale, come se il *Progetto* non fosse stato ancora redatto, individuo due alternative *metodologiche* – o, per così dire, *strutturali* – in relazione alla colpa grave: una *codificatoria* e una *giurisprudenziale*.

Ne anticipo qui “in negativo” i possibili punti critici, o le possibili controindicazioni: nel secondo caso, il rischio è quello di lasciare la determinazione della colpa grave – cioè del perno dell’imputazione penale – al solo “prudente apprezzamento” (*id est*, all’intuizionismo incontrollabile) del giudice.

Nel primo caso, invece, ingessando *a priori* il coefficiente di colpevolezza tipico attraverso la formalizzazione normativa, si rischierebbe di trascurare pericolosamente il *caveat* intimato dal brocardo «*omnis definitio in jure periculosa est*».

Mi domando allora quale sia la via che il *Progetto* ha inteso privilegiare. La scelta dell’articolato sembrerebbe apparentemente quella *codificatoria*. Ma è effettivamente così, oppure – stante, come dirò meglio in seguito, l’assenza di requisiti specifici del

“nuovo” tipo colposo – la formula utilizzata vuole soltanto offrire linee-guida utili all’interprete, lasciando poi, come d’altronde mi sembra sostenga anche la *Relazione*, l’organo giudicante a dover costruire il “suo” modello di colpa grave? Si tratta in ogni caso di problemi invariabilmente connessi alla formazione giurisprudenziale dei limiti del tipo.

Prof. GABRIO FORTI

La formula che voi trovate all’art. 1 è quasi testualmente quella dell’*Entwurf* del 1962, che poi non venne introdotta proprio perché tutte le critiche si appuntarono sulla mancanza di riferimento al consenso. Ma la ragione per cui noi ci siamo astenuti dal riferimento al consenso, come si è già ricordato, era la volontà di non disciplinare con il *Progetto* punti esterni rispetto al problema della medicina difensiva.

Prof. STEFANO CANESTRARI

Iniziando dall’art. 1 del *Progetto* («*Trattamento medico-chirurgico*»), va certamente affermata l’importanza di riformulare la norma affinché contenga un riferimento esplicito al consenso informato. Comunque, sostengo l’opportunità di tale art. 1, anche perché, nella sua stesura letterale, utilizza la locuzione «allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire, o *alleviare*»: quest’ultimo verbo, in particolare, comporta un importante riferimento alle cure palliative. Tale scelta legislativa è rilevante, poiché, nonostante le problematiche connesse alle cure palliative che possono accorciare la vita, queste ultime devono essere sempre considerate un trattamento medico-chirurgico. Inoltre, questo riferimento normativo è importante soprattutto nel panorama culturale e giuridico italiano, allo scopo di sancire in maniera definitiva la piena legittimazione delle terapie del dolore.

In relazione, poi, all’art. 2 del *Progetto*, ritengo che l’idea di una riforma finalizzata alla modifica di un rapporto medico-paziente sempre più orientato alla medicina difensiva, positiva e negativa, sia pienamente condivisibile, come ha giustamente sottolineato Gabrio Forti.

In proposito è sufficiente formulare alcuni esempi.

Si pensi ai protocolli diagnostici e terapeutici e alle c.d. linee guida, che sono diventati – anch’essi – strumenti utilizzati dai medici, talora e almeno in parte, per prevenire o ridurre i rischi penali. Il problema – accresciuto dalla natura controversa delle linee guida, che possono essere scritte e non scritte – consiste nel possibile appiattimento del medico su queste ultime, anche ove sarebbe opportuno discostarsene.

Com’è noto, un altro problema riguarda il consenso informato, di frequente utilizzato dal medico come uno strumento difensivo. Persino la cartella clinica diviene, a

seconda dei casi, un “taccuino vuoto” oppure un “lenzuolo narrativo”, per il timore di porre in essere condotte di falso.

Di fronte a questo quadro, il *Progetto* interviene formulando una limitazione della responsabilità penale per esiti infausti incentrata sulla colpa grave: trovo che la scelta sia opportuna, anche se la complessità delle questioni ora ricordate potrebbe richiedere ulteriori proposte di riforma.

Venendo più direttamente all'art. 590-ter (previsto dall'art. 2 del *Progetto*) dal punto di vista della formulazione letterale della definizione di colpa grave (comma 2) proporrei di redigere la norma come segue: «Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria è inosservante di fondamentali regole dell'arte e *nell'evento* si è realizzato un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente». In effetti, penso che si possa fare riferimento esplicito all'*evento*, posto che la rubrica dell'art. 590-ter parla di morte e lesioni. Di fronte a tali esiti infausti, si può dunque specificare che nell'*evento* debba realizzarsi un rischio manifestamente irragionevole.

Sulla definizione di colpa grave residua, però, una prima perplessità. La locuzione «è inosservante di fondamentali regole dell'arte» non risolve il problema relativo alla mancata acquisizione del consenso. Concordo, dunque, con l'opportunità che un *Progetto* nell'ambito della responsabilità sanitaria penale preveda un riferimento espresso al consenso, come è stato acutamente sottolineato da Mario Romano, che ipotizza una fattispecie *ad hoc* sul trattamento sanitario arbitrario.

L'analisi del disposto normativo dell'art. 590-ter suggerisce qualche ulteriore osservazione.

Anzitutto – valorizzando i requisiti definitori richiesti dalla formulazione normativa impiegata e il contesto fenomenologico di riferimento del *Progetto* in esame – mi pare che il comma 2 faccia per lo più riferimento a casi di colpa grave cosciente: se l'azione o l'omissione deve essere inosservante delle *fondamentali* regole dell'arte; e deve, insieme, aver creato un rischio *manifestamente irragionevole* per la salute del paziente; e se si pone mente alla normale situazione “*cognitiva*” sottostante alle condotte che fanno da presupposto al *Progetto* (l'atteggiamento difensivo del sanitario il quale non vuole correre rischi “aggiuntivi” di carattere legale derivanti da rischi per la salute del paziente che il primo ha pur dovuto prendere in considerazione), allora la definizione di colpa grave sembra riferirsi prevalentemente a ipotesi di colpa cosciente. Ciò in quanto un medico, la cui condotta abbia tali caratteristiche oggettive e soggettive (inosservanza fondamentale, rischio manifestamente irragionevole, atteggiamento difensivo), deve, il più delle volte, aver previsto in concreto l'*evento*. In sostanza, tale soluzione, pur non essendo imposta dal tenore letterale della definizione, che non contiene un riferimento alla consapevolezza del soggetto, sembra suggerita *di fatto* dall'interazione tra i requisiti normativi richiesti e il normale atteggiamento cognitivo del medico nel contesto di riferimento (quello, si ripete, di tipo difensivo). Anzi, a dir la verità, sembra che una siffatta colpa cosciente possa “avvicinarsi”,

per ciò che riguarda la struttura oggettiva (il substrato normativo), persino al dolo eventuale.

Ciò posto, nell'orbita applicativa dell'art. 2 devono essere ovviamente ricondotte anche le ipotesi di colpa grave incosciente. Benché residuali, tali casi – si pensi ad un grossolano errore compiuto dal medico inconsapevolmente – non devono restare fuori dall'area di rilevanza penale.

Se l'art. 590-ter si limita ad attribuire un significato penale alla colpa grave «cosciente ed incosciente», sono d'accordo con Carlo Enrico Paliero sul rilievo che l'opzione di estendere il regime di procedibilità a querela non sarebbe coerente con la significatività del disvalore dell'azione o dell'omissione del medico.

Una ulteriore osservazione, tanto breve quanto problematica, riguarda l'assenza di requisiti definitori che, nel dettato dell'art. 590-ter, comma 2, rimandino a una nozione anche "soggettiva" di colpa grave. Invero, i riferimenti all'inosservanza di regole fondamentali e alla realizzazione di un rischio manifestamente irragionevole si muovono su un piano esclusivamente normativo, restando ancorati a una misura oggettiva, senza orientare l'interprete verso una individualizzazione del giudizio di colpa penale, nemmeno nel caso in cui si tratti di un grado significativo di essa⁵.

Prof. LUCIANO EUSEBI

Desidero intervenire su due punti.

In primo luogo mi preme evidenziare che l'accoglimento dell'ipotesi, formulata da alcuni colleghi, di considerare rilevanti circa la responsabilità penale del medico anche eventuali violazioni relative al consenso del malato provocherebbe controeffetti delicatissimi proprio con riguardo alla medicina difensiva.

La questione risulta del tutto autonoma, a ben vedere, dal dibattito in corso sul bilanciamento tra il ruolo del consenso e quello di altri aspetti rilevanti nell'attività terapeutica, specie in relazione ai problemi del fine vita: dunque, non mette per nulla in discussione l'importanza del consenso. Che l'attivazione di un atto terapeutico nei confronti di una persona consapevole e correttamente informata necessiti del suo consenso attuale (cfr. Cass. civ., III sez., 15/9/2008 [dep.], n. 23676) rappresenta, infatti, un assunto ampiamente acquisito.

Va tenuto presente, semmai, che l'importanza attribuita al consenso non fa venir meno il principio per cui la relazione tra medico e malato può essere finalizzata soltanto – come prevede il codice deontologico sulla base del giuramento di Ippocrate – alla tutela della vita e della salute, nonché al lenimento della sofferenza. Tale relazio-

⁵ Per una nozione di colpa grave maggiormente incline a utilizzare criteri anche soggettivanti, si veda l'art. 13 del Progetto di codice penale elaborato dalla Commissione Pisapia e, in dottrina, da ultimo, CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 345 ss.).

ne, di conseguenza, non può avere come obiettivo la morte del malato, fermo il fatto che non sono dovuti atti medici sproporzionati. E da ciò si evince, ritengo, che non possa richiedersi al medico di agire per disattivare un presidio già operativo di salvaguardia della salute il quale risulti del tutto proporzionato, né vincolare un medico a stabilire, per il futuro, una relazione che escluda anche il ricorso a mezzi essi pure del tutto proporzionati, cioè finalizzata alla morte. Come pure si evince che lo stesso rifiuto attuale di una terapia salvavita proporzionata e conforme all'indicazione terapeutica non esonera il medico dal dovere di farsi carico della salute del malato con strumenti non coercitivi di dialogo e incoraggiamento: anche alla luce del dato che proviene dalla psicologia clinica secondo cui tale rifiuto, ordinariamente, dipende da dinamiche di rimozione della malattia o risulta espressivo del bisogno di non abbandono (si tratta dunque di evitare, soprattutto, *trend* che inducano i soggetti più deboli della nostra società a scelte rinunciarie, tali da liberare la società stessa dai costi della loro assistenza).

È ovvio che se nel *Progetto* si volesse parlare del consenso si dovrebbero affrontare i nodi summenzionati, posto che altrimenti risulterebbe disatteso il canone della determinatezza. A tal fine, peraltro, è in corso avanzato uno specifico *iter* legislativo, così che risulterebbe poco comprensibile una regolamentazione autonoma, nell'ambito di un *Progetto* orientato a finalità del tutto diverse. Di certo, in ogni caso, non sarebbe possibile definire il consenso come *fondamento* dell'attività medica (con ciò accedendo a una radicale contrattualizzazione della stessa), in quanto senza dubbio il consenso non costituisce requisito sempre necessario per l'agire del medico (si pensi alla medicina d'urgenza), né da solo sufficiente (si pensi alla richiesta di un'infilazione).

Fatti salvi i problemi inerenti al *come* il consenso debba assumere rilievo nell'attività medica, resta certamente l'interrogativo circa il modo in cui sia opportuno gestire eventuali violazioni che lo riguardino. Tali violazioni, peraltro, hanno uno statuto diverso da quello che contraddistingue l'inosservanza delle regole intese a evitare pregiudizi per la salute o la vita del malato: il requisito del consenso, infatti, non è finalizzato alla salvaguardia di tali beni (sebbene, contingentemente, la possa favorire), bensì al rispetto della libertà morale. Ne deriva che quando un atto medico sia praticato secondo le regole riconosciute conformi allo scopo di migliorare la salute del paziente (cioè *lege artis*) non potrà dar luogo, pur in mancanza del consenso, al reato di lesioni, né in caso di esito infausto, né tantomeno in caso di esito fausto. In particolare, la circostanza per cui un tale atto incide sulla sfera corporea non equivale a produrre una lesione, posto che esso risulta conforme all'obiettivo di impedire (o sanare) malattie, cioè alterazioni *funzionali* dell'organismo. Simile circostanza, dunque, non rende quell'atto intrinsecamente illecito e pertanto scriminato, circa il profilo in esame, dal consenso. Del resto, nessuno qualificherebbe in sé illecite, ad esempio, la circolazione stradale o le attività produttive perché devono realizzarsi nel rispetto di determinate regole.

Considerato, inoltre, che esistono solide ragioni per non giudicare applicabile, in

materia, la fattispecie di violenza privata (cfr. Cass. SS. UU., 21/1/2009, n. 2437), deve ritenersi che la violazione dei doveri riguardanti il consenso abbia rilievo, oggi, sul piano della responsabilità civile e di quella disciplinare (un passaggio della sentenza appena citata nel quale si prospetta, in proposito, la configurabilità del reato di lesioni colpose – *ex artt. 55 o 59, comma 4, c.p.* – con riguardo alla sola ipotesi di esito infausto trascura completamente la riflessione sulle finalità della regola trasgredita).

Ed è su questa base, in effetti, che non di rado si è proposta l'introduzione del reato di c.d. attività medica arbitraria: ma una tale scelta, come dicevo, avrebbe conseguenze drammatiche, lo si deve riconoscere, proprio sotto il profilo della medicina difensiva, in netto contrasto con gli obiettivi del *Progetto*. Per cui appare opportuno che l'impegno volto a garantire l'acquisizione corretta del consenso in ambito medico segua altre strade.

L'esistenza di un simile reato comporterebbe che qualsiasi attività medica, anche quando non ne sia derivata alcuna conseguenza lesiva, venga a trovarsi nella condizione di poter essere censurata dal punto di vista penale (o comunque di poter dar luogo a un processo penale), senza che il medico sia realisticamente nelle condizioni di azzerare il pericolo che ciò accada: con evidenti conseguenze in termini di astensionismo nei casi in cui quel pericolo appaia maggiore, casi spesso relativi a terapie necessarie, ma non esenti da determinati rischi per il paziente.

Risulta impraticabile, infatti, sia raccogliere il consenso per ogni specifico passaggio terapeutico che in teoria lo richiederebbe (in una vicenda oncologica che ha interessato la mia famiglia si era calcolato, col medico, che tali passaggi, rispetto a una sola fase della terapia, sarebbero stati più di un centinaio), sia elencare nel modulo di consenso informato tutti i possibili scenari conseguenti all'intervento terapeutico e, in particolare, tutti i possibili eventi avversi.

D'altra parte moduli di consenso estremamente capziosi o analitici *non sono corretti* dal punto di vista bioetico, perché, rispondendo in realtà a esigenze difensive del medico, non consentono al malato di comprendere nel loro giusto spessore, attraverso una necessaria visione sintetica, i problemi in gioco. Ciò fa sì, ad esempio, che in sede di valutazione da parte dei comitati etici sull'adeguatezza dei moduli informativi concernenti sperimentazioni farmacologiche venga spesso richiesto alla casa farmaceutica interessata (è anche la mia esperienza personale) di rendere *comprensibili* quei testi, semplificandoli dal punto di vista tecnico: non senza ansietà, tuttavia, circa le possibili conseguenze di una simile indicazione nel caso di un futuro contenzioso giudiziario.

Va considerato, poi, che il medico, certamente, non può mai mentire, ma talora deve fornire al malato un'informazione in qualche misura *graduale*, per adeguarla alla sua concreta possibilità di sostenere una data notizia in un certo momento ed evitare controproducenti dinamiche di rimozione delle sue condizioni effettive (si pensi all'emergere di indizi concernenti l'insorgere di una grave patologia degenerativa in giovane età).

Breve. Operare sul piano legislativo in termini tali per cui il rischio di incriminazione penale per il medico divenga infinitamente più elevato dal punto di vista statistico con riguardo all'*agire* che all'*omettere* non appare certamente una buona strategia dal punto di vista politico-criminale.

Ed infatti il rilievo penale diretto delle violazioni in tema di consenso esporrebbe sempre il medico che intraprenda un atto terapeutico, come s'è detto, all'accusa di aver agito, per qualche aspetto, in modo arbitrario; laddove invece la scelta astensionistica ben difficilmente porterebbe a responsabilità penale, stante l'obiettivo difficoltà di provare oltre ogni ragionevole dubbio il nesso eziologico tra la condotta omissiva e il danno che ne sia derivato per il paziente o la stessa morte (anticipata) del medesimo, tanto più nel caso in cui quel paziente fosse affetto da una patologia grave. Un quadro, quest'ultimo, che sfuggirebbe per gran parte, tra l'altro, alla praticabilità di accertamenti empirici.

Abbiamo davvero interesse, dunque, a far sì che il rischio di "perdere" il malato, in contesti patologici complessi, possa risultare maggiormente accettabile per il medico, sotto il profilo delle conseguenze penalistiche prevedibili, rispetto al rischio di agire senza la certezza assoluta di non subire contestazioni in merito all'acquisizione del consenso? Con effetti preoccupanti aggiuntivi nelle ipotesi in cui la condizione psichica del malato, pur senza determinarne l'incapacità, renda obiettivamente problematica l'acquisizione di un consenso ineccepibile.

Per tutte queste ragioni credo che bene faccia il *Progetto*, in un'ottica di contrasto della medicina difensiva, a perseguire l'obiettivo di *circoscrivere*, precisandolo, l'ambito della responsabilità penale del medico relativa a condotte offensive verso la vita o la salute del paziente e di introdurre, nel contempo, procedure di giustizia riparativa idonee a permettere l'estinzione del reato. Evitando, su questa via, un approccio parallelo di segno opposto, in grado di favorire atteggiamenti difensivi, quale deriverebbe da ipotesi di *estensione* della responsabilità penale del medico per l'inosservanza dei doveri inerenti all'acquisizione del consenso: materia, quest'ultima la quale necessita di un approfondimento specifico (in proposito si era tra l'altro considerata, nel dialogo con gli estensori del *Progetto*, l'idea di una rivisitazione complessiva del sistema sanzionatorio disciplinare, quale terreno particolarmente idoneo a valutare l'eventuale sussistenza di inadempienze *serie* riguardanti il consenso, alla luce dei molteplici fattori che a tal fine possono risultare rilevanti).

La seconda considerazione che desidero proporre rimanda a un problema teorico di portata generale, sul quale domandai di riflettere, come ricorderà il Prof. Fiandaca, anche nell'ambito della Commissione per la riforma del codice penale presieduta da Giuliano Pisapia. Mi riferisco alle palesi aporie del reato colposo di evento, col quale si finisce per punire, tra i molteplici soggetti che abbiano tenuto una medesima condotta rischiosa, quello più sfortunato il cui agire sia stato effettivamente seguito dal prodursi dell'evento: il che – oltre a implicare un *versari in re illicita* occulto – si rivela assai poco razionale dal punto di vista della prevenzione, posto che il trasgressore

di una regola cautelare farà sempre conto, in un simile contesto, sulla probabilità quasi sempre elevata rispetto a ogni singola condotta (specie con riguardo alla colpa cosciente) di non realizzazione del risultato lesivo.

L'ordinamento giuridico, dunque, non svolge una valida funzione politico-criminale intervenendo nelle situazioni in esame (di fatto per ragioni simboliche) a evento accaduto e, in tal caso, enfatizzando, anche mediante il ricorso alla categoria indefinita del dolo eventuale, l'entità della condanna a pena detentiva. Mentre potrebbe ottenere effetti ben più consistenti attraverso serie strategie di contrasto delle condotte pericolose, da realizzarsi essenzialmente attraverso un'opportuna valorizzazione delle sanzioni non detentive, sia amministrative che penali, come pure di ogni ulteriore mezzo (si pensi all'incentivazione dell'autocontrollo nei sistemi complessi) idoneo a contrastare la messa in opera dei rischi: facendosi carico, nondimeno, dell'evento eventualmente determinatosi, attraverso la previsione di onerosi impegni riparativi (cioè ulteriori rispetto a quelli meramente risarcitori), sia nei confronti della vittima o dei suoi congiunti, sia nei confronti della società.

Il *Progetto* in esame non giunge a mettere in discussione il modello tradizionale del reato colposo con riguardo alla responsabilità medica. Mi chiedo peraltro se alcune delle esigenze cui ho fatto cenno potrebbero trovare spazio attribuendo rilievo, in senso favorevole per il medico, all'iniziativa dello stesso di rendere manifesto un eventuale errore subito dopo il suo compimento e a prescindere dall'essersi o meno realizzato un evento lesivo.

Sarebbe ipotizzabile, ad esempio, una causa di estinzione del fatto illecito o di non punibilità per il caso in cui l'errore venga evidenziato nella cartella clinica in tempi rapidi e ciò abbia dato luogo a una procedura riparativa, tuttavia implicante quale profilo premiale, onde favorire l'iniziativa del medico, conseguenze meno pesanti per il medesimo rispetto a quelle connesse alla procedura riparativa ordinaria.

Una siffatta disciplina assumerebbe, probabilmente, un notevole significato preventivo, anche in relazione a un eventuale raccordo con i compiti, di cui all'art. 30, della prevista Unità di gestione del rischio clinico.

Prof.ssa MARTA BERTOLINO

Volevo svolgere alcune considerazioni, innanzitutto, riguardo all'art. 1. Condivido la scelta esplicita e chiara che l'attività medica non si possa considerare in sé un'offesa all'integrità fisica. La norma in esame è quindi un intervento sulla tipicità e mi sembra un chiarimento importante e rilevante, che doveva essere fatto. È evidente poi come questo *Progetto* possa servire per definire altre situazioni in cui può verificarsi una colpa più o meno grave, e fungere da modello per predisporre riforme anche in altri ambiti professionali.

Ma, in questo momento, noi discutiamo su un *Progetto* che ha un obiettivo prima-

rio e fondamentale: combattere la medicina difensiva. Si tratta di un fenomeno molto grave e diffuso, che gli stessi medici, soprattutto quelli che operano in certe branche della medicina, per esperienza comune, percepiscono ormai come una realtà che condiziona gravemente il loro lavoro.

Il presente *Progetto* costituisce dunque un'importante sollecitazione per affrontare la questione della responsabilità professionale partendo da quella medico-chirurgica. In tale prospettiva, l'art. 1 è, indubbiamente, una presa di posizione significativa non solo sotto il profilo ideologico e simbolico, ma anche dogmatico, a favore, sul piano della tipicità, di un inquadramento della attività medico-chirurgica come attività intrinsecamente lecita, se svolta nel rispetto della miglior arte medica.

Prima di affrontare il problema della definizione di colpa grave, volevo fare, però, alcune osservazioni riguardo ai soggetti interessati dalla normativa.

Nell'art. 1 si parla di esercenti una professione medico-chirurgica e di persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia del corpo o della mente.

Nell'art. 2, invece, attraverso il riferimento all'«esercente una professione sanitaria», si ritiene (in proposito destano perplessità le affermazioni della *Relazione* che a riguardo dell'art. 2 illustrano questa pretesa estensione della norma a categorie che già risultano ricomprese in quella di persone legalmente autorizzate cui si riferisce l'art. 1) di configurare una categoria di riferimento più ampia di quella risultante dalla somma delle categorie contemplate dall'art. 1. Sia che l'estensione debba imputarsi all'art. 2, sia che si debba ritenere già contenuta nell'art. 1, essa desta perplessità. Tale estensione, a detta della *Relazione al Progetto*, riguarderebbe gli ostetrici, gli infermieri, i fisioterapisti e i tecnici di laboratorio. A parte un profilo di coerenza interna di sistema, occorre chiedersi se ciò sia opportuno, dato che una delle obiezioni all'introduzione della colpa grave in funzione limitativa della responsabilità penale è proprio quella di creare una situazione di privilegio per certe categorie professionali e in particolare per quella medica, notoriamente esposta a peculiari difficoltà. Sembra dunque legittimo interrogarsi sulla opportunità di estendere questa presunta area di privilegio anche ad altre categorie di soggetti, non caratterizzati da quella discrezionalità tecnica che connota invece in termini propri coloro che svolgono l'attività medico-chirurgica. Nello svolgimento di tale attività il medico rimane infatti il garante per eccellenza dell'adeguatezza delle cure e dunque del bene salute.

Per quanto riguarda poi l'introduzione del limite soggettivo della colpa grave, sono perfettamente d'accordo con i redattori del *Progetto* su tale delimitazione. Essa rappresenta una necessaria precisazione normativa, poiché, contrariamente a quanto possa desumersi dalla prevalenza dell'orientamento c.d. autonomista della giurisprudenza della Cassazione, attualmente sussistono ancora margini di incertezze in merito all'applicabilità e in che termini dell'art. 2236 c.c. Ad esso infatti ancora di recente si è richiamata la Cassazione, affermandone l'applicabilità «come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto

imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà». Questa pronuncia ha rimesso perciò in gioco l'art. 2236 c.c. e con questo, più ampiamente, in discussione l'orientamento c.d. autonomista in tema di valutazione della colpa professionale in sede penale.

Anche alla luce di tali incertezze giurisprudenziali, è dunque importante definire il tipo, il grado della colpa che rileva penalmente ai fini della responsabilità del medico. Addirittura, ancora più radicalmente rispetto alla scelta del *Progetto*, non escluderei una prospettiva abolizionista, che rimetta esclusivamente al diritto civile la colpa professionale medica.

Rimane, però, un'ulteriore considerazione da svolgere a proposito della natura della colpa grave. O si accetta l'idea che l'art. 2236 c.c. sia, come io ritengo, da leggere alla stregua di indice normativo di un principio adottato dall'ordinamento di minore rigidità dello standard della colpa professionale, e invocabile alla stregua di un'*analogia iuris*, di un criterio interpretativo di portata generale, onde il concetto di colpa, soprattutto nell'attività medica, non possa essere diverso da quello che è presente nella responsabilità civile e dunque che la colpa grave si riferisca all'imperizia; oppure, se si vuole accedere a un autonomo concetto di colpa grave in sede penale e proprio in ragione di tale autonomia, onde eliminare qualsivoglia margine di ambiguità, se ne devono indicare i parametri. Nel primo senso, come abbiamo appena visto, deve dirsi orientata ancora una parte della giurisprudenza. Nel secondo senso sembra invece il *Progetto*, quando definisce la colpa grave come inosservanza di fondamentali regole dell'arte e realizzazione di un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente, adottando un doppio parametro rispetto a quello monistico del diritto civile.

Quanto poi al requisito dell'inosservanza di regole fondamentali per la valutazione della gravità della colpa, esso diventa più chiaro quando ci sono protocolli o linee guida. In certi settori o in certe attività bisogna allora pensare che il riflesso sulla prassi sarà quello di ritenere che vi sia la violazione di una regola fondamentale laddove non si sia rispettato il protocollo di trattamento o di intervento ormai codificato. Nello stesso tempo, però, occorre essere consapevoli dei riflessi che la codificazione del requisito dell'inosservanza di regole fondamentali potrà avere in quei settori della medicina, nei quali regole fondamentali consolidate sono di difficile individuazione. Si pensi in particolare alla psichiatria, rispetto alla quale sembra difficile rintracciare linee guida fondamentali e condivise di intervento terapeutico, ma dove il definire la colpa grave come inosservanza di regole fondamentali rappresenta comunque un momento importante per la certezza del diritto. In ambiti come questo potrà tutto ciò significare un altro modo di valutazione della colpa e l'emergere di modelli diversi (più o meno rigidi) di valutazione della responsabilità penale per colpa professionale?

Passando alla questione, fortemente dibattuta, del rapporto tra la violazione della regola cautelare e il consenso, penso che i due elementi debbano rimanere distinti.

Infatti, un conto è, dal punto di vista degli interessi tutelati, l'attività medica, che è un intervento sul corpo o sulla mente del paziente, tendente a migliorare la salute; altra cosa è il consenso, che è finalizzato alla tutela dell'informazione. Attraverso il rispetto del diritto all'informazione si tutela l'autodeterminazione del soggetto. Quindi, secondo me, è pericolosa, come sottolineava Luciano Eusebi, un'eccessiva contaminazione del piano del consenso con quello che attiene alla natura, ai gradi e ai criteri di imputazione di una responsabilità per la violazione di una regola cautelare fondamentale. Di conseguenza, dovrebbe esserci una distinzione tra le responsabilità. Il consenso mal informato o la mancanza di consenso, secondo me, dovrebbe trovare una tutela che, in qualche modo, sia autonoma, o parzialmente autonoma, dalla responsabilità del medico che deriva dalla violazione di una regola di perizia professionale. Infatti, se l'esito è infausto e vi è stata violazione di una regola cautelare fondamentale, il sanitario risponderà comunque per il suo intervento. Mentre per la tutela del diritto all'autodeterminazione consapevole, già la dottrina civilistica sostiene che la violazione del dovere di informazione si renda rilevante sul piano risarcitorio anche e indipendentemente dalla lesione del diritto alla salute. Questa condotta di violazione del dovere di informazione è quindi certamente un illecito, ma distinto da quello riguardante la violazione dell'integrità fisica. Ma deve rilevare anche sul piano penale, o può essere sufficiente che colui che è stato male informato o non informato affatto trovi eventualmente tutela sul piano puramente risarcitorio, qualora l'esito sia stato comunque fausto?

Dott.ssa PATRIZIA PICCIALLI

Spunti concreti per trovare una risposta possono rinvenirsi nel recente intervento delle Sezioni Unite penali con la già più volte ricordata sentenza 2437/2009.

In caso di esito fausto dell'intervento, il fatto non potrebbe assumere alcuna rilevanza penale. Infatti, secondo l'assunto delle Sezioni Unite, nel caso in cui il medico sottoponga il paziente a un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato e tale intervento, eseguito correttamente, si sia concluso con esito fausto, nel senso che ne è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo del reato di lesioni volontarie (art. 582 c.p.), che sotto quello del reato di violenza privata (art. 610 c.p.).

La tesi patrocinata dalle Sezioni Unite mi pare ampiamente condivisibile e vale, a mio giudizio, anche per l'ipotesi in cui si dovesse discutere di un intervento – diverso da quello consentito dal paziente – non eseguito correttamente e risoltosi in un danno o, addirittura, nella morte del paziente.

Il consenso del paziente, a ben vedere, può avere un rilievo solo in una particolare situazione (a prescindere dagli esiti, fausti o infausti, dell'intervento): quando si sia sostanziato in un espresso, libero e consapevole dissenso rispetto ad un determinato tipo di intervento. In questo caso (che è all'evidenza diverso da quello del consenso semplicemente mancante o invalido), l'eventuale condotta del medico che effettui ugualmente il trattamento rifiutato sarà sanzionabile a titolo di violenza privata (articolo 610 c.p.).

Prof. FAUSTO GIUNTA

Concordo anch'io con l'ispirazione di fondo del *Progetto*. Ritengo, infatti, che la dilatazione applicativa della responsabilità colposa sia divenuta eccessiva e non di rado ingiusta, senza comportare peraltro un reale incremento della tutela. Questo rilievo vale anche, se non soprattutto, nel campo del diritto penale della medicina, dove la frequente "colpevolizzazione" del medico è frutto delle distorsioni applicative che, nel diritto vivente, hanno caratterizzato, fino a un recente passato, l'accertamento della causalità e che oggi interessano principalmente la teoria della colpa. Non si tratta ovviamente di recuperare quel singolare privilegio di insindacabilità che connotava, fino a qualche decennio fa, la giurisprudenza in materia di responsabilità penale del medico. L'obiettivo, che mi sento di condividere, è quello, piuttosto, di trovare un corretto punto di equilibrio tra la tutela dei beni fondamentali della persona e il rispetto di altrettanto fondamentali garanzie penalistiche.

Mi sento di sottoscrivere, salvo quanto preciserò tra breve, anche l'attenzione che il *Progetto* riserva all'esigenza di contrastare la deriva contrattualistica che, muovendo da una concezione formalistica del consenso informato, connota oggi il rapporto tra medico e paziente. Essa rischia seriamente di disperdere la matrice solidaristica dell'atto medico, frutto di una tradizione culturale millenaria, e di attenuare l'importanza imprescindibile del rapporto umano tra medico e paziente. Certamente il paziente è portatore di diritti, ma questo non significa che i suoi diritti debbano diventare la sola compagnia che gli spetta durante l'esperienza della malattia. Ebbene, la medicina difensiva, specialmente quella c.d. negativa, opportunamente stigmatizzata nella Parte I della *Relazione al Progetto*, costituisce un deprecabile rifiuto del carattere solidaristico e, in linea di principio, interventista, dell'atto medico.

A tale proposito, però, se mi posso permettere una prima osservazione critica, ritengo che il *Progetto* ecceda quando pone alla base della proposta di nuova disciplina penale dell'atto medico principalmente l'esigenza di contrastare la medicina difensiva. Quest'ultimo atteggiamento, infatti, non si collega soltanto e specificatamente all'incombenza del rischio penale che grava oggi sul medico, ma è generata dalla preoccupazione del medico di esporsi al rischio del contenzioso anche solamente civile, magari destinato, nei tempi lunghi della nostra giustizia, a un esito liberato-

rio (che di per sé non può considerarsi consolatorio). Detto altrimenti: il contenimento della responsabilità penale non costituisce una ragionevole contromisura nei confronti della medicina difensiva, posto che l'atteggiamento difensivo del medico può essere favorito anche dal rischio di una "semplice" responsabilità civile. Ritengo che solo una equa e razionale modulazione della responsabilità colposa, come tale rispettosa dei principi di garanzia propri del diritto penale, possa restituire al medico (ma il discorso andrebbe esteso alla dialettica tra la responsabilità colposa e i diritti di libertà dei cittadini in genere) la ragionevole fiducia nell'intervento del giudice. In breve: una riflessione sulla disciplina penale dell'atto medico e sulle sue possibili e finanche auspicabili prospettive di riforma andrebbe preferibilmente impostata con l'intento precipuo di valorizzare esigenze di giustizia sostanziale, piuttosto che in funzione dell'obiettivo di contrastare la medicina difensiva (argomento, questo, che rischia di apparire un pretesto per giustificare la delimitazione della responsabilità colposa nel solo campo dell'attività medica).

Sempre in questa prospettiva, può giustificarsi il ricorso a tecniche di riparazione del conflitto sociale generato dalla colpa medica, che siano alternative alla pena in senso stretto. A tale proposito posso portare anch'io, per la mia modestissima parte, l'esperienza di un progetto che, su incarico della Regione Toscana, abbiamo elaborato con i colleghi Giovanni Comandè, Ilaria Pagni e Michele Papa. Esso è inteso a valorizzare il risarcimento del danno, come alternativa alla repressione penale dell'atto medico imperito, quando, previo intervento dalla compagnia di assicurazione dell'ospedale, c'è il consenso del paziente danneggiato a una rapida composizione del conflitto. Questa impostazione, che, a differenza di quella proposta dal *Progetto* oggi in discussione, non prevede specifici percorsi conciliativi, mira a demotivare il ricorso del paziente alla giustizia penale quando esso sia strumentale e non occasionato invece da un autentico bisogno di pena. Nella prassi giudiziaria, infatti, accade non di rado che il paziente agisca in sede penale per acquisire con maggiore rapidità, grazie ai poteri d'intervento del pubblico ministero, la cartella clinica e per contenere le spese iniziali dell'azione giudiziaria. E ciò per la ragione che, intentando invece una causa civile, i costi delle consulenze tecniche che si rendessero necessarie, sarebbero ingenti e a carico della parte attrice, che dovrebbe farvi fronte con esborsi anticipati. Solo di recente, questa tendenza a privilegiare il processo penale, come strumento per la tutela del paziente vittima di *malpractice*, sembra trovare un contenimento in ragione del progressivo affermarsi di quell'orientamento della giurisprudenza civile, che costruisce la responsabilità del medico e della struttura ospedaliera di appartenenza in base al c.d. criterio del contatto sociale. Esso, qualificando il rapporto tra medico e paziente in termini contrattuali, pone a carico del paziente l'onere di provare principalmente l'esistenza del rapporto terapeutico, addossando sui soggetti convenuti la prova dell'eventuale assenza di causalità e della correttezza dell'atto medico. Com'è evidente, questa impostazione è particolarmente favorevole per gli interessi del paziente quando appare dubbia l'incidenza causale del suo intervento colposo.

Tutto ciò premesso in termini generali, mi soffermerò più analiticamente sui tre principali profili qualificanti del *Progetto*, che sono: a) l'affermazione del carattere non lesivo dell'atto medico; b) la delimitazione della responsabilità penale del medico ai casi di colpa grave; c) l'estensione della procedibilità a querela all'omicidio colposo.

a) Iniziando dalla definizione del trattamento medico-chirurgico come atto non offensivo dell'integrità fisica (art. 1), l'impressione di fondo è che il *Progetto* muova da una concezione "forte" della legislazione, quale strumento attraverso cui, intervenendo in un settore finora lasciato all'elaborazione giurisprudenziale, sia possibile perseguire efficacemente intenti all'occorrenza correttivi del diritto vivente, prendendo espressamente partito, a proposito della legittimazione dell'atto medico, per uno degli orientamenti che si contendono il campo (nel caso di specie si tratterebbe peraltro dell'orientamento fatto proprio di recente dalle Sezioni Unite, con la sentenza della Suprema Corte n. 2437/2009). Nulla si può eccepire, in termini di legittimità, a questa concezione "forte" della legislazione, cui, per dettato costituzionale, è assoggettato il giudice. Resta dubbio, però, se, in un'epoca storica come quella attuale, connotata dall'intraprendenza della giurisprudenza, e in un settore così controverso, qual è quello della responsabilità medica, lo strumento legislativo sia il formante più idoneo per assicurare alla nuova e auspicata disciplina il necessario coefficiente di effettività, tanto più se si considera che raramente le definizioni legislative sono riuscite a contenere la creatività della giurisprudenza penale.

Venendo al merito della definizione, si può concordare sulla scelta di ancorare la legittimità dell'atto medico principalmente ai due requisiti dell'adeguatezza alle finalità terapeutiche e della conformità alle *leges artis*. Riterrei che si debba evitare, però, il perpetuarsi della odierna lacuna legislativa, rappresentata dalla mancata previsione di una autonoma fattispecie incriminatrice che punisca l'atto medico arbitrario. Dal punto di vista politico-criminale, dunque, il *Progetto* dovrebbe bilanciare l'assenza, nella definizione di atto medico, di ogni riferimento al consenso informato con l'introduzione di una figura codicistica di reato, da collocarsi preferibilmente tra i delitti contro la libertà morale e intesa a reprimere, a querela del paziente offeso, l'atto medico arbitrario specialmente nei casi, certamente più gravi, in cui il medico abbia disatteso l'espressa contrarietà del paziente all'atto medico, indipendentemente dal suo esito favorevole o meno. In tal modo troverebbe una specifica attuazione il principio costituzionale dell'incoercibilità dell'atto medico e si eviterebbe il rischio che la definizione legislativa di trattamento terapeutico, di cui all'art. 1 dell'articolato, favorisca un paternalismo di ritorno e impedisca la stigmatizzazione di episodi meritevoli, a mio avviso, di risposta penale. Si pensi al caso del medico sperimentatore che, inseguendo la fama o il traguardo di nuove conoscenze scientifiche, proceda, senza il consenso del paziente, ad un trattamento terapeutico che viene svolto sì nel rispetto delle *leges artis*, ma ponendo a carico del paziente l'elevato rischio di incorrere in eventi avversi. Qui l'atto medico non risulta censurabile sul piano tecnico, però, alla

sua base, c'è una scelta di rischio che effettua il medico al posto del paziente.

Un'ultima notazione riguarda la formulazione tecnica dell'art. 1 del *Progetto*. Come dicevo, la norma intende introdurre una sorta di ratifica legislativa dell'orientamento oggi accolto dalla più autorevole giurisprudenza di legittimità (la qual cosa potrebbe indurre a dubitare della sua reale necessità). Più precisamente, l'art. 1 citato sembrerebbe voler operare come una sorta di interpretazione autentica della fattispecie oggettiva del delitto di lesioni personali. A ben vedere, infatti, si tratta di una definizione di "parte speciale". Mi chiedo allora se non sia preferibile collegare la definizione di trattamento medico-chirurgico direttamente alla nozione di malattia, che costituisce, come noto, il perno applicativo del delitto di lesioni personali. In questa prospettiva si potrebbe più semplicemente affermare che, ai fini della legge penale, non costituisce malattia l'esito dei trattamenti medico-chirurgici adeguati alle finalità terapeutiche ed eseguiti secondo le regole dell'arte. Si tratterebbe di una conclusione addirittura ovvia, che conferma la correttezza dell'orientamento giurisprudenziale accolto di recente dalle Sezioni Unite, lasciando dubitare semmai della reale necessità di una sua esplicitazione legislativa.

b) Passando adesso alla nozione di colpa grave, non ripeterò quanto è già stato detto da Giovanni Fiandaca, i cui rilievi sottoscrivo. Mi limito a tre osservazioni.

La prima attiene al piano per così dire dell'effettività: quale efficacia vincolante dell'interpretazione potrà sortire l'art. 590-ter che si propone di introdurre? Il dubbio appare più che legittimo, ove si consideri che, come noto, una norma dotata di analogia portata delimitativa della responsabilità colposa c'è già nel sistema. Il riferimento è al disposto dell'art. 2236 c.c., il quale veniva valorizzato dalla giurisprudenza più risalente. Oggi, invece, un orientamento maggioritario che non mi sento di condividere ritiene che la norma citata non espliciti effetto alcuno sul versante della responsabilità penale. Esso dimostra come la giurisprudenza sia riuscita a dribblare il vincolo normativo e sia in grado di superare, sol che lo voglia, analoghi sbarramenti legislativi. La morale che ne traggio non è edificante. Ma bisogna pure tenere conto dell'indomito protagonismo giurisprudenziale che caratterizza gli ultimi decenni.

Il secondo rilievo riguarda la definizione di colpa grave proposta dal *Progetto*. Nonostante le critiche che vengono normalmente rivolte dai penalisti alla formulazione dell'art. 2236 c.c., a me pare che la norma civilistica possa condividersi nella parte in cui circoscrive la rilevanza della colpa grave ai soli casi di imperizia, che si verificano in relazione alla risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, i quali, in ragione della loro complessità, richiedono maggiori abilità. Diversamente, la definizione di colpa grave prevista dall'auspicato art. 590-ter, comma 2, oltre a operare con riguardo a tutte le forme della colpa (ossia nei casi negligenza, imprudenza e imperizia), si rivela fin troppo selettiva dei casi che possono dar luogo a responsabilità penale. Collegare la colpa grave all'inosservanza delle «fondamentali regole dell'arte» significa restringere eccessivamente la risposta penale, limitandola ai soli casi di violazione delle regole minime ed essenziali dell'attività medica, le quali – tenuto conto

dell'ulteriore requisito definitorio presente nell'art. 590-ter – realizzino «un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente». In breve: solo poche e infrequenti ipotesi di colpa medica resterebbero fuori del cono d'ombra dell'impunità.

La terza osservazione attiene alla scelta di fondo di ricorrere alla definizione di colpa grave per il contenimento della responsabilità colposa. In effetti – e qui il discorso assume un carattere più generale – la difficoltà di modulare correttamente la costruzione della colpa penale spinge periodicamente la dottrina a cercare vie di fuga attraverso soluzioni *de lege ferenda* intese a delimitare la rilevanza penale della colpa ai soli casi ora di colpa cosciente, ora di colpa grave (concetto, quest'ultimo, più sfuggente del primo sul piano definitorio, essendo molteplici le possibili accezioni della gravità della colpa). Entrambe le soluzioni rischiano di risultare una eccessiva semplificazione del problema e soprattutto una sfiducia nei confronti di una ricostruzione della responsabilità colposa ancorata al concetto di regola cautelare, quale norma di comportamento preesistente, riconoscibile e attuabile da parte dell'agente. Nel campo della medicina, un efficace sistema di contenimento della responsabilità colposa potrebbe essere assicurato dall'ancoraggio dell'imputazione colposa, fin dalla fase delle indagini preliminari, alla violazione di protocolli e linee-guida, quali *standard* di tipicità idonei a contenere quelle derive giurisprudenziali che forgiavano il dovere di diligenza alla luce del senno di poi. Muovendo correttamente dall'anzidetta impostazione della tipicità colposa, la colpa grave finisce per risultare un criterio di delimitazione della responsabilità residuale e circoscritto alle attività particolarmente complesse, in relazione alle quali i protocolli disponibili presentano difficoltà applicative.

c) Un cenno, infine, merita l'estensione della procedibilità a querela all'omicidio colposo. In altra sede, ho avuto modo di sostenere che, dal punto di vista politico-criminale, l'utilizzo della procedibilità a querela può ragionevolmente ed eccezionalmente allargarsi oltre l'ambito dei reati offensivi di soli beni giuridici disponibili. Nondimeno avanzo delle perplessità sulla scelta del *Progetto* di estendere la procedibilità a querela alla fattispecie di omicidio «come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria». Le mie riserve non derivano dal carattere di per sé inedito della soluzione proposta, né dalla natura di per sé indisponibile del bene della vita, quanto da questioni che attengono alla titolarità del diritto di querela. Questo aspetto non mi pare sia stato disciplinato dal *Progetto*. Ritengo però che, per analogia a quanto disposto dall'art. 597, comma 3, c.p. in relazione ai delitti contro l'onore commessi a danno di persona defunta, la titolarità del diritto di querela dovrebbe spettare ai prossimi congiunti. Ebbene, questi ultimi, anche in considerazione del loro diretto interesse all'ottenimento di un risarcimento, non mi sembrano i soggetti in grado di valutare, in modo sicuramente disinteressato e presuntivamente attendibile, il bisogno di pena che sta alla base della deroga alla procedibilità *ex officio*.

Prof. ROCCO BELLANTONE

Il mio intervento serve soprattutto – passatemi l'espressione – per far rilassare, perché, ovviamente, non entrerà in questioni di carattere tecnico. Usando una metafora, come è opportuno che i grandi architetti, impegnati a ricostruire una casa, ascoltino, ogni tanto, chi ci abita dentro, perché, altrimenti, correrebbero il rischio di avere una bellissima dimora dove il proprietario è troppo alto e non passa dalle porte, nel dibattito odierno è essenziale ascoltare anche i medici.

Per quanto riguarda il problema del consenso informato, è utile rendervi nota una vicenda. In Italia, due colleghi si sono trovati di fronte alla stessa situazione: hanno aperto, con tanto di consenso informato, un addome per una patologia e hanno scoperto una piccola neoplasia, non individuabile in altra maniera, che infiltrava un organo. Uno dei due chirurghi, concluso il primo intervento, ha chiuso l'addome e ha risvegliato il paziente, chiedendogli il consenso per operarlo nuovamente, il secondo, invece, ha continuato l'intervento ed ha asportato l'organo. Ora entrambi i colleghi sono sotto processo penale.

Allora io vi chiedo come risolvere questo problema.

Sentivo prima il Prof. Eusebi che, saggiamente, ha detto quella che è la verità. A volte, il consenso informato dovrebbe prevedere cinquanta o sessanta pagine, con il risultato che il paziente non capirebbe nulla.

Io capisco che il giurista ritenga che tutto sia riconducibile a norme, ma il consenso informato, spesso e volentieri, non lo è, anche perché le famose linee guida non esistono; nell'80% delle patologie che avvengono nei nostri ospedali, esse non sono, infatti, assolutamente percorribili: comprenderebbero un'ampia gamma di eccezioni e, alla fine, risulterebbero improponibili, tant'è vero che alcuni valenti medici legali suggeriscono che il consenso informato non entri nel particolare, in quanto tenderebbe sempre a dimenticare qualcosa che, a sua volta, sarebbe fonte di pesanti ripercussioni legali.

In merito alla colpa grave, io capisco che bisogna cercare in qualche modo di definirla, però rendiamoci conto anche che il processo per colpa medica vede il magistrato assolutamente nell'impossibilità di svolgere il famoso ruolo di *peritus peritorum*, perché ragiona su fatti che non comprende: questa è la ragione per cui si avvale di periti.

Il problema fondamentale è quindi proprio quello relativo ai periti.

Quindi vi prego di costruire una casa non solo bella ma anche giusta.

Prof. GABRIO FORTI

Quest'ultimo intervento dimostra, ancora una volta, che il nostro incontro è interessante anche dal punto di vista metodologico, in quanto, al pari di tutto l'*iter* che

ha avviato e ulteriormente svilupperà l'elaborazione del *Progetto*, vede un confronto tra prospettive e sensibilità diverse, ma fermamente accomunate dalla tensione a comprendere il problema che è di fronte a noi e a *pensarne* qualche possibile soluzione.

Sulla questione della perizia torneremo, più avanti, nella parte del dibattito che cadrà appunto sulla disciplina processuale e in particolare sugli articoli del *Progetto* dedicati alla regolazione dell'ingresso nel procedimento dei saperi tecnici.

Prof. ROCCO BELLANTONE

Se posso rivolgermi ancora una domanda, ve ne sarei grato. Ultimamente un collega ha subito una querela per un problema anatomopatologico, però l'avvocato, volendo spaziare nel suo atto, si è indirizzato anche sul chirurgo, utilizzando frasi assolutamente calunniose della professione medica. Il medico ha cercato di sporgere querela per diffamazione contro quell'avvocato, ma gli è stato risposto che non si poteva perché, per legge, costui aveva il diritto, in relazione al fatto specifico, di scrivere quello che voleva, sulla base del principio che, nel suo lavoro, deve essere lasciato tranquillo e senza il timore di essere perseguito penalmente. Mi pare che anche il calciatore che, nel corso di una partita, rompe una gamba all'avversario, non sia perseguibile penalmente, perché una legislazione abbastanza recente lo protegge, sempre sulla base del concetto che altrimenti non giocherebbe più.

Ma perché al chirurgo non deve essere concesso questo?

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

Anche l'avvocato comunque può commettere il reato di calunnia.

Prof. GIOVANNI FIANDACA

Se posso, aggiungerei al mio precedente intervento qualche riflessione sulla procedibilità a querela.

In effetti, anch'io ho qualche perplessità sull'estensione del regime della perseguibilità a querela all'omicidio colposo, tanto più a causa dell'introduzione del limite della colpa grave.

Nella *Relazione* complessiva al *Progetto*, se ricordo bene, non c'è, tuttavia, un particolare approfondimento in merito alle ragioni della suddetta estensione.

Il senso che allora ho dato a questa scelta, sembrandomi la motivazione più pertinente, è che, essendo il *Progetto* ispirato, complessivamente, a valorizzare, il più pos-

sibile, il ruolo delle vittime, si sia voluta incentivare la loro reattività; è quindi sicuramente coerente con questa logica l'estensione della querela anche all'omicidio colposo.

Mi rendo conto che, nell'ottica di una valorizzazione di tale reattività, tutto ciò abbia un senso, ma potrebbero, comunque, in questo modo, residuare problemi di bilanciamento dal punto di vista della prevenzione generale o relativi a quel rischio, a cui accennava prima Fausto Giunta, di strumentalizzazione dell'autodeterminazione degli offesi in un'ottica non nobile di monetizzazione.

Prof. GABRIO FORTI

Giovanni Fiandaca ha colto perfettamente la ragione principale alla base della scelta di estendere il regime di procedibilità a querela a questi casi. Si è anche fatto affidamento su una sorta di attitudine "sanante" del percorso di giustizia riparativa rispetto a quello che è indubbiamente il rischio maggiore, di "strumentalizzazione" delle parti private, connesso a tale previsione della querela.

Prof. GIOVANNI FIANDACA

Ciò avverrebbe, però, solamente ove si riuscisse ad avere, anche nei fatti, un consenso serio sulla giustizia riparativa e non ci fosse il rischio di un suo svilimento in direzione di una conciliazione monetizzabile. Questo è un problema sociologico e di cultura.

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

Vorrei completare il discorso che avevo prima tralasciato sulla colpa grave.

Mi preme svolgere, a tal proposito, ancora qualche considerazione; fermo restando, infatti, che sono d'accordo a introdurre – come *limite del tipo* – questo paradigma ulteriore e differenziato di «colpa», bisogna aver chiari alcuni punti fermi.

Vi è un primo problema.

La *colpa grave*, anzitutto, strutturalmente può essere vista sia dal punto di vista *qualitativo*, sia dal punto di vista *quantitativo*. Ma le due prospettive non necessariamente procedono appaiate.

A monte, ancora, si pone il problema dell'«alternativa obbligata» (in parte, frutto di un equivoco) tra colpa *cosciente* e colpa *incosciente*; e l'equivoco sta nel ritenere che questa *sia l'unica dicotomia possibile* all'interno del cosmo della colpa.

È questo comunque un problema che va preliminarmente risolto e sul quale, a ben

vedere, i redattori del *Progetto* hanno preso posizione, anche se ciò non emerge con chiarezza dal contesto normativo che stiamo esaminando. Devo però puntualizzare quanto segue perché sulla tematica della «colpa grave» grava (mi si scusi il bisticcio) l'ipoteca dell'anatema scagliato dalla dottrina tedesca, dai finalisti in poi, contro la colpa incosciente che, secondo alcuni di loro, andrebbe addirittura estromessa dal sistema (Arthur Kaufmann). Sono pienamente d'accordo con Mario Romano sul fatto che, se ci muoviamo in una logica gradualistica esclusivamente orientata *sull'evento* (e, quindi, *à rebours* sul *rischio*), la colpa incosciente deve essere associata a un disvalore maggiore rispetto quello assegnato alla colpa cosciente, quantomeno in relazione all'*impatto soggettivo* del fattore rischio; nella colpa incosciente difetta, infatti, in maniera assoluta la *percezione* del rischio assunto, che evidentemente, ancorché puramente soggettivo, è *per se* fattore di aggravamento macroscopico della responsabilità.

Innanzitutto, bisognerebbe quindi stabilire con chiarezza che la colpa grave può essere sia cosciente che incosciente, in quanto quest'ultima non è di per sé una colpa *lieve*, ma può essere anche *grave* a seconda dei parametri di volta in volta prescelti. Occorre perciò considerare, accanto alla prospettiva orientata *sull'evento*, la prospettiva orientata *sulla condotta*.

In secondo luogo, dovrebbe procedersi alla costruzione del paradigma di *colpa grave*, stabilendo se esso abbia una valenza soltanto *qualitativa* o anche *quantitativa* e precisando altresì i parametri da porre alla base della relativa dosimetria.

Dal punto di vista *qualitativo*, si prospettano due possibili alternative.

Esclusa l'opzione rappresentata dall'art. 2236 c.c., norma civilistica fin troppo nota ed evocata, la soluzione non dovrebbe orientarsi, a mio parere, sul *tipo di violazione* («criterio della condotta»), ma sul tipo di *attività – concreta* («criterio del rischio»).

Delle due l'una: o l'attività medico-chirurgica si giudica in quanto tale *in ogni caso* complessa (ciò che è sempre meno vero) e allora nel settore considerato – e l'intervento civilistico può considerarsi in questa direzione – la colpa tipica è *sempre* necessariamente *grave*; oppure, più ragionevolmente, si deve distinguere, nell'ambito medico, tra attività complesse e attività semplici o semplicissime. In tale ultima eventualità, il problema non si risolve con la norma citata ed è comprensibile che la giurisprudenza abbia abbandonato questa via, al di là dell'indicazione della Corte costituzionale.

Il passaggio successivo nella ricostruzione della colpa grave richiede di scegliere fra le seguenti due opzioni: un modello orientato *sul rischio* vs. un modello orientato *sulla regola cautelare*. La distanza che separa le due impostazioni è notevole ed è emblematicamente rappresentata, nella dottrina tedesca, dalla distinzione tra *Leichtfertigkeit* e *grobe Fabrlässigkeit*: la *Leichtfertigkeit*, infatti, corrisponde in sostanza alla mancata percezione di un *rischio* prevedibile e alto, mentre la *grobe Fabrlässigkeit* consiste in una *violazione* crassa, marchiana della *regola cautelare*: in altri termini, in uno scostamento molto rilevante dallo *standard* costituito dalla diligenza doverosa. Sia l'uno che l'altro parametro andrebbero poi opportunamente

dosati sul fronte *qualitativo* con una successiva e diversa operazione commisurativa.

L'interrogativo ulteriore, a mio avviso, è se sia sufficiente la dimensione *qualitativa* della colpa esplorata sin qui o se la colpa debba essere delimitata anche in termini *quantitativo-numeric*. In altre parole, il quesito suona: a fronte di una violazione della regola cautelare non particolarmente *grobe* (crassa), ma *ripetuta* nell'ambito di un complesso atto operatorio, la pluralità delle condotte inosservanti del dovere di diligenza eleva la «quantità» della colpa (da «lieve» a «grave») o la lascia inalterata? O ancora: la *quantità* può, a determinate condizioni, incidere sulla *qualità* (sul «tipo» di colpa: lieve/grave), oppure la colpa continua ad essere lieve (e quindi il fatto penalmente irrilevante) poiché si è al cospetto comunque di una micro-violazione, sia pure ripetuta e seriale?

In un'analisi ulteriore della problematica, i quesiti da approfondire sono costituiti, appunto, a mio avviso, dai nodi concettuali che ho tratteggiato, anche se la ricetta per risolverli va ancora ricercata.

Prof.ssa MARTA BERTOLINO

Ancora nel 2007 la Cassazione ha, però, applicato l'art. 2236 c.c.

Prof. MARIO ROMANO

Questo è vero, ma l'orientamento della Cassazione è oscillante.

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

E, sostanzialmente, questo orientamento è anche superato.

Prof. STEFANO CANESTRARI

Sempre conformandomi allo spirito di fornire un contributo di pensiero per l'elaborazione di questo interessante e lodevole *Progetto*, vorrei soffermarmi su altri aspetti.

A questo punto, l'interrogativo più importante mi sembra quello di ordine pragmatico: questa norma ha effetti benefici?

Da un lato, il rischio – che a me appare rilevante – che il medico si appiattisca sempre sulle linee guida e sui protocolli senza guardare all'unicità del paziente, con i due requisiti definitori sopra menzionati, potrebbe essere in parte arginato; ed invero, si richiede dalla norma la realizzazione, nel caso concreto, di entrambi: l'inosservanza di

fondamentali regole dell'arte (che potrebbero consistere nelle linee guida e nei protocolli sedimentati e cristallizzati) e la realizzazione nell'evento di un rischio manifestamente irragionevole.

Dall'altro lato, un effetto benefico potrebbe essere apportato proprio dal requisito del «rischio manifestamente irragionevole», in quanto esso potrebbe impedire che il medico, in una visione difensivistica e con atteggiamento “eccessivamente prudente”, per evitare il rischio penale non assuma sfide a favore del paziente.

Da questo punto di vista, io trovo potente la lettera della norma, in quanto essa dice: il medico risponde solo se nell'evento si è realizzato un rischio manifestamente irragionevole (il rischio è quindi *ex ante* manifestamente irragionevole e deve poi essersi concretizzato). In questo modo, si riduce almeno in parte quell'orrenda possibilità che il medico si sottragga ad una sfida salvifica o benefica per la salute del paziente, al fine di cautelarsi da un rischio penale.

Proprio su questo aspetto è necessario svolgere una ulteriore riflessione. Se, infatti, con questa frase si elimina o si riduce il rischio penale per il medico che deve assumere sfide anche coraggiose, allora è altresì necessario, a mio avviso, valorizzare il consenso del paziente. Costui, altrimenti, non avrebbe alcuna tutela nei confronti di un medico più “libero” dal rischio penale in merito ad una sfida terapeutica che solo il sanitario vuole intraprendere. Quindi, è necessario un argine alla maggiore libertà del medico, perché il paziente potrebbe essere attratto nell'orbita di un “sanitario sperimentatore” che assume sfide non a beneficio del paziente, ma per un desiderio di soddisfazione della propria ambizione professionale.

Prof. MARIO ROMANO

Vorrei anch'io aggiungere qualche considerazione al mio intervento precedente. Poiché quanto è stato detto nei diversi interventi è di grande interesse, cerco di precisare meglio la mia opinione sui punti che riguardano da vicino gli articoli 1 e 2 del *Progetto*.

Capisco le perplessità di molti, ma, per quanto riguarda l'art. 1, cioè il preambolo, sono, come ho già detto, soltanto in parte d'accordo col testo. Ne capisco bene il profondo significato culturale e comprendo benissimo che l'atto medico non possa equivalere ad una lesione personale, ma esso non può essere a mio avviso mai distolto da un consenso, perché il personaggio autentico del rapporto medico-paziente è per l'appunto il paziente, la cui soggettività deve essere garantita sino in fondo.

Quindi, affinché sia giusto che l'atto medico non sia per sé un'offesa al paziente, bisogna includere nella norma anche il consenso, sebbene questa affermazione comporti dei rischi. D'altronde i rischi sono in qualche misura inevitabili in ogni attività di politica legislativa.

Capisco che il consenso costituisca un argomento delicatissimo e comprendo anche

le preoccupazioni del collega Eusebi e ancor di più quelle del prof. Bellantone, ma mi chiedo se non possa essere compiuto uno sforzo per una previsione, non dico di massima, ma mediante formule, della prestazione del consenso, dopo anamnesi ben fatte che riescano a prevedere e a perimetrare un ambito di intervento nel quale il chirurgo possa muoversi senza particolari disagi. In questo modo – e sono certo di non dire nulla di nuovo – sarebbe più semplice per il medico ottenere la prestazione del consenso. La formulazione di cinquanta diverse ipotesi mi sembra, a tal proposito, davvero irrealistica, come le cinquanta pagine o cento che servirebbero per avere un consenso informato realmente esaustivo, le quali diverrebbero effettivamente una ingombrante e inutile superfetazione.

Ci sarebbe poi sicuramente, in questo modo, il rischio di sequele giudiziarie per un trattamento sanitario arbitrario, ma mi permetto di osservare in proposito che le soluzioni sia della sanzione amministrativa (deontologica o disciplinare), sia della querela, come vorrebbe il collega Giunta per la fattispecie di trattamento medico arbitrario, non sono condivisibili: la prima perché prevede la sola conseguenza sul terreno deontologico rispetto a casi anche drammatici, come ad esempio quando un soggetto abbia prestato il consenso, fissandone bene i limiti, che poi sono stati invece superati arbitrariamente. In questo caso, non mi pare che il medico possa considerarsi libero di intervenire soltanto perché il consenso non sia stato definito con precisione: è opportuna dunque una norma che consenta di garantire il più possibile la libertà morale della persona. In tali situazioni, l'aspetto della violenza privata non può essere a mio avviso aggirato, neppure quando l'esito sia stato fausto.

Un'altra osservazione riguarda la procedibilità a querela, estesa anche all'omicidio colposo. Anch'io, come dicevo, ho qualche perplessità, ma è indubbio che essa si presenta funzionale all'apertura di un serio programma riparativo. Capisco le ragioni di Carlo Enrico Paliero, perché c'è anche qui la possibilità di conseguenze negative ed è ugualmente esatto quanto affermato da Giunta sulla titolarità del potere di querela. Ma sono difetti, io credo, ineliminabili: da affrontare e risolvere.

Permettetemi poi un rilievo conclusivo sulla colpa grave. Secondo me, si tratta di una limitazione accettabile; anzi, se vi vuole restringere in qualche maniera il campo della responsabilità del medico, non vi sono molte altre alternative. L'art. 2236 c.c., che negli ultimi tempi non è stato applicato spesso, ha certo una sua *ratio*; ma il beneficio potrebbe derivare dalla sua immissione direttamente nel sistema penale.

Abbiamo, a tal proposito, un esempio molto pratico e semplice degli ultimi anni: il principio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”, riformulato dal mio collega Federico Stella, che tutti noi rimpiangiamo e a cui è dedicato il Centro Studi organizzatore di questa *Tavola rotonda*. La suddetta formula, nella sua sostanza, era già presente nell'ordinamento da sempre, ma è stato ugualmente utile “rinverdirla” e introdurla come specifica norma. Allo stesso modo, l'inserzione della colpa grave avrebbe nel nostro caso un notevole senso culturale e didattico, di richiamo ai giudici per orientarli nei problemi della responsabilità medica.

Quindi, secondo me, nonostante le interessanti osservazioni svolte dai colleghi in merito alla redazione della norma e fermo restando il mio dissenso rispetto alle posizioni di Stefano Canestrari, in quanto l'art. 590-ter a mio avviso non deve intendersi limitato alla sola colpa cosciente, ciò che importa di più, volendo por mano ad un *Progetto* di questo tipo, è che la limitazione della colpa grave venga formalmente recepita nel codice penale. Per quanto riguarda poi la sua formulazione, sarebbe importante che la definizione indicasse esplicitamente se si riferisce soltanto all'imperizia o anche alle altre note soggettive di imputazione della colpa. L'aspetto più importante, insomma, è che il limite della colpa grave risulti appositamente dal sistema. I contenuti potranno essere meglio definiti, ma devo dire a questo proposito che la formula del *Progetto* mi è parsa appropriata e acuta. Come dicevo, la norma rappresenterebbe comunque un'innovazione di rilievo, anche se resta vero che l'art. 2236 c.c. potrebbe già attualmente essere applicato alla soluzione di problemi di imputazione penale.

Dott.ssa PATRIZIA PICCIALLI

Mi sento in dovere di ribadire che i concetti di agente modello e di concretezza del rischio sono due criteri che aiutano nella risoluzione dei problemi relativi alla responsabilità medica.

Sono criteri che consentono di inquadrare con puntualità le specificità delle diverse situazioni e, soprattutto, quelle in cui si discute di interventi potenzialmente ad alto rischio, dove l'esito della prestazione sanitaria non può essere condizionante *ex se* la rilevanza penale.

Per quanto riguarda il tema del consenso, ricollegandomi a quanto detto dal Prof. Romano, io farei una distinzione tra il paziente in stato di coscienza e il paziente in stato di incoscienza. Noi non abbiamo, infatti, affrontato questo problema nelle sentenze, ma dal punto di vista pratico, come diceva il Prof. Bellantone, nel caso del paziente in stato di incoscienza a cui debba praticarsi un intervento più grave o diverso da quello concordato si potrà invocare a favore del medico lo stato di necessità. Per il paziente cosciente, invece, concordo che la libertà morale del soggetto è imprescindibile. Sicché io vedrei applicabile, in questo caso, in presenza del dissenso del paziente, il delitto di violenza privata e, invece, in caso di mancanza di consenso, nel caso di violazione delle *leges artis*, il delitto di lesioni colpose. Nel caso di intervento riuscito, invece, valgono a pieno titolo le puntualizzazioni della sentenza della Suprema Corte (Cass., SS.UU., n. 2437/2009) più volte richiamata.

Prof. MARIO ROMANO

Dott.ssa Piccialli, ma se il paziente avesse detto: «io non voglio che si faccia questo anche al di là del risultato», cosa si fa?

Dott.ssa PATRIZIA PICCIALLI

Certo, in caso di espresso dissenso il medico non può agire, ma se non c'è un espresso dissenso e non c'è malattia, il medico non può rispondere. Quello che conta, perché l'art. 32 della Costituzione è in tal senso inequivoco, è distinguere il dissenso dalla mancanza di consenso.

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

Facciamo il caso di consenso non prestato all'esecuzione di una operazione consistente nell'asportazione di un organo non salvifico, rispetto alla quale quindi è preclusa l'operatività dello stato di necessità. *Quid iuris?* O immaginiamo un consenso presunto – che credo sia al di fuori di ogni impostazione così come espressa nei nostri lavori – oppure abbiamo comunque l'asportazione di un organo, e dunque una lesione grave o gravissima. Non c'è alternativa.

Dott.ssa PATRIZIA PICCIALLI

Se c'è una alterazione funzionale, vi è una lesione, indubbiamente. Il medico, se vi è violazione di una regola cautelare, ne dovrà rispondere a titolo di colpa.

Prof. GABRIO FORTI

Pensiamo a un'asportazione dell'utero, che impedisca alla donna nuove gravidanze.

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

Bisognerebbe verificare se si tratta di una donna che può avere gravidanze oppure no. Nella prima ipotesi non può non essere lesione personale.

Dott.ssa PATRIZIA PICCIALLI

Ma se la donna è in menopausa e il medico trova un tumore, che si deve fare? Deve forse il medico risvegliare la paziente e chiedere il consenso? In realtà, se l'intervento, pur non formalmente consentito, perché diverso da quello programmato, è stato eseguito correttamente, la mancanza di consenso potrebbe rilevare civilisticamente, ma credo che sfugga dall'ambito della rilevanza penale.

Prof. LUCIANO EUSEBI

Mi sembra importante evidenziare come la formulazione di cui all'art. 1 del *Progetto* dichiara che i trattamenti medico-chirurgici conformi alla *lex artis* «non si considerano offese *all'integrità fisica*», e non che i medesimi debbano ritenersi a priori *legittimi*, cioè insuscettibili di poter dar luogo a un fatto illecito. Il *Progetto* esclude, in particolare, che simili trattamenti configurino il reato di lesioni. Del resto, la stessa sentenza già citata delle Sezioni Unite n. 2437/2009, nel riconoscere non rilevante sul piano penale l'atto medico che abbia contrastato *lege artis* una data patologia, precisa che esso «potrà rilevare su altri piani».

Ciò che è in discussione, pertanto, sono i modi con cui affrontare le violazioni in tema di consenso, una volta definiti i criteri dell'operatività di quest'ultimo nei diversi contesti dell'attività medica: così da garantire, in materia, il miglior risultato preventivo senza effetti controproducenti.

E proprio in quest'ottica non può non ribadirsi che una norma la quale incriminasse di per sé il trattamento medico c.d. arbitrario esporrebbe costantemente i sanitari a un rischio penale di fatto non gestibile (molto più di quanto avveniva, per esempio, con la vecchia definizione dell'abuso d'ufficio in rapporto al pubblico amministratore): una situazione che avrebbe effetti deleteri per il paziente, ben identificati dal Prof. Canestrari nell'«orrenda possibilità che il medico si sottragga ad una sfida salvifica o benefica per la salute del paziente, al fine di cautelarsi da un rischio penale».

Ricordo, in proposito, come durante la vicenda familiare cui già m'ero permesso di far cenno si fosse deciso a un certo punto di non chiedere più delucidazioni sugli effetti collaterali delle terapie (il fine era di poterli dominare psicologicamente), dopo che molte volte s'era constatata, a seguito di quelle domande, una marcata ritrosia propositiva e, in un paio di casi, si era avuta per tutta risposta la fredda dichiarazione che se la persona interessata non voleva sottoporsi alle terapie, non la si obbligava. Il che lascia ben presagire come simili tendenze difensive verrebbero radicalizzate dall'immediato rilievo penale delle inadempienze relative al consenso.

Il *Progetto*, dunque, esclude la pertinenza di queste ultime rispetto alle norme penali che tutelano l'incolumità del malato e si astiene, opportunamente, dal proporre in materia nuove fattispecie incriminatrici: senza con ciò affermare in alcun modo

che l'atto medico posto in essere trasgredendo le regole sul consenso (delle quali il *Progetto* non si occupa) debba ritenersi irrilevante.

Mi si consenta, da ultimo, di rimarcare un distinguo che mi pare significativo rispetto ai temi sin qui dibattuti. Il diritto prende in esame, a scopo di prevenzione, due tipi di rischi illeciti: quelli che il soggetto agente fa correre ad altri per fini propri (fini il più delle volte egoistici) e quelli che il medesimo può produrre nell'ambito di attività poste in essere a beneficio di altri soggetti, i quali, sovente, sono le stesse vittime potenziali di quei rischi. Orbene, l'agire del medico attiene a quest'ultimo contesto. Egli si espone di continuo (probabilmente più di qualsiasi altro professionista) al rischio, per così dire, di produrre rischi non consentiti nell'interesse altrui: rischi del resto non azzerabili, se si considera l'ampia letteratura sui tassi fisiologici di errore nella pratica clinica. Anche da questo punto di vista appaiono pertanto irrazionali strategie che finiscano per disincentivare il medico dalla necessaria disponibilità ad attivare terapie le quali, da un lato, possano dar luogo secondo ricorrenze non trascurabili ad eventi avversi, con probabili strascichi giudiziari nonostante la correttezza della loro esecuzione, e, dall'altro, non consentano di escludere, per la loro configurazione particolarmente complessa o per altre ragioni (tra le quali pure quelle che attengono al complesso capitolo del consenso), la possibilità dell'errore.

Un sistema sanzionatorio che non tenga conto di simili rilievi può di fatto risultare ampiamente criminogeno: tra l'altro favorendo la *copertura* sistematica degli errori commessi e, comunque, la resistenza a rivisitare criticamente *ex post* nell'ambito dell'*équipe* sanitaria, come richiede la buona pratica clinica, l'*iter* terapeutico attivato per ciascun paziente.

Per queste ragioni ritengo positiva l'impostazione del *Progetto* che, rispetto alla configurazione classica del reato colposo, limita alla colpa grave la sfera della responsabilità medica, delineando inoltre procedure riparative che migliorano il livello di tutela delle parti offese e consentono nel contempo, senza *colpi di spugna*, l'estinzione del reato di cui il medico sarebbe chiamato a rispondere: così da ridurre la tentazione di atteggiamenti ispirati all'ottica della medicina difensiva (atteggiamenti favoriti dal carattere in certa misura non dominabile della responsabilità per eventi lesivi colposi, la quale, di regola, non riesce affatto a selezionare nell'insieme dei medici quelli davvero meno affidabili).

Ritengo tuttavia che la riflessione dovrebbe rimanere aperta, per considerare ulteriori passi in avanti possibili verso un sistema preventivo il quale non ponga al centro del suo interesse il prodursi casuale, date medesime norme cautelari violate, di un evento lesivo non voluto, bensì il contrasto delle stesse condotte pericolose e, in particolare, la necessità di rendere la loro commissione trasparente.

Un simile sistema, che mi pare il migliore, esigerebbe di fondarsi su strumenti sanzionatori non detentivi (con ampio utilizzo, tra le altre, di misure conformative) e su strategie volte a incentivare l'emergere delle trasgressioni. Prevedendo rispetto ai casi in cui un evento lesivo si produca impegni consistenti di carattere riparativo (anche

attraverso le procedure di mediazione previste nel *Progetto*), in aggiunta ai provvedimenti tipici della responsabilità civile.

È ben noto che, rispetto alla prevenzione dei fatti illeciti nell'ambito delle organizzazioni complesse di carattere economico, oggi si punta molto, a livello internazionale, sulla già ricordata incentivazione dell'autocontrollo, che nel settore sanitario, soprattutto pubblico o *no profit*, dà luogo tuttavia a delicate problematiche circa gli strumenti sanzionatori utilizzabili con riguardo agli enti coinvolti.

Vi è comunque notevole spazio, credo, per studiare, quanto al profilo della trasparenza, norme premiali intese a promuovere la non reticenza sugli errori e, anche per tale via, forme innovative di monitoraggio nell'ambito delle *équipes* mediche e dell'organizzazione sanitaria.

Prof. STEFANO CANESTRARI

Per concludere, riprendo alcune osservazioni svolte dai colleghi su mie considerazioni precedenti. È vero che c'è questo «rischio orrendo», come dicevo, che il medico non agisca, preoccupandosi più del rischio penale che della salute del paziente. Tuttavia, non si può dimenticare che la realtà ci pone in maniera imponente di fronte a una medicina fortemente tecnocratica, in cui la sovranità della macchina rischia di comprimere lo stesso consenso del paziente. Ci sono, allora, tutti e due i profili: c'è un medico che, per paura del rischio penale, si sottrae alle sfide che pongono i «casi difficili»; ma c'è anche l'altra realtà, in cui l'aspetto tecnologico-tecnocratico o i sentieri delineati dai protocolli possono espropriare la voce del paziente.

Si tratta di profili entrambi presenti, che non possono essere ignorati in una prospettiva di riforma nell'ambito della responsabilità sanitaria penale.

Prof. MARIO ROMANO

Quando Luciano Eusebi dice «il diritto penale che vorrei sarebbe questo» esita forse a precisare che il diritto penale del migliore dei mondi possibili sarebbe secondo lui un diritto penale che non punisse affatto. Non è così?

Prof. LUCIANO EUSEBI

Non è così. Se ne è parlato molto anche nell'ambito della Commissione Pisapia per la riforma del codice penale, con riguardo all'ampia diversificazione del ventaglio delle pene principali e delle altre modalità di definizione del processo prevista nel Progetto di legge delega da essa formulato. Proprio il ricorso a nuovi strumenti san-

zionatori consentirebbe, infatti, di superare lo stallo determinato nell'elaborazione politico-criminale dalla centralità della pena detentiva, che è servita da alibi per non ricercare modalità più razionali, rispetto a quelle classiche, di strategie preventive: e ciò anche con riguardo al controllo delle condotte pericolose. Non si vuole affatto escludere la sanzione penale. Quel che mi pare desiderabile, piuttosto, è una penalizzazione la quale non ceda a funzioni simboliche e risponda davvero, nel nostro caso, all'interesse dei pazienti di vedere ridursi, contemporaneamente, la cifra oscura in tema di *malpractice* e la propensione alla medicina difensiva. Che poi la concretezza dell'azione preventiva e la stessa effettività delle sanzioni si riveli correlata a provvedimenti *più miti* di quelli detentivi non può che essere un bene.

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

Se ho ben compreso, quindi, il tuo modello contemplerebbe la costruzione di una costellazione infinita di reati di pericolo – sarebbe da stabilire poi se di pericolo astratto o concreto – in alternativa alla punizione di pochi reati di evento.

Prof. LUCIANO EUSEBI

Potrebbe non essere una costellazione infinita...

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

Una costellazione in concreto infinita.

Prof. LUCIANO EUSEBI

A ben vedere normative d'intervento sulle condotte pericolose sono state introdotte negli ultimi anni in moltissimi ambiti: si pensi alla legislazione sulla sicurezza del lavoro, alla disciplina antiriciclaggio, alle disposizioni concernenti la materia agro-alimentare, e così via. Non c'è dunque da temere un particolare ampliamento degli strumenti di tutela anticipata, che peraltro ben possono assumere, a seconda dei casi, natura non solo penale, ma anche amministrativa. Il fatto è, però, che simili normative, da un lato, sono state introdotte non di rado utilizzando la sanzione detentiva tipica del diritto penale classico, con ricadute, a un tempo, di potenziale incostituzionalità e di ineffettività (non a caso sono ben più efficaci e temute, in proposito, le sanzioni amministrative); mentre, dall'altro lato, è rimasto intatto il binario parallelo rap-

presentato dai reati colposi previsti con riguardo alla realizzazione dell'evento che le regole violate mirano a evitare, e anzi si è assistito, negli ultimi tempi, all'aumento, in varie ipotesi, delle pene detentive previste, come pure delle incriminazioni per dolo eventuale: pur essendo chiaro che l'effetto reale di prevenzione dipende dalle norme che intervengono direttamente sulle condotte. È dunque mancata una visione politico-criminale che sappia affrancarsi da modelli di penalizzazione nella sostanza simbolici.

Prof. GABRIO FORTI

Qui rischiamo di impaniarci in una discussione sul disvalore d'azione e sul disvalore di evento, e sui limiti di anticipazione della tutela penale: questione che potrebbe essere materia di una decina di convegni!

Due appunti. Nella parte empirica si insiste molto sulla problematica dei *near misses*, cioè della enorme quantità di quasi-eventi che si verificano nelle strutture e che non danno luogo a nessuna conseguenza. Questo è un po' quello che sottolineava anche Luciano Eusebi: il medico che si sia reso responsabile di molti *near misses* ma – per mera casualità – nessuno di questi sia sfociato in un evento dannoso, non va incontro a nessuna conseguenza, mentre il medico a cui sfortunatamente sia capitato un evento viene punito.

Nota, poi, come in qualcuno degli interventi sia ben emerso quanto la specificità dell'atto medico non possa fondarsi soltanto sulla speciale difficoltà tecnica dei problemi che esso deve affrontare (che peraltro non è connotato presente, come è stato detto, in ogni prestazione sanitaria). Tale specificità *ulteriore* è da considerare quando ci si pone la questione del rispetto del principio di uguaglianza e, quindi, della ragionevolezza di una disciplina “dedicata” alla responsabilità medico-chirurgica.

L'ultimo intervento per la sessione di diritto sostanziale è quello di Fausto Giunta, dopo di che passeremo senza soluzione di continuità alla parte – chiamiamola così – processuale-riparativa, per la quale è già iscritto a parlare Giovanni Fiandaca.

Prof. FAUSTO GIUNTA

Mi ricollego a quanto osservava opportunamente Carlo Enrico Paliero a proposito della distinzione tra *Leichtfertigkeit* e *grobe Fahrlässigkeit*. Occorre intendersi, infatti, sugli ingredienti da utilizzare nella definizione di colpa grave, i quali possono variare, ovviamente, in ragione degli obiettivi politico-criminali che si intendono perseguire. Peraltro definire la colpa grave non è per nulla semplice, perché il concetto stesso di colpa appare notoriamente indeterminato ove si muova dall'impostazione tradizionale, che fa leva, principalmente, sulla prevedibilità e prevenibilità dell'evento da parte

dell'agente modello. È chiaro infatti che, da questa angolazione, i confini tra le nozioni di colpa lievissima, lieve, grave, grossolana e via discorrendo risultano assai poco nitidi, apparendo tali concetti altrettante modulazioni del medesimo criterio misuratore della colpa. Detto altrimenti: finché la colpa dipenderà da parametri di giudizio elastici e la sua concretizzazione sarà caratterizzata da notevole discrezionalità giudiziale, anche la sua graduazione sfuggirà allo sforzo di ricondurla entro comparti definitivi determinati. Diversamente, se si ancora la responsabilità del medico alla violazione di idonei protocolli terapeutici, previamente individuabili, è possibile ritagliare un'area di minore gravità della colpa da sottrarre al raggio di azione della responsabilità penale in nome di un bisogno di pena presumibilmente minore, ossia in ragione di istanze di prevenzione generale sensibilmente più attenuate.

In questa prospettiva, a mio avviso, ai fini della nozione di colpa grave alla quale circoscrivere l'intervento punitivo, non dovrebbe poter assumere rilievo il grado di allontanamento della condotta del medico dal comportamento doveroso quale risulta in base alle *leges artis*. È questo, infatti, un criterio di graduazione della colpa che appartiene più alla logica della commisurazione che al bisogno di deterrenza.

Da scartare mi sembra pure l'ancoraggio della colpa grave all'inosservanza delle regole cautelari minime e fondamentali dettate dalle *leges artis*. Come è già stato osservato, una siffatta impostazione rischia di essere eccessivamente selettiva, sottraendo alla pena condotte pienamente colpevoli, ancorché non connotate da crassa ignoranza delle *leges artis*.

Ben più pregnante, dal punto di vista del trattamento differenziato della responsabilità colposa, mi sembra invece l'approccio che valorizza il significato sociale della condotta violatrice della regola cautelare, ossia il disvalore di azione dell'illecito colposo: in altre parole, ancora il grado di apprezzamento delle ragioni che stanno alla base dell'attività pericolosa. Sennonché, nel campo della responsabilità del medico, questo punto di osservazione non aiuta a ritagliare una definizione della colpa grave idonea a delimitare la responsabilità penale del professionista. Stante l'importanza sociale dell'attività medica, esso finirebbe per provare troppo, conducendo alla depenalizzazione della colpa medica *tout court*.

Ciò premesso, mi pare che una nozione di «colpa meno grave» funzionale a essere espunta dal raggio di azione della responsabilità penale del medico possa validamente ritagliarsi in base al minor grado di evitabilità della condotta colposa, considerato, peraltro, che là dove la colpa appare più difficile da evitare, ha maggiori probabilità di successo una soluzione del conflitto che passi attraverso la semplice riparazione dell'offesa.

In questa prospettiva, e concludendo sul punto, potrebbe sottrarsi a pena la colpa del medico che si verifica in relazione a un caso oggettivamente complesso e si caratterizza per la difficoltà: a) di riconoscere la situazione di pericolo in cui versa il bene giuridico; b) di riconoscere ed eseguire la regola cautelare doverosa, anche in ragione delle circostanze concrete in cui l'agente si trova ad agire.

Prof. GABRIO FORTI

Dobbiamo passare adesso alla parte conclusiva della discussione, sugli artt. 3 e 4 del Titolo II e sul Titolo III, relativo alla giustizia riparativa. Cominciamo da quest'ultimo, per poi concludere con le osservazioni che il Prof. Angelo Giarda vorrà formulare complessivamente sulle componenti processuali della normativa progettata.

Prof. GIOVANNI FIANDACA

Sulla parte processuale: sarebbe il caso di pensare a una regola sulla utilizzazione del sapere scientifico in caso di pareri discordi? Mi riferisco alla problematica affrontata dalla giurisprudenza americana con la sentenza *Daubert*. Si tratta di una problematica più generale e che trascende il problema della responsabilità medica, ma, essendo quello della responsabilità medica un ambito in cui questo problema si presenta in maniera tipica e anche intensa, potrebbe essere l'occasione per farci una riflessione.

Il favore culturale che io personalmente mi sento di mostrare nei confronti dell'utilizzazione dei paradigmi della giustizia riparativa ovviamente non mi fa chiudere gli occhi, così come non fa chiudere gli occhi agli altri, sulla persistenza di alcuni nodi problematici e di alcune ambiguità.

Già sul piano della chiarificazione concettuale e di un ulteriore approfondimento (nonostante i passi avanti che si sono compiuti nella letteratura italiana), che io riterrò necessari sul concetto stesso di riparazione e sui rapporti tra riparazione, riconciliazione e mediazione, ci sono rapporti molto complessi e nessi non ancora emersi a sufficienza. Non è questa però la sede per una riflessione così vasta.

Io mi chiedo più semplicemente: quello della responsabilità colposa e in particolare della responsabilità colposa medica si può considerare un terreno privilegiato o comunque adatto per innestare forme di giustizia riparativa?

Io mi sentirei di rispondere tendenzialmente di sì rispetto a una prospettiva di riparazione intesa in senso ampio. Avrei qualche possibile riserva rispetto alla utilizzazione della mediazione in senso stretto, che pur nel *Progetto* viene indicata, peraltro secondo indicazioni internazionali, come la tecnica principale di giustizia riparativa.

Studi empirici sulla psicologia della vittima, che andrebbe studiata ancora di più, e anche esperienze mie personali, convergono nel fare emergere che, dopo un primo bisogno psicologico di vendetta, la vittima avverte un'esigenza di elaborazione del lutto e del dolore, rispetto alla quale è sensata, promettente e ragionevole una prospettiva di giustizia riparativa intesa in senso ampio; anche se sottovaluterei il significato di un risarcimento del danno inteso in senso tradizionale, che – specie se finalizzato a iniziative altruistiche o a scopi ideali – si può caricare di valenze simboliche, di valenze morali, di valenze soddisfattive in una dimensione un po' più elevata.

Mi convince molto il significato riparatorio in senso non punitivo ma pur sempre penalistico – sempre che ciò sia percepibile anche dal grande pubblico – di quelle che vengono definitive nel *Progetto* attività conformative, che avrebbero una funzione molto responsabilizzante anche per l'autore dell'illecito colposo, come per esempio l'impegno a migliorare la propria preparazione professionale seguendo corsi di formazione e così via.

Invece ho qualche perplessità rispetto alla scelta del *Progetto* di porre al primo posto tra i programmi di riparazione la mediazione. È noto come io mi sia occupato di mediazione, giacché ho contribuito a creare a Palermo un ufficio di mediazione, anche con la collaborazione della Dott.ssa Claudia Mazzucato e del Prof. Adolfo Ceretti, e credo di averne una qualche infarinatura, tale da consentirmi di comprendere il senso vero della mediazione, la sua complessità, il suo significato e i suoi possibili effetti ma anche i suoi possibili fraintendimenti.

Io credo che se noi continuiamo a ritenere che l'obiettivo di fondo della mediazione in senso stretto rimane quello di riconciliare autore e vittima come persone in carne e ossa, consentendo loro di recuperare una relazione umana e una comunicazione interrotte dall'evento offensivo, allora sembrerebbe derivarne come indicazione che gli illeciti suscettibili di mediazione in senso stretto sarebbero quelli che si originano da rapporti conflittuali tra soggetti che stanno in rapporto di reciproca vicinanza, cioè soggetti che vengono in questione più come persone in carne e ossa dotate di sentimenti e di vissuti concreti che come soggetti titolari di ruoli astratti o di ruoli professionali.

Allora io mi chiedo: il paziente vittima di una colpa medica e i suoi familiari avvertono veramente il bisogno di una riconciliazione in senso stretto attraverso il recupero di una relazione personale con il medico che ha sbagliato? Se posso capire che questa esigenza può emergere nel caso di rapporto pregresso tra medico e paziente quando la relazione tra medico e paziente si è personalizzata, in cui il rapporto di affidamento si arricchisce di valenze personali e psicologiche, mi parrebbe che questo bisogno possa emergere meno quando il paziente incontra per la prima volta il personale sanitario, per esempio in una struttura pubblica, o quando incontra per la prima volta il medico con il quale non ha alcuna relazione personale. Da questo punto di vista, mentre ritengo che una prospettiva riparatrice in senso lato, in tutti i modi possibili e immaginabili, può avere un senso molto ragionevole e soddisfacente in senso ampio, in termini di psicologia della vittima, per la vittima dello sbaglio medico, pensare alla mediazione come al primo programma di giustizia riparativa tendenzialmente in generale mi parrebbe una scelta che si espone a qualche riserva per le ragioni anzidette. In questo senso io vedrei i rapporti invertiti: cioè la riparazione in senso lato come il programma principale e la mediazione in senso stretto come una strada secondaria ed eventuale.

Da questo punto di vista mi convince la esplicitazione che nel *Progetto* viene fatta della riparazione così detta unilaterale.

Rispetto a quest'ultima si pone però una esigenza di chiarimento. Unilaterale vuol dire riparazione nei casi in cui non ci sia disponibilità da parte di uno dei due soggetti a interagire in un rapporto di mediazione in senso stretto. Però mentre nell'articolo, ove sia indisponibile la persona cui il fatto è attribuito, è previsto opportunamente che la riparazione possa avere luogo previo espresso consenso della persona offesa (e mi parrebbe un requisito imprescindibile per evitare che la riparazione unilaterale si possa considerare come una riparazione imposta alla persona offesa), nel caso invece in cui sia indisponibile la persona offesa è previsto, per la riparazione unilaterale da parte dell'offensore, soltanto il suo consenso, mentre si tace sull'esigenza di consenso espresso da parte dell'offeso. Dalla lettura di questo articolato non mi è risultato chiaro se – come sarebbe coerente con il concetto stesso di giustizia riparativa, cioè come modello di giustizia pur sempre consensuale – il ricorso alla riparazione presupponga in ogni caso il previo consenso sia dell'autore, sia della vittima. Credo che sul punto il *Progetto* dovrebbe risultare più chiaro.

Ho infine una preoccupazione di fondo legata non tanto al *Progetto* in sé, ma al contesto complessivo in cui questo *Progetto* oggi viene a collocarsi, specie se si dovesse trasformare in proposta di legge (come è augurabile) e tanto più se dovesse essere destinato ad avere successo parlamentare, per il rischio di fraintendimento a cui esso si esporrebbe. Noi viviamo in un momento storico caratterizzato da orientamenti politico-criminali, non solo abbastanza discutibili, ma anche – scusate la franchezza – discriminatori. In un contesto di questo genere c'è un rischio – ben al di là delle intenzioni dei redattori del *Progetto* e di noi che lo stiamo commentando, condividendone lo spirito di fondo – di fraintendimento, nel senso che sarebbe facile interpretarlo come un *Progetto* ispirato da un ottica favoritistica nei confronti della classe medica. Questo anche perché come sappiamo stanno prendendo piede nelle diverse realtà cittadine le c.d. camere di conciliazione, istituite sulla base di intese tra gli ordini professionali dei medici e degli avvocati. Queste camere di conciliazione prospettano una conciliazione al ribasso in senso, come è noto, soltanto pecuniario e perseguono l'obiettivo di una comoda strada di transazione veloce con l'impegno delle parti, nel caso si pervenga alla conciliazione, a rinunciare all'inizio o alla prosecuzione delle azioni legali sul piano civile e penale. Io ho il timore che un *Progetto* come questo, anche per la scarsa cultura che esiste su questi temi, possa essere assimilato a qualcosa di simile alla conciliazione in senso esclusivamente pecuniario.

Affinché un *Progetto* del genere possa essere tradotto in realtà in conformità alle sue nobili intenzioni occorrerebbe anche uno sforzo di sensibilizzazione collettiva per far capire che la giustizia riparativa in senso serio mantiene valenze penalistiche, benché extrapunitive. C'è un problema di linguaggio e di sensibilizzazione per far capire che è una cosa molto seria e impegnativa, perché se passasse la vulgata che è una cosa simile alla conciliazione pecuniaria sarei preoccupato non solo per ragioni teoriche ma anche per esigenze di orientamento e di prevenzione generale.

Prof. GABRIO FORTI

Come al solito Giovanni Fiandaca ha toccato una corda molto sensibile. La sua è anche la nostra preoccupazione, non foss'altro perché a volte abbiamo avvertito un eccesso di interesse "non scientifico" per questo *Progetto*, il che ha reso ancora più cauta la nostra posizione e più acuta l'esigenza di tutelarci anche da possibili strumentalizzazioni, che incombono costantemente.

Prof. ROCCO BELLANTONE

Voglio rassicurare il Prof. Fiandaca che l'esperienza della conciliazione a Roma finora ha visto soltanto quattro casi, sicché è stata un vero e proprio fallimento. C'è da augurarsi che queste camere di conciliazione falliscano anche altrove.

Prof. GABRIO FORTI

In effetti a me è capitato, anche recentemente, di parlare di giustizia riparativa in un congresso medico e mi sono accorto che l'uditorio, pur qualificato, non aveva ben colto il significato delle parole che stavo usando in quel contesto di riflessione. Tendevo a evocare forse proprio la conciliazione pecuniaria. C'è una cultura vastissima a fondamento della giustizia riparativa, di cui ci sono maestri e "mediatori" (anche in questo senso) Adolfo Ceretti e Claudia Mazzucato, che bisogna conoscere e che, una volta conosciuta, in genere *persuade*, per dirla con Carlo Michelstaedter. Una tale *persuasione* profonda esige peraltro un percorso di iniziazione che non è alla portata di tutti, spesso neanche dei professionisti della giustizia e della medicina, come abbiamo potuto constatare più volte.

Prof. ADOLFO CERETTI

Io sono venuto soprattutto per ascoltare... Un buon mediatore non smette mai di ascoltare.

Per descrivervi come mi sento, qui e ora, vorrei richiamare la *Bhagavad Gita*, e in particolare il personaggio di *Arjuna* quando, sul campo di battaglia, deve iniziare a combattere. Ma *Arjuna*, come è noto, non vuole combattere... Lo farà solo dopo aver appreso gli insegnamenti di *Krsna*.

In questi anni la "battaglia" a favore della giustizia riparativa mi ha molto provato. Con Claudia Mazzucato e un altro manipolo di persone abbiamo iniziato, infatti, circa quindici anni orsono a occuparci di mediazione reo-vittima. Con lei e Federica Brunelli ho avuto l'onore e l'onere anche di scrivere il Progetto di Giustizia riparati-

va all'interno di Unicredit, per attuare la Carta d'Integrità.

Ultimamente mi sono un po' ritratto da questo tema. Non ho più scritto sull'argomento ma ho continuato a fare mediazione.

In relazione al *Progetto*, desidero sottolineare che il gruppo di ricerca empirica e quello di ricerca giuridica hanno svolto, a mio avviso, un lavoro eccellente, importante: la paura di combattere deriva dal fatto che *Krsna* deve riuscire a convincere anche me che è ora il momento in cui i principi della giustizia riparativa possono essere spesi anche riguardo alla medicina difensiva. A tal proposito mi appoggio ad alcune parole pronunciate dal Prof. Fiandaca, rilanciando con quanto affermato da Franco Basaglia in una sua intervista televisiva rilasciata poco prima o poco dopo l'entrata in vigore della legge 180. Cito, ovviamente, a braccio: «Siamo pronti per introdurre questa riforma così rivoluzionaria? No, non siamo assolutamente pronti», si rispondeva lo psichiatra veneziano. Le osservazioni che seguivano facevano, però, riflettere Basaglia sul fatto che ci sono "progetti" che o si traducono in leggi dello Stato – anche senza che si siano ancora sviluppate adeguate sensibilità collettive – o rimarranno per sempre delle astratte promesse. Analogamente, e fatte le debite proporzioni, vedo con favore, anche se con le dovute cautele, la possibilità di accogliere alcuni gangli della giustizia riparativa nel campo della medicina difensiva.

Aggiungo ancora in via preliminare, riprendendo quanto affermato stamattina dal Prof. Romano circa il possibile "privilegio del sanitario", che occorrerebbe che l'applicazione della mediazione nel campo della medicina – ricordo che la giustizia riparativa nel nostro ordinamento è prevista espressamente solo per il processo davanti al Giudice di pace, il quale per altro non ne fa certo un buon uso come potrebbe – fosse accompagnata da un progetto culturale molto ampio. Non solo. Occorrerebbe anche, parallelamente, creare le premesse per un appoggio politico all'attuazione della Decisione Quadro dell'Unione Europea del 15 marzo del 2001 – la quale, come è noto, fissava nel marzo del 2006 il termine per l'adozione di una disciplina giuridica legittimante il pieno ricorso alla mediazione reo-vittima nel sistema penale. In loro assenza, l'introduzione di una norma così avanzata risulterebbe sbilanciata rispetto al resto dell'ordinamento.

Desidero ora intervenire sullo "snodo" che reputo decisivo, e sul quale ha già ragionato il Prof. Fiandaca. In breve, la mediazione è uno strumento *buono* – nel *Progetto*, nel Titolo III essa è indicata come il perno attorno al quale far ruotare il "sistema riparativo" – o il "sistema" andrebbe edificato privilegiando altri strumenti?

Il Prof. Fiandaca ci ha indicato una strada.

Io mi chiedo, quale *practitioner* della mediazione, che cosa significhi introdurla nel rapporto tra medico e paziente. Parlo anche dei casi di omicidio colposo, dove l'incontro dovrebbe avvenire tra il medico e i parenti del paziente deceduto.

La tecnica – che è molto antica – cerca di fronteggiare il dolore, di dominarlo. Già Ippocrate sosteneva che il medico e il malato devono, insieme, combattere contro la sofferenza. Le cure, la tecnica, possono essere efficaci o no. Resta il fatto che nel corso

di una grave malattia il dolore si intreccia con le tecniche di cura, ma chi soffre si ritrova a vivere un'esperienza estrema in cui è spesso al di sotto e al di sopra della parola. Al di sotto della parola perché chi soffre tende a ritirarsi dal mondo, a pietrificarsi e a cadere nel mutismo. D'altro canto, i vissuti che accompagnano l'esperienza del dolore possono produrre un eccesso di parola, un grido che non si soffoca e si traduce in una domanda che continua a riproporsi nei propri soliloqui: «Perché io soffro, perché è toccato a me, proprio a me?».

Qui, mi sembra, si possa già comprendere come possano trovare spazio le *pratiche di mediazione in ambito sanitario*:

- se la parola non può essere – soltanto – preghiera da parte di chi è credente, trovando un luogo di accoglienza e di senso nel protendersi oltre la vita;
- se la parola non può essere efficace – soltanto – perché la tecnica ha ormai trovato, nel corso di malattie anche molto gravi, delle modalità di ipotecare la morte;
- se nella sanità, come è stato detto da molti, il corpo è *sentito* come apertura verso il mondo, mentre nella malattia il corpo *sente* il corpo – che diventa una barriera tra il proprio desiderio di riaprirsi all'esperienza quotidiana e l'impedimento a realizzare queste possibilità;
- è possibile ipotizzare che, forse, è proprio attraverso le *pratiche di mediazione* che si può andare oltre queste circolarità e dare a chi *ancora vive* (o è rimasto a testimoniare la sofferenza di chi è morto) la possibilità di ri-nominare la sofferenza con un linguaggio *altro* rispetto a quello della preghiera e della tecnica (che rimarranno comunque centrali in ogni percorso, naturalmente in base alle proprie sensibilità individuali) o del diritto.

Sapete, invece, qual è l'unica cosa che mi spaventa del *Progetto*? Mi spaventa – dal punto di vista del mediatore – l'ipotesi che riguarda l'estinzione del reato.

Nel corso degli anni ho maturato l'esperienza – grazie anche ad alcune mediazioni “impossibili” che mi sono state affidate dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in alcune delle quali è stata coinvolta anche Claudia Mazzucato – che quando una vittima partecipa a un programma di mediazione e sa anticipatamente che, portandolo a termine, per il suo *nemico* ci sarà, quale *premio assicurato*, l'estinzione del reato, difficilmente darà il suo consenso all'incontro. Detto altrimenti, per le vittime di reati gravi è assai complicato riuscire a costruire un consenso alla mediazione abbandonando, parallelamente, ogni istanza di punizione, la quale costituisce molto spesso – lo sappiamo – una foglia di fico, ma che è normale, “giusto”, che alberghi in chi ha subito un reato grave. In questi contesti i mediatori dovranno essere bravissimi, comunque si decida di licenziare il *Progetto*, a trasmettere il significato globale di ciò che esso propone, del salto di qualità culturale e di visione delle relazioni interpersonali che esso contiene.

Due appunti brevissimi per chiudere.

Art. 7: il risultato del programma consiste in adeguate condotte riparatorie o risarcitorie. Io credo che qui ci sia un *lapsus*: perché «o»?

Non mi è del tutto chiaro come dovrebbero *funzionare* concretamente le Commissioni sulla giustizia riparativa. Su questo punto vorrei avere più dettagli.

Prof. GABRIO FORTI

Direi, visto che è stata chiamata in causa, che su queste osservazioni di Adolfo Ceretti debba intervenire Claudia Mazzucato e sarà interessante ascoltare il confronto dialettico tra i due esperti di giustizia riparativa.

Prof. LUCIANO EUSEBI

Vorrei aggiungere la richiesta a Claudia Mazzucato di un rapido chiarimento. La procedura dinnanzi alla Commissione per la giustizia riparativa può anche condurre a riconoscere il *non sussistere* di un errore? Visto che il pubblico ministero (salvo il caso in cui richieda di archiviare) trasmette immediatamente la notizia di reato alla Commissione, senza alcuna indagine, tale possibilità dovrebbe darsi.

Dott.ssa CLAUDIA MAZZUCATO

I temi toccati dal Prof. Adolfo Ceretti sono centrali e la loro comprensione ha un'importanza decisiva per la riuscita di un progetto come quello che oggi discutiamo. Mi soffermo, in particolare, sulla questione della difficoltà del coinvolgimento delle vittime, connessa alla prospettiva dell'estinzione del reato. Sono d'accordo con il Prof. Ceretti: sarà difficile per i mediatori delle Commissioni di giustizia riparativa in ambito sanitario convincere le persone offese a partecipare ai programmi. È già molto difficile ottenere il consenso delle vittime alla mediazione e al *victim-offender dialogue*: i dati internazionali (penso a quelli che ci fornisce Mark Umbreit, per esempio) ci parlano – se ben ricordo – di circa un 50% di persone offese che accettano di partecipare a programmi di giustizia riparativa con incontro diretto dell'autore del reato, in alcune realtà i numeri sono anche inferiori. In Italia, l'unico dato disponibile relativo alla mediazione reo/vittima in ambito minorile ci parla di un 70% circa di vittime che acconsentono all'incontro (la ricerca, relativa all'Ufficio di mediazione di Milano, è stata voluta e coordinata proprio dal Prof. Ceretti): è un risultato estremamente positivo e non comune, ancorché riferito a micro-esperienze quali quelle in corso nel nostro Paese.

Siamo dunque consci dell'ostacolo additato dal Prof. Ceretti: simile difficoltà sta dentro i delicati equilibri che il *Progetto* ha inteso realizzare. Questa mattina e nella prima parte del pomeriggio, molti dei presenti hanno segnalato il potere – quasi ecces-

sivo – attribuito alla vittima dalla previsione della procedibilità a querela e il rischio che per questa via si realizzi una “privatizzazione” del conflitto e del rapporto tra reo e vittima. Ciò soprattutto nel caso dell’omicidio (qui, certamente, colposo) che è invece ambito tipicamente “pubblico” del diritto penale.

Vogliamo sperare che, nell’economia complessiva del *Progetto*, le cose si tengano. Mi spiego: la procedibilità a querela intende valorizzare il ruolo della vittima; al contempo la persona offesa sa in anticipo che l’esito del programma – se sono realizzate le condotte previste dall’art. 7 – porta all’estinzione del reato. Ciò può persino rappresentare per l’offeso uno stimolo a partecipare al programma, a coinvolgersi per controllare il procedimento e orientarlo, con la sua presenza, proprio verso l’ottenimento di quella *risposta* al reato che non coincide più con una risposta puramente punitiva, ma si gioca nell’inedita idea di *giustizia correttiva* che anima tutto il *Progetto*. Quell’istanza «mai più deve accadere quello che è capitato a me o a un mio congiunto» può trovare corrispondenza nel risultato del programma.

Inoltre, la vittima ha qui un ruolo centrale ma non *dominante*, cosa – quest’ultima – che risulterebbe un peso sproporzionato in capo all’autore dell’offesa. Con il gruppo di ricerca del CSGP abbiamo dovuto fare un gran lavoro per conciliare la logica della giustizia riparativa con quella del processo penale. Anche perché l’inserimento di un programma di giustizia riparativa *in ambito penale* e nel contesto sanitario è un caso unico: altrove è prevista una gestione *civilistica* dei profili della responsabilità medica, anche avvalendosi di programmi di *alternative dispute resolution* e giustizia riparativa *senza effetti penali*. Qui, invece, si affida alla giustizia riparativa il compito di fornire “la” risposta *penale* (ancorché non afflittiva) a questi fatti.

Nell’arduo intreccio tra giustizia riparativa e processo penale (e processo penale *italiano*), abbiamo voluto “non patteggiare” e tentare la via della costruzione – non facile – di uno stretto rapporto reciproco. Abbiamo dovuto, in particolare, fare in modo che l’autore del reato non fosse “in balia” della vittima. Vi sono riscontri di denunce e querele pretestuose: era pertanto necessario, a nostro avviso, evitare che una segnalazione pretestuosa all’autorità giudiziaria potesse innescare un meccanismo processuale e riparativo che, proprio per la volontarietà dei programmi e l’automatismo dell’estinzione del reato, potesse tradursi per la persona cui il fatto è attribuito in vicissitudini distruttive in cui si è disposti a tutto pur di vedere estinto il delitto lamentato dall’offeso.

La posizione della vittima, insomma, è centrale ma – volutamente – non è condizionante l’intera procedura. È per questo – e rispondo così anche alle considerazioni del Prof. Fiandaca – che l’autore del reato ha la possibilità di riparare *nonostante* il dissenso della persona offesa. Occorreva evitare, nel *Progetto*, che il dissenso dell’offeso paralizzasse tutto, lasciando sussistere solo la risposta penale tradizionale, cioè la pena detentiva, col rischio che la variabile «disponibilità della vittima» finisse per produrre disparità irragionevoli di trattamento tra autore e autore, a parità di volontà e impegno riparativi.

Prof. GIOVANNI FIANDACA

È il dissenso della vittima a partecipare alla procedura o è il dissenso della vittima a un atto riparatorio a paralizzare tutto? Secondo me la distinzione è importante, perché se un eventuale dissenso della vittima a un atto riparatorio non paralizza secondo il *Progetto* una riparazione unilaterale valutata come adeguata dalla Commissione, questo sarebbe un modo di imporre una riparazione che fuoriesce dai principi della giustizia riparativa, se la giustizia riparativa deve essere consensuale. Questo è un punto fondamentale, perché ci troveremmo di fronte a un compromesso che tenta di salvare capre e cavoli, ma che rischia di tradire il senso autentico, alternativo, della giustizia riparativa. Insomma, *mutatis mutandis*, si realizzerebbe qualcosa di simile alla prescrizione riparativa imposta sul piano penitenziario per concedere l'affidamento in prova; in altre parole rischieremmo di strumentalizzare la riparazione per scopi eteronomi rispetto ad essa (come ad esempio la rieducazione e simili), tradendo però i principi di una giustizia riparativa basata sul consenso reale di tutte le parti coinvolte. Mi permetto di sottolineare che questo, secondo me, dovrebbe essere considerato un punto importante. Quindi occorrerebbe rivedere i limiti della riparazione unilaterale. Credo di aver messo l'attenzione su un punto scottante della questione.

Dott.ssa CLAUDIA MAZZUCATO

Allora, intanto: la partecipazione al programma di giustizia riparativa è volontaria sia per la persona offesa che per la persona cui il fatto è attribuito...

Prof. GIOVANNI FIANDACA

Io l'ho interpretato come un possibile «no» alla mediazione, tale però da non escludere la possibilità di una riparazione.

Dott.ssa CLAUDIA MAZZUCATO

È esattamente così. La giustizia riparativa è definita dalle regole internazionali come un programma che consente ad autore di reato e vittima di partecipare attivamente insieme a un lavoro riparativo delle conseguenze del reato. Quindi, dal punto di vista della giustizia riparativa, la rinuncia alla dialogicità desta preoccupazione, è indizio da tenere in serio conto. D'altra parte, però, non si può costringere l'autore del reato a "subire" la posizione di una vittima particolarmente sensibile, chiusa od ostile: per questo abbiamo ritenuto indispensabile introdurre la possibilità di una

riparazione nonostante la mancata volontà della vittima di partecipare al programma di giustizia riparativa. Questo non vuol dire che la vittima si veda *imposta* o debba *subire* a sua volta una riparazione (il che sarebbe paradossale). Proprio per gli scopi e la natura pubblicistica del diritto penale e proprio per il fatto che la riparazione non coincide necessariamente con il risarcimento del danno, l'autore della condotta può dunque, accanto all'ipotesi principale (riparazione a seguito di mediazione diretta):

- riparare in modo *indiretto* (cioè senza incontro faccia a faccia) verso la vittima specifica *consenziente* (ipotesi “subordinata” di mediazione per l'appunto «indiretta», prevista dall'art. 6 comma 2, lett. a);
- riparare in modo *unilaterale*; riparare cioè verso qualcun altro e precisamente verso una vittima a-specifica o verso la collettività, ove la persona offesa abbia deciso di *non* prender parte in alcun modo al programma riparativo (art. 6 comma 3, lett. b). Come riparare? Per esempio attraverso l'impegno in attività conformative.

Proviamo a immaginare un medico che, in presenza di colpa grave, provochi lesioni personali al suo paziente e costui – per diverse ragioni, anche molto soggettive, personali, contingenti e legate alla storia di quella persona – non se la senta di partecipare a un programma di giustizia riparativa con contatto diretto con l'autore dell'offesa; immaginiamo che il medico desideri comunque dedicarsi a una revisione della propria condotta e a impegni comportamentali di segno opposto per il futuro. Ecco: nell'economia del *Progetto* e della sua logica di giustizia correttiva, possiamo davvero immaginare di negare al medico l'estinzione del reato? Anche perché altrimenti, oltre a stravolgere l'impostazione politico-criminale di fondo, si cadrebbe nell'insidiosa trappola di una giustizia penale “privatizzata”.

Fra l'altro, non vedo qui in realtà l'affacciarsi di soluzioni tanto diverse da quelle già comunemente e quotidianamente incontrate nelle pratiche riparative in atto (nella giustizia minorile e nel sistema penale del giudice di pace). Anche nelle pratiche attuali la vittima che decide di non partecipare alla mediazione non ostacola lo svolgimento di altro programma riparativo da parte del reo. Cito, fra altre, l'esperienza internazionale dei *victims panels* e dei *victim-offender groups* in cui l'autore del reato incontra vittime a-specifiche o ripara nei confronti di vittime associate (per esempio: l'associazione delle vittime della strada), talvolta attraverso attività educative destinate a terzi e a evitare che nuovi eventi del tipo di quello realizzato abbiano ad accadere.

Si tenga presente, comunque, che nel *Progetto* i programmi – diciamo così – “a basso coefficiente dialogico” sono secondari e residuali. Non potrebbe essere altrimenti, del resto: individuare il gesto riparativo senza incontrare la vittima in modo diretto – o, almeno, senza incontrare la propria offesa “incarnata” nella vittima – diventa molto difficile: come faccio a costruire la riparazione se non avvicinando l'esperienza di quella vittima o di altre vittime di eventi lesivi simili (cioè vittime a-specifiche)? Se non conoscendo l'offesa che ho compiuto attraverso questa esperienza che mi parla e mi svela gli effetti reali, le conseguenze concrete del mio reato? Il com-

pito di chi lavora nella giustizia riparativa – il compito dei mediatori delle Commissioni, se mai ci saranno – sarà per l'appunto quello di favorire *comunque* tale dialogicità affinché la riparazione sia ragionevole e sensata per chi volontariamente l'assume e per chi – vittima specifica, a-specifica o comunità – la riceve.

Quanto al problema dell'«o» segnalato dal Prof. Ceretti, con riferimento all'art. 7 («condotte riparatorie o risarcitorie»), segnalo che nel nucleo di progettazione normativa è in corso una discussione se questo «o» non debba appunto diventare una congiunzione «e» e quale possa essere il ruolo riparativo delle attività conformative. Direi che si tratta più correttamente di un «e»: in ogni caso, rivedremo la norma sul punto per renderla più chiara.

Quanto, infine, al quesito posto dal Prof. Eusebi, la risposta è: certamente sì; in linea con le indicazioni internazionali – che sono inequivocabili sul punto, come di recente riconosciuto anche da qualche processualpenalista sensibile al tema – la partecipazione a programmi di giustizia riparativa non costituisce ammissione di responsabilità.

Prof. LUCIANO EUSEBI

Quindi in sede di mediazione potrebbe risultare che l'illiceità della condotta non sussista?

Dott.ssa CLAUDIA MAZZUCATO

Sì. È per questo che nel *Progetto*, a fronte della prevedibile complessità di taluni casi, abbiamo previsto la facoltà, di per sé anomala nei programmi di giustizia riparativa, che i mediatori della Commissione acquisiscano – ove occorra – il parere di esperti, «senza alcuna formalità» (l'espressione è presa in prestito dal d.P.R. 448/1988 sul processo minorile). È altresì un traguardo non da poco il fatto che, grazie a un programma di giustizia riparativa, le parti giungano a concordare che l'errore non sussiste, cosa di cui la Commissione darà conto nell'informativa all'autorità giudiziaria ex art. 21. A sua volta, l'autorità giudiziaria assumerà le decisioni conseguenti, sempre ammesso che non sia già intervenuta (come è probabile) la remissione della querela e la relativa accettazione. Cambiando prospettiva, la domanda del Prof. Eusebi dischiude il vasto tema dell'esito del programma di *restorative justice*, nonché quello – ancor più delicato – del ruolo della verità nelle dinamiche riparative. In presenza di colpa ed errore effettivi del medico, quel che conta è il risultato – direi – “estrinseco” del programma, cioè le condotte riparatorie, conformative, risarcitorie, per via degli effetti estintivi del reato. Ma agli occhi del mediatore, il programma è riuscito ugualmente ed è stato utile agli interessati, quand'anche l'errore non ci sia stato e l'incon-

tro abbia costituito proprio l'occasione per chiarirlo, eventualmente per scambiarsi delle scuse o un altro gesto simbolico di riparazione (magari *verso* il medico, stavolta), visto che di certo qualcosa (se non altro nella comunicazione) deve non aver funzionato tra i due, se si è giunti alla querela.

Prof. LUCIANO EUSEBI

E, invece, nel caso in cui il medico abbia accolto il programma e adempiuto ai relativi provvedimenti risulta *ufficializzato*, o in altre parole giuridicamente accertato, che la condotta del medico stesso sia stata antidoverosa?

Dott.ssa CLAUDIA MAZZUCATO

Non nel senso di un biasimo che – per dirla con Braithwaite – invece di reintegrare, disintegri le possibilità di apprendere dall'errore e prevenirlo nel futuro; quindi non nel senso di esporre l'autore della condotta colposa grave allo stigma negativo di una condanna, perché ciò sarebbe contrario alla finalità “correttiva” del *Progetto*. Certo: le attività conformative e le condotte riparatorie non possono che passare dal riconoscimento, dalla esplicitazione, dalla revisione del proprio errore da parte del medico. Attenzione, però: la Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario non ha alcun potere di accertamento giudiziale e non è un organo giudiziario (ancorché essa sia “incardinata” nel sistema di garanzie offerte dalla magistratura, in termini di indipendenza, imparzialità, ecc.; e, infatti, i commissari sono nominati dal CSM, con procedimento analogo a quello vigente per i giudici onorari). Per dare una rapida risposta al Prof. Eusebi, direi quindi che l'esito positivo di un programma di giustizia riparativa in ambito sanitario assomiglia, riguardo al punto specifico da lui sollevato e pur con i debiti distinguo, all'esito positivo di una messa alla prova minore, la quale presuppone una responsabilità che non viene sancita giudizialmente.

Dott.ssa PATRIZIA PICCIALLI

C'è, in effetti, un caso di giustizia riparativa nel nostro ordinamento, quello della riparazione per l'ingiusta detenzione in cui si parte dal presupposto che lo Stato ha errato perché ha emesso una misura cautelare che non doveva emettere e in cui viene fatta la valutazione se la vittima ha con colpa grave o con dolo contribuito all'emissione o al mantenimento della misura cautelare.

Il collegare alla riparazione l'estinzione del reato può senz'altro essere interessante, specie se entriamo nella prospettiva dell'ampliamento della procedibilità a quere-

la. Certo dovranno prevedersi importanti strumenti per il controllo giudiziale, specie a fronte di situazioni in cui l'offerta risarcitoria non sia stata accettata, onde evitare rischi di possibili strumentalizzazioni. Così come al giudice dovrà essere riservato il potere/dovere di apprezzamento nel merito della congruità del risarcimento, nel più pieno rispetto delle esigenze sottese alla giustizia riparatoria.

Volevo poi dire soltanto tre cose ancora sul *Progetto*.

Innanzitutto, mi sembra una eccessiva forzatura quella di imporre al pubblico ministero di mandare immediatamente la notizia di reato alla Commissione per la giustizia riparativa, se non ritiene di archiviare, sicché io vedrei meglio una trasmissione degli atti alla Commissione dopo che è stata esercitata l'azione penale da parte del pubblico ministero, anche per motivi di riservatezza. Questo naturalmente non toglie la possibilità di sospendere il procedimento.

Sono molto favorevole, invece, e l'ho già accennato, all'attenzione mostrata dal *Progetto* al problema della perizia e dei consulenti tecnici, perché credo che molte volte gli errori dei giudici sono gli errori dei consulenti tecnici, sicché è molto importante prevedere sempre la presenza di un medico legale, specie in ambiti delicati come la psichiatria.

Un'ultima annotazione sulla responsabilità civile degli enti. Viene detto nel *Progetto* che è sempre prevista la responsabilità civile degli enti. Mi sono posta un problema: nelle ASL sembra difficile prevedere la responsabilità civile della struttura per un errore del medico convenzionato. L'art. 2049 c.c., infatti, non si applica nel caso del medico convenzionato con l'ASL, perché l'art. 2049 c.c. presuppone un rapporto di preposizione e di committenza che in questo caso non c'è. Ed allora, vi è da interrogarsi sui limiti che si vogliono rispettare o superare per fondare nuove ipotesi estensive di responsabilità.

Prof.ssa MARTA BERTOLINO

Non posso che condividere l'introduzione di questi programmi di giustizia riparativa, che nel nostro ordinamento penale sono ancora limitati a settori ben delimitati come quello della giurisdizione del giudice di pace e della giustizia minorile. La proposta del *Progetto* può dunque rappresentare un'occasione da non perdere perché la giustizia penale si apra a procedimenti conciliativi. Il programma proposto è molto ambizioso, ma bisogna comunque tentare. D'altra parte, nella giustizia penale minorile i programmi di giustizia riparativa hanno avuto spazio e successo e quindi io ho fiducia che, anche nella giustizia penale degli adulti, tali programmi possano trovare concreta attuazione. Certo, qualche dubbio rimane sui contenuti premiali di quelli proposti; dimensione, quella premiale, comunque problematica sotto il profilo della funzione preventiva sia generale che speciale della pena.

A tale proposito osservo che, nel settore che ci riguarda probabilmente la vittima è

più predisposta e disponibile a un programma di giustizia riparativa, in particolare se esso consiste nella mediazione. Penso infatti che sia soprattutto la vittima a sentire la necessità di un incontro, di un dialogo con colui che dovrebbe essere considerato il responsabile dell'offesa alla sua salute e/o alla sua libertà di determinazione. Peraltro occorre rilevare anche che l'individuazione del vero responsabile può risultare problematica, quando il medico opera all'interno di una struttura complessa, come quella ospedaliera.

Al fine della attuazione dei programmi riparativi proposti, mi preoccuperei allora più della psicologia dell'autore. E, da questo punto di vista, riterrei fondamentale una preventiva attività di sensibilizzazione e formazione della classe medica, onde evitare che l'adesione da parte dell'autore a forme di giustizia riparativa abbia un significato puramente strumentale al conseguimento del premio dell'estinzione del reato. Ciò sarebbe infatti in contrasto con lo spirito della giustizia riparativa, in particolare di quella di natura conciliativa come la mediazione. Occorrerebbe dunque prevedere in via generale procedure di sensibilizzazione, di formazione del medico, per promuovere la sua disponibilità a confrontarsi con la persona offesa, a riconoscere i propri errori e ad adoperarsi perché tali errori non si ripetano.

L'esperienza della pura premialità, come è emerso, ad esempio, nei giudizi abbreviati, in cui si è completamente oscurato il profilo della risocializzazione e della rieducazione, non lascia infatti ben sperare.

A questo proposito, mi preme allora fare un'ultima considerazione. Il *Progetto* propone anche una riparazione unilaterale, qualora la parte offesa rifiuti o abbandoni il programma di giustizia riparativa. In questo caso, si prevede che l'autore, se aderisce al programma riparativo, ottenga comunque l'estinzione del reato. In primo luogo osservo che sarebbe opportuno chiarire che non si tratta più di giustizia conciliativa, ma forse nemmeno di giustizia riparativa, poiché prescinde dal consenso della persona offesa. Potremmo allora ricondurre questo percorso riparativo più propriamente al genere della giustizia premiale, o considerarlo una giustizia riparativa *sui generis*. Se così stanno le cose, mi domando se sia il caso di mettere sullo stesso piano sotto il profilo del premio la mediazione con la partecipazione della vittima e la riparazione unilaterale o se, invece, non sia, più corretto differenziare in termini più netti, anche sotto il profilo procedurale, le due ipotesi. Ad esempio, mantenere la estinzione secca del reato nella prima ipotesi, mentre nella seconda prevedere un percorso più articolato, nel quale inserire istituti di natura sospensiva della condanna, di messa alla prova, di estinzione del reato condizionata all'adempimento di prescrizioni mirate alla neutralizzazione della imperizia del medico o nei casi estremi di attenuazione della responsabilità anche sotto il profilo della tipologia della pena.

Prof. ROCCO BELLANTONE

Non è che noi vogliamo a tutti i costi che il medico rimanga impunito. Ma questa giustizia riparativa potrebbe comportare delle sanzioni disciplinari, ad esempio una sospensione per il medico. D'altronde è quanto prevede il sistema statunitense, non mi sto inventando nulla. Negli ospedali americani, soprattutto nei grossi, ogni chirurgo ha l'autorizzazione ad effettuare una serie di interventi e ogni tanto capita che gli venga tolta l'autorizzazione ad eseguire quel tipo di intervento oppure che venga sospeso finché non si ripresenta con un programma di aggiornamento su quell'argomento. Come cittadinanza, come pubblico, secondo voi, è più importante che uno abbia una condanna a 2 anni che poi non sconterà mai o che essendo stato incapace venga allontanato da quell'ospedale finché non impara a far bene quel lavoro?

Quello che noi osteggiamo è il ricorso a tutti i costi alla condanna penale, che poi alla fine non previene nulla, non è che la condanna penale poi fa sì che quell'errore non si ripeta.

Prof. GABRIO FORTI

La constatazione che all'attuale pervasivo incombere di una responsabilità penale del medico in realtà, nella maggior parte dei casi, non corrisponde una condanna o comunque l'effettiva inflizione della sanzione penale, non dovrebbe essere persa di vista nella discussione odierna: l'alternativa che si pone nei fatti non è tra la giustizia riparativa e il processo penale tradizionale, ma tra la giustizia riparativa e una "penalità virtuale", destinata come tale a lasciare insoddisfatti tutti i soggetti coinvolti. Quanto poi all'esistenza, anche in paesi come gli Stati Uniti (dove come ben sappiamo la risposta penale è pressoché inesistente nei confronti della *malpractice*), di un grave problema di medicina difensiva, non dimentichiamo che almeno in quelle realtà il medico sarà sì condizionato dall'onere di coprire i costi assicurativi, ma almeno non dovrà subire la condizione, psicologicamente e professionalmente davvero "invalidante", di restare kafkianamente in attesa per vari anni di un verdetto *potenzialmente* lesivo della sua reputazione, e spesso *già* pregiudizievole per la sua motivazione ad operare. Lo abbiamo potuto ben cogliere proprio in un incontro a Roma presso la SIC, nel quale ci sono state riferite storie drammatiche di medici che hanno dovuto attraversare anni di attesa tormentosa prima di vedersi assolti da ogni addebito. Con insoddisfazione di tutti, perché anche le vittime certamente da questa attesa non traggono alcun vantaggio. In realtà, quindi, il meccanismo di giustizia riparativa non solo non "sacrifica" esigenze di tutela effettiva connesse alla risposta penale tradizionale, ma può anzi realizzare di per sé una tutela sostanziale delle persone comunque toccate dall'episodio di *malpractice* e per di più in tempi, credo proprio, meno

defatiganti di quelli necessari a pervenire a un verdetto di colpevolezza “oltre ogni ragionevole dubbio”.

Prof. ROCCO BELLANTONE

Mettendosi nei panni delle vittime, io penso che esse siano molto più indotte ad accettare che quel medico colpevole venga allontanato dal servizio. Per cui a quel punto la loro sete di vendetta assume un carattere oggettivo. Ecco perché molti di loro alla fine preferiranno accettare la mediazione.

Prof. GABRIO FORTI

Oltre al fatto che il percorso riparativo cui abbiamo pensato, grazie all'interazione della Commissione di giustizia riparativa con l'Unità di gestione del rischio clinico, è anche volto a «realizzare iniziative e promuovere azioni finalizzate a ridurre i rischi e a migliorare gli *standard* di qualità dell'assistenza sanitaria». Come sappiamo, al prodursi della condotta colposa del sanitario spesso contribuiscono in misura rilevante i *deficit* organizzativi della struttura sanitaria in cui questi opera.

Prof.ssa MARTA BERTOLINO

Solo una precisazione. Io sono pienamente favorevole alla giustizia riparativa, ma in ogni caso la giustizia riparativa e in particolare la mediazione non hanno certo l'obiettivo di estinguere il desiderio di vendetta della vittima. Il mio dubbio era, piuttosto, se certi profili riparativi del *Progetto* non rischino di snaturare la vera essenza della giustizia riparativa, il contenuto della quale viene dallo stesso *Progetto* identificato nel «confronto volontario, diretto o indiretto, con l'aiuto di mediatori imparziali» fra la persona offesa e la persona alla quale il fatto è attribuito.

Prof. ROCCO BELLANTONE

Mi correggo: di giustizia, non di vendetta. Però, un chirurgo che dimostra la propria incompetenza, con un processo penale per altri sei anni continua a far danni, con la giustizia riparativa, invece, viene sospeso dal servizio immediatamente, cosa che ora in Italia non avviene. È vero, per esempio, che in Francia non c'è tutto questo problema del processo penale nei confronti dei medici, però è anche vero che il Ministero della sanità francese istituisce dei procedimenti amministrativi con sospensione immediata.

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

Mi sono interessato in passato di questa problematica, ma ne sono al di fuori da troppo tempo per sentirmi a mio agio nella discussione. Mi pongo quindi alcuni interrogativi, magari fomentati dal mio difetto di conoscenza.

Quando parliamo di giustizia riparativa e di mediazione i capisaldi del paradigma devono continuare ad essere, dal mio punto di vista, almeno tre: a) riconoscimento della colpa da parte dell'autore; b) riconoscimento dell'autore da parte della vittima e rielaborazione del lutto e rispettivamente del conflitto; c) accettazione da parte di entrambi gli attori della soluzione alternativa, che è poi il momento finale dell'intero processo.

Avvalendomi di un simile schema, ho grosse difficoltà a riconoscere i "fondamentali" del modello mediatorio nel *Progetto*.

Secondo quest'ultimo, l'esito finale della *alternativa* al processo penale può essere ottenuto non solo (ed è già un paradosso) *inaudita altera parte*, ma anche (ed è un'autentica contraddizione in termini) *contra alteram partem*: sovvertendo così, a mio avviso, ogni dinamica conosciuta del modello mediatorio.

Scendo nel concreto, proprio per valutare l'effettiva possibilità che un progetto di questo genere sia accettato dalla collettività, e partendo dalla premessa che predisponiamo progetti affinché siano condivisi dalla cittadinanza e non perché rimangano modelli utopistici.

Ci troviamo di fronte uno schema nel quale opera la procedibilità a querela; sicché è la vittima a gestire l'azione penale, in sostanza, e a svolgere la fondamentale attività di scoperta dei reati in un settore – quello della responsabilità medico-chirurgica – nel quale tale obiettivo non è affatto a portata di mano e anzi la cifra nera è, di norma, elevatissima e dunque già esiste una *selezione* di partenza. La parte offesa può, a questo punto, non essere risarcita; e sappiamo che il risarcimento (*i.e.* la monetizzazione) concentra – ci piaccia o no – una rilevantissima percentuale dell'impulso all'azione penale. La vittima, inoltre, può non accettare il processo mediatorio (e questa è caratteristica comune ed anzi consustanziale a qualsiasi paradigma di questo tipo); ma qui con la conseguenza (viceversa del tutto anomala) che il processo mediatorio si svolge senza la vittima e pur in sua assenza determina tuttavia come esito finale l'estinzione del reato.

Con quali alternative?

Mi pare che l'alternativa – che prima proponeva il Prof. Rocco Bellantone – fosse quella di una misura *interdittiva*.

Ma a questo punto riconosco un paradigma, ma è un paradigma tutt'affatto diverso dal modello mediatorio. È il modello, ampiamente noto nell'area europea, per il quale si adotta, anziché la soluzione penale sostanziale, una risposta di tipo processuale – sulla falsariga dello schema delineato dall'art. 153a *StPO* –, consistente in una *archiviazione condizionata* all'applicazione di una misura alternativa, che di regola ha appunto natura *interdittiva*.

A questo punto mi domando che senso abbia parlare di mediazione. Che senso ha, nel concreto delle cose, inscenare un simile meccanismo mediatorio per poi arrivare a una soluzione di tale natura, che può essere certamente apprezzata per pragmatismo, ma anche drasticamente semplificata recependo un modello conosciuto (sull'impronta del modello tedesco o di altri analoghi) di archiviazione condizionata all'applicazione di sanzioni *non* penali e tuttavia *penetranti* (non certo l'ammonizione di zanardelliana memoria, mi auguro!) a carico del medico. Questi può non accettarle e tentare il processo, oppure accettarle e risolvere così i suoi problemi con la giustizia penale. In tale ultimo caso, ha certamente ragione il Prof. Forti: si avrà una sanzione più efficiente e di maggior tutela della collettività; ma non riesco a capire in che termini la vittima possa dirsi coinvolta in siffatto procedimento.

Dott.ssa CLAUDIA MAZZUCATO

Torniamo per un momento ancora alle definizioni dell'ONU nei *Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*. Le Nazioni Unite definiscono «programma di giustizia riparativa» ogni procedimento nel quale la vittima e il reo e, se opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità lesa da un reato partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte con l'illecito penale generalmente con l'aiuto di un facilitatore. Nella definizione si aggiunge che il programma di giustizia riparativa può includere la mediazione, le *conferencing* o i *sentencing circles*. Esistono poi una molteplicità di altri programmi associati, in senso lato, alla giustizia riparativa. I programmi possono essere declinati in diversi modi; la loro costruzione è informale e flessibile, tiene conto di e si modella attorno ai bisogni, alla volontà e alla disponibilità effettiva delle parti. Non necessariamente, quindi, la *restorative justice* implica un incontro diretto e non necessariamente tale incontro deve avvenire tra l'autore del reato e la «sua» vittima.

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

La mia obiezione non era in relazione alla mancanza dell'incontro tra autore del reato e vittima, ma era riferita al consenso sull'estinzione del reato.

Dott.ssa CLAUDIA MAZZUCATO

Su questo punto, però, occorre molta cautela.

Richiedere il consenso dell'offeso all'estinzione del reato, al limite senza neppure che costui abbia preso parte al programma, ci porta all'ombra di una pericolosissima

privatizzazione del diritto penale. Si finirebbe, di fatto e di diritto, per concedere alla vittima il dominio totale sulle sorti dell'autore del reato.

Le faccio l'esempio di un caso che abbiamo seguito con il Prof. Ceretti. Muore un ragazzo a seguito di una rissa tra minorenni. I genitori del ragazzo ucciso non se la sono sentita di partecipare alla mediazione e non volevano avere a che fare con i colpevoli (si trattava, peraltro, di un omicidio preterintenzionale). All'esito dei colloqui con i mediatori penali e stante l'impossibilità di svolgere una mediazione, uno dei giovani ha proposto, e poi dato seguito alla proposta, di partecipare a un corso della Croce Rossa per diventare volontario sulle ambulanze (attività che, credo, stia tuttora svolgendo). La sua intenzione era di riparare. Si sarebbe sentito lui stesso "riparato" il giorno in cui fosse riuscito a salvare la vita di qualcun altro. Mi sembra un caso in cui il lavoro riparativo svolto insieme ai mediatori, in assenza della persona offesa e pur senza l'incontro diretto con i genitori dell'ucciso, ha portato ad un gesto di riparazione di cui è ben difficile dire – a mio parere – che il diritto penale non debba tenere conto. Simile gesto contiene – e cito il Prof. Giunta – una condotta antagonista finalizzata, non tanto a scongiurare la lesione del bene giuridico (che è già avvenuta), ma a reintegrare in qualche modo il bene, dopo l'offesa.

Al nucleo di progettazione normativa è sembrato francamente molto insidioso vincolare l'esito del programma di giustizia riparativa alla partecipazione della vittima. Con il costo morale che ciò comporterebbe: la vittima saprebbe, infatti, che il suo diniego a prender parte al percorso di giustizia riparativa condurrebbe l'autore del reato a un procedimento penale dal quale, con ogni probabilità, quest'ultimo uscirebbe condannato. È proprio in omaggio al principio del consenso, allora, che si deve lasciare la vittima libera di non entrare nel programma di *restorative justice*. Ed è, invece, in nome dei principi fondamentali di garanzia nei confronti dell'autore del reato che abbiamo dovuto consentire a quest'ultimo di potersi attivare in prima persona – a prescindere dalla disponibilità e dalla volontà della persona offesa – in condotte riparatorie, risarcitorie e conformative cui segue l'estinzione del reato. Ancor più insidiosa – e stravolgente la natura del sistema penale –, ci è parsa l'idea di condizionare l'estinzione del reato al consenso della vittima, quasi che non avessero autonomia valenza – ai fini del ritrarsi della pretesa punitiva pubblica – gli impegni correttivi e gli sforzi riparativi unilateralmente assunti dal reo, *dopo* aver tentato – invano – il coinvolgimento della vittima.

Prof. ADOLFO CERETTI

Quello che sostiene la Dott.ssa Mazzucato conferisce una dimensione molto concreta ai discorsi che stiamo facendo.

Devo rimarcare che mi aspettavo che i Maestri del diritto penale formulassero questa obiezione; e sono molto contento, in un certo senso, che sia stata effettivamente

sollevata. È in sedi come queste, prima del vaglio politico, che i problemi vanno analizzati. Questo *Progetto*, rispetto a tutti gli altri riguardanti la giustizia riparativa, contiene tali e tante novità che sarà utile e opportuno che i gruppi di ricerca procedano a “falsificare” ogni punto critico prima di licenziare la versione definitiva.

È importante, in ogni caso, che nell’ambito della medicina difensiva non accada ciò che ancora si verifica, per esempio, nell’ambito minorile, ovvero che qualora la vittima decida di non accettare il percorso di mediazione l’intero percorso riparativo rischi di fallire, e dunque l’imputato torni dinnanzi al giudice penale così come l’aveva lasciato. Pur tenendo conto di tutte le osservazioni formulate, che certamente sono di estrema rilevanza, la previsione relativa alla possibilità, per l’autore del reato, di intraprendere da solo un percorso che possa portare all’estinzione del reato stesso mi pare dunque da una parte un passaggio molto problematico, dall’altra una novità di indiscutibile rilievo.

Dott.ssa CLAUDIA MAZZUCATO

Anche nella legge sulla competenza penale del giudice di pace, le condotte riparatorie di cui all’art. 35 non presuppongono assolutamente il consenso della persona offesa al prodursi dell’effetto estintivo del reato. Una soluzione differente sarebbe davvero pericolosa: si potrebbe profilare il rischio di andare verso quei modelli nord-americani in cui, sul serio, la vittima può diventare arbitro del destino dell’autore del reato.

Prof. CARLO ENRICO PALIERO

Non mi sembra che tale assunto sia corretto. Dal testo della legge a me pare di poter implicitamente ricavare che ci deve essere un consenso. Mi sbaglio?

Prof. FAUSTO GIUNTA

Dalla lettura del Titolo III del *Progetto* dedicato alla giustizia riparativa si ricava l’impressione che il settore specifico di interesse – la responsabilità penale del medico – venga assunto come il campo in cui sperimentare tecniche di riparazione alternative alla sanzione penale, con l’intento di una loro più generale convalida. Ora, la criminalità colposa del medico solitamente non crea grandi conflitti sociali, a meno che, insieme con la violazione della regola cautelare, non ricorra una grave trasgressione della deontologia medica. Per lo più, infatti, il paziente vittima di un’offesa colposa non assume un atteggiamento vendicativo nei confronti del medico, salvo

che si sia sentito trascurato o offeso. Ciò che lo spinge a rivolgersi alla giustizia penale è piuttosto l'interesse a ottenere un risarcimento del danno. Da qui la strumentalizzazione del processo penale, di cui dicevo in precedenza, e la disponibilità a rinunciare alla tutela penale (previa remissione della querela) una volta ottenuto un equo ristoro patrimoniale. Ebbene, in moltissimi casi, il risarcimento del danno risulta bastevole a sanare il conflitto tra il paziente leso e il medico autore dell'offesa colposamente arrecata. Queste considerazioni mi inducono a interrogarmi sulla reale necessità di arricchire il sistema con un percorso conciliativo così complesso e fortemente connotato sul piano della ideologia punitiva, come quello proposto nel Titolo III, anche nelle ipotesi in cui (e, a mio avviso, si tratta della maggioranza dei casi) il tempestivo risarcimento della vittima potrebbe risultare bastevole per la vittima.

Prof. GABRIO FORTI

La giustizia riparativa è in effetti il cuore del nostro *Progetto*. Dobbiamo però passare oltre, anche perché Angelo Giarda ha avuto la pazienza di aspettarci fino a questo momento e se vorrà illuminarci anche sulla parte processualpenalistica, saremo lieti di ascoltarlo.

Prof. ANGELO GIARDA

Grazie. Sono tante le cose da dire da un punto di vista processuale, cerchiamo almeno di chiarirne qualcuna. Se ho ben capito, il punto di partenza della associazione italiana dei chirurghi è stata la constatazione di un aumento consistente del contenzioso penale non solo nei confronti dei chirurghi, ma in generale della classe medica, per supposte situazioni di malasanità.

La classe medica, quindi, cerca di trovare una soluzione alternativa allo svolgimento dei processi; ora, la prima domanda che dobbiamo farci è questa: la preoccupazione della classe dei chirurghi riguarda solo il processo penale, o concerne anche i processi civili?

Lo dico perché, contrariamente a quello che ho sentito stasera, e chiedo scusa se mi permetto di contraddire il Prof. Bellantone, negli ultimi anni si sta in realtà assistendo ad un'inversione di tendenza. Mentre in passato si privilegiava la prospettiva penalistica, perché si riteneva che i poteri del giudice penale fossero più incisivi, da un po' di tempo a questa parte si preferisce la giurisdizione civile. Un atto di citazione che arriva ad un medico fa molto più paura che non una semplice *notitia criminis*. La constatazione non può essere cancellata, perché si tratta di un dato di fatto, sperimentale e sperimentato: mentre qualche anno fa in effetti l'esigenza di difendere

medici in sede penale era frequente, ora è molto meno pressante, perché ci si rivolge più spesso al giudice civile.

La ragione di ciò deriva dal fatto che il processo penale ormai è diventato un *omnibus* che spesso si trascina per anni, mentre nel processo civile la sentenza di primo grado è immediatamente esecutiva: questo al medico fa paura; un dato di fatto che non deve essere dimenticato.

Un'ulteriore considerazione riguarda i programmi di «giustizia riparativa»: essa concerne solo i procedimenti penali, o anche i procedimenti civili? Al di là di tutte le considerazioni che si sono fatte, ci pare di capire che qualunque sia il contenuto degli elementi costitutivi della nuova fattispecie di cui all'art. 590-ter del codice penale, al di sotto della soglia di colpa grave certamente residua un illecito di tipo civile, e resta, da questo punto di vista, la necessità di attivare una giurisdizione, una giurisdizione alternativa. Sarebbe importante chiarire, all'interno del *Progetto*, se i programmi di giustizia riparativa devono essere coordinati anche con la giurisdizione civile.

Se ho letto bene, il punto 4 dell'art. 6, prevede esplicitamente che «i programmi di giustizia riparativa di cui ai precedenti commi possono essere avviati anche indipendentemente dal processo penale, su richiesta dei soggetti in conflitto».

Questo «indipendentemente dal procedimento penale», indica che le attività di riparazione devono riguardare sempre fatti di possibile rilevanza penale, o che esse possono riguardare anche fatti che non hanno tale rilevanza? Per un migliore chiarimento dei rapporti con la giustizia civile, questo è un altro punto che merita di essere chiarito.

Chi privilegia i problemi processuali sente di chiedere ai colleghi penalisti di trovare un accordo. Più chiara è la fattispecie di tipo penalistico, più chiara è anche la *notitia criminis* che viene trasmessa al pubblico ministero. Tenendo conto di tutte le discussioni che ho sentito oggi, io non so proprio dire che notizia di reato potrebbe trovarsi davanti un magistrato inquirente! Esigenza, quindi, di maggiore chiarezza e precisione: la fattispecie deve essere formulata in forma chiara e precisa, perché altrimenti nell'operatività del procedimento penale, si creano solo problemi.

Ulteriore questione: come arriva, al pubblico ministero, la notizia di reato? Ora, logica vorrebbe che qualcuno informi il pubblico ministero. Questo qualcuno, normalmente, può essere la persona offesa dal reato; non guasterebbe una norma che ne desse una definizione dal punto di vista del diritto penale e da quello del diritto processuale.

Si dice che molto spesso questi casi di malasanità non arrivano alla giurisdizione civile e penale, per una serie di ragioni: mi riferisco, in particolare, alla categoria dei cosiddetti soggetti deboli, cioè tutti coloro che non abbiano la possibilità di rivolgersi ad un avvocato per tutelare i propri diritti. Sarebbe allora opportuno al riguardo tenere conto di due aspetti: in primo luogo bisognerebbe trovare un modo per consentire un intervento della A.S.L. in relazione a tutte le morti che si verificano all'interno delle strutture sanitarie; le A.S.L. sono infatti perfettamente in grado di valuta-

re se le morti sono dovute a fenomeni naturali, o a fenomeni di malasanità. Occorre poi considerare che gli statuti regionali, negli ultimi tempi, prevedono che al difensore civico regionale siano attribuiti poteri di intervento in materia di sanità. Se la sanità afferisce alle Regioni, non si può dimenticare il suo coinvolgimento attraverso il difensore civico. Occorre poi tenere a mente che non bisogna preoccuparsi solo della persona offesa dal reato, chiunque essa sia, ma anche del medico; come tutti coloro che prestano un servizio di pubblica necessità, egli svolge un ruolo particolare: l'intervento nei confronti di quest'ultimo, dunque, non deve riferirsi solo avendo riguardo al danno derivante direttamente da un'eventuale condotta di colpa professionale, ma deve essere fatto in modo da evitare che queste situazioni si ripetano. Il Prof. Fiandaca diceva una cosa importante: non va dimenticata la funzione rieducativa della pena, non basta la semplice riparazione del danno. Non interessa che un medico risarcisca una persona cui ha levato la milza mentre in realtà avrebbe dovuto fare un'appendicectomia: interessa che quel medico non faccia più errori di questo genere; e per farlo, forse, non basta nemmeno l'estinzione del reato a seguito della riparazione del danno; occorre anche una valutazione prognostica circa un suo recupero personale, da un punto di vista strettamente professionale.

Un altro problema, su cui occorrerà riflettere molto, è il seguente: è vero che in alcuni casi la malasanità dipende da condotte negligenti o imperite, ma è altrettanto vero, e stasera in proposito sono state sviluppate considerazioni molto interessanti, che certa forma di malasanità è legata alle deficienze strutturali delle aziende sanitarie. Se si considera questo aspetto, è evidente che non basta intervenire sulla persona fisica del medico, ma occorre piuttosto impiegare sanzioni interdittive anche nei confronti della azienda ospedaliera: anche sotto questo aspetto, allora, forse l'esperienza del d.lgs 231 andrebbe allargata, nel senso che anche la struttura deve adeguarsi ad una logica di riparazione appunto nelle forme, che già conosciamo, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Tornando al momento in cui il P.M. riceve una notizia di reato, vorrei innanzitutto insistere sul fatto che tale notizia debba essere confezionata da un organo pubblico: eviterei quindi di porre questo onere a carico della persona offesa dal reato, dei suoi prossimi congiunti, o di chiunque altro.

In ogni caso, la notizia di reato ricevuta dal magistrato deve essere oggetto di una prima valutazione: l'art. 15 del *Progetto* dovrebbe essere meglio calibrato. Il P.M. non può, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato, informare la Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario; la riserva «salvo che non debba richiedere immediatamente l'archiviazione», è una riserva che in concreto non si verifica quasi mai, perché la *notitia criminis* ha bisogno di un minimo di controllo. È quindi inevitabile che il pubblico ministero, prima di informare la Commissione per la giustizia riparativa, attivi almeno una consulenza interna, la quale dovrebbe svolgersi nelle forme dell'art. 360 c.p.p., cioè come consulenza tecnica garantita, e non in quelle dell'art. 359 c.p.p.

È interessante allora l'identificazione dei soggetti cui affidare la consulenza tecnica per garantirne una adeguata professionalità.

Quando la notizia di reato arriva al P.M., è dunque inevitabile che egli faccia un minimo di controllo, perché, salvo casi rarissimi, in cui comunque ne risulta evidente l'infondatezza, la notizia di reato va in qualche misura valutata: la norma dell'art. 15, in conclusione, andrebbe implementata, prevedendo che il pubblico ministero trasmetta la notizia di reato alla Commissione, a meno che non abbia, o direttamente o mediante le indagini preliminari e dunque mediante la consulenza tecnica garantita di cui abbiamo detto più sopra, ritenuto infondata la notizia di reato.

Naturalmente è importante calibrare bene i termini. Per esempio, nel secondo comma dell'art. 15 si dice che «il pubblico ministero trasmette alla Commissione, unitamente alla notizia di reato e con gli eventuali allegati [che non possono che essere degli elementi dell'indagine preliminare attivati dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria] i dati identificativi ed il recapito o domicilio eletto del querelante, del danneggiato e della persona cui è attribuito il fatto»: non vedo la correlazione tra querelante e danneggiato. Qui, più che di «danneggiato» sarebbe forse più opportuno parlare di «soggetto offeso».

Ulteriore riflessione: dobbiamo utilizzare la condizione di procedibilità della querela? Io penso di no, per una ragione molto semplice: se noi identifichiamo degli uffici che fungono da tramite per l'informativa della notizia di reato al pubblico ministero, e che agiscono indipendentemente dalla volontà della parte perché c'è un interesse di carattere pubblico, che prescinde dalla posizione specifica, a perseguire casi di malasanità, cade la necessità che il fatto di reato sia perseguibile a querela di parte; del resto il procedimento penale si sospende nel momento stesso in cui la notizia di reato viene comunicata alla Commissione per la giustizia riparativa.

Anche attraverso queste scelte, emerge che vi è un'indisponibilità del bene della salute, è un bene "indisponibile a futura memoria": il medico, infatti, non deve essere stigmatizzato perché ha sbagliato, ma deve essere stigmatizzato nell'ottica di un recupero per l'avvenire. In altre parole, il medico non può sbagliare più, perché svolge una professione non equiparabile a tutte le altre.

Dopo la comunicazione alla Commissione, si ha una serie di problemi spinosi.

Il procedimento viene sospeso: «il procedimento penale per i reati di cui all'art. 590-ter è sospeso dal momento in cui la Commissione riceve la comunicazione ai sensi dell'art. 15 fino al momento in cui al pubblico ministero perviene l'informativa», e si noti bene, non qualsiasi informativa, ma solo quella contenuta nell'art. 21, comma 2, che si ha quando la Commissione «informa circa il risultato del programma». In tutti gli altri casi, «informa senza ritardo della chiusura del programma indicando le attività comunque svolte».

Che poteri sono riconosciuti alla Commissione per le indagini? Sono poteri assimilabili a quelli del pubblico ministero? Sono poteri assimilabili a quelli degli organi di polizia? Come sono scelti gli esperti della Commissione? Essi svolgono un'attività

di carattere pubblicistico, che è anche coperta da misure sanzionatorie di carattere penale. Come si possono qualificare? Se questi sbagliano, o se fraudolentemente esprimono valutazioni scientifiche che non sono conformi alla realtà o alle regole dell'arte, come le abbiamo intese oggi, quali sono i referenti normativi?

Andiamo avanti: «la sospensione del procedimento penale non impedisce al pubblico ministero di compiere degli atti urgenti di indagine preliminare e di assumere le prove nella forma dell'incidente probatorio». Se si dà prevalenza all'attività della Commissione, questi atti relativi all'incidente probatorio e questi atti urgenti di indagine preliminare, potrebbero o non potrebbero condizionare l'attività della Commissione? Ciò tenendo conto che, quando il P.M. trasferisce la notizia di reato, aggiunge anche degli «allegati». Che cosa vuol dire? Che deve aggiungere, oltre alla notizia di reato, anche degli atti di indagine? Solo gli allegati della notizia di reato? E basta? Anche questi atti dovrebbero allora restare in *stand by*.

C'è da domandarsi, da un punto di vista pratico, che cosa significhi l'art. 19, norma piuttosto interessante. È assicurata la «confidenzialità e la riservatezza di ogni programma di giustizia riparativa», e questo è evidente; fatte salve le informative di cui all'art. 21, «le dichiarazioni rese da chi partecipa e gli atti compiuti nel corso dello svolgimento del programma sono inutilizzabili nel procedimento penale e in ogni altro procedimento»: si ha quindi una totale chiusura del procedimento di giustizia riparativa rispetto al procedimento penale. «Nell'interesse delle persone coinvolte, e con il loro consenso, i mediatori possono proporre di svolgere fasi del programma o altre attività riparative anche al di fuori della sede della commissione». Ma cosa significa allora la norma dell'art. 20: «i soggetti invitati a partecipare al programma possono farsi assistere da persone di fiducia [anche gli avvocati?] e da esperti appositamente nominati nel rispetto della giustizia riparativa», mentre solo «la persona alla quale il fatto è attribuito e la persona offesa sono altresì assistite da un difensore appositamente nominato»? Questo soggetto può partecipare a tutti gli atti, oppure solo a qualcuno? E, se partecipa, che ruolo ha? Come si inquadra nel sistema generale delle garanzie del processo? Può fare delle indagini difensive? Sono tutte domande che trasferisco alla responsabilità dei proponenti.

Veniamo al problema dei problemi: ne ho parlato con Gianluca Varraso, il quale mi ha detto che si tratta di un argomento a lungo discusso. Io non sono convinto, e quindi trasferisco a voi le mie perplessità. Il procedimento penale resta sospeso fino a quando davanti alla Commissione per la riparazione si ottiene qualche risultato. Da quello che abbiamo potuto capire oggi, le situazioni possono essere tre:

- le parti trovano un accordo, la giustizia riparativa indirizza il medico verso forme più responsabili di attività professionale, la persona offesa ed i parenti si chetano dinnanzi a forme di riparazione per loro soddisfatorie;
- oppure la persona offesa rinuncia alla riparazione, ma abbiamo visto in precedenza che questo non esclude un percorso autonomo di recupero da parte dell'autore del reato;

– oppure, anche il medico rinuncia alla riparazione e tutto si risolve in un “nulla di fatto”.

Tutte queste situazioni poi vengono comunicate al pubblico ministero; nel primo e nel secondo caso, se abbiamo capito bene, risulta che bastano le attività riparative ad estinguere il reato. Ma non vogliamo tenere conto, oltre che della funzione riparativa, anche e soprattutto di quella rieducativa? Sapete bene che tutte queste prospettive (funzione riparativa, funzione reintegrativa, funzione rieducativa) sono strettamente connesse; uno dei più grandi errori dell’indulto è stato, oltre a quello di non aver previsto la riparazione del danno, quello di non averlo condizionato alla “prognosi a futura memoria” simile a quella che si deve fare *de iure condito* per la sospensione condizionale della pena. Se non entriamo in questa logica, l’estinzione del reato è un premio secondo me eccessivo che viene dato a coloro che sono sostanzialmente solo preoccupati che non vi siano, a seguito del procedimento, ripercussioni sulla loro attività professionale.

In questo quadro generale, era forse il caso di riflettere su un altro profilo che potrebbe affiancarsi al sistema della giustizia riparativa, vale a dire la rivisitazione dell’art. 653 c.p.p.; esso consente di recuperare da parte degli organi della giustizia disciplinare la sentenza di patteggiamento ritenendo sussistente «il fatto, la sua illiceità e la sua commissione da parte dell’imputato». Se noi tentassimo di recuperare una funzione in qualche modo riparativa anche dalla sentenza di patteggiamento, si potrebbe ottenere un risultato apprezzabile, a patto però che non permanga il vincolo da giudicato della sentenza in esame nei procedimenti disciplinari. Non dimentichiamo questo auspicio, tenendo conto anche del fatto che il Consiglio nazionale forense ha eccepito l’incostituzionalità dell’articolo 653 c.p.p., mandando gli atti alla Corte Costituzionale, nella speranza che i giudici della Consulta decidano finalmente di dichiararla incostituzionale.

Prof. GABRIO FORTI

Grazie al collega Angelo Giarda. Sarebbero molte le considerazioni da fare sulle sue osservazioni, ma come ho già detto noi siamo qui soprattutto per ascoltare.

Siamo davvero grati a tutti voi, ed in un certo senso anche a questo *Progetto* già solo perché, usando le parole di Costantino Kavafis, come Itaca, ci «ha donato il bel viaggio», in vostra compagnia. Grazie infinite per il vostro tempo e per il vostro apporto di pensiero: veramente notevoli.

V

PROGETTO DI RIFORMA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ PENALE NELL'AMBITO DELL'ATTIVITÀ SANITARIA E GESTIONE DEL CONTENZIOSO LEGATO AL RISCHIO CLINICO

ARTICOLATO
(VERSIONE DEFINITIVA)

TITOLO I *Principi generali*

ART. 1 *Trattamento medico-chirurgico*

I trattamenti medico-chirurgici adeguati alle finalità terapeutiche ed eseguiti secondo le regole dell'arte da un esercente una professione medico-chirurgica o da altra persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia del corpo o della mente, non si considerano offese all'integrità fisica.

TITOLO II *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271*

ART. 2 *Modifiche al codice penale*

1. Dopo l'articolo 590-*bis*, è inserito il seguente:

«Art. 590-*ter* (*Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*) – L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave.

Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.

In tutti i casi previsti dal presente articolo, il reato è estinto se sono eseguite le condotte di cui agli articoli 7 e 19, ultimo comma, della legge ...» [inserire il riferimento al numero della presente legge, recante norme in materia di «responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico»].

ART. 3

Modifiche al codice di procedura penale

1. Dopo l'articolo 411, è inserito il seguente:

«Art. 411-bis (*Richiesta di archiviazione in caso di morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*) – Nei casi previsti dall'ultimo comma dell'articolo 590-ter del codice penale, il pubblico ministero chiede l'archiviazione per estinzione del reato, previa audizione della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa».

ART. 4

Modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271

1. All'articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, il secondo comma è sostituito dal seguente:

«2. Nell'albo dei periti sono sempre previste le categorie degli esperti in medicina legale, psichiatria, altre specialità mediche, contabilità, ingegneria e relative specialità, infortunistica del traffico e della circolazione stradale, balistica, chimica, analisi e comparazione della grafia. Gli elenchi degli esperti in medicina legale, psichiatria e altre specialità mediche sono forniti dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, riconosciute con decreto del Ministero della Salute, ai sensi e per gli effetti del D.M. 31 maggio 2004, pubblicato nella G.U. 2 luglio 2004, n. 153, le quali provvedono ad aggiornarli ogni cinque anni».

2. Al primo comma dell'articolo 73 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, le parole «*di regola*» sono abrogate.

3. All'articolo 73 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codi-

ce di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, dopo il primo comma è inserito il seguente:

«2. Nella nomina dei consulenti tecnici nell'ambito dei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario, ai sensi dell'articolo 590-ter cod. pen., si osservano le disposizioni di cui agli articoli 67 e 73-bis».

4. Dopo l'articolo 73 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, è inserito il seguente:

«Art. 73-bis (*Collegio peritale nei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*). – 1. Nei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario, ai sensi dell'articolo 590-ter cod. pen., il giudice, a pena di nullità, affida con ordinanza motivata l'espletamento della perizia a un collegio composto da uno specialista in medicina legale e da uno o più specialisti nelle singole materie oggetto del procedimento, da scegliere negli elenchi e secondo le modalità di cui all'articolo 67».

TITOLO III

Giustizia riparativa in ambito sanitario

Capo I – Programmi di giustizia riparativa

ART. 5

Principi di giustizia riparativa

1. Sono promossi programmi di giustizia riparativa per favorire soluzioni volontarie e responsabili delle controversie in ambito sanitario, nel rispetto dei principi enunciati dalla Raccomandazione (19)99 del Consiglio d'Europa su *Médiation en matière pénale* e dalla Risoluzione 12/2002 del Consiglio Economico e Sociale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite recante i *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*.

ART. 6

Programma di giustizia riparativa. Definizione e tipologia

1. Sono programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario, ai fini della presente legge:

- a) la mediazione, preferibilmente diretta;
 - b) l'incontro delle parti allargato ad altri soggetti;
 - c) l'assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato;
 - d) l'ascolto protetto della persona offesa.
2. I programmi di cui alle lettere a) e b) del precedente comma consistono in ogni procedimento informale nel quale la persona offesa, la persona alla quale il fatto è attribuito e, ove occorra, i loro congiunti o altri soggetti interessati partecipano attivamente, in modo libero, a un confronto volontario, diretto o indiretto, con l'aiuto di mediatori imparziali.
 3. Quando non è possibile procedere ai sensi del precedente comma per mancanza di consenso da parte degli interessati o per altra causa, si procede – ove occorra – con uno dei programmi indicati alle lettere c) e d) del primo comma del presente articolo.
 4. L'assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato può avvenire anche mediante incontro con vittime aspecifiche eventualmente individuate per il tramite di enti e associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato o mediante il coinvolgimento dell'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34.
 5. I programmi di giustizia riparativa di cui ai precedenti commi possono essere avviati anche indipendentemente dal procedimento penale, su richiesta dei soggetti in conflitto.

ART. 7

Risultato del programma

1. Il risultato del programma consiste in adeguate condotte volontarie a contenuto riparatorio e conformativo.
2. Le condotte a contenuto conformativo consistono nell'assunzione di impegni quali lo svolgimento di attività informative, formative e di aggiornamento professionale, attività di collaborazione con l'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34, e ogni altra attività diretta alla prevenzione e correzione dell'inosservanza delle regole dell'arte e di eventuali lacune organizzative.

Capo II – Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario

ART. 8

Istituzione

1. In ogni distretto di Corte d'appello è istituita una "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario". La Commissione opera ispirandosi ai principi di giustizia riparativa.

ART. 9

Competenze

1. La Commissione:
 - a) promuove programmi di giustizia riparativa a seguito di trasmissione della notizia di reato ai sensi dell'articolo 15;
 - b) promuove altresì programmi di giustizia riparativa su richiesta degli interessati per dirimere in via stragiudiziale le controversie relative a profili di responsabilità giuridica nell'esercizio della professione sanitaria.

ART. 10

Composizione

1. La "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario" è composta da commissari onorari specializzati, in funzione di mediatori.
2. I componenti sono scelti tra professionisti esperti di discipline giuridiche, mediche e socio-antropologiche, dotati di specifica preparazione ed esperienza nei settori giuridico-penale e civile, medico-legale e medico-specialistico, dell'antropologia medica, nonché di specifica formazione, attitudini e sensibilità alle pratiche di giustizia riparativa. A tal fine il Consiglio Superiore della Magistratura, in collaborazione con il Ministero della Giustizia, il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, gli enti locali e le aziende sanitarie locali, cura la formazione e l'aggiornamento degli operatori, mediante la realizzazione periodica di appositi corsi, anche decentrati.
3. I commissari onorari sono nominati con provvedimento del Consiglio Superiore della Magistratura, su proposta del Presidente della Corte d'Appello nel cui distretto ha sede la Commissione

4. I commissari onorari durano in carica cinque anni e possono essere confermati non più di una volta.
5. Il Consiglio Superiore della Magistratura provvede altresì a designare il Presidente, scelto tra i commissari onorari.
6. Il numero dei componenti, comunque non inferiore a cinque, è determinato in relazione al carico degli affari.

ART. 11

Organizzazione e gestione degli affari

1. Il Presidente vigila sul buon funzionamento della Commissione e dirige l'organizzazione del lavoro.
2. La Commissione lavora suddivisa in collegi.
3. Ciascun caso viene trattato da un collegio, rappresentativo delle competenze interdisciplinari presenti nella Commissione, composto di regola da tre mediatori, uomini e donne.
4. In situazioni particolari, in relazione al numero delle persone coinvolte nella controversia o alla complessità della questione, il caso viene trattato da un collegio di cinque mediatori, uomini e donne, dotati delle specifiche competenze medico-specialistiche, medico-legali, socio-antropologiche e giuridiche richieste dalle circostanze.
5. Il collegio può sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità.

ART. 12

Garanzie di libertà e indipendenza della Commissione

1. La Commissione esercita le sue funzioni con indipendenza e autonomia.
2. I componenti della Commissione hanno l'obbligo di astenersi dal deporre sui fatti appresi nell'esercizio delle loro funzioni.
3. Ai componenti della Commissione non si applicano gli articoli 361, 362, 363, 364, 365 c.p. in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell'esercizio o a causa delle loro funzioni.

4. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano altresì agli esperti che intervengono ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 11.

ART. 13

Doveri dei mediatori

1. I mediatori improntano la loro attività a imparzialità, curando in special modo l'assenza di qualsiasi discriminazione in ordine alla posizione rivestita dalle parti nel procedimento penale.
2. I mediatori:
 - a) accolgono le parti con rispetto per la dignità della persona;
 - b) assicurano il corretto svolgimento del programma di giustizia riparativa e delle eventuali attività connesse;
 - c) sono garanti dell'equità e ragionevolezza degli accordi e vigilano in particolare sulla congruità degli impegni riparatori e conformativi assunti dalla persona alla quale il fatto è attribuito.

ART. 14

Sede

1. La Commissione ha sede in locali appositi, idonei a garantirne l'accessibilità e tali da salvaguardare la confidenzialità, la dignità e la sicurezza degli utenti.
2. La sede della Commissione è individuata al di fuori degli uffici giudiziari e dalle strutture penitenziarie e di pubblica sicurezza.

Capo III – Disciplina dei programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario

ART. 15

Adempimenti del pubblico ministero

1. A seguito dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p. del nome della persona alla quale è attribuito taluno dei fatti preveduti dall'articolo 590-ter c.p., il pubblico ministero, salvo che debba immediatamente richiedere l'archiviazione, informa senza ritardo la "Commissione per la Giustizia riparativa

in ambito sanitario”, ai fini dell’avvio di un programma di giustizia riparativa di cui all’articolo 6, a pena di nullità degli atti di indagine successivi.

2. Il pubblico ministero trasmette alla Commissione, unitamente alla notizia di reato con gli eventuali allegati, i dati identificativi e il recapito o domicilio eletto della persona offesa, del danneggiato e della persona alla quale è attribuito il fatto di reato.

ART. 16

Sospensione del procedimento penale

1. Il procedimento penale per i reati di cui all’articolo 590-ter c.p. è sospeso da quando la Commissione riceve la comunicazione ai sensi dell’articolo 15 comma 1, fino al momento in cui al pubblico ministero perviene l’informativa ai sensi dell’articolo 22 comma 2.
2. La sospensione del procedimento non impedisce l’assunzione delle prove con incidente probatorio, né gli atti urgenti di indagine preliminare.

ART. 17

Sospensione della prescrizione

1. Il corso della prescrizione dei reati di cui all’articolo 590-ter c.p. rimane sospeso da quando la Commissione riceve la comunicazione ai sensi dell’articolo 15 comma 1. La prescrizione riprende il suo corso dal momento in cui al pubblico ministero perviene l’informativa di cui all’articolo 22 comma 2.

ART. 18

Rapporti con il procedimento disciplinare

1. Il procedimento disciplinare avviato per uno dei fatti di cui all’art 590-ter c.p., ai sensi degli artt. 38 ss. del d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221 e successive modificazioni e integrazioni, è sospeso in pendenza di un programma di giustizia riparativa ai sensi dell’articolo 6.
2. Durante il periodo di sospensione del procedimento disciplinare resta altresì sospeso il corso del termine di prescrizione di cui all’art. 51 d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221.

3. La Commissione informa senza ritardo il presidente del Consiglio dell'Ordine o del Collegio della provincia nel cui Albo il sanitario è iscritto, dell'inizio e della chiusura del programma, indicando le attività comunque svolte.
4. L'illecito disciplinare è estinto se sono eseguite le condotte di cui agli articoli 7 e 19, ultimo comma, salvo che, per la eccezionale gravità delle violazioni, debba essere disposta la sanzione disciplinare della radiazione o della sospensione dall'esercizio della professione.

ART. 19

Svolgimento del programma

1. Ricevuta la comunicazione ai sensi dell'articolo 15 comma 1, la "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario" provvede a:
 - a) informare adeguatamente la persona offesa, il danneggiato e la persona cui il fatto è attribuito, dell'avvio di un programma di giustizia riparativa, con la sommaria indicazione dei principi di cui all'articolo 5;
 - b) invitare le parti di cui alla lett. a) a colloqui preliminari individuali davanti al collegio di mediatori; nel corso dei colloqui viene acquisito l'eventuale consenso delle medesime parti all'incontro;
 - c) svolgere l'incontro tra gli interessati, se consenzienti, organizzando le necessarie sedute con il coinvolgimento, se opportuno, di esperti e altri soggetti rilevanti;
 - d) assistere le parti nella definizione degli accordi, anche transattivi, e nelle condotte a contenuto riparatorio e conformativo fino alla chiusura del programma.
2. L'impossibilità, il rifiuto o l'abbandono del programma di giustizia riparativa da parte della persona offesa non impediscono lo svolgimento di altro programma pertinente.
3. In tal caso la Commissione procede comunque agli adempimenti di cui al comma 1, in quanto compatibili, avviando, con il consenso della persona cui il fatto è attribuito, un programma a norma dell'art. 6 comma 1, lett. c). Del risultato del programma è dato avviso alla persona offesa che abbia dichiarato di voler essere informata.
4. In caso di impossibilità, rifiuto o abbandono del programma di giustizia riparativa da parte della persona cui il fatto è attribuito, la Commissione può procedere a norma dell'articolo 6 comma 1, lett. d), previo consenso della persona offesa.

5. La Commissione procede a norma del presente articolo, in quanto compatibile, anche nel caso di richiesta pervenuta ai sensi dell'articolo 9 lett. *b*).
6. Nel dichiarare la chiusura programma, la Commissione indica le condotte a contenuto riparatorio e conformativo di cui all'art. 7 .

ART. 20

Confidenzialità e riservatezza

1. È assicurata la confidenzialità e la riservatezza di ogni programma di giustizia riparativa.
2. Fatte salve le comunicazioni di cui all'articolo 22, le dichiarazioni rese da chi partecipa e gli atti compiuti nel corso del programma di giustizia riparativa sono inutilizzabili nel procedimento penale e in ogni altro procedimento.
3. Si applica quanto previsto dall'articolo 598 c.p.
4. I programmi di giustizia riparativa si svolgono a porte chiuse, salvo l'ipotesi di cui al comma successivo, e in un ambiente sicuro e confortevole.
5. Nell'interesse delle persone coinvolte e con il loro consenso, i mediatori possono proporre di svolgere fasi del programma o altre attività riparative al di fuori della sede della Commissione e alla presenza o con il coinvolgimento di altri soggetti della comunità locale, *ivi* inclusa la struttura in cui è avvenuto il fatto.

ART. 21

Assistenza alle parti

1. I soggetti invitati a partecipare al programma possono farsi assistere da persone di fiducia e da esperti appositamente nominati, nel rispetto dei principi di giustizia riparativa. La persona alla quale il fatto è attribuito e la persona offesa sono altresì assistite da un difensore appositamente nominato.
2. L'assistenza di un interprete è assicurata a chi non parla o comprende la lingua utilizzata nel programma. È parimenti garantita l'assistenza di un mediatore culturale ove ciò sia richiesto dalle questioni da trattare.

3. Si applicano le norme del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in tema di patrocinio a spese dello Stato.

ART. 22

Informativa all'autorità giudiziaria

1. La Commissione provvede periodicamente a informare l'autorità giudiziaria penale circa l'andamento del programma di giustizia riparativa.
2. La Commissione informa senza ritardo l'autorità giudiziaria penale circa il risultato del programma ai sensi dell'articolo 7. In tutti gli altri casi, la Commissione informa senza ritardo l'autorità giudiziaria della chiusura del programma, indicando le attività comunque svolte.

ART. 23

Termini

1. Il programma di giustizia riparativa viene espletato nel termine di sei mesi dall'iscrizione nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p. del nome della persona alla quale è attribuito taluno dei fatti preveduti dall'articolo 590-ter c.p.
2. Il termine di cui al comma precedente è prorogabile, in caso di necessità, per un tempo non superiore a sei mesi.

ART. 24

Interventi informativi e di sensibilizzazione alle pratiche di giustizia riparativa in ambito sanitario

1. Gli ordini dei medici chirurghi e odontoiatri, gli ordini degli avvocati, i collegi IPASVI, nonché le società scientifiche e le associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, i comitati etici e altre idonee formazioni sociali collaborano con il Consiglio Superiore della Magistratura alla diffusione della cultura della giustizia riparativa in ambito sanitario con appositi interventi.
2. Le aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale (SSN), le strutture o enti privati operanti in regime autonomo o di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, le strutture o enti che, a qualunque titolo, rendano prestazioni sanitarie a

favore di terzi, gli uffici giudiziari, gli ordini degli avvocati sono tenuti ad affiggere nella propria sede e in ciascuna delle proprie dipendenze aperte al pubblico, in modo facilmente visibile, apposito avviso contenente le informazioni inerenti alla possibilità di avvalersi gratuitamente della “Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario”.

ART. 25

Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario: finanziamento

1. È istituito un Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario.
2. Le imprese assicurative, che abbiano reso la dichiarazione prevista all’art. 30 comma 1, sono tenute a versare annualmente al Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa un contributo commisurato al premio incassato per ciascun contratto stipulato in adempimento dell’obbligo di assicurazione, comunque non inferiore all’1% della massa dei premi raccolti.
3. Con regolamento di attuazione, da emanarsi entro centottanta giorni dall’entrata in vigore della presente legge, verranno dettate le norme relative al finanziamento e all’amministrazione del Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario.

ART. 26

Vigilanza sulle Commissioni. Monitoraggio

1. Il Consiglio Superiore della Magistratura vigila sul funzionamento e sui risultati delle “Commissioni per la giustizia riparativa in ambito sanitario” e promuove, in collaborazione con le università e gli enti di ricerca, periodici monitoraggi sull’efficacia dei programmi e sulla qualità dei mediatori.

TITOLO IV***Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile
in ambito sanitario*****ART. 27*****Assicurazione obbligatoria delle strutture sanitarie per la responsabilità civile connessa
al rischio clinico***

1. Entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, ciascuna azienda sanitaria del Servizio sanitario nazionale (SSN), ciascuna struttura o ente privato operante in regime autonomo o di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché ciascuna struttura o ente che, a qualunque titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi è tenuta a dotarsi di copertura assicurativa per responsabilità civile verso i terzi, in relazione ai danni a persone causati dal personale sanitario, operante a qualunque titolo presso la struttura o ente.
2. Il massimale minimo per la garanzia assicurativa di cui al comma 1 è fissato dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano, mediante apposito accordo quadro regionale da stipulare con le organizzazioni sindacali del personale sanitario, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro. In prima applicazione, esso non può comunque essere inferiore a euro ...
3. Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano provvedono ad adottare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, linee guida per l'adempimento dell'obbligo assicurativo da parte delle aziende sanitarie, strutture o enti di cui al comma 1.
4. La copertura assicurativa di cui al comma 1 è condizione necessaria per l'accredimento e la convenzione di enti o strutture private con il Servizio sanitario nazionale, nonché per il finanziamento delle attività istituzionali delle aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale, in coerenza con le linee guida di cui al comma 3.

ART. 28***Fondo di garanzia***

1. Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possono istituire, in relazione alla responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende sanitarie ubicate sul proprio territorio, un apposito fondo di garanzia sostitutivo della copertura assicurativa di cui all'articolo 27, attribuendo direttamente al fondo le risorse finanziarie necessarie.

2. Entro un anno dall'istituzione del fondo di garanzia di cui al comma 1 cessano di avere efficacia le polizze assicurative eventualmente stipulate dalle aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale.
3. Nei casi di cui al comma 1, l'ammontare e le modalità di gestione del fondo di garanzia sono fissati dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano, mediante apposito accordo quadro regionale da stipulare con le organizzazioni sindacali del personale sanitario, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro. Il fondo di garanzia non può comunque essere inferiore a euro ... *[deve trattarsi di valore omogeneo a quello di cui all'articolo 27 comma 2]*.

ART. 29

Responsabilità per danni occorsi nell'ambito di strutture sanitarie

1. Presso la Concessionaria servizi assicurativi pubblici S.p.A. (CONSAP) è istituito un "Fondo di solidarietà per le vittime di danni da attività sanitaria" per l'indennizzo dei danni verificatisi nell'esercizio dell'attività sanitaria nei casi in cui:
 - a) i soggetti tenuti all'obbligo di assicurazione non abbiano provveduto ai sensi degli articoli 27 e 28;
 - b) i medesimi soggetti risultino assicurati presso un'impresa di assicurazione che al momento del sinistro si trovi in stato di liquidazione coatta o vi venga posta successivamente.
2. La liquidazione dei danni è effettuata a cura di un'impresa designata dall'ISVAP secondo quanto stabilito dal regolamento adottato dal Ministero del lavoro, salute e politiche sociali, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, anche oltre la scadenza del periodo assegnato e fino alla data indicata nel provvedimento che designi altra impresa.
3. Le somme anticipate dalle imprese designate, comprese le spese e al netto delle somme recuperate ai sensi del comma 4, sono rimborsate dalla CONSAP secondo le convenzioni stipulate fra le imprese e il Fondo di solidarietà, soggette all'approvazione del Ministero del lavoro, salute e politiche sociali, su proposta dell'ISVAP.
4. L'impresa designata che, anche in via di transazione, ha risarcito il danno nell'ipotesi prevista al comma 1, lett. a), ha azione di regresso nei confronti dei responsabili per il recupero delle somme corrisposte, nonché degli interessi e delle spese. Parimenti è surrogata, per l'importo pagato, nei diritti dell'assicurato e del danneggiato verso l'impresa posta in liquidazione con gli stessi privilegi stabiliti dalla legge a favore dei medesimi.

5. L'azione diretta che spetta al danneggiato nei confronti dell'impresa designata è soggetta ai termini di prescrizione cui sarebbero soggette le azioni verso il responsabile, ovvero nei confronti dell'impresa posta in liquidazione.
6. Le imprese assicurative, che abbiano reso la dichiarazione prevista all'art. 30 comma 1, sono tenute a versare annualmente alla CONSAP, gestione autonoma del Fondo, un contributo commisurato al premio incassato per ciascun contratto stipulato in adempimento dell'obbligo di assicurazione, comunque non inferiore all'1% della massa dei premi raccolti.
7. Con regolamento di attuazione, da emanarsi entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, verranno dettate le norme relative al finanziamento del Fondo di solidarietà, alla sua amministrazione, nonché alle modalità di esercizio delle azioni di cui ai commi precedenti.

ART. 30

Obbligo a contrarre

1. Le imprese autorizzate all'esercizio dell'attività assicurativa nel territorio della Repubblica, che intendano stipulare, ai sensi dell'art. 27, contratti di assicurazione della responsabilità civile in relazione ai danni a persone causati dal personale sanitario, devono rendere dichiarazione di disponibilità al Ministero dello sviluppo economico entro il 31 gennaio di ogni anno, indicando i rischi per i quali offrono copertura, le condizioni di contratto e le tariffe praticate, nel rispetto dei massimali minimi stabiliti annualmente dallo stesso Ministero, su proposta dell' ISVAP.
2. Le imprese assicurative che abbiano reso la dichiarazione di cui al comma precedente sono tenute ad accettare le proposte che vengano loro presentate per l'assicurazione obbligatoria, di cui alla presente legge.

ART. 31

Responsabilità per danni occorsi nell'ambito di strutture sanitarie

1. La responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende, strutture o enti di cui all'articolo 27 comma 1, è sempre a carico dell'azienda, ente o struttura sanitaria.
2. Nei casi in cui sia stata attivata la Commissione di giustizia riparativa in ambito sanitario di cui all'articolo 8, l'assicuratore è tenuto a garantire il soddisfacimento

delle obbligazioni patrimoniali nascenti dal completamento del programma di giustizia riparativa, ai sensi dell'articolo 7.

3. Salvo che il fatto sia stato commesso con dolo o colpa grave, accertati con sentenza passata in giudicato, è escluso il diritto di rivalersi nei confronti del sanitario da parte dell'assicuratore e delle aziende, enti o strutture di cui all'articolo 27 comma 1.
4. Nel caso di colpa grave accertata con sentenza passata in giudicato, l'assicuratore ovvero le aziende, enti o strutture di cui all'articolo 27 comma 1, procedono al recupero dell'ammontare riconosciuto a titolo di risarcimento, attraverso trattative sullo stipendio del sanitario, nella misura massima del quinto.

ART. 32

Esercizio dell'azione per il risarcimento dei danni occorsi nell'ambito di strutture sanitarie

1. Il danneggiato a seguito di prestazioni sanitarie esercita l'azione per il risarcimento dei danni convenendo in giudizio direttamente l'assicuratore e l'azienda, struttura o ente, di cui all'articolo 27 comma 1, presso cui la prestazione è stata ricevuta.
2. Il danneggiato che intenda proporre innanzi al giudice civile la domanda di risarcimento deve previamente inviarla, a pena di improcedibilità dell'azione, all'assicuratore ovvero al fondo di garanzia di cui all'articolo 28, ove istituito, tramite raccomandata con avviso di ricevimento, allegando alla domanda idonea documentazione medica.
3. L'assicuratore, ovvero il fondo di garanzia di cui all'articolo 28 ove istituito, comunica al danneggiato, entro novanta giorni dal ricevimento della domanda di cui al comma 2, l'ammontare offerto a titolo di risarcimento, ovvero indica i motivi per i quali non ritiene di formulare alcuna offerta.
4. Se il danneggiato accetta l'ammontare offerto a titolo di risarcimento, l'assicuratore, ovvero il fondo di garanzia di cui all'articolo 28 ove istituito, è tenuto a provvedere al pagamento entro venti giorni dal ricevimento per iscritto dell'accettazione.
5. L'assicuratore non può opporre al terzo eccezioni di carattere contrattuale, tranne che si tratti di mancato versamento del premio; in tale ipotesi, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 1901 cod. civ.

6. In ogni stato e grado del giudizio, il danneggiato che, a causa del fatto, venga a trovarsi in stato di bisogno, può chiedere l'assegnazione di una somma da imputarsi alla liquidazione definitiva del danno. Il giudice, sentite le parti, qualora da un sommario accertamento risultino gravi elementi di responsabilità a carico del sanitario o dell'azienda, ente o struttura di cui all'articolo 27 comma 1, provvede con ordinanza immediatamente esecutiva all'assegnazione della somma, nei limiti dei quattro quinti della presumibile entità del risarcimento che sarà liquidato con la sentenza.

ART. 33

Prescrizione

1. Il diritto al risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio dell'attività sanitaria, per i quali vige l'obbligo dell'assicurazione, si prescrive nel termine di dieci anni.
2. Il termine di cui al comma precedente decorre dal momento della conoscenza del danno. Per conoscenza del danno si intende la consapevole presa di coscienza delle conseguenze dannose, di cui all'art. 31 comma 1, e in ogni caso del loro consolidamento, verificatesi nella sfera fisica o psichica del paziente.
3. Il corso del termine di prescrizione di cui al comma 1 resta sospeso per tutto il periodo di svolgimento di un programma di giustizia riparativa ai sensi dell'articolo 6.

ART. 34

Unità di gestione del rischio clinico

1. Entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, ciascuna azienda, struttura o ente, di cui all'articolo 27 comma 1, istituisce, all'interno della propria organizzazione ovvero con l'ausilio di soggetti esterni specialisti della materia, una "Unità di gestione del rischio clinico", alla quale, salvo eventuali integrazioni da parte delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, compete:
 - a) di realizzare iniziative e promuovere azioni finalizzate a ridurre i rischi e a migliorare gli standard di qualità dell'assistenza sanitaria, grazie alla programmazione e alla gestione del rischio clinico. In particolare, l'"Unità di gestione del rischio clinico" individua le situazioni e le prestazioni sanitarie potenzialmente rischiose, anche sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro, favorisce l'apprendimento organizzativo dagli errori, promuove attività formative, informati-

- ve e comunicative sulla gestione del rischio clinico, realizza *audit* e sistemi di *incident reporting*, individuando le soluzioni da adottare in vista della più efficace riduzione del rischio e al fine di aumentare la sicurezza del paziente;
- b) di cooperare, se richiesta, con gli organi di prevenzione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori;
 - c) di interagire con la Commissione di giustizia riparativa in ambito sanitario di cui all'articolo 8, ovvero con l'assicuratore o il fondo di garanzia di cui all'articolo 28, ogniqualvolta si verifichi un fatto che importi l'attivazione del percorso di giustizia riparativa o della copertura assicurativa obbligatoria.
 - d) di svolgere attività di consulenza, in materia assicurativa e di analisi e gestione del rischio, a favore delle aziende, strutture o enti di cui all'articolo 27 comma 1, e di quanti, nel loro ambito, siano dotati di poteri di amministrazione, gestione e controllo.
2. Ai componenti dell'“Unità di gestione del rischio clinico”, in relazione all'attività di *incident reporting*, non si applicano gli articoli 361, 362, 363, 364, 365 c.p. in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell'esercizio o a causa delle loro funzioni.
3. Gli atti compiuti dall'“Unità di gestione del rischio clinico” nello svolgimento della propria attività di *incident reporting* sono inutilizzabili ai fini dell'avvio di ogni procedimento e nell'ambito dei procedimenti già avviati.

VI

PROGETTO DI RIFORMA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ PENALE NELL'AMBITO DELL'ATTIVITÀ SANITARIA E GESTIONE DEL CONTENZIOSO LEGATO AL RISCHIO CLINICO

RELAZIONE INTEGRATIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Titolo I: Principi generali. – 3. Titolo II: Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. – 4. Titolo III: Giustizia riparativa in ambito sanitario. – 4.1. Osservazioni preliminari. – 4.2. Modifiche al Titolo III. – 4.3. Rapporti con il procedimento disciplinare. – 5. Titolo IV: Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario.

1. *Premessa*

Il *Progetto* di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico – elaborato dal *Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP)* – ha trovato uno dei primi e fondamentali terreni di confronto e verifica dei suoi contenuti normativi nell'incontro svoltosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano il 5 giugno 2009, che ha visto la partecipazione, oltre che degli estensori del *Progetto*, di docenti di diritto penale e civile, nonché di magistrati noti per la loro particolare esperienza e competenza nella specifica materia della responsabilità medico-chirurgica.

I suggerimenti e gli spunti di riflessione emersi nel corso del ricchissimo dibattito sono stati esaminati e sviluppati dal nucleo di progettazione normativa del CSGP, che – nei tre mesi successivi all'incontro – ha apportato una serie di modifiche al *Progetto* originario, le quali verranno qui di seguito illustrate nelle loro linee fondamentali.

A seguito della discussione, alcune delle opzioni normative espresse nel testo originario sono state riviste e vari dettagli dell'articolato sono stati irrobustiti e sistematizzati. L'impianto generale del *Progetto* non ha peraltro subito modificazioni sostanziali, così come immutata è rimasta la sua ispirazione di fondo, visto l'intento – condiviso dai partecipanti alla *Tavola rotonda* – di mantenerne la specifica direzionalità ad affrontare – nel modo che agli estensori è parso il più coerente e completo possibile – l'allarmante fenomeno della medicina difensiva.

Proprio l'obiettivo di porre un argine ai comportamenti di *defensive medicine* (per una analisi dettagliata del problema, si rinvia alla *Ricerca empirica* coordinata dal

Prof. Maurizio Catino¹, ha definito fin dall'inizio i confini dell'intervento del *Progetto*, che non si configura dunque affatto come una revisione dell'intero ambito della responsabilità del sanitario: più limitatamente – ma forse anche più realisticamente – si è voluto offrire al dibattito scientifico e alla riflessione politico-giuridica un apporto utile a migliorare e rendere più sereno il rapporto medico-paziente, attuandone (nei limiti in cui ciò sembra realizzabile attraverso una riformulazione di alcune coordinate giuridiche della materia) gli elementi di distorsione legati al timore, da parte del sanitario, di trovarsi esposto a possibili contenziosi legali. Non a caso, tra i punti qualificanti del *Progetto* si colloca la progettazione di un percorso – alternativo a quello giudiziario classico – di giustizia riparativa, indirizzato a stimolare dinamiche virtuose e proattive, ben lontane dalla tradizionale stigmatizzazione del colpevole, e dunque da quella che è stata detta una pervasiva “cultura del biasimo” (*blame culture*), spesso disfunzionale a fornire risposte razionali e informate all'incidente medico e, dunque, a realizzare una reale prevenzione della *malpractice* in ambito sanitario.

2. Titolo I: Principi generali

Il testo dell'art. 1 del *Progetto* non ha subito modifiche a seguito delle osservazioni emerse nel corso della *Tavola rotonda*, sebbene da più parti sia stata avanzata l'opportunità di far emergere, in seno alla norma in esame, qualche rilievo al consenso del paziente. Alcuni dei partecipanti al dibattito hanno in particolare rilevato come un riferimento espresso al “consenso informato” del paziente potesse contribuire a segnalare – superando le attuali ambiguità legislative – l'assoluta centralità del malato, «protagonista autentico del trattamento medico, con la sua soggettività e libertà» (Prof. Mario Romano). Si è osservato altresì come – non essendo prevista dal *Progetto* una fattispecie autonoma di «trattamento medico-chirurgico arbitrario», attraverso la quale disciplinare le ipotesi in cui l'atto medico sia posto in essere senza il consenso ovvero in espresso dissenso del paziente – l'esclusione di una «aggressione all'integrità fisica» finirebbe per diminuire molto la rilevanza penale di tali comportamenti, tanto più in considerazione del recente orientamento della Suprema Corte che, nel caso di interventi chirurgici che abbiano esito fausto, ha escluso la configurabilità del delitto di violenza privata, pur in assenza di consenso da parte del paziente.

Nonostante le pur interessanti osservazioni raccolte, gli estensori del *Progetto* hanno ritenuto di mantenere la versione dell'art. 1 concepita originariamente, in base a un duplice ordine di considerazioni, la cui tenuta non è parsa venire meno anche alla luce delle perplessità appena richiamate.

¹ V., *supra*, la Ricerca empirica.

In primo luogo, il requisito del consenso ha manifestato fin dall'inizio dell'analisi condotta una serie di peculiarità tali che ne rendevano inadatta una ridefinizione della disciplina nel contesto di un *Progetto* volto essenzialmente a riformare la materia della responsabilità del sanitario in relazione a fatti di omicidio o lesioni: ciò perché – come è stato osservato da tutti i partecipanti alla *Tavola rotonda* – l'acquisizione del consenso del paziente ben difficilmente può configurarsi come una regola finalizzata a garantire che l'intervento medico-chirurgico sia conforme alle *leges artis* e, di conseguenza, a evitare eventi lesivi della integrità fisica del malato. La rilevanza del consenso, nella dinamica del rapporto medico-paziente, è infatti del tutto eccentrica rispetto a quella che caratterizza le normali regole cautelari tipiche delle professioni sanitarie, al punto che – pur restando, ovviamente, un elemento fondamentale per garantire il pieno rispetto del diritto di autodeterminazione di ogni cittadino – è senz'altro da escludersi che il consenso possa rappresentare, di per sé, una condizione sufficiente di liceità dell'attività medica (si pensi, ad esempio, alla richiesta, da parte di una paziente, di un intervento di c.d. "infibulazione", la cui realizzazione integrebbene certamente, in capo al sanitario, la fattispecie di cui all'art. 583-bis c.p.).

Già questa considerazione orienta senz'altro a ritenere che una norma come l'art. 1 del *Progetto* – il cui intento è quello di scolpire, dal punto di vista della tipicità penale, l'incompatibilità della realizzazione di atti medici rispettosi delle regole dell'arte e adeguati alle finalità terapeutiche con le fattispecie incriminatrici che tutelano l'incolumità fisica individuale – non sarebbe la sede più opportuna in cui disciplinare il tema del consenso. L'inserimento di un espresso richiamo al requisito del consenso finirebbe inoltre per introdurre un elemento di forte ambiguità nella norma, lasciando intendere una sorta di legittimazione "su base contrattuale" dell'attività medico-chirurgica, che si collocerebbe in insanabile contrasto con l'idea della intrinseca utilità e adeguatezza sociale di tale attività (ove realizzata in conformità alle regole dell'arte), che costituisce il presupposto logico-argomentativo su cui si basa un *Progetto* di riforma mosso dalla preoccupazione primaria di contenere il grave fenomeno della medicina difensiva.

Non è infatti da sottovalutare l'impatto verosimilmente deleterio che un riferimento al consenso quale condizione di legittimità del trattamento medico produrrebbe sull'occorrenza di atteggiamenti di medicina difensiva e, dunque, sulla qualità ed efficacia delle cure prestate al paziente: una tale previsione nella norma dedicata al «trattamento medico chirurgico» (art. 1) finirebbe con l' esporre costantemente il sanitario a un rischio altissimo di contenzioso giudiziario.

La mancanza di un riferimento espresso al consenso, nella norma di cui all'art. 1 del *Progetto*, non deve ovviamente essere ricondotta a un intento – ispirato da principi di paternalismo anche semplicemente *soft* – di sminuire il ruolo fondamentale della volontà del paziente: il *Progetto* punta in realtà a un obiettivo del tutto differente rispetto a quello della normativizzazione delle conseguenze giuridiche connesse alla

eventuale violazione del consenso. Sul punto, l'unico dato ricavabile dal testo dell'art. 1 è che – ove si sia in presenza di esigenze terapeutiche e siano state osservate le regole dell'arte medica – il comportamento del sanitario (che sia intervenuto, in ipotesi, anche senza aver raccolto validamente il consenso del paziente) non rileverà come aggressione all'integrità fisica.

Restano aperti, dunque, tutti gli altri possibili inquadramenti dell'atto medico posto in essere in assenza del consenso del paziente, nessuno dei quali esplicitamente escluso dalla norma, la quale non sancisce in alcun modo la conformità all'ordinamento di tale atto e nemmeno ne esclude la rilevanza penale. Quest'ultima resta anzi senz'altro compatibile col tenore complessivo del *Progetto*, ancorché sulla base della lesione di un bene giuridico diverso rispetto all'incolumità individuale del paziente: a essere offesa risulterà a quel punto la libertà morale, ossia la possibilità di scegliere consapevolmente se sottoporsi a un trattamento sanitario e di individuare in maniera informata il percorso terapeutico più congeniale a garantire il proprio diritto alla salute. Senz'altro configurabile – salve ovviamente le valutazioni relative ai singoli casi concreti, demandate necessariamente alla fase di interpretazione giurisdizionale – potrebbe essere il delitto di violenza privata e ciò, si badi bene, a prescindere dall'esito fausto ovvero infausto del trattamento praticato: i due requisiti richiesti dalla norma – adeguatezza rispetto alle finalità terapeutiche ed esecuzione secondo le regole dell'arte – prescindono infatti da qualsivoglia valutazione in merito alle conseguenze dell'intervento (l'eventuale evento lesivo verificatosi), limitandosi a prendere in considerazione esclusivamente il disvalore della condotta. Del resto, è un dato noto – per quanto, a volte, inopinatamente trascurato dalla giurisprudenza penale – che eventi avversi possono verificarsi anche in presenza di condotte del sanitario ineccepibili dal punto di vista tecnico: in tali ipotesi, l'intrinseca adeguatezza sociale dell'attività medica ne impedirà l'assimilazione a condotte aggressive dell'integrità fisica altrui, lasciando invece aperta la configurabilità di una sanzione negativa da parte dell'ordinamento (se del caso, anche di natura penale).

3. Titolo II: Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271

Per quanto riguarda il Titolo II del *Progetto*, comprendente gli artt. 2, 3 e 4, le sollecitazioni alla riflessione giunte nel corso della *Tavola rotonda* hanno fatto ritenere opportuno apportare alcune correzioni alla versione originaria dell'articolato.

In particolare, mentre gli articoli 3 e 4 del *Progetto* – dedicati alla disciplina processuale della selezione e nomina sia dei consulenti tecnici del pubblico ministero, sia dei periti scelti dal giudice – non hanno subito modifiche di sorta, avendo riscosso l'u-

nanime apprezzamento dei partecipanti all'incontro, l'art. 2, che rappresenta l'innovazione più importante dal punto di vista strettamente penalistico (prevedendo l'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice nel tessuto normativo del codice), è stato ridisegnato in più punti.

Innanzitutto, si è deciso di modificare l'intitolazione stessa della norma, non più recante la rubrica «*Morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria*», bensì, con formulazione più puntuale: «*Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*». La differenza tra le due diciture, lungi dall'essere meramente nominalistica, contribuisce a precisare meglio l'ambito applicativo della norma, chiarendo come essa punti a disciplinare esclusivamente i casi di eventi lesivi riconducibili a fatti colposi del personale sanitario. Restano pertanto escluse in radice dall'ambito di applicazione della norma tutte le condotte sfociate in eventi imputati a titolo di dolo o di preterintenzione.

Quanto al contenuto della fattispecie incriminatrice, esso è rimasto invariato nella previsione di cui al comma 1, che esprime la scelta – tanto innovativa quanto necessaria – di limitare la responsabilità penale, nei casi di omicidio e lesioni colpose in ambito sanitario, alla sola colpa grave.

Come è stato già esplicitato nella *Relazione* all'articolato² – alla quale si rinvia per gli opportuni approfondimenti – tale opzione non sembra dar vita a trattamenti “di favore” per la categoria professionale degli esercenti le attività sanitarie, con conseguente lesione dei principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza. Al contrario, il fine che si vuole raggiungere mediante tale limitazione di responsabilità è intrinsecamente ragionevole e meritevole dell'attenzione del legislatore, poiché attraverso di essa sarà possibile ridurre in maniera cospicua i comportamenti di medicina difensiva, che da un lato pongono a repentaglio la salute del paziente – come è stato efficacemente affermato, «un medico preoccupato innanzi tutto di non essere trascinato in un contenzioso legale non è un medico sereno, e un medico non sereno non è un buon medico» – e dall'altro rappresentano un preoccupante esempio di allocazione infruttuosa delle (già di per sé non sovrabbondanti) risorse economiche in campo sanitario.

Una volta ribadite le motivazioni che hanno indotto a proporre la limitazione della responsabilità penale del sanitario ai soli casi di “colpa grave”, si deve sottolineare come alcune correzioni contenutistiche siano state apportate alla definizione di tale elemento della fattispecie, contenuta al comma 2.

In primo luogo, non si è ritenuto di riformulare la norma nel senso di specificare la pertinenza di tale parametro alla sola forma della “imperizia”, ovvero anche alle altre note distintive della colpa, e cioè la “negligenza” e la “imprudenza”. Sul punto, nonostante le molteplici sollecitazioni ricevute nel corso della *Tavola rotonda*, si è rite-

² V., *supra*, la *Relazione di presentazione del Progetto*.

nuto che la soluzione normativa proposta sia in grado di orientare adeguatamente, attraverso il richiamo alla condotta «grandemente inosservante di regole dell'arte», l'interpretazione giurisprudenziale, attingendo in via principale a casistiche attinenti alla categoria della "imperizia", ma lasciando altresì uno spazio per un apprezzamento, in termini di obiettiva "gravità", anche delle violazioni di generali doveri di attenzione, rilevanti in termini di generica "negligenza". L'applicazione giudiziale non sembra attribuire soverchia importanza alla distinzione tra le diverse note della colpa, spesso ricorrenti come endiadi e assorbite in una valutazione unitaria del disvalore del fatto imputato: proprio in ragione di tale orientamento interpretativo, ormai diffuso sia nella giurisprudenza di merito sia in quella di legittimità, si è ritenuto di non introdurre, nel tessuto normativo di una fattispecie incriminatrice di parte speciale, alcun vincolo ancorato a categorie come quelle di "imperizia", "negligenza" e "imprudenza"; distinzioni i cui confini, pur trovando talora riconoscimento in sede dottrinale, risultano per lo più offuscati nella prassi.

Esigenze di precisione e tassatività della norma hanno invece indotto a ripensare i due parametri originariamente proposti come poli valutativi della gravità della colpa (essendo peraltro ben consapevoli – come riconosciuto in innumerevoli contesti di riflessione scientifica e da ultimo anche in seno alla *Tavola rotonda* – dell'estrema difficoltà di approdare a una descrizione di tale categoria "definitivamente" appagante). In particolare, mentre la formula iniziale faceva riferimento a una condotta che fosse «inosservante di fondamentali regole dell'arte» e avesse «realizzato un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente», quella attualmente proposta è imperniata attorno a un comportamento «grandemente inosservante di regole dell'arte», che abbia «creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzati nell'evento».

Come si vede, si è ritenuto innanzi tutto di modificare – per ciò che riguarda l'inosservanza delle *leges artis* – il riferimento alle «fondamentali regole dell'arte», accogliendo il rilievo di quanti, nel corso della *Tavola rotonda*, hanno osservato che, attraverso tale richiamo, si correrebbe il rischio di limitare la responsabilità penale del sanitario alle sole ipotesi di violazione delle cosiddette «regole minime essenziali» della professione, dando vita perciò a un assetto normativo eccessivamente sbilanciato a favore del medico. Inoltre, la versione originaria della definizione non consentiva di tener conto, in maniera adeguata e soddisfacente, delle ipotesi di violazioni seriali e ripetute di regole cautelari di per sé non fondamentali, ma comunque orientate alla protezione della salute del paziente: viceversa, la formulazione attualmente proposta sembra rispondere in maniera adeguata anche a tale esigenza, poiché l'aver traslato il parametro della «gravità della violazione» dalla "natura" della regola cautelare trasgredita (solo una regola «fondamentale»), alla concreta dimensione – sia qualitativa, sia quantitativa – del discostamento dalla condotta doverosa prescritta dall'ordinamento (attraverso il richiamo al concetto di condotta «grandemente inosservante»)

sembra attribuire alla norma quella completezza di cui si notava la mancanza nella versione iniziale del *Progetto*.

Sul punto, si deve poi osservare come – ferma restando la piena applicabilità della previsione tanto ai casi di colpa cosciente, quanto a quelli di colpa incosciente – la definizione sembri assicurare sufficienti margini di elasticità interpretativa, coniugando l'indispensabile adattabilità alle caratteristiche dei singoli casi concreti e la necessaria vincolatività della disposizione legislativa nei confronti del giudice: non si tratta, dunque, di una norma priva di autonoma portata precettiva e destinata, di volta in volta, a essere “riempita” di contenuto dall'interprete, bensì di una definizione che, pur dotata della opportuna flessibilità applicativa, risulta in grado di orientare adeguatamente le valutazioni operate in sede di giudizio.

Attraverso il successivo riferimento alla creazione di un «rischio irragionevole per la salute del paziente» si è poi voluto chiarire come il limite della colpa grave, nella norma in esame, voglia essere costruito e orientato su due diversi concetti, e cioè quello di «regola cautelare violata» e quello di «rischio». In tal senso, si è ritenuto di dare spazio, dal punto di vista concettuale, alla distinzione – ben nota alla dottrina di lingua tedesca – tra *Leichtfertigkeit* e *grobe Fabrlässigkeit*: mentre la *Leichtfertigkeit* rappresenta sostanzialmente la «mancata percezione di un rischio prevedibile e alto», la *grobe Fabrlässigkeit* si presenta come la violazione di una regola cautelare di ampio spettro e perciò come una violazione crassa, un discostamento molto rilevante dalla regola cautelare. La formulazione proposta mostra di tenere in considerazione entrambi i profili, parametrando la valutazione in tema di gravità della colpa tanto sotto il profilo “qualitativo/intensivo”, ancorato alla natura della regola cautelare violata, quanto sotto l'aspetto “quantitativo/estensivo”, da verificare in rapporto sia alla entità del discostamento dal comportamento doveroso, sia alla frequenza (o addirittura sistematicità) delle violazioni commesse.

In relazione al concetto di “rischio irragionevole”, infine, la definizione di colpa grave elaborata a seguito della *Tavola rotonda* si discosta sotto due profili da quella inizialmente ipotizzata. In primo luogo, si è ritenuto di espungere il richiamo all'avverbio «manifestamente», che era presente nella versione originaria dell'articolato e che contribuiva a esprimere la necessità che il rischio creato dalla condotta del sanitario fosse chiaro, palese, manifesto a qualsiasi operatore sanitario. Sennonché, si è osservato come il riferimento alla categoria della “manifesta irragionevolezza” – già nota, con una significatività del tutto peculiare, alla giurisprudenza costituzionale – potesse ingenerare, nel contesto di un progetto dedicato all'attività sanitaria, maggiori confusioni di quante non contribuisse effettivamente a risolvere. Del resto, il concetto di “rischio irragionevole” è già ampiamente esplorato dalla giurisprudenza penale, con risultati convincenti e largamente condivisibili, sicché la precisazione in termini di “manifesta” percepibilità di tale rischio non è sembrata assumere particolare valore.

Fondamentale, viceversa, è parsa la esplicitazione di un ulteriore elemento della definizione, già contenuto nella versione originaria ma, stando a quanto emerso nel corso della *Tavola rotonda*, non espresso in quella sede con sufficiente chiarezza: ci si riferisce, in particolare, al dato relativo alla «concretizzazione» del rischio nell'evento lesivo.

La necessità di assicurare che il soggetto sia rimproverato e punito “proprio” perché il rischio generato dalla sua condotta gravemente colposa si sia effettivamente concretizzato nell'evento lesivo oggetto di contestazione è ora enunciata apertamente nella definizione normativa, senza che siano possibili ambiguità di sorta. Per l'operatività dell'art. 590-ter c.p., dunque, non sarà sufficiente la creazione di un generico “rischio per la salute” seguito da un evento di danno all'integrità fisica del paziente, ma dovrà essere accertato – secondo il consueto canone probatorio dell'“al di là di ogni ragionevole dubbio” – che l'evento dannoso verificatosi sia stato proprio la conseguenza della violazione della regola cautelare (di una regola cautelare, per essere maggiormente precisi, la cui finalità era appunto quella di prevenire quel tipo di evento avverso ai danni del paziente).

Quanto all'originario comma 3 della norma, nel quale era prevista la procedibilità del reato esclusivamente a querela di parte, il gruppo di ricerca del CSGP ha ritenuto, a seguito delle osservazioni formulate nel corso della *Tavola rotonda*, di rinunciarvi.

Sul punto, l'incontro di presentazione del *Progetto* ha evidenziato posizioni non omogenee tra gli studiosi presenti, sollecitando un supplemento di riflessione in merito alle diverse opzioni disponibili le cui tappe meritano di essere brevemente ripercorse.

Da un lato, chi era favorevole a subordinare la perseguibilità per le nuove ipotesi delittuose alla proposizione della querela, ne ha sottolineato la capacità di mantenere integro il disvalore penale del fatto, introducendo al contempo un'importante accentuazione del ruolo della persona offesa nonché un maggiore dinamismo, anche dialogico o – se vogliamo – “negoziale”, nella relazione tra le parti. Simile dinamismo si rivelerebbe altresì utile e consonante con la predisposizione del sistema di giustizia riparativa in ambito sanitario, oltre che particolarmente adatto alla specifica fenomenologia del conflitto tra medico e paziente che – si è sostenuto, peraltro non senza il dissenso di altri intervenuti – avviene in prevalenza tra soggetti privi di una relazionalità personale profonda.

Perplessità opposte, invece, sono state sollevate a motivo degli scopi di contrasto della medicina difensiva assunti dal *Progetto*, scopi che l'iniziativa di parte vanificherebbe, proprio per il potere di reazione offerto alla vittima dal diritto di querela. Sul punto, è stato inoltre sottolineato come la condizione di procedibilità finirebbe per rendere opache alle agenzie di controllo le forme insidiose di responsabilità organizzativa, sfuggenti alla percezione della persona offesa, sulla cui prevenzione il *Progetto* investe in modo particolare. Si è poi evidenziato come la perseguibilità d'ufficio sia

idonea a proteggere le vittime più deboli, sottratte alle altrimenti prevedibili “pressioni” da parte di medici, strutture sanitarie e assicuratori. Da ultimo, e soprattutto riguardo all’ipotesi dell’omicidio colposo, si è rilevata la discrasia tra la disponibilità del diritto di querela e la radicale indisponibilità dei beni della vita e della salute.

Le scelte in materia di condizioni di procedibilità sono delicate e hanno consistenti effetti “selettivi” in termini di criminalizzazione sia in astratto sia in concreto: come tali vanno attentamente ponderate in ragione degli obiettivi politico-criminali che si intendono perseguire e degli interessi cui si vuole apprestare protezione.

Tenendo conto delle osservazioni emerse dal dibattito e discostandosi dall’originario orientamento, si è scelto infine di introdurre nel *Progetto* la procedibilità d’ufficio dei reati di cui all’art. 2, in tal modo spostando il baricentro del *Progetto* verso una (ancor) più marcata caratterizzazione pubblicistico-penalistica dell’intera disciplina della responsabilità medica. Ciò è parso comunque coerente con l’ispirazione a realizzare la tutela sostanziale della salute del paziente attraverso la via di un accertamento pieno e costruttivo dell’errore medico, di per sé più propizio a prevenirne analoghe occorrenze rispetto a risposte meramente repressive o alla sbrigativa ricerca di occasioni di rivalsa.

Alla base della soluzione opposta originariamente adottata aveva pesato il ruolo centrale che si era inteso conferire alla vittima, sia pure controbilanciato dal saldo mantenimento dell’intera procedura riparativa nei ranghi di una giustizia *penale pubblica* non condizionabile interamente, nei suoi esiti, dalla persona offesa (sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte in merito alle modifiche apportate al Titolo III del *Progetto*)³. Era parso, in particolare, che la negoziabilità della remissione della querela e della sua eventuale accettazione potesse favorevolmente inserirsi nell’andamento del programma di giustizia riparativa, quale proficuo e ulteriore elemento di reciproca responsabilizzazione delle parti, che sarebbe andato ad aggiungersi agli opportuni e immediati effetti deflativi della previsione.

Tuttavia, le sollecitazioni scaturite dal dibattito hanno spinto a riconfigurare simile decisione per rendere la riforma progettata più rispondente agli obiettivi di una giustizia preventiva *perché* correttiva e capace di apprendere dagli errori, secondo un’impostazione di fondo nella quale – oltre alla conflittualità o alla sofferenza delle parti – conta l’impegno a evitare il ripetersi di condotte colpose gravi da cui derivino eventi mortali o lesivi e non il semplice risarcimento del danno da reato ai sensi dell’art. 185 c.p., dietro il quale si nasconde sempre il rischio di una inaccettabile monetizzazione della giustizia penale.

In tale assetto complessivo, la perseguibilità d’ufficio è parsa allora più idonea a fungere da contrappeso all’inedita (ma razionale) restrizione della punibilità nel settore della colpa medica, nonché all’ampio margine di *empowerment* delle parti già

³ V., *infra*, il par. 4.2.

presente, a valle della notizia di reato, nelle procedure di giustizia riparativa previste dal *Progetto*. Ne esce così rafforzato il ruolo *proattivo* (e non solo reattivo) degli organi di polizia e della magistratura, a vantaggio delle persone offese (soprattutto dei soggetti vulnerabili, meno consapevoli dell'esposizione alla vittimizzazione). Del pari, in un contesto che può essere caratterizzato da forte conflittualità, da emotività e da pretese economiche ingenti, il ridimensionamento del potere "immediato" che il diritto di querela offre all'offeso rappresenta una garanzia anche per la persona indicata come autore del fatto, il cui ingresso nel circuito penale non dipende più *solo* dall'atteggiamento della vittima.

Quanto alle considerazioni di economia processuale, il presumibile aumento del carico giudiziario conseguente alla procedibilità d'ufficio è bilanciato dal percorso riparativo messo in campo immediatamente dopo l'inizio delle indagini preliminari: percorso fisiologicamente concepito per giungere alla realizzazione delle condotte a contenuto riparatorio e conformativo alla base della nuova causa estintiva di cui all'art. 590-ter comma 3 c.p., già prima dell'esercizio dell'azione penale, imponendosi, in tal caso, un'inedita richiesta di archiviazione (v. art. 3).

Una volta optato per la procedibilità d'ufficio, si è ovviamente provveduto ad espungere dall'articolato ogni rimando alla querela, sostituendo perciò il riferimento al «querelante» con quello, tecnicamente più appropriato, alla «persona offesa».

4. Titolo III: Giustizia riparativa in ambito sanitario

4.1. Osservazioni preliminari

In sede di confronto con la comunità scientifica, il Titolo III del *Progetto* ha registrato, in stretta correlazione tra loro, una sostanziale e positiva condivisione delle prospettive di fondo e un confortante diffuso apprezzamento, pur con disparità di opinioni fra gli stessi interlocutori intervenuti alla *Tavola rotonda* su taluni punti specifici.

Il dibattito si è incentrato su due questioni prevalenti: il *ruolo della persona offesa* e l'*ipotesi di "riparazione unilaterale"*⁴ da parte del professionista sanitario. L'approccio a tali questioni e le soluzioni emerse rispecchiano i convincimenti dei vari esperti e studiosi intorno ai rapporti tra giustizia riparativa e diritto penale, alla connotazione più o meno vittimo-centrica della *restorative justice*, agli obiettivi e ai con-

⁴ Espressione, ora modificata, che era contenuta negli artt. 6 e 18 (*"Programma di giustizia riparativa. Definizione e tipologia"* e *"Svolgimento del programma"*) dell'originaria versione, e definiva l'assistenza, comunque garantita dai mediatori alla persona cui il fatto è attribuito, nell'individuare una forma di riparazione anche nelle ipotesi di rifiuto o abbandono del programma di giustizia riparativa da parte della vittima. Per la nuova formulazione delle citate disposizioni (ora artt. 6 e 19) e per la migliore tipizzazione e conseguente "affinamento" delle tipologie di programmi di giustizia riparativa, cfr. *infra* par. 4.2.

tenuti della riparazione, al “peso” da riconoscere alla persona offesa nel prodursi dell’estinzione del reato.

L’esame delle due questioni citate, a sua volta, ha messo in luce nel corso della discussione versanti problematici non univoci, ciascuno dei quali è servito per illuminare un segmento critico importante, e segnatamente:

- la posizione dell’offeso nei programmi di giustizia riparativa, sotto gli opposti profili della necessità, da un lato, del consenso della vittima allo svolgimento del programma e alla riparazione e, dall’altro, della sua libertà di non prendervi parte, pur restando comunque destinataria del «risultato» riparativo;
- la previsione dell’«assistenza della persona cui il fatto è attribuito nella riparazione *unilaterale* delle conseguenze del reato», in rapporto al carattere necessariamente “dialogico” delle pratiche di *restorative justice*, con il lamentato rischio di aprire la strada a forme di riparazione *senza incontro* tra le parti e *in absentia* della persona offesa;
- l’attenzione per la vittima, che mai deve sentirsi costretta (neppure moralmente) a incontrare il reo o a farsi carico del suo destino giudiziario; sul punto si segnalava, da parte di alcuni interlocutori, come il sistema congegnato dal *Progetto* potrebbe persino gravare la vittima di un fardello etico e psico-esistenziale non indifferente, visti la centralità della (e la predilezione per la) giustizia riparativa eseguita *con* l’offeso e i suoi effetti estintivi del reato;
- il groviglio del consenso della persona offesa al prodursi dell’estinzione del reato che, secondo taluno degli intervenuti, non dovrebbe verificarsi contro la sua volontà o, come minimo, non dovrebbe aver luogo *inaudita altera parte*;
- la difficoltà a convincere e, dunque, a coinvolgere le vittime nei programmi di giustizia riparativa, stante – per riprendere le parole usate nel dibattito – il «premio assicurato» all’autore della condotta colposa; ciò pur nell’unanime consapevolezza che il mantenimento di risposte punitive sarebbe disfunzionale rispetto agli obiettivi di prevenzione della medicina difensiva e tradirebbe la “filosofia” riparativa, trasformandola in una insidiosa e moralistica retribuzione mascherata.

Una simile ricchezza e diversità di posizioni ha consentito di scandagliare il cuore del tema, osservandolo sotto differenti prospettive, così da sottoporre a ulteriore verifica la coerenza e la tenuta interna delle scelte politico-criminali operate dal *Progetto*.

I nodi affrontati nel dibattito si addensano, in fin dei conti, attorno a un unico (ma decisivo) intreccio di problematiche inerenti alla natura della *restorative justice*, al suo incardinarsi nel sistema penale e processuale e al modo stesso di intendere gli scopi di quest’ultimo. Il contributo di analisi e riflessione, su dilemmi essenziali, offerto dagli studiosi che hanno partecipato alla *Tavola rotonda* è risultato molto proficuo in vista della ulteriore maturazione di un *Progetto* con il quale, per la prima volta in Italia, si è cercato di costruire, su base scientifica, un impianto politico-criminale organicamente disegnato attorno alla *sola* prospettiva correttivo-riparativa assunta come

modello principale di risposta penale. Anche in questa occasione il tema della giustizia riparativa ha mostrato dunque di “funzionare” come una sorta di “reagente chimico” capace di articolare e ritematizzare interrogativi fondamentali per la coscienza del penalista, da cui prendere spunto per impostare traiettorie di ricerca ancora inesplorate.

Dal dibattito svolto nel corso della *Tavola rotonda*, si sono tratti una conferma delle opzioni di fondo espresse dalla prima versione e, altresì, un corredo di precisazioni (per lo più su tipologia ed esiti dei programmi di giustizia riparativa) utili a riallineare il sistema riparativo alla previsione della procedibilità d’ufficio per i reati di omicidio e lesioni derivanti da colpa grave dell’esercente una professione sanitaria e alle implicazioni politico-criminali che questa scelta comporta.

Proprio in ragione di tali conferme di fondo e prima di commentare le modifiche puntuali apportate al Titolo III, è opportuno dare conto brevemente dell’orientamento che gli estensori del *Progetto* hanno maturato in questa materia.

Nell’elaborare il *Progetto*, ci si è trovati a dover risolvere un problema inedito, reso ancor più arduo dalla vigenza del principio di obbligatorietà dell’azione penale nell’ordinamento italiano.

Le pratiche di *restorative justice* finora in uso nel nostro Paese hanno trovato posto in seno a quei sotto-sistemi penali innovativi che già prevedono misure miti di risposta al reato⁵, con l’effetto che – si badi – la libertà di *non* accedere alla proposta riparativa (sia per la vittima sia per il reo) non preclude l’applicazione *comunque* di una di tali risposte innovative. Al contrario, semmai, la positiva partecipazione all’incontro mediativo ha sempre rappresentato un elemento di rinforzo per il ricorso a misure favorevoli o, in certi casi, addirittura una condizione di (limitata) espansione di istituti che, grazie all’avvenuto programma riparativo, divengono *a posteriori* applicabili in concreto anche a situazioni, a rigore, in essi astrattamente non ricomprese⁶.

Nel *Progetto* si è voluto compiere una scelta di campo senza precedenti: indicare, *almeno* in ambito sanitario, la giustizia riparativa a modello principale di intervento per prevenire, correggere, riallineare in modo cooperativo, dinamico e responsivo le condotte colpose gravi e per ripararne in modo volontario gli effetti lesivi. La *restorative justice* è quindi “*la*” risposta costruttiva al reato colposo del medico, ponendosi la condanna a pena detentiva come *extrema ratio* conseguente alla (pur libera) intransigente chiusura del colpevole a ogni revisione critica fattiva del proprio comporta-

⁵ Si pensi, per tutti, al sistema minorile e *ivi*, in particolare, all’istituto della messa alla prova (art. 28 d.P.R. 448/1988).

⁶ Così, per esempio, è avvenuto nell’esperienza minorile per l’irrelevanza del fatto (art. 27 d.P.R. 448/1988): la mediazione può favorire a tal punto la responsabilizzazione del minore da rendere – di fatto *ex post* – “tenue” ed “occasionale” un reato del quale, a monte dell’incontro, il giudice non pronuncerebbe l’irrelevanza sociale; la mediazione, in simili frangenti, si rivela un ottimo strumento anche perché riesce a colmare quel vuoto di «significato giuridico, etico, sociale» (art. 1 d.P.R. 448/88) che non di rado, agli occhi del giovane, si accompagna al non luogo a procedere *ex art.* 27.

mento illecito. In altre parole, la giustizia riparativa non è qui “ospitata” all’interno di istituti o misure cui il giudice può ricorrere *aliunde*, a prescindere cioè dall’esito del programma riparativo e anche ove la vittima neghi la partecipazione al medesimo o rifiuti l’offerta riparativa. Nell’impianto del *Progetto*, la mancata attivazione del programma di giustizia riparativa – in presenza di un fatto colpevole – conduce al procedimento penale e alle sue conseguenze sanzionatorie tradizionali: non esiste altra via per l’estinzione del reato.

Di conseguenza, le scelte degli estensori del *Progetto* a favore *anche* di programmi riparativi “indiretti”⁷ sono parse obbligate, pena la violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza.

Dopo attenta analisi delle tesi contrarie a simile previsione, il gruppo di lavoro – che pure ha recepito, sotto altri profili, alcuni rilievi critici in proposito – ha unanimemente optato per il mantenimento dell’impostazione già presente nell’articolato.

Negare, infatti, al reo la possibilità di adoperarsi in condotte conformative e riparative di fronte al rifiuto della vittima all’incontro e – al limite – persino al rifiuto del gesto riparatorio, è parsa una forzatura inaccettabile.

A ragionare altrimenti, si finirebbe invero per subordinare la causa estintiva del reato all’insindacabile *atteggiamento* della persona offesa, con evidente discriminazione tra situazioni di fatto identiche quanto a responsabilità colposa e a disponibilità del medico a riconoscere, correggere e riparare il proprio errore. La soluzione proposta nel *Progetto* (che consente, cioè, al colpevole di riparare anche *senza* il consenso della vittima specifica) non è altro che un corollario – o meglio un “prolungamento” sulla risposta al reato – del principio di colpevolezza: l’agente non può (non deve) vedersi applicata una pena evitabile grazie a condotte riparatorie e conformative antagoniste al reato, rese nella specie *impossibili* dal veto della vittima. Una mancata riparazione alla persona offesa, a motivo dell’indisponibilità di quest’ultima a riceverla, non è *rimproverabile al medico* e pertanto non può essere ostativa all’estinguersi del reato, sempre che ovviamente il professionista sanitario si attivi con altri concreti impegni spontanei ed efficaci, volti comunque alla prevenzione e all’attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del suo agire. Del resto, il criterio qui tracciato non è una novità nell’ordinamento vigente.

Ancora: a ragionare altrimenti, si trasformerebbe la vittima nell’arbitro del destino del medico, con la conseguenza di privatizzare – fra l’altro senza garanzie per il sanitario – una vicenda che, lo si ripete, resta *penalmente rilevante*. Il che sarebbe *a fortiori* irragionevole a seguito della citata opzione a favore della procedibilità d’ufficio, che ricalibra l’intera struttura del *Progetto*, centrandola maggiormente sulla dimensione *pubblica* di una giustizia penale capace di prevenire la colpa medica mediante

⁷ Termine che ha sostituito l’equivoco aggettivo “unilaterale”, ora espunto dall’articolato per i motivi illustrati *infra*, par. 4.2.

un dinamico sistema di promozione mite della *conformità* alle *leges artis*.

Ma vi sono altre ragioni in virtù delle quali appare qui decisivo preservare la possibilità di impegnarsi in vista dell'estinzione del reato anche ove la vittima *non* sia aperta (per i motivi più vari) a partecipare al programma e/o a ricevere la riparazione: le condotte di cui all'art. 7 hanno la capacità di estinguere il reato perché vi sono intimamente connesse a *contrariis* e perché svolgono una funzione preventiva generale e speciale che – questo è l'assunto politico-criminale di tutto il *Progetto* – la pena *non* è in grado di assicurare.

Si osservi, comunque, che il programma ora denominato «assistenza [...] alla riparazione indiretta» (art. 6 lett. c) è *ipotesi residuale*, riservata ai soli casi in cui «non è possibile procedere» (art. 6, comma 3) alla mediazione in senso stretto tra le parti o all'incontro (mediativo) allargato ad altri soggetti rilevanti (art. 6 lett. a e b).

Il *Progetto* esprime pertanto un *favor* esplicito per i percorsi di giustizia riparativa più “genuini”: quelli nei quali – per riprendere i *Basic Principles* delle Nazioni Unite richiamati dall'art. 5 dell'articolato – «il reo, la vittima e, se opportuno, la comunità, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni sorte dall'illecito». Il sacrificio di una *dialogicità diretta* tra i protagonisti della «molecola criminale»⁸ – richiesto dal carattere necessariamente volontario dei programmi, oltre che dal rispetto dei principi di colpevolezza, uguaglianza e ragionevolezza – viene compensato dalla previsione di ampi margini di *dialogicità indiretta*, grazie all'eventuale intervento, fra gli altri, di vittime aspecifiche.

Il completamento di uno qualsiasi dei programmi di cui all'art. 6, ove si pervenga a un «risultato» ai sensi del successivo art. 7, produce dunque l'estinzione del reato.

L'interessante suggerimento, emerso nell'incontro di presentazione del *Progetto*, di differenziare la disciplina garantendo l'estinzione del reato “secca” solo a seguito di una positiva mediazione (o incontro allargato) tra le parti e prevedendo per le ipotesi di riparazione *senza vittima specifica* un trattamento premiale “più articolato” (vuoi una semplice mitigazione della pena, vuoi istituti *ad hoc*) non è parso percorribile, posto che tutti i programmi di giustizia riparativa (di cui all'art. 6) – se ben condotti – giungono a impegni riparativi e conformativi, con un identico carico in capo alla persona cui il fatto è attribuito, la quale vi deve dare spontaneo impulso.

Il *Progetto*, anche in base ai principi costituzionali più volte richiamati, non ha ritenuto di distinguere tra le condotte frutto di una mediazione e le condotte che il medico assume volontariamente all'esito di una elaborazione del reato assistita e accompagnata da mediatori, con l'eventuale presenza di vittime aspecifiche e/o dell'Unità di *risk management*: identica è parsa infatti la natura *correttivo-riparativa* delle une e delle altre e solo *apparentemente* diversa è sembrata la modalità di pervenire alla riparazione nelle due ipotesi.

⁸ FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 287 ss.

Si è reputato sufficiente, quindi, far risaltare il valore aggiunto dei programmi *con incontro tra le parti* (mediazione e “incontro allargato”), attraverso il già citato *favor* normativo: sono questi, infatti, i percorsi di *restorative justice* cui ambire in via principale, ricorrendo – lo si ribadisce – alla «riparazione indiretta» e all’«ascolto protetto della persona offesa» in subordine e solo per «impossibilità, rifiuto o abbandono del programma» della controparte.

4.2. Modifiche al Titolo III

Alla luce delle considerazioni che precedono, appare chiaro come il *Progetto* abbia dovuto esprimere norme capaci di coniugare una molteplicità di profili meritevoli di tutela, senza generare frizioni con i principi costituzionali e tenendo in debito conto l’“immane concretezza” di una realtà – quella sanitaria – estremamente delicata.

In particolare si è dovuto:

- evitare la trasformazione della vicenda, pur sempre penalmente rilevante, in un conflitto “privatizzato” a causa della invocata esclusiva pregnanza di dinamiche individuali associate alla vittima (consenso/rifiuto a partecipare, disponibilità/indisponibilità soggettive a ricevere la riparazione);
- mantenere un *favor* per il coinvolgimento, preferibilmente diretto, degli interessati (persona offesa e suoi congiunti, medico, altro personale della struttura)...
- ...pur conservando la volontarietà, *anche per la vittima*, dei programmi di giustizia riparativa;
- tutelare l’esercente la professione sanitaria da posizioni irragionevoli e “insaziabili” di persone offese e loro familiari particolarmente emotivi o mossi (anche) da intenti utilitaristici.

Si ritiene che la “quadratura del cerchio” sia stata raggiunta grazie al conforto del dibattito e agli stimoli che ne sono derivati, prevedendo:

- una rimodulazione della tipologia dei «programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario» (artt. 5, 6 e 19);
- una più precisa definizione del «risultato del programma» (art. 7);
- una diversa calibratura del ruolo della vittima, introducendo fra l’altro l’eventuale coinvolgimento di vittime aspecifiche (artt. 6 e 19) e l’informativa alla persona offesa sul risultato del programma di riparazione indiretta;
- opportune interazioni tra programmi di giustizia riparativa e procedimento disciplinare (art. 18, introdotto *ex novo*)⁹;
- una serie di modifiche minori (durata della carica dei mediatori, apertura alle discipline socio-antropologiche, ecc.).

Verranno ora brevemente ripercorse le singole modifiche apportate al Titolo III, a

⁹ Su cui *infra*, par. 4.3.

cominciare dalla denominazione dello stesso, nella quale è stato aggiunto il riferimento all'«ambito sanitario». Pur essendo la disciplina qui presentata in gran parte esportabile in ogni altro contesto penale, si è inteso valorizzarne la specificità modellata sulle peculiari esigenze preventivo-riparative che si incontrano in questo settore.

Per tenere conto dei rilievi critici mossi dagli esperti presenti alla *Tavola rotonda*, l'art. 6 (ora rubricato: «*Programmi di giustizia riparativa. Definizioni e tipologie*») è stato in gran parte riformulato. Si tratta, però, solo di un *restyling* che rende la norma auspicabilmente più chiara e coerente, lasciando intatta la scelta iniziale volta a preservare il sistema da derive vendicative e da perniciose privatizzazioni del contenzioso penale tra medico e paziente. La nuova formulazione intende ridisegnare con maggiore precisione e meglio descrivere le tipologie di programmi, comunque riferibili, in generale, a due macro-categorie (v. *infra*, il *Quadro di sintesi dei programmi di giustizia riparativa*):

- programmi che prevedono l'*incontro delle parti*: mediazione diretta, mediazione «indiretta» o *shuttle mediation*¹⁰, «incontro delle parti allargato ad altri soggetti» (art. 6 lett. a e b);
- programmi modellati ora sul reo ora sulla vittima («assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato» e «ascolto protetto della persona offesa»), cui si ricorre, per l'appunto, *in via residuale*, solo cioè ove non sia «possibile» procedere ai programmi di cui sopra «per mancanza di consenso da parte degli interessati o per altra causa».

Nel definire l'accompagnamento del medico alla riparazione si è sostituito l'aggettivo «unilaterale», che tanta discussione e altrettanto fraintendimento ha suscitato nella *Tavola rotonda*, preferendogli quello di «indiretto». La nuova locuzione è maggiormente conforme al reale contenuto del programma, nonché in linea con un linguaggio invalso nella *restorative justice*. Si è poi provveduto a evidenziare un profilo operativo, scontato per chi pratica la giustizia riparativa, ma taciuto nell'originaria versione del *Progetto*, con il rischio di inutili equivoci: l'attuale definizione precisa che l'individuazione delle attività riparative e conformative risultanti da questo programma può «avvenire anche mediante incontro con vittime aspecifiche eventualmente individuate per il tramite di enti e associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato o mediante il coinvolgimento dell'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34».

Si è dato così rilievo, simultaneamente, a tre diversi aspetti, tutti rilevanti: in primo luogo, l'ingresso di vittime di reati simili, con le quali il medico può condurre l'elaborazione *dialogica* degli effetti della propria condotta e *verso* le quali può rispondere in termini riparativi; in secondo luogo, la comparsa degli enti esponenziali che pos-

¹⁰ Così chiamata proprio perché i mediatori “fanno la spola” tra una parte e l'altra, favorendo un dialogo a distanza tra gli interessati.

sono rivestire un ruolo costruttivo senza che le procedure riparative si orientino in senso eccessivamente vittimologico “organizzato”; infine, il maggior risalto in sede di programma di *restorative justice* alla Unità di gestione del rischio clinico, con una sottolineatura della dimensione anche collettiva della singola vicenda e con il dischiudersi delle condotte riparative a forme di *community service*.

È parso coerente, a questo punto, eliminare dall’art. 5 («*Principi di giustizia riparativa*») il riferimento al carattere «condiviso» delle soluzioni riparative alle controversie in ambito sanitario, che restano pur sempre «volontarie e responsabili». Tra i programmi di giustizia riparativa, infatti, ve ne sono alcuni, come si è appena visto, che a rigore non contemplan il raggiungimento di accordi tra le parti.

Merita ricordare, a questo punto, che, recependo rilievi e suggerimenti emersi nel corso del dibattito proprio riguardo alla riparazione indiretta, nella norma sullo «*svolgimento del programma*» (art. 19 della nuova versione del *Progetto*) è stata aggiunta la previsione dell’avviso circa il «risultato del programma» alla persona offesa che – non avendovi partecipato – abbia fatto richiesta di essere informata. Si tratta di una giusta attenzione per la vittima specifica, sul modello di disposizioni processuali già vigenti, che potrebbe persino avere l’insperato effetto di rcoinvolgere nei percorsi di *restorative justice* un soggetto in precedenza restio, rendendo possibile *ex post* ciò che non era stato possibile realizzare in precedenza. L’esperienza minorile, e più marginalmente del giudice di pace, ha già fatto registrare ai mediatori penali situazioni in cui la spontaneità dell’impulso a riparare, concretizzatosi in condotte rese note all’offeso, ha generato in quest’ultimo la fiducia sufficiente a richiedere, a posteriori, un incontro prima impensabile. Si osservi che il carattere libero, volontario e piuttosto informale dei programmi di giustizia riparativa non ostacola il verificarsi di simile ipotesi. Anzi: per la sua flessibilità, ove occorra, il percorso riparativo potrà essere trasformato da un programma «indiretto» a un programma «diretto» in ogni momento, compatibilmente con le garanzie di equilibrio del carico emotivo e materiale sulla persona cui il fatto è attribuito.

Anche l’art. 7 («*Risultato del programma*») è stato riformulato e si compone ora di due commi: il primo mira a meglio definire il concetto di riparazione e a precisare il rapporto tra «condotte a contenuto riparatorio» in senso stretto e «condotte a contenuto conformativo»; il secondo fornisce una definizione di queste ultime, costruita attraverso una serie di esempi, chiusi da una clausola generale. Le attività propriamente riparative sono volte ad attenuare o elidere le conseguenze del reato, mentre le attività conformative sono «dirette alla prevenzione e correzione dell’inosservanza delle regole dell’arte e di eventuali lacune organizzative» (art. 7, comma 2).

Un’identica e cruciale *ratio* “correttivo-riparativa” anima entrambe le ipotesi, cariche di un significato diacronico che lega passato, presente e futuro in un gesto costruttivo di responsabilizzazione: evitare il ripetersi dell’evento lesivo è la riparazione più importante. Sia le condotte riparatorie che quelle conformative, poi, devono avere

significato per chi le compie volontariamente e per chi – eventualmente – le riceve (la persona offesa, la vittima aspecifica, la “comunità”, a seconda del programma¹¹). La nuova versione dell’art. 7, in sintesi, accentua il ruolo delle attività conformative che diventano una componente *fissa* del «risultato del programma di giustizia riparativa in ambito sanitario», accanto alle attività riparative in senso stretto. Simile orientamento è parso coerente con l’eliminazione della procedibilità a querela e con il conseguente assetto meno vittimo-centrico e più marcatamente pubblicistico delle risposte alla colpa medica.

Dall’art. 7, scompare altresì il riferimento esplicito al risarcimento del danno che, in quella sede, era parso piuttosto confusivo. Ciò non toglie che il risarcimento possa sempre essere offerto (e adempiuto spontaneamente) anche all’interno di un programma di *restorative justice*, specie quando si proceda a un “incontro allargato”, alla presenza dell’assicuratore e dell’azienda sanitaria: in tal caso, il risarcimento sarà assorbito nelle «condotte a contenuto riparatorio». Il minor rilievo ai profili risarcitori dei programmi di giustizia riparativa si è reso opportuno anche alla luce dei cambiamenti apportati al Titolo IV del *Progetto*, nonché in forza del rinnovato favore per una politica criminale volta *in primis* alla correzione degli errori individuali e organizzativi, per la quale contano – e vanno premiate – soprattutto le condotte miranti a prevenire eventi lesivi futuri.

Modifiche minori sono contenute negli artt. 10 e 11. All’art. 10, dedicato alla composizione della Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario, è stato aggiunto un comma relativo alla durata quinquennale della carica dei mediatori (rinovabile una sola volta). È rimasto invariato, invece, l’incardinamento della Commissione e dei suoi componenti nel sistema *lato sensu* giudiziario, mediante la conferma del ruolo del Consiglio Superiore della Magistratura nelle procedure di nomina dei mediatori e negli interventi di formazione e sensibilizzazione alla giustizia riparativa. Nel corso della *Tavola rotonda*, erano state sollevate alcune perplessità al riguardo: si è però ritenuto di mantenere le fondamentali garanzie che la presenza del CSM assicura ad attività para-giudiziarie che incidono sul procedimento penale e i cui esiti positivi integrano una causa di estinzione del reato.

L’art. 11, in tema di organizzazione della Commissione per collegi di tre o cinque mediatori, è stato modificato con l’aggiunta del riferimento alle competenze socio-antropologiche di questi ultimi, accanto a quelle medico-specialistiche, medico-legali e giuridiche richieste dalle circostanze. Si è voluto, ancora una volta, modellare il sistema della giustizia riparativa in ambito sanitario sulle specificità dei conflitti che vi sorgono. A tal fine, l’ingresso dell’antropologia medica e di altre materie affini nel bagaglio interdisciplinare della Commissione è parso indispensabile.

¹¹ Cfr. *Quadro di sintesi dei programmi di giustizia riparativa*, in appendice alla presente *Relazione*.

4.3. (segue). Rapporti con il procedimento disciplinare

Una importante novità della versione definitiva del *Progetto* è rappresentata dall'art. 18, dedicato ai rapporti tra giustizia riparativa in ambito sanitario e procedimento disciplinare nei confronti del medico.

La norma, inserita *ex novo*, prevede la sospensione del procedimento disciplinare (eventualmente avviato per taluno dei delitti di nuovo conio, ai sensi degli artt. 38 ss. del d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221) «in pendenza di un programma di giustizia riparativa», nonché la sospensione del corso della relativa prescrizione.

La previsione più rilevante è però contenuta nel quarto comma, dove si contempla l'estinzione *anche* dell'illecito disciplinare per effetto dell'adempimento delle condotte a contenuto riparatorio e conformativo risultanti dal programma di giustizia riparativa, «salvo che, per la eccezionale gravità delle violazioni, debba essere disposta la sanzione disciplinare della radiazione o della sospensione dall'esercizio della professione».

A tal fine, il comma 3 dell'art. 18 prescrive l'invio di un'informativa da parte della «Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario» al presidente del Consiglio dell'Ordine o del Collegio della provincia nel cui Albo il sanitario è iscritto, avente ad oggetto l'«inizio e la chiusura del programma», con l'indicazione – importantissima per gli effetti estintivi che possono prodursi anche in sede disciplinare – delle attività comunque svolte avanti alla Commissione medesima.

Reagendo positivamente ad osservazioni emerse nel dibattito in merito alla ragionevolezza di una disciplina così innovativa riservata al solo ambito medico e recependo alcuni rilievi e suggerimenti in ordine a una lamentata eccessiva mitezza del disegno complessivo del *Progetto*, il tema dei rapporti con il procedimento disciplinare è stato oggetto di una rinnovata riflessione.

Le questioni in gioco sono indubbiamente delicate: un'accentuazione eccessiva del procedimento disciplinare, mediante la previsione di obblighi di segnalazione da parte della Commissione e un'espansione delle sanzioni disciplinari, in vece di quelle penali, potrebbe certamente dar vita a una serie di effetti controproducenti, proprio riguardo al contenimento dei comportamenti di medicina difensiva; d'altra parte, non vi è dubbio che, ridimensionata in maniera drastica la pena detentiva, le sanzioni disciplinari interdittive possono mostrarsi sicuramente efficaci nel quadro di una razionale politica preventiva della colpa medica.

I diversi profili sono stati attentamente esaminati e si è ravvisata la possibilità di un loro temperamento grazie all'interazione virtuosa dei procedimenti penale, riparativo e disciplinare, i quali restano saldamente e armonicamente uniti nell'intento di favorire la scoperta, la correzione e la riparazione delle condotte gravemente colpose dei medici, integranti fatti di omicidio o lesioni personali.

Così, la volontaria assunzione di impegni a contenuto riparativo o, a maggior ragione, conformativo *assorbe* la sanzione disciplinare rendendola inutile ed estingue l'ille-

cito che ne è il presupposto (ove sussistente). Il «risultato del programma di giustizia riparativa» – e in particolare di quelle «attività informative, formative e di aggiornamento professionale, [...] di collaborazione con l'Unità di gestione del rischio clinico, e ogni altra attività diretta alla prevenzione e correzione dell'inosservanza delle regole dell'arte e di eventuali lacune organizzative» (art. 7, comma 2) – sono di per sé densi di implicazioni deontologiche atte a reintegrare il medico nel decoro professionale che la sua «mancanza» può aver pregiudicato.

Del resto, se le sanzioni disciplinari previste dall'art. 40 del d.P.R. 221/1950 hanno – oltre a quella interdittiva per i casi più gravi – funzioni di diffida e biasimo¹², le condotte conformative e riparatorie di cui al *Progetto* assolvono in pieno a tali scopi, arricchendoli però di una vantaggiosa natura *reintegrativa*, per dirla con John Braithwaite¹³. La riparazione che il sanitario individua all'esito di uno dei programmi sopra descritti è perciò frutto non di un intervento coercitivo sterile, bensì di una autonoma revisione del proprio operato, combinata allo spontaneo riconoscimento della «mancanza» professionale e al volontario, fattivo, sforzo per non ripeterla.

Il *Progetto* ha ritenuto di escludere dal beneficio dell'estinzione dell'illecito disciplinare solo i casi «di eccezionale gravità delle violazioni», riguardo ai quali gli Ordini professionali conservano il potere di disporre la radiazione o la sospensione dall'esercizio della professione. Si osservi che, a fronte del carattere macroscopico delle violazioni commesse, la sanzione disciplinare interdittiva (perpetua o temporanea), irrogata all'esito del relativo procedimento e con le garanzie ad esso proprie, finisce per rivestire ancora una volta finalità preventivo-corrective, senza recare lo stigma di pene accessorie di contenuto analogo.

5. Titolo IV: Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario

La parte conclusiva del *Progetto*, dedicata alle «Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario», ha tratto importanti spunti di riflessione dalle considerazioni svolte, in particolare dal Prof. Ponzanelli, nel corso della *Tavola rotonda*. La versione definitiva dell'articolato è stata infatti arricchita con l'introduzione di tre nuove norme (gli attuali artt. 29, 30 e 33 del *Progetto*) e la precisazione di alcuni aspetti che non risultavano adeguatamente definiti nella ipotesi ini-

¹² Merita, per comodità del lettore, ricordare che, secondo quanto previsto dal citato art. 40, le sanzioni disciplinari irrogabili al medico sono: «1) l'avvertimento, che consiste nel diffidare il colpevole a non ricadere nella mancanza commessa; 2) la censura, che è una dichiarazione di biasimo per la mancanza commessa; 3) la sospensione dall'esercizio della professione per la durata da uno a sei mesi, salvo quanto è stabilito dal successivo art. 43; 4) la radiazione dall'Albo».

¹³ BRAITHWAITE J., *Crime, Shame, and Reintegration*, Cambridge, 1989.

ziale sottoposta all'attenzione dei partecipanti all'incontro.

In particolare, pur restando inalterata la scelta di fondo del *Progetto* – e cioè l'introduzione di una assicurazione obbligatoria, gravante sulle strutture che erogano servizi sanitari, per la responsabilità civile in relazione ai danni causati dal personale medico e paramedico – ne sono stati definiti in maniera più analitica alcuni presupposti e conseguenze, giovandosi anche delle analoghe considerazioni svolte – nel contesto di un più limitato disegno di legge in tema di responsabilità civile in ambito sanitario – dalla *Società Italiani tra gli Studiosi del Diritto Civile* (SISDiC).

La prima modifica di cui merita dare conto nella presente *Relazione integrativa* attiene alla previsione contenuta nell'art. 29 del *Progetto*, intitolato «Fondo di solidarietà per le vittime di danni da attività sanitaria». Attraverso la creazione di tale «Fondo di solidarietà» – da non confondersi, si badi, col «Fondo di garanzia» previsto dall'art. 28, che rappresenta lo strumento attraverso il quale le regioni e le province autonome possono, se lo ritengono, assicurare “in proprio” il rischio legato all'attività sanitaria prestata nelle strutture pubbliche, senza rivolgersi al mercato delle compagnie assicuratrici private – si è ritenuto di accogliere l'impostazione già sperimentata in Francia con la *loi Kouchner* del 2002, prevedendo un sistema c.d. “a doppia corsia”, imperniato, da un lato, sull'assicurazione obbligatoria delle strutture sanitarie per i danni colposamente cagionati al paziente, e, dall'altro, su un apposito Fondo di solidarietà, da attivare nelle ipotesi in cui non sia individuabile, in capo all'organizzazione che ha erogato la prestazione, alcun elemento di colpa.

Mentre nel primo caso ci si troverà di fronte a un reale “risarcimento del danno”, causato da una condotta colposa del sanitario e coperto dall'assicurazione obbligatoria della struttura; nel secondo caso a intervenire sarà un Fondo di solidarietà di natura chiaramente indennitaria, che opererà in relazione a danni i quali non saranno, tecnicamente, “risarciti” – manca, infatti, il requisito essenziale della colpa, e quindi non è possibile individuare un vero danneggiante – bensì “riparati”, in ossequio ai principi di solidarietà sociale costituzionalmente sanciti e già operanti, secondo uno schema del tutto analogo, nei confronti della categoria delle c.d. “vittime della strada”.

Sul punto, peraltro, si sono anche considerati i costi economici e finanziari, verosimilmente ingenti, connessi a tale previsione, che, se da un lato contribuirebbe a diffondere una opportuna chiarezza concettuale nella giurisprudenza civile, spesso affaticata nel ricostruire colpe delle strutture sanitarie davvero pallide, pur di riconoscere una qualche forma di risarcimento al paziente che abbia subito dei danni, dall'altro potrebbe prestarsi a richieste di indennizzo pretestuose e opportunistiche, favorite dalla possibilità di ottenere un ristoro senza dover fornire in giudizio la prova della colpa del sanitario. Proprio in virtù di tale considerazione, si è deciso allora di limitare l'operatività del Fondo di solidarietà – almeno nella fase iniziale della sua gestione – a due ipotesi del tutto peculiari e più vicine al tradizionale ambito della colpa e del risarcimento del danno: in particolare, si è ritenuto di prendere in considerazione, nel

comma 1 dell'art. 28, i soli casi in cui la struttura sanitaria, pur essendo obbligata ad assicurarsi, non abbia adempiuto a tale obbligo e quello dell'impresa assicurativa che, al momento del sinistro o durante la fase di evasione della pratica, sia posta in stato di liquidazione coatta.

Senza soffermarsi analiticamente sui dettagli operativi del Fondo, disciplinati nei commi da 2 a 7 dell'art. 29, è opportuno dedicare qualche parola alla previsione – pure introdotta *ex novo* nella versione definitiva del *Progetto* – contenuta nell'art. 30 e dedicata alla disciplina dell'«*obbligo a contrarre*» in capo alle imprese assicuratrici. Sul punto, già nel corso della *Tavola rotonda* era stato osservato come l'ipotesi inizialmente avanzata presentasse una pericolosa asimmetria, enucleando sì un obbligo di assicurarsi in capo alle strutture sanitarie, ma lasciando poi le compagnie assicuratrici libere di rifiutare la sottoscrizione di un contratto a una determinata controparte, magari perché portatrice di una storia caratterizzata da un numero elevato di sinistri. In casi del genere, la formulazione iniziale del *Progetto* consentiva alle imprese assicuratrici di scegliere di non coprire tali rischi, in considerazione, ad esempio, del fatto che nemmeno un premio assicurativo maggiorato potrebbe essere valutato economicamente attraente per gli operatori del mercato dei prodotti assicurativi. Con la previsione di cui all'art. 30 del *Progetto* si è ritenuto di ovviare a tale lacuna, stabilendo la necessità di una «dichiarazione di disponibilità» – da rendersi ogni anno, da parte delle compagnie assicurative che intendano operare nell'ambito della copertura dei rischi legati allo svolgimento delle attività sanitarie – con la quale ogni impresa assicuratrice indichi i rischi per i quali offre copertura, le condizioni di contratto, nonché le tariffe praticate, nel rispetto dei massimali stabiliti annualmente su proposta dell'ISVAP. Una volta formulata la scelta di partecipare al mercato in esame, però, le compagnie assicurative saranno obbligate ad accettare le proposte che vengano loro presentate per l'assicurazione obbligatoria, naturalmente in conformità alle condizioni indicate nella «dichiarazione di disponibilità».

Così chiarite le scelte operate in merito all'obbligo delle società assicuratrici a contrarre, pare opportuno dedicare qualche riflessione alla disciplina dell'azione di regresso, che è rimasta immutata rispetto alla versione originaria del *Progetto*, nonostante nel corso della *Tavola rotonda* fosse stata manifestata qualche riserva sulla legittimità della scelta prospettata. Il *Progetto* aveva già ritenuto di consentire l'azione di regresso nei confronti del sanitario, da parte della struttura di appartenenza o dell'assicuratore che abbia provveduto a risarcire i danni subiti dal paziente, esclusivamente nei casi di dolo e di colpa grave, escludendo dunque la possibilità di rivalersi sul singolo medico in tutte le ipotesi di colpa lieve. In particolare, per ciò che attiene al meccanismo di esercizio dell'azione di regresso, si era ritenuto di distinguere l'ipotesi del dolo da quella della colpa grave, assicurando immediatamente il diritto di rivalsa per l'intero ammontare del danno risarcito solo nella prima categoria di casi. Per le fattispecie caratterizzate da una colpa grave, viceversa, si era ritenuto di garan-

tire un meccanismo di maggior favore per il sanitario, consentendo esclusivamente il recupero delle somme riscaricate attraverso trattenute sullo stipendio, nella misura massima del quinto.

Sul punto, era stata ravvisata, nel corso della *Tavola rotonda* di presentazione, una possibile contraddizione con l'art. 1229 c.c., che stabilisce come le clausole di esonero o limitazione della responsabilità non valgano laddove si versi in ipotesi di dolo o colpa grave: pur trattandosi di una norma non avente immediata rilevanza costituzionale, ed essendo dunque formalmente derogabile da fonti di rango legislativo, era stato segnalato come la disposizione di cui all'art. 1229 c.c. sia comunque riconosciuta, anche dalla giurisprudenza costituzionale, come espressiva di un principio generale dell'ordinamento, che non potrebbe dunque essere posto nel nulla in uno specifico settore, qual è quello della responsabilità per colpa medica.

Senonché, il rilievo in questione non è sembrato decisivo al punto da indurre una modifica del contenuto della previsione normativa – l'unico mutamento apportato, esclusivamente formale, attiene infatti all'eliminazione del riferimento alla categoria della preterintenzione, estranea all'ambito dell'illecito civile – in quanto, a ben vedere, il meccanismo della “trattenuta del quinto dello stipendio” introdotto dall'art. 31 del *Progetto* non attiene ai rapporti tra danneggiante e danneggiato, ma serve soltanto a disciplinare la relazione che intercorre tra la struttura sanitaria e il proprio dipendente. Da questo punto di vista, dunque, non appare configurabile alcun contrasto con l'art. 1229 c.c., in quanto il titolare del diritto al risarcimento (*i.e.* il paziente la cui integrità fisica è stata lesa) non subisce alcun pregiudizio o limitazione delle proprie prerogative: solo nei rapporti interni tra struttura e dipendente, infatti, viene a operare la limitazione al diritto di regresso, che assicura, attraverso il procedimento del prelievo forzoso di una quota dello stipendio, una equilibrata tutela patrimoniale nei confronti di chi, professionalmente, è comunque particolarmente esposto al rischio di ledere i diritti altrui.

L'ultima previsione del Titolo IV che risulta innovata rispetto alla versione originaria del *Progetto* è quella dedicata alla disciplina della prescrizione del diritto al risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio dell'attività sanitaria. Sul punto, l'iniziale scelta di demandare alla elaborazione giurisprudenziale, sulla base delle categorie generali, il compito di individuare il tempo necessario a prescrivere e il *dies a quo* dal quale far decorrere tale termine è stata abbandonata, a seguito dei suggerimenti espressi nel corso della *Tavola rotonda*, per far posto a una espressa previsione legislativa che ponga la parola fine all'annoso contrasto da tempo osservato nella giurisprudenza civile (e solo in parte risolto con le sentenze emanate dalle Sezioni Unite nel gennaio 2008). Di conseguenza, si è ritenuto di individuare nel termine decennale – caratteristico delle ipotesi di responsabilità contrattuale – il tempo necessario per il perfezionamento della prescrizione del diritto al risarcimento: tale termine decorrerà dal momento della conoscenza del danno, inteso sia come consapevole presa di

coscienza delle conseguenze dannose subite, sia come piena cognizione del consolidamento di tale pregiudizio alla sfera fisio-psichica del soggetto. Anche la prescrizione civilistica, peraltro, resta sospesa nel corso dello svolgimento di uno dei programmi di giustizia riparativa, in modo da garantire un trattamento armonico e coerente delle vicende procedurali relative ai profili penali, disciplinari e civili dell'illecito.

Appendice

QUADRO DI SINTESI DEI PROGRAMMI DI GIUSTIZIA RIPARATIVA IN AMBITO SANITARIO

Tipologia di programma	Mediazione (diretta / indiretta) Art. 6, lett. a	Incontro allargato Art. 6, lett. b	Riparazione indiretta Art. 6, lett. c	Ascolto protetto della persona offesa Art. 6, lett. d
Soggetti coinvolti	<p>Persona cui il fatto è attribuito (medico, professionista sanitario)</p> <p>Persona offesa</p> <p>Mediatori della Commissione per la Giustizia riparativa in ambito sanitario</p> <p>Eventuali esperti</p>	<p>Persona cui il fatto è attribuito (medico, professionista sanitario)</p> <p>Persona offesa Congiunti dell'offeso</p> <p>Mediatori della Commissione per la Giustizia riparativa in ambito sanitario Altri soggetti interessati (équipe medica, altro personale sanitario del reparto, direttore sanitario, ecc.)</p> <p>Eventuali esperti</p>	<p>Persona cui il fatto è attribuito (medico, professionista sanitario)</p> <p>Mediatori della Commissione per la Giustizia riparativa in ambito sanitario</p> <p>Con l'eventuale coinvolgimento di: - vittime specifiche - enti esponenziali di interessi lesi dal reato (Associazioni di malati, associazioni di volontariato ospedaliero, ecc.)</p> <p>Eventuali esperti</p>	<p>Persona offesa</p> <p>Mediatori della Commissione per la Giustizia riparativa in ambito sanitario</p> <p>Con l'eventuale coinvolgimento di: - autori specifici di reati analoghi a quello subito dall'offeso - enti esponenziali di interessi lesi dal reato</p> <p>Eventuali esperti</p>
Consenso della persona offesa	Si	Si	No	Si
Consenso della persona cui il fatto è attribuito	Si	Si	Si	No
Tipo di attività svolta nel programma	<p>Incontro diretto</p> <p>Contatti indiretti, per il tramite dei mediatori</p> <p><i>Apology</i></p>	<p>Incontro diretto</p> <p>Adattamento del modello del <i>Family/Community Group Conferencing</i></p>	<p>Adattamento del modello del <i>Victim/Offender Group</i> e del <i>Community Group Conferencing</i> o <i>Circle</i></p>	<p>Adattamento del modello dei <i>Victim Impact Statements</i> <i>Victim Impact Classes</i> <i>Victim Impact Panels</i></p>
Destinatari del «risultato del programma»	<p>Persona offesa</p> <p>Collettività/Stato</p>	<p>Persona offesa</p> <p>Familiari dell'offeso e/o <i>entourage</i> dell'offeso</p> <p><i>Entourage</i> della persona cui il fatto è attribuito (ove opportuno) (per es.: reparto, ospedale, ecc.)</p> <p>Collettività/Stato</p>	<p>Collettività/Stato</p> <p>Vittime specifiche</p> <p><i>Entourage</i> della persona cui il fatto è attribuito (ove opportuno) (per es.: reparto, ospedale, ecc.)</p>	<p>Persona offesa</p>
Caratteristiche del «risultato del programma»	<p><i>Victim-oriented</i></p> <p>Contenuti concordati con la persona offesa, sotto la guida dei mediatori</p>	<p><i>Victim-oriented</i></p> <p>Contenuti concordati con la persona offesa, sotto la guida dei mediatori</p>	<p><i>Community-oriented</i></p> <p>Contenuti definiti con i mediatori, con l'eventuale coinvolgimento di vittime specifiche e enti esponenziali</p>	<p><i>Victim-centered</i></p> <p>Possibilità di riparazione simbolica concordata con autore specifico</p>
Forme del «risultato del programma»	<p>Attività riparativa diretta alla vittima</p> <p>Attività socialmente utili con significato riparativo per l'offeso</p> <p>Attività conformative con significato preventivo e correttivo anche di carattere generale</p>	<p>Attività riparativa diretta alla vittima e/o ai prossimi congiunti</p> <p>Attività socialmente utili con significato riparativo per l'offeso e/o i suoi congiunti</p> <p>Attività conformative con significato preventivo e correttivo anche di carattere generale</p>	<p>Attività conformative con significato preventivo e correttivo di carattere generale</p> <p>Attività riparativa/attività socialmente utili dirette alla collettività e/o a vittime specifiche (<i>community service, community repair boards</i>)</p>	<p>Riparazione simbolica</p> <p>Attività conformativa da autore specifico</p> <p>Attività socialmente utili da autore specifico</p>

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche

discipline penalistiche - Criminalia

discipline pubblicistiche

filosofia del diritto

discipline civilistiche

- Stefano Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, 2009

discipline penalistiche - Criminalia

- Costanza Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, anti-giuridicità, colpevolezza*, 2008
- Caterina Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2008
- Stefano Canestrari, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Tullio Padovani, *Medicina e diritto penale*, 2009
- Gabrio Forti, Maurizio Catino, Francesco D'Alessandro, Claudia Mazzucato, Gianluca Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, 2010

discipline pubblicistiche

- Giuliano Fonderico, *Autonomie locali e iniziativa economica privata. Studio sui monopoli e le privative comunali*, 2008
- Luigi Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, 2010

filosofia del diritto

- Mario Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, 2008
- Silvia Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, 2008
- Gianmarco Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, 2008

Finito di stampare nel mese di febbraio 2010
in Pisa dalle
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

Il presente volume documenta le varie fasi del lavoro di ricerca ed elaborazione normativa condotto da un gruppo di giuristi del *Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP)* dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano sul problema della cosiddetta “medicina difensiva”. Tale ricerca è stata avviata su proposta e con la consulenza della *Società Italiana di Chirurgia (SIC)*, che si è fatta portavoce del disagio diffuso tra i chirurghi, ma comune a larga parte dei medici italiani, per un quadro normativo e giurisprudenziale ritenuto inadeguato a offrire chiarezza sulle cornici di responsabilità, soprattutto penali, entro cui attualmente è destinata a muoversi la professione sanitaria. Gli studiosi del *CSGP*, attraverso un'accurata ricerca empirica “sul campo”, hanno dapprima ricostruito caratteristiche e dimensioni del fenomeno della medicina difensiva, vedendone confermate le dimensioni e la gravità preoccupanti, nonché l'incidenza negativa sulle condizioni necessarie ad assicurare pienamente la tutela della salute dei cittadini. Su queste basi e dopo un'ampia ricognizione delle principali soluzioni adottate in altri ordinamenti per disciplinare la responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e il contenzioso legato al rischio clinico, essi hanno elaborato un autonomo e innovativo progetto di riforma di tale materia. Il progetto è stato ulteriormente perfezionato in esito a una tavola rotonda cui hanno partecipato qualificati esponenti del mondo accademico e della magistratura (qui integralmente riprodotta nei suoi contenuti). Il testo definitivo del progetto e la relazione che documenta questo passaggio finale del cammino di ricerca sono raccolti nelle ultime due parti del volume.