

PARERE N. 1
IL RIFIUTO DELLE CURE
(Trib. Cagliari 16-7-2016)

Tizio è affetto da una grave e irreversibile patologia inabilitante (sclerosi laterale amiotrofica) ed è sottoposto a un trattamento vitale artificiale realizzato mediante respiratore artificiale.

Per comunicare utilizza un comunicatore acustico con comandi oculari.

Tizio è persona capace di intendere e di volere, non presentando alcun deficit delle funzioni cognitive. È in grado di determinarsi lucidamente in piena autonomia, di rendersi conto del valore delle proprie determinazioni e delle proprie scelte, di comprenderne motivi e significato, di valutarne criticamente la portata e le conseguenze.

La respirazione è assistita e utilizza un comunicatore acustico con comandi oculari.

Alla presenza di testimoni redige una scrittura privata affermando che, atteso che le proprie funzioni respiratorie sono affidate a un respiratore meccanico, rilevato che l'inevitabile procedere della malattia comporterà la completa perdita delle capacità vocali, rendendo impossibile la comunicazione diretta della propria volontà, delega Caio, il proprio amministratore di sostegno, a chiedere l'assistenza medica perché proceda alla somministrazione di farmaci sedativi e allo scollegamento dal respiratore meccanico. Dopo qualche tempo perde la capacità di comunicare tramite il comunicatore acustico a comandi oculari.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Caio, rediga parere motivato.

La Costituzione è esplicita nel prevedere che ogni trattamento sanitario, per poter essere praticato, necessiti del consenso dell'individuo: la norma non contiene riserve di sorta ed il consenso del paziente deve esistere sempre, anche se il dissenso determini un pericolo potenziale o reale per la propria vita.

Il comma 2 dell'art. 32 Cost., secondo cui «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», e l'art. 13 Cost. secondo cui «la libertà personale è inviolabile», tutelano un diritto fondamentale dei cittadini, sancendo il principio dell'autodeterminazione individuale.

Tale principio, pur in assenza di una specifica normativa sul fine vita, ha trovato accoglimento anche presso l'assemblea parlamentare: nel 1997 il governo italiano, insieme ai governi degli altri Paesi facenti parte del consiglio d'Europa, ha firmato la **Convenzione di Oviedo** (convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina) che, all'art. 5, dispone che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero ed informato. ... La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso», e conferma il **diritto dei pazienti al rifiuto delle cure**.

Tale convenzione è stata ratificata con la **L. 145/2001**.

Sebbene dopo 20 anni dalla sottoscrizione e quindici anni dalla ratifica parlamentare non risulti ancora depositato presso il consiglio d'Europa (organo promotore della Convenzione) lo strumento di ratifica da parte del Governo, tale normativa, non ancora in vigore nel nostro ordinamento, vale comunque quale **criterio interpretativo** per il giudice, in quanto enuncia principi conformi alla nostra Costituzione e costituisce un valido punto di riferimento per l'interprete ed una conferma delle scelte di fondo della nostra Carta costituzionale.

Il **principio di autodeterminazione terapeutica** trova riscontro anche nel Codice di deontologia medica, approvato il 15-12-2006, dove, all'art. 35, si prevede che il sanitario non debba intraprendere attività diagnostiche o terapeutiche senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dagli atti diagnostici e curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà espressa della persona.

Infine, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che costituisce la parte II del progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, al titolo I, stabilisce che la dignità umana è inviolabile e, in ambito medico, prevede che «deve essere rispettato il consenso libero ed informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

Il riconoscimento del diritto ad autodeterminarsi in ordine al trattamento sanitario sarebbe parziale se non fosse ammesso lo speculare diritto, in capo al soggetto, di **rifiutare il trattamento sanitario** o di **interrompere un trattamento sanitario in atto**.

La Cassazione ha affermato esplicitamente che il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale (Cass. 21748/2007).

In tale sede la Suprema corte ha anche precisato che il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale.

Ovviamente, il presupposto del rifiuto o dell'interruzione del trattamento sanitario poggia sulla possibilità di **revocare in ogni momento il dissenso prestato**, in base al combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite, qualora da esso consegua il sacrificio del bene della vita: proprio in forza di quel principio di libertà costituzionalmente garantito, la salute dell'individuo non può essere oggetto di imposizione coattiva.

Il diritto al rifiuto del trattamento sanitario può essere, dunque, **esteso ai trattamenti di sostegno vitale**, intendendosi tali quei trattamenti la cui mancata somministrazione determina un pericolo grave e immediato per la vita del paziente.

Il quadro normativo richiamato impone, pertanto, il rispetto assoluto della volontà del soggetto nei trattamenti sanitari, ed ogniqualvolta il rifiuto sia informato, autentico e attuale non vi è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

L'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica, come tutti i diritti di libertà, è evidentemente condizionato dalle convinzioni etiche proprie del titolare del diritto medesimo ed è altresì coerente con la nuova dimensione che oggi ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di benessere fisico e psichico, coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita e le relazioni con gli altri.

Ciò premesso, il beneficiario, come risulta dalla documentazione medica in atti, è affetto da sclerosi laterale amiotrofica.

La respirazione è assistita e utilizza un comunicatore acustico con comandi oculari.

Dal punto di vista neurologico Tizio è persona capace di intendere e di volere, non presentando alcun deficit delle funzioni cognitive, né turbe psicopatologiche aventi significatività clinica. È persona in grado di determinarsi lucidamente in piena autonomia, di rendersi conto del valore delle proprie determinazioni e delle proprie scelte, di comprenderne motivi e significato, di valutarne criticamente la portata e le conseguenze.

Alla presenza di testimoni ha redatto una scrittura privata, affermando che, poiché le proprie funzioni respiratorie — in ragione della patologia da cui è afflitto — sono affidate ventiquattro ore al giorno a un respiratore meccanico, e rilevato che in un arco di tempo più o meno ravvicinato l'inevitabile procedere della malattia comporterà la completa perdita delle capacità vocali, già oggi fortemente compromesse, rendendo impossibile la comunicazione diretta e esplicita della propria volontà, delega il proprio amministratore di sostegno — al verificarsi di tali circostanze — a chiedere l'assistenza del medico rianimatore perché proceda alla somministrazione di farmaci sedativi e, successivamente all'effetto di questi, all'operazione di scollegamento del sottoscritto dal respiratore meccanico.

Dopo qualche tempo ha perso la capacità di comunicare tramite il comunicatore acustico a comandi oculari.

Poiché **il consenso informato costituisce la base di ogni trattamento terapeutico**, da tale principio scaturisce la configurazione di un vero e proprio diritto perfetto, sancito e garantito da norme di rango costituzionale (artt. 2, 13 e 32 Cost.) e dall'art. 33 L. 833/1978 (istituzione del servizio sanitario nazionale) a determinarsi liberamente e consapevolmente in ordine al rifiuto del compimento di qualsiasi attività invasiva di natura medica e, di conseguenza, al diritto di interrompere quelle terapie per le quali il consenso viene revocato; la Costituzione, infatti, tutela non solo il diritto alla salute, ma anche il diritto di autodeterminarsi, lasciando a ciascuno il potere di scegliere autonomamente se effettuare, o meno, un determinato trattamento sanitario.

Il divieto del medico (correlato al diritto del paziente) di porre in essere un qualsiasi trattamento medico in presenza di un documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere (art. 32 cod. deontologia medica) vale certamente, in ragione dell'ampio contenuto del diritto del paziente, anche per il trattamento medico in atto, allorché si chieda di desistere dai conseguenti atti diagnostici e curativi, **non essendo possibile alcun trattamento medico contro la volontà della persona**.

Il rifiuto di un trattamento sanitario deve essere frutto di una scelta libera ed effettiva del paziente: come il consenso, il rifiuto deve essere quindi **personale** (espresso cioè dal titolare del diritto alla salute o da colui che intende sottoporsi al trattamento sanitario, eccettuati i casi di incapacità previsti dal legislatore, ricorrendo i quali è possibile che il consenso venga prestato dal rappresentante legale), **libero** (risultato della libera autodeterminazione del paziente e immune dai vizi rilevanti secondo la disciplina civilistica sulla volontà), **attuale** (il rifiuto deve essere concomitante al trattamento sanitario o ad esso preventivo), **con-**

creto (il rifiuto non deve essere meramente ipotetico, ma deve essere espresso in relazione ad uno specifico trattamento incipiente o in fieri), **informato** (per essere validamente espresso, il paziente deve ricevere un'informazione adeguata in ordine agli effetti che possono derivare dal rifiuto o dall'interruzione di un trattamento sanitario; perché sia informato, il medico deve presentare al paziente la reale situazione clinica, vera ed attuale, con l'indicazione delle eventuali criticità del caso concreto) e **revocabile** (è certamente ammissibile che il paziente abbia il diritto di revocare il proprio dissenso manifestato in un primo momento, onde poter accedere alle cure, inizialmente rifiutate).

Osservato che il rifiuto del trattamento sanitario, da iniziare o già in atto, deve presentare gli stessi requisiti postulati per il consenso richiesto al soggetto prima di sottoporsi al trattamento medesimo e rilevato che, nel caso di specie, il rifiuto espresso dal titolare del diritto alla salute è il risultato della sua libera autodeterminazione, è attuale e concreto (non meramente ipotetico, ma relativo a uno specifico trattamento *in fieri*) e informato (il paziente è consapevole degli effetti che possono derivare dall'interruzione del trattamento sanitario), considerato che il beneficiario è edotto della possibilità di revoca delle proprie disposizioni in qualunque momento, ne consegue la legittimità della richiesta di pretendere dai sanitari coinvolti il distacco dei presidi medici per il sostegno vitale, compresa la ventilazione assistita.

Quanto alle modalità con cui attuare l'interruzione del trattamento di sostegno vitale, in via cautelativa, sarà opportuno disporre che, in accordo con il personale medico e paramedico che attualmente assiste o verrà chiamato ad assistere Tizio, l'interruzione del trattamento di respirazione artificiale o di altre procedure di assistenza strumentale avvenga con somministrazione di quei soli presidi atti a prevenire ansia e dolori e nel solo dosaggio funzionale a tale scopo, comunque con modalità tali da garantire un adeguato e dignitoso accudimento accompagnatorio della persona prima, durante e dopo la sospensione del trattamento.

Si rammenta, infine, che Tar Lombardia n. 650/2016 ha ritenuto la sussistenza del fatto lesivo e la sua ingiustizia nella condotta dell'ente pubblico che abbia inteso negare l'effettuazione della richiesta prestazione sanitaria, frapponendo ostacoli all'esecuzione dell'autorizzazione rilasciata dall'autorità giudiziaria, rifiutandosi deliberatamente di darvi seguito e ponendo in essere un comportamento di natura certamente dolosa, condannando l'ente al risarcimento dei danni.

Per questi motivi, Caio potrà chiedere al giudice tutelare di autorizzare l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale realizzato mediante respiratore artificiale, previa sedazione.

PARERE N. 1
LA NUOVA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO
(Cass. 28187/2017)

A Tizio si contesta, quale medico psichiatra responsabile dell'ufficio salute mentale, che aveva in cura il paziente Caio, nonché quale psichiatra di riferimento del piano riabilitativo redatto per il richiamato paziente, di avere colposamente posto in essere, ai sensi dell'art. 589 c.p., una serie di condotte, attive e omissive (risalenti a febbraio 2017), da qualificarsi come condizioni necessarie affinché Caio ponesse in essere il gesto omicidiario nei confronti di Mevio, che unitamente all'imputato era stato inserito in una struttura residenziale. Caio, infatti, aveva sferrato numerosi colpi nei confronti di Mevio con un'ascia lasciata incustodita presso la richiamata struttura, solo perché infastidito dal comportamento della persona offesa. Il pubblico ministero contesta a Tizio che, a posteriori, le scelte effettuate sono risultate oggettivamente inadeguate a contenere la perdurante pericolosità di Caio, soggetto che sedici anni prima aveva commesso un altro omicidio. Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, rediga parere motivato, soffermandosi sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale nell'ambito della responsabilità medica.

La vicenda in esame si muove attorno al ruolo e alla responsabilità del professionista psichiatra.

La giurisprudenza si è occupata a più riprese della posizione di garanzia che grava sul medico psichiatra e sul contenuto dei conseguenti obblighi di protezione e controllo, rispetto alle condotte autolesive o lesive del paziente verso terzi.

Ad es., Cass. 48292/2008, Desana, ha affrontato un caso nel quale era stata affermata la responsabilità del primario e dei medici del reparto di psichiatria di un ospedale pubblico per omicidio colposo in danno di un paziente che, ricoveratosi volontariamente con divieto di uscita senza autorizzazione, si era allontanato dal reparto dichiarando di volersi recare al piano superiore e si era suicidato gettandosi da una finestra.

Il tema si intreccia con quello del concorso colposo nel delitto doloso. La Cassazione, infatti, ha affermato che è configurabile il concorso colposo nel delitto doloso proprio in riferimento al caso di un medico psichiatra, il quale, sospendendo in maniera imprudente il trattamen-

to farmacologico cui era sottoposto il paziente ricoverato in una comunità, ne aveva determinato lo scompenso psichico, ritenuto la causa della crisi nel corso della quale lo stesso paziente, poi ritenuto non imputabile, aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori che lo accudivano (Cass. 10795/2007, Pozzi).

Giova ricordare che la giurisprudenza ha chiarito che l'obbligo giuridico che grava sullo psichiatra risulta potenzialmente qualificabile come obbligo di controllo, equiparando il paziente a una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante avrebbe il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e come obbligo di protezione del paziente medesimo, soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per se stesso (Cass. 14766/2016, De Simone).

In argomento non si è mancato di rilevare che il contenuto della posizione di garanzia assunta dallo psichiatra deve essere circoscritto, tenendosi nel dovuto conto la contemporanea presenza di vincoli protettivi e pretese di controllo, unitamente alla particolare complessità della situazione rischiosa da governare: tra il perimetro della posizione di garanzia e il rischio consentito esiste infatti uno stretto collegamento, nel senso che è proprio l'esigenza di contrastare e frenare un determinato rischio per il paziente (o realizzato dal paziente verso terzi) che individua e circonda, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari del medico.

In questo quadro, peculiare rilevanza assume la selezione delle regole tecniche e delle raccomandazioni che orientano l'attività medica nella scelta del percorso terapeutico; selezione che si pone in termini ancor più problematici con specifico riferimento alla scienza psichiatrica, giacché le manifestazioni morbose a carico della psiche sono ritenute tendenzialmente meno evidenti e afferrabili delle malattie fisiche, per cui l'individuazione del trattamento appropriato può in certi casi diventare ancora più incerta che non nell'ambito della attività medica genericamente intesa (Cass. 14766/2016, De Simone).

Come sottolineato dalla giurisprudenza, in tali casi la regola cautelare delinea l'area dell'obbligo di garanzia, che a sua volta definisce la condotta omissiva tipica, alla quale assegnare idoneità salvifica, rispetto all'impedimento dell'evento, come in concreto verificatosi.

Deve in questa sede ribadirsi l'insegnamento espresso dalla giurisprudenza, laddove si è evidenziato che la moderna psichiatria mostra patologie che non di rado sono difficilmente controllabili completamente, anche in ragione dell'abbandono di deprecate pratiche di isolamento e segregazione del paziente psicotico, a favore di terapie rispettose della dignità umana che, tuttavia, non eliminano del tutto il rischio di condotte inconsulte; in tali casi, il giudice deve verificare, con valu-

tazione *ex ante*, l'adeguatezza delle pratiche terapeutiche poste in essere dal sanitario a governare il rischio specifico, pure a fronte di un esito infausto sortito dalle stesse, e in tale percorso valutativo, che coinvolge la delimitazione del perimetro del rischio consentito insito nella pratica medica, vengono in rilievo le raccomandazioni contenute nelle linee-guida, in grado di offrire indicazioni e punti di riferimento, tanto per il medico nel momento in cui è chiamato ad effettuare la scelta terapeutica adeguata al caso di specie, quanto per il giudice che deve procedere alla valutazione giudiziale di quella condotta (Cass. 4391/2011, Di Lella).

I cenni che precedono, circoscritti all'esame strutturale della posizione di garanzia assunta dallo psichiatra nell'ambito della relazione terapeutica, rendono evidente la peculiare rilevanza che, nel caso di specie, assume la verifica del rispetto, da parte di Tizio, di eventuali codificate procedure formali ovvero di protocolli o linee-guida: si tratta di parametri che possono svolgere un ruolo importante, quale atto di indirizzo per il medico e quindi nel momento della verifica giudiziale della correttezza del suo operato (Cass. 35922/2012, Ingrassia).

Le linee-guida offrono al giudice un parametro di riferimento che garantisce maggiore tassatività nella valutazione degli eventuali profili di colpa del sanitario. D'altra parte, alle linee-guida affida uno speciale ruolo l'art. 3 L. 189/2012, che, pur essendo stato abrogato, trova ancora applicazione ai sensi dell'art. 2 c.p., essendo più favorevole rispetto alla normativa sopravvenuta.

La questione è altamente problematica, sicché occorre ripercorrere, sia pure in estrema sintesi, gli snodi concettuali che hanno attraversato l'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni, rispetto al tema di interesse.

Sino agli anni ottanta del secolo scorso la giurisprudenza limitava la responsabilità penale del medico, rispetto ai delitti di omicidio colposo e di lesioni colpose, alle ipotesi di colpa grave, in conformità a quanto previsto, in tema di responsabilità civile, dall'art. 2236 c.c. in riferimento alle prestazioni professionali comportanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

Il limite della colpa grave veniva solitamente riferito alla sola imperizia (quella cioè derivante dalla violazione delle *leges artis*), mentre rispetto alla negligenza e all'imprudenza si riteneva che la valutazione dell'attività del medico dovesse essere improntata a criteri di normale severità.

Tale indirizzo è stato però successivamente messo in discussione, affermandosi che nella materia devono trovare esclusivo accoglimento gli ordinari criteri di valutazione della colpa di cui all'art. 43 c.p., se-

condo il parametro consueto dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, arricchito dalle eventuali maggiori conoscenze dell'agente concreto.

La giurisprudenza successiva ha quindi costantemente rilevato che nella valutazione in ambito penale della colpa medica non trova applicazione la richiamata disciplina di favore di cui all'articolo 2236 c.c. La graduazione della colpa assume eventuale rilievo solo ai fini della determinazione della pena.

La distinzione tra *culpa levis e culpa lata* ha acquisito una nuova considerazione alla luce dell'art. 3, co. 1, L. 189/2012, dove era tra l'altro stabilito che «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve». Si tratta di disposizione oggi abrogata.

Secondo la Cassazione la citata novella del 2012 aveva escluso la rilevanza penale della colpa lieve, rispetto alle condotte lesive coerenti con le linee-guida o le pratiche terapeutiche mediche virtuose, accreditate dalla comunità scientifica. In particolare, si era evidenziato che la norma aveva dato luogo a un'*abolitio criminis* parziale degli artt. 589 e 590 c.p., avendo ristretto l'area penalmente rilevante individuata dalle predette norme incriminatrici, alla sola colpa grave (Cass. 47289/2014, Stefanetti).

Il tema della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, per i reati di omicidio colposo e di lesioni colpose, è stato oggetto di un ulteriore intervento normativo con il quale il legislatore ha posto mano nuovamente alla materia della responsabilità sanitaria, anche in ambito penale. Il riferimento è alla L. 24/2017, entrata in vigore in data l'1-4-2017.

Ai fini di interesse, viene in particolare rilievo l'art. 6, che ha introdotto l'art. 590sexies c.p., rubricato «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario».

La norma stabilisce che se i fatti di cui agli artt. 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal comma 2.

Qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee-guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

L'art. 6, co. 2, cit. dispone l'abrogazione dell'art. 3 L. 189/2012.

La novella manifesta la volontà di una **rifondazione della disciplina penale della responsabilità in ordine ai reati di omicidio e le-**

sioni colpose in ambito sanitario, come si desume dalla creazione di una nuova incriminazione.

Tuttavia la lettura della nuova norma suscita dubbi interpretativi.

Si legge che non è punibile l'agente che rispetta le linee-guida accreditate nei modi che si vedranno in seguito, nel caso in cui esse risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

L'enunciato attinge la sfera dell'ovvietà: non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l'autore che abbia rispettato le raccomandazioni espresse da linee-guida qualificate e pertinenti e le abbia in concreto attualizzate in un modo che «risulti adeguato» in rapporto alle contingenze del caso concreto.

La norma aggiunge che il *novum* trova applicazione «quando l'evento si è verificato a causa di imperizia». L'incompatibilità logica è lampante: si è in colpa per imperizia e, al contempo, non lo si è, visto che le codificate *leges artis* sono state rispettate e applicate in modo pertinente e appropriato («risultino adeguate alle specificità del caso concreto») all'esito di un giudizio maturato alla stregua di tutte le contingenze fattuali rilevanti in ciascuna fattispecie.

La contraddizione potrebbe essere risolta sul piano dell'interpretazione letterale, ipotizzando che il legislatore abbia voluto escludere la punibilità anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata.

Un esempio tratto dalla prassi può risultare chiarificatore.

Un chirurgo imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee-guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere la formazione tumorale taglia un'arteria con effetto letale. In casi del genere non può ritenersi che la condotta del sanitario sia non punibile per il solo fatto che le linee-guida di fondo siano state rispettate.

La Cassazione ha ripetutamente avuto modo di chiarire che le linee-guida costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche. Si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta.

Tali regole, di solito, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica.

Dunque, le linee-guida hanno contenuto orientativo, esprimono raccomandazioni e vanno distinte da strumenti di «normazione» maggiormente rigidi e prescrittivi, solitamente denominati «protocolli» o *check list*. Esse propongono direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti e, quindi, vanno in concreto applicate senza automatismi ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico.

Le linee-guida non esauriscono la disciplina dell'*ars medica*. Da un lato, infatti, vi sono aspetti della medicina che non sono regolati da tale genere di direttive. Dall'altro, può accadere che si tratti di assumere decisioni che le direttive in questione non prendono in considerazione. In tali situazioni la generica osservanza delle linee-guida costituisce un aspetto irrilevante ai fini del giudizio di rimproverabilità colposa.

Il tema impone di allargare l'orizzonte agli aspetti civilistici della nuova disciplina. L'art. 7, co. 3, L. 24/2017 recita che «il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'art. 590sexies c.p.»

Dunque, per effetto di tale richiamo della disciplina civile a quella penale, il solo fatto dell'osservanza di una linea-guida, anche quando non rilevante ai fini del giudizio di responsabilità, non solo escluderebbe la responsabilità penale, ma limiterebbe pure la quantificazione del danno. Insomma, neppure l'ambito civilistico consentirebbe alla vittima di ottenere protezione e ristoro commisurati all'entità del pregiudizio subito; e l'esonero da responsabilità si amplierebbe ulteriormente.

L'impraticabilità di questa interpretazione ha indotto la Cassazione a percorrere un itinerario alternativo.

Sovviene la considerazione delle finalità della nuova legge: sicurezza delle cure quale «parte costitutiva del diritto alla salute», corretta gestione del rischio clinico, utilizzo appropriato delle risorse. Funzionale a tali finalità è l'art. 5, che reca un vero e proprio statuto delle modalità di esercizio delle professioni sanitarie: «gli esercenti le professioni sanitarie... si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida» accreditate, espresse cioè da istituzioni individuate dal Ministero della salute.

Tali linee-guida sono sottoposte a verifica dell'Istituto superiore di sanità in ordine alla conformità a standard predefiniti ed alla rilevanza delle evidenze scientifiche poste a supporto delle raccomandazioni. In mancanza di tali raccomandazioni, i professionisti si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Le coordinate e le finalità di tale disciplina emergono nitidamente. Da un lato, si tratta di direttive di massima, che devono confrontarsi

con le peculiarità di ciascuna situazione concreta, adattandovisi. Dall'altro, emerge la volontà di costruire un sistema pubblicistico di regolazione dell'attività sanitaria, che ne assicuri lo svolgimento in modo uniforme, appropriato, conforme a evidenze scientifiche controllate.

Questo quadro d'insieme chiarisce il significato della nuova fattispecie incriminatrice.

Entrando nei dettagli, la normativa si riferisce a eventi che costituiscono espressione di **condotte governate da linee-guida accreditate**. Perché sia esclusa la responsabilità si richiede che le linee-guida siano appropriate rispetto al caso concreto, e cioè che non vi siano ragioni, dovute solitamente alle comorbilità, che suggeriscano di discostarsene radicalmente. Chiara, in tal senso, la già riportata formulazione dell'art. 5: «gli esercenti le professioni sanitarie.... si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida».

Insomma, **quando le linee-guida non sono appropriate e vanno quindi disattese, l'art. 590sexies c.p. non viene in rilievo e trova applicazione la disciplina generale prevista dagli artt. 43, 589 e 590 c.p.**

Ancora, la novella trova applicazione quando le raccomandazioni generali siano pertinenti alla fattispecie concreta. Qui si tratterà di valutare se esse «risultino adeguate» e siano cioè state attualizzate in forme corrette, nello sviluppo della relazione terapeutica, avuto naturalmente riguardo alle contingenze del caso concreto. Entro queste coordinate, l'agente ha diritto a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee-guida che hanno doverosamente governato la sua azione.

Il nuovo paradigma non dispiega i suoi effetti in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee-guida, pertinenti e appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo. Sovviene nuovamente, a tale riguardo, l'esempio dell'errore del chirurgo sopra esposto.

Tale ricostruzione dà conto anche dell'espressione «a causa di imperizia» di cui è stata sopra mostrata la potenziale incoerenza con la restante parte dell'art. 590sexies c.p. Il legislatore, con espressione lessicalmente infelice, ha ritenuto di limitare l'innovazione alle sole situazioni astrattamente riconducibili alla sfera dell'imperizia, cioè al profilo di colpa che involge, in via ipotetica, la violazione delle *leges artis*.

Si è voluto mettere in chiaro che **l'art. 590sexies si applica solo quando sia stata elevata o possa essere elevata un'imputazione di colpa per imperizia**.

Sul piano del diritto intertemporale, la nuova disciplina non trova applicazione negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano go-

vernati da linee-guida, e neppure nelle situazioni concrete nelle quali tali raccomandazioni debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate.

Inoltre, il *novum* non opera in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee-guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo.

Nuovamente, a fini esemplificativi, si richiama il caso dell'errore di esecuzione dell'atto chirurgico.

Il metro di valutazione costituito dalle raccomandazioni ufficiali è invece cogente, con il suo già indicato portato di determinatezza e prevedibilità, nell'ambito di condotte che delle linee-guida siano pertinenti estrinsecazione.

Occorre pure tener conto dell'abrogazione dell'art. 3, co. 1, L. 189/2012, che aveva operato la nota distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

La Cassazione aveva interpretato tale riforma ritenendo che, nei contesti regolati da linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, si fosse verificata la decriminalizzazione delle condotte connotate da colpa lieve. In conseguenza, si è ravvisato che, sempre nell'ambito indicato, residuasse la responsabilità colpevole solo per colpa grave: interpretazione aderente alle movenze della riflessione dottrinale e consonante con l'orientamento di altre normative nazionali.

L'abrogazione della legge del 2012 implica la reviviscenza, **sotto tale riguardo, della previgente, più severa normativa che non consentiva distinzioni connesse al grado della colpa**. Infatti, la novella del 2017 non contiene alcun riferimento alla gravità della colpa.

Naturalmente, ai sensi dell'art. 2 c.p., il nuovo regime si applicherà solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma.

Per i **fatti anteriori**, come quello in esame, sempre in applicazione dell'art. 2 c.p., può, invece, trovare applicazione la normativa del 2012, che esclude la rilevanza penale delle condotte lesive connotate da colpa lieve, nei contesti regolati da linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

ATTO N. 1
PROCURA ALLE LITI (1)
(Art. 83 c.p.c.)

Delego a rappresentarmi e difendermi nel presente giudizio l'avv. ..., c.f., conferendogli ogni potere di legge, compreso quello di effettuare atti che comportino la disposizione del diritto in contesa, quali transazione, confessione, rinuncia all'azione o all'intera pretesa azionata nei confronti del convenuto e rinuncia agli atti del giudizio e nel suo studio in ..., via ..., n. ..., eleggo domicilio.

Dichiaro, inoltre, di essere stato informato della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati disciplinata dagli artt. 2 e ss. D.L. 134/2014 e di avvalermi del procedimento di mediazione previsto dal D.Lgs. 28/2010 e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del decreto, nonché dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda, come da atto allegato.

Autorizzo il trattamento dei miei dati personali.

(Firma cliente)

.....

È autentica

Avv.

(1) La procura alle liti è l'**atto formale con il quale si attribuisce al difensore lo ius postulandi, ossia il potere di rappresentare la parte nel processo** (Cass. S.U. 4814/2005).

La legge non determina il contenuto necessario della procura, limitandosi a distinguere tra procura generale e speciale (art. 83 c.p.c.) e a stabilire che il difensore può compiere e ricevere, nell'interesse della parte, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati, mentre non può compiere atti che comportano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere (art. 84 c.p.c.).

I poteri processuali sono attribuiti al difensore direttamente dalla legge: **con la procura la parte realizza semplicemente una scelta e una designazione e non un'attribuzione di poteri**, al cui riguardo la volontà della parte è pertanto irrilevante, potendo assumere rilievo esclusivamente al fine dell'eventuale limitazione dei poteri del procuratore derivanti dalla legge (Cass. S.U. 19510/2010).

Alla procura alle liti, in assenza di una specifica regolamentazione, **si applica la disciplina codicistica sulla rappresentanza e sul mandato**, avente carattere generale rispetto a quella processualistica (Cass. S.U. 10209/2006), compreso il principio generale posto all'art. 1708 c.c. secondo cui il mandato comprende tutti gli atti necessari al compimento dell'incarico conferito (Cass. 6264/2003).

Anche in presenza di una **procura di contenuto scarno e generico** il difensore **può impostare la lite e scegliere la condotta processuale** più rispondente agli interessi del proprio rappresentato (Cass. 99/1984), **proporre tutte le domande comunque ricollegabili all'oggetto originario** (Cass. 15619/2005) e **fissare con le conclusioni definitive il *thema decidendum*, salve le espresse limitazioni del mandato** (Cass. 2373/1972).

Si è pertanto riconosciuto il potere del difensore di **modificare la condotta processuale** in relazione agli sviluppi e agli orientamenti della causa nel senso ritenuto più rispondente agli interessi del proprio cliente (Cass. 1439/2002), nonché di compiere, con effetto vincolante per la parte, tutti gli atti processuali non riservati espressamente alla stessa, come ad esempio consentire od opporsi alle prove avversarie e di rilevarne l'inutilità (Cass. 3762/1979), rinunciare a singole eccezioni o conclusioni, ridurre la domanda originaria e rinunciare a singoli capi della domanda, senza l'osservanza di forme rigorose (Cass. 21848/2013).

Si è, viceversa, **escluso che la procura alle liti consenta al difensore di effettuare atti che comportino la disposizione del diritto in contesa**, come transazione, confessione, rinuncia all'azione o all'intera pretesa azionata dall'attore nei confronti del convenuto, rinuncia agli atti del giudizio (Cass. 28146/2013) nonché di **introdurre una nuova e distinta controversia eccedente l'ambito della lite originaria** (Cass. 15619/2005), non potendo essere validamente utilizzata per un rapporto litigioso soggettivamente e oggettivamente diverso da quello per il quale è stata rilasciata.

La procura alle liti conferisce dunque al difensore il potere di proporre tutte le domande che non eccedano l'ambito della lite originaria.

Al riguardo si sono peraltro registrati non univoci orientamenti interpretativi relativamente, in particolare, alla **domanda riconvenzionale**, all'**appello incidentale** e alla **chiamata in causa di un terzo**.

Quanto alla **domanda riconvenzionale**, il mandato *ad litem*, anche quando sia conferito in calce alla copia notificata della citazione, attribuisce al difensore la facoltà di proporre tutte le difese che siano comunque ricollegabili all'originario oggetto della causa, e quindi anche la domanda riconvenzionale, la quale, anche quando introduca un nuovo tema di indagine e miri all'attribuzione di un autonomo bene della vita, resta sempre connotata dalla funzione difensiva di reazione alla pretesa della controparte (Cass. 22118/2015).

Con riferimento all'**appello incidentale**, le Sezioni Unite hanno affermato che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa processuale, idonea a dare attuazione ai principi di economia processuale e di tutela del diritto di azione e di difesa della parte stabiliti dagli artt. 24 e 111 Cost., deve senz'altro riconoscersi al difensore dell'appellato il potere di proporre appello incidentale anche nel caso in cui la procura sia stata apposta in calce alla copia notificata dell'atto di citazione in appello, ossia a uno degli atti previsti dall'art. 83 c.p.c., in quanto la facoltà di proporre tutte le domande ricollegabili all'interesse del suo assistito e riferibili all'originario oggetto della causa è attribuita al difensore direttamente dall'art. 84 c.p.c. e non dalla volontà della parte che conferisce la procura alle liti, rappresentando tale conferimento non un'attribuzione di poteri ma semplicemente una scelta e una designazione, con la conseguenza che la natura dell'atto con il quale o all'interno del quale viene conferita, o la sua collocazione formale, non costituiscono elementi idonei a limitare l'ambito dei poteri del difensore (v. Cass. S.U. 19510/2010).

In ordine alla **chiamata di un terzo in causa**, il difensore del convenuto è abilitato dalla procura conferita per resistere alla domanda attrice a **chiamare in causa un terzo in garanzia propria** (che si ha quando la causa principale e quella accessoria abbiano lo stesso titolo, ovvero quando ricorra una connessione oggettiva tra i titoli delle due domande), per sollevare il proprio assistito dall'eventuale soccombenza nei confronti dell'attore o comunque per esigenze difensive.

Nel sottolineare che la chiamata in causa del terzo in base a una normale e generica procura originaria è ammissibile qualora la presenza del medesimo costituisca un'esigenza della difesa nel processo, si è sottolineato che quando il convenuto per risarcimento di danni abbia conferito il mandato alle liti **«con ogni più ampia facoltà di legge»** e abbia subito indicato, quale unico responsabile, un terzo, deve ritenersi che la sua reale volontà sia stata quella di conferire al difensore non solo il potere di chiamare in causa il terzo per soddisfare l'esigenza di difesa rispetto alla domanda risarcitoria dell'attore ma anche il potere di proporre nei confronti del terzo la

domanda di risarcimento dei danni, al fine evidente di conseguire, in un unico processo, la decisione su tutte le pretese (Cass. 2421/1991).

Si è viceversa **escluso** che una siffatta procura consenta al difensore di esperire contro il terzo azioni fondate su un titolo autonomo e distinto, implicanti un'estensione dell'ambito della lite. Tale si è ritenuta, in particolare, la **chiamata del terzo in garanzia impropria**, che si ha quando il convenuto tenda a riversare su un terzo le conseguenze del proprio inadempimento in base a un titolo diverso da quello dedotto con la domanda principale, ovvero in base a un titolo connesso al rapporto principale solo in via occasionale o di fatto (Cass. 8898/2014), perché risponda in suo luogo, oppure venga condannato a rispondere di quanto sia eventualmente tenuto a prestare all'attore (Cass. 12029/2002).

A tale stregua si è escluso che nel giudizio promosso dal danneggiato da un sinistro stradale il difensore del convenuto possa proporre, avvalendosi del mandato ricevuto solo per resistere alla pretesa azionata nei suoi confronti, domanda di garanzia contro l'assicuratore della parte rappresentata (Cass. 2929/1992).

Per la chiamata del terzo in garanzia impropria è necessario il conferimento espresso al difensore del relativo potere, se del caso mediante nuova procura, in calce o a margine della citazione in chiamata. Si è peraltro fatta salva l'ipotesi che l'attribuzione di siffatto potere risulti **implicitamente ricavabile dal contesto dell'atto cui essa accede**, che dall'atto contenente la procura originaria emerga cioè la chiara espressione di volontà della parte di autorizzare il difensore (anche) alla chiamata in garanzia impropria (Cass. 20825/2009).

Tuttavia, **Cass. S.U. 4909/2016** ha osservato che, dal principio in base al quale i poteri del difensore discendono direttamente dalla legge e dalla constatazione che la procura vale solamente a realizzare la scelta e la designazione dell'avvocato e a far emergere l'eventuale limitazione in base alla volontà della parte, discende, quale ulteriore corollario, che la procura, ove risulti conferita in termini ampi e comprensivi («con ogni facoltà»), in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa processuale idonea a dare attuazione ai principi di tutela del diritto di azione e di difesa nonché di economia processuale (artt. 24 e 111 Cost.) deve intendersi come idonea ad **attribuire al difensore il potere di esperire tutte le azioni necessarie o utili per il conseguimento del risultato a tutela dell'interesse della parte assistita, compresa l'azione di garanzia impropria**, volta come detto a salvaguardare l'interesse della parte mediante la chiamata in causa del terzo, perché risponda in suo luogo o venga condannato a tenerla indenne di quanto risulti eventualmente tenuta a prestare all'attore.



ATTO N. 2

ATTO DI CITAZIONE DAVANTI AL TRIBUNALE (FORMULA GENERALE)

(Art. 163 c.p.c.)

TRIBUNALE DI ... (1) (2)

ATTO DI CITAZIONE (3)

Tizio, residente in ... via ... n. ..., c.f. ... (4) [*in caso di persona giuridica*: Tizio, nato a ... il ..., residente in ... via ... n. ..., c.f. ..., non in proprio ma in qualità di legale rappresentante *pro-tempore* della soc. ... con