

A12

Andrea De Lia

**Lineamenti
della responsabilità penale del medico
nell'attività diagnostica e terapeutica**





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0477-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2017

A Giulia e Viola

Indice

- 9 *Introduzione*
- 15 **Capitolo I**
 Il fatto tipico
 1.1. Le professioni sanitarie e “parasitarie”, con particolare riferimento al medico specialista in ostetricia e ginecologia, al ruolo del primario, dell’infermiere/a e dell’ostetrico/a, 15 – 1.2. Brevi rilievi in merito all’infezione iatrogena da virus HIV, 20 – 1.3. Il nesso causale, 22.
- 47 **Capitolo II**
 L’antigiuridicità obiettiva
 2.1. Brevi cenni in merito ai “presupposti” dell’attività medico-chirurgica. Il c.d. “consenso informato”, 47 – 2.2. Cenni alla c.d. “sterilizzazione volontaria”, 58 – 2.3. *Necessitas non habet legem* nel contesto sanitario, 61.
- 69 **Capitolo III**
 L’elemento psicologico
 3.1. In merito al concetto di “colpa medica”, 69 – 3.2. Brevi riflessioni in merito alla responsabilità dell’équipe medica, 95 – 3.3. Quando la responsabilità del medico diventa “dolosa”, 112.
- 127 **Capitolo IV**
 La “medicina difensiva”. Cenni alla responsabilità in alcuni settori di specializzazione
 4.1. Gli effetti dei rischi dell’attività sanitaria: la “medicina difensiva”, 127 – 4.2. Cenni alla responsabilità in alcuni settori di specializzazione, 129.
- 147 *Conclusioni: i risultati della ricerca*
- 159 *Bibliografia*

Introduzione

Prolegomeni

I. L'attività medico-chirurgica rappresenta da sempre un vero e proprio "osservatorio privilegiato" per il penalista.

E ciò in quanto essa pone dinnanzi all'interprete una vastissima serie di questioni giuridiche che sono oggetto di dibattiti che spesso non hanno condotto all'individuazione di punti di riferimento certi ed immutabili, e che hanno alimentato, e tutt'ora generano, orientamenti giurisprudenziali talora molto ondivaghi.

Se da un lato poi detta attività interessa valori quali la salute, l'integrità psicofisica e la vita, valori che costituiscono, potremmo dire, i presupposti stessi (oltre che dell'individuo) dell'ordinamento giuridico¹, dall'altro l'elevato tecnicismo della materia rende particolarmente difficoltoso l'accertamento in sede processuale dell'eventuale rilevanza penale della condotta del medico e del personale sanitario, sia nel contesto diagnostico sia in quello terapeutico.

Le continue scoperte scientifiche e le nuove tecnologie applicate (che hanno implementato nel tempo l'aspettativa di buon esito della pratica sanitaria) rendono infatti questo settore uno degli ambiti ove è più evidente nel processo la centralità del ruolo degli accertamenti di natura tecnico-scientifica, che di frequente non sono agevolmente intellegibili per l'operatore del diritto.

Questi fattori rappresentano allora la ragione dell'ampio interesse dottrinario che gravita da sempre intorno all'attività medico-chirurgica.

Sicché il presente lavoro, che riprende, con aggiornamenti e modifiche, la nostra tesi di Dottorato in Diritto Penale e Processo discussa all'Università di Macerata nel marzo del 2005, si propone di fornire un quadro sintetico ed aggiornato della materia, e di affrontare alcuni dei temi più dibattuti.

II. Negli ultimi anni innegabilmente si è assistito ad una preoccupante evoluzione negativa dei rapporti tra medico e società, oltre che di quelli tra medico e paziente.

I. MANTOVANI F., *Diritto penale*, PS vol. I, *Delitti contro la persona*, Padova 1995, pp. 143-144.

Ciò probabilmente deriva da tre fattori principali:

- a) l'evoluzione e lo sviluppo della scienza medica, come poc'anzi detto, hanno notevolmente ampliato le speranze in un esito favorevole delle terapie;
- b) non esiste una reale informazione pubblica in merito all'entità e alla natura dei progressi scientifico-tecnologici in campo medico-chirurgico;
- c) i gravi episodi di "malsanità", che vengono stigmatizzati dai media, influiscono negativamente sull'immagine del medico, oltre che dell'apparato sanitario nel suo complesso.

Ed è proprio il palpabile *senso di sfiducia* dell'opinione pubblica nella "figura" del medico, oltre che nel "sistema sanità" nel suo complesso, risultato della combinazione dei fattori di cui sopra (ma soprattutto della eco promanante dai numerosissimi casi di *malpractice*), a rappresentare, forse, la causa principale dell'aumento dei procedimenti giudiziari, instaurati in ambito sanitario, registratosi negli ultimi anni.

Si tratta di un vero e proprio *trend* in ascesa dei processi penali (e di quelli civili volti all'ottenimento del risarcimento danni), per lesioni colpose e omicidio, a seguito di esiti infausti di terapie o di erranee (o presunte tali) attività diagnostiche.

Questi i dati più significativi emergenti dalle più recenti analisi statistiche:

- a) le denunce nei confronti dei medici per casi di *malpractice* superano annualmente il numero di 30.000;
- b) il 95% dei procedimenti penali per lesioni colpose a carico dei medici si conclude con un proscioglimento/assoluzione;
- c) le domande risarcitorie in sede civile promosse nei confronti del personale sanitario vengono accolte solo nel 34% dei casi².

Questi dati peraltro mostrano evidentemente una scarsa efficacia dell'intervento del legislatore che già con il c.d. "decreto Balduzzi" aveva tentato di inserire nell'ordinamento dei fattori disincentivanti il contenzioso.

III. "In dubio contra medicum" recita un brocardo coniato provocatoriamente in dottrina al fine di descrivere taluni orientamenti giurisprudenziali formatisi in sede penale in tema di responsabilità professionale del medico³;

2. I dati sono stati tratti dal sito internet dell'Osservatorio sulla responsabilità medica e risalgono al settembre 2015.

3. CRESPI, *I recenti orientamenti giurisprudenziali nell'accertamento della responsabilità professionale del medico-chirurgo: evoluzione o involuzione?*, in «Riv. It. Med. Leg.» 1992, n. 4 pp. 785 ss.

“responsabilità da contatto”⁴ è invece il termine utilizzato dalla dottrina civilistica per definire alcuni orientamenti giurisprudenziali in sede risarcitoria nei confronti del personale sanitario.

Si tratta di affermazioni che forse non possono essere generalizzate; è pur vero però che dall’analisi della giurisprudenza trapela in alcuni casi una sorta di “giustizialismo”, palese espressione di un sentimento più generale di “insoddisfazione” nei confronti dell’operato del personale sanitario (che si è tradizionalmente manifestato, come avremo modo di osservare, principalmente attraverso una eccessiva valorizzazione dell’elemento psicologico del reato, e cioè della colpa, a scapito di altri elementi della fattispecie, e principalmente del nesso causale).

Tali osservazioni preliminari contribuiscono allora a chiarire anche qual è il terreno sul quale si è mosso il legislatore, che nello spazio di brevissimo tempo è intervenuto due volte (da ultimo con la recentissima legge “Gelli–Bianco”) al fine di “correggere” (o tentare di correggere) il sistema, e forniscono certamente una chiave di lettura per alcuni orientamenti giurisprudenziali che verranno analizzati nel presente lavoro.

Il che giustifica in questa sede i brevi rilievi che abbiamo sviluppato sino ad ora, e che verranno portati a conclusione da qui a poco.

IV. Riprendendo allora l’analisi, si sottolinea che alcuni autori hanno invece rintracciato le cause del *trend* sopra descritto nelle caratteristiche intrinseche del rapporto medico/paziente, connotato tradizionalmente dal binomio “secco” (forse “naturale”, “umano”) gratitudine/risentimento.

Si è detto infatti che alcuni fattori, quale la “spersonalizzazione” della prestazione sanitaria, dovuta al carattere specialistico delle singole attività e alla suddivisione delle prestazioni sanitarie in *équipe* mediche, legata ai crescenti costi, supportati dal paziente e dalla collettività, rappresentano elementi che in caso di esito infausto dell’attività (diagnostica o terapeutica) generano nel paziente stesso e/o nei suoi familiari (a prescindere dal fatto che l’operato del medico sia stato corretto o meno sul piano tecnico, fattore questo che difficilmente può essere apprezzato da soggetti sforniti di cultura specifica) un sentimento di profonda insoddisfazione⁵.

A conferma della validità di queste ultime osservazioni, che intendono porre in risalto la relativa incidenza della *malpractice* sul “volume” del con-

4. Per un’analisi delle problematiche relative alla responsabilità professionale del medico sotto il profilo del diritto civile e del diritto delle assicurazioni, si vedano, tra le più recenti trattazioni, AA.Vv., *Il risarcimento del danno nel processo civile, amministrativo, amministrativo-contabile, penale, tributario*, a cura di De Paolis, Bologna 2003; AA.Vv., *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, a cura di Comandè e Turchetti, Padova 2004, e AA.Vv., *La responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo, De Matteis e Vecchio, Padova 2014.

5. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano 1999, p. 16.

tenzioso, si è pure sottolineato che il paese ove è più alto il numero dei casi di responsabilità professionale sono gli Stati Uniti d'America, ove, di contro, si ritiene esista la più avanzata organizzazione sanitaria.

Sono queste delle riflessioni che paiono porre in chiaro le ragioni del fenomeno sopra descritto e che seppur in sé apparentemente estranee ad una trattazione di carattere giuridico, costituiscono in realtà il presupposto delle analisi che verranno sviluppate in merito alle questioni penalistiche che interessano l'attività medico-chirurgica, in ordine all'accertamento sia del nesso causale sia della colpa.

V. Il prodotto più preoccupante dell'incremento dei procedimenti giudiziari (in sede penale ed in sede civile/risarcitoria) a carico dei medici è rappresentato quindi, com'è noto, dalla "medicina difensiva".

Con questo termine, in particolare, si indicano tutte quelle pratiche adottate non tanto al fine di tutelare il paziente ma, più direttamente, strumentali ad evitare possibili responsabilità professionali.

Queste pratiche, in sostanza, consistono nell'evitare da parte del medico interventi o pazienti "a rischio".

In ambito ostetrico, ad esempio, la "medicina difensiva" è attuata, com'è pure noto, attraverso l'eccessivo ricorso al parto cesareo, pure in casi di minime difficoltà operative.

Questo fenomeno, quello rappresentato cioè dalla diffusione della "medicina difensiva", oltre ad involgere notevoli questioni di carattere etico/deontologico, non è neppure immune da conseguenze di carattere penalistico, sulle quali ci soffermeremo oltre, nel corso della trattazione.

VI. Confidiamo che le osservazioni appena sviluppate, la cui disorganicità riflette, per lo meno in parte, la reale impossibilità di approntare una esaustiva introduzione ad un argomento tanto vasto, e sfaccettato, quale "la responsabilità professionale del medico", possano contribuire a comprendere le ragioni del tradizionale interesse in dottrina per l'attività medico-chirurgica e, di riflesso, anche i motivi ispiratori dello studio condotto in questa sede.

Concludiamo quindi richiamando le significative parole di Introna, che paiono simbolicamente chiudere questi brevi rilievi "extragiuridici" preliminari ed aprire il sipario sull'oggetto del presente studio:

Nella formazione del medico si deve inculcare il principio che un rapporto umano ottimale costituisce un'importante prevenzione dalle accuse e che il paziente insoddisfatto è spesso un potenziale accusatore. Al contrario un paziente che si vede oggetto di sollecitudine e di correttezza è più probabile che attribuisca a fatto della

natura invece che ad un errore del medico (talora reale) l'evoluzione negativa della sua malattia.⁶

Piano dell'opera

Il presente lavoro è suddiviso in quattro capitoli.

Questa articolazione, che, con riferimento ai primi tre capitoli, tenta di rispecchiare la tripartizione analitica del reato ("fatto tipico" — "antigiuridicità" — "elemento psicologico"), peraltro è stata dettata esclusivamente da motivi di economia di trattazione, o meglio per agevolare la lettura.

Come si vedrà, infatti, taluni argomenti (e soprattutto l'analisi della giurisprudenza, che "fotografa" degli accadimenti nella loro complessa rilevanza rispetto all'ordinamento giuridico) risulteranno inquadrati in un determinato ambito piuttosto che altrove quasi attraverso una forzatura, abbracciando essi in realtà diversi profili, concorrenti, che non consentirebbero, invero, una classificazione.

Questa scelta consente tuttavia di porre altresì in risalto gli aspetti di maggiore interesse di volta in volta selezionati; sicché, in definitiva, tale suddivisione ci è sembrata l'unica alternativa rispetto alla scelta di affidare ad un capitolo unico l'intera trattazione.

I. Nel primo capitolo porremo attenzione al "fatto tipico", con delle riflessioni in ordine all'evoluzione del quadro interpretativo in tema di nesso causale.

II. Nel secondo capitolo analizzeremo "l'antigiuridicità obiettiva". La sezione si suddivide in tre paragrafi, ove verranno affrontati argomenti quali il "consenso (libero ed) informato" e lo stato di necessità. Certo, l'ampiezza delle questioni giuridiche attinenti alle "cause di giustificazione"⁷, seppur nell'ottica della loro applicazione in ambito sanitario, impedisce *ex se* la completezza della trattazione. Cercheremo quindi di sintetizzare solo le problematiche più rilevanti.

III. Nel terzo capitolo si analizzerà la responsabilità professionale del medico sotto il "profilo psicologico".

6. Relazione al Congresso Nazionale sul tema "La responsabilità professionale del medico" tenutosi in Castiglione della Pescaia nel maggio 1995.

7. Analogamente a quanto avviene generalmente in dottrina (Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, PG, Bologna 1995, p. 219), generalmente utilizzeremo i termini "cause di giustificazione", "scusanti", "cause di esclusione dell'antigiuridicità", "scriminanti", "giustificanti", "esimenti", come sinonimi, anche se spesso i termini hanno "radici dogmatiche" diverse.

Verranno così esaminati i profili principali della “colpa medica”, tenendo conto del c.d. “decreto Balduzzi” (d.l. 13.9.2012, n. 158, conv. l. 8.11.2012, n. 189) e della successiva legge “Gelli–Bianco”.

Dopo alcuni accenni alla responsabilità penale dell’*équipe* medica e al c.d. “principio di affidamento”, verranno infine analizzate le questioni interpretative relative alla condotta del medico che abbia proceduto, in condizioni avulse dallo stato di necessità, ad intervento diagnostico o terapeutico senza ottenere il previo e valido consenso del paziente.

IV. Nel quarto capitolo verranno poi esaminate le questioni relative alla c.d. “medicina difensiva”, e verranno sviluppati alcuni cenni alla responsabilità del medico in alcuni settori specialistici.

V. Nell’ultimo capitolo infine verranno riassunti i risultati complessivi della ricerca condotta.

Colgo l’occasione per ringraziare vivamente la Collega Gaia Gandolfi ed il Dott. Sante Spinaci per i consigli che mi hanno rivolto.

Il fatto tipico

1.1. Le professioni sanitarie e “parasanitarie”, con particolare riferimento al medico specialista in ostetricia e ginecologia, al ruolo del primario, dell’infermiere/a e dell’ostetrico/a

I. La funzione del medico è, come a tutti noto, quella di prevenzione, cura e riabilitazione dello stato di salute della persona, diritto riconosciuto e protetto direttamente dalla Carta costituzionale, e più precisamente dall’art. 32¹.

Condizione per l’esercizio della professione medica è il conseguimento della laurea in medicina e chirurgia e l’iscrizione nell’Albo professionale.

Sicché, l’esercizio della professione medica in difetto dei presupposti di legge (conseguimento della laurea in medicina, superamento dell’esame di abilitazione, iscrizione all’Albo professionale) sostanzia la fattispecie criminosa prevista dall’art. 348 c.p. (“Abusivo esercizio di una professione”).

Tale fattispecie risulta integrata in tutti quei casi in cui il soggetto sprovvisto dei requisiti di cui sopra svolga (anche una sola) attività “riservata” al medico, e cioè la diagnosi, la profilassi e la cura di qualsivoglia alterazione organica o disturbo funzionale².

Il medico, in qualunque atto libero-professionale, riveste la funzione di “soggetto esercente un servizio di pubblica necessità” (art. 359 c.p.).

A questa stessa categoria appartiene anche, nelle stesse condizioni (esercizio di attività libero-professionale), l’ostetrico/a.

Al ricorrere dei requisiti indicati dalla legge, il medico può poi assumere anche la qualifica di “pubblico ufficiale” e di “incaricato di pubblico servizio” (artt. 357 e 358 c.p.)³.

1. Per un’ampia disamina della normativa regolante il sistema sanitario nazionale si veda SANGIULIANO, *Diritto sanitario*, Napoli 2003, e VERONELLI, *Compendio di Diritto sanitario*, Napoli 2013. Sulla disciplina del servizio sanitario è intervenuto diffusamente il già citato “decreto Balduzzi”, e la successiva legge “Gelli-Bianco”. Tuttavia nel presente lavoro soffermeremo l’attenzione soltanto sugli elementi maggiormente rilevanti sotto il profilo penalistico.

2. Cfr. Cass., Sez. VI, 26.1.2016, L.T.C., n. 8885, che ha stabilito che: «La sussistenza del reato di abusivo esercizio della professione medica deve aversi riguardo al concreto svolgimento di atti tipici, cioè di atti riservati a detta professione, dovendo negarsi che possa avere rilievo, per escluderne la configurabilità, la circostanza che l’agente non si presenti come medico».

3. Sull’argomento si veda IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova 1993, pp. 43 ss. In particolare, l’autore rileva in sintesi che: a) il medico dipendente pubblico o convenzionato con il SSN riveste

Non è certo questa la sede per analizzare tutte le possibili ipotesi criminose realizzabili dal medico e riconducibili all'esercizio e all'attribuzione delle funzioni di cui sopra (artt. 357–359 c.p.), atteso che da un lato le più diffuse monografie in tema di "responsabilità penale del medico" contengono ampie disamine delle suddette problematiche, e che, dall'altro, questi argomenti non interessano direttamente l'oggetto della presente trattazione.

Analogo discorso valga per le fattispecie criminose che, in linea generale, risultano maggiormente interessate dalla pratica sanitaria. Si tratta:

- a) di vari delitti contro l'amministrazione della giustizia ("Omissione di referto", art. 365 c.p.; "Falsa perizia", art. 373 c.p.; "False dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'Autorità giudiziaria", art. 374 *bis* c.p.; "Consulenza infedele", art. 380 c.p.);
- b) di "Truffa" e di "truffa aggravata", artt. 640 e 640 *bis* c.p., e del "Comparaggio", art. 170 r.d. 27.7.1934, n. 1265 ("T.U. leggi sanitarie");
- c) del delitto di "Violazione del segreto professionale", art. 622 c.p.;
- d) della "Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità", art. 481 c.p.;
- e) del reato di "Omissione di soccorso", art. 593 c.p.

Cercheremo allora di limitare l'indagine a quelle sole fattispecie criminose che interessano più direttamente la pratica sanitaria in ambito diagnostico e terapeutico, attraverso un "taglio" che possa porre in risalto i "rischi" di tale attività.

II. La figura del primario è tracciata dall'art. 63 del d.P.R. 20.12.1979, n. 761. Alla stregua della suddetta disposizione il medico in posizione "apicale":

Svolge attività e prestazioni medico-chirurgiche, attività di studio, di didattica e di ricerca, di programmazione e di direzione dell'unità operativa o dipartimentale, servizio multizonale o ufficio complesso affidatogli. A tal fine cura la preparazione dei piani di lavoro e la loro attuazione ed esercita funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, nel rispetto della autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli, impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse. In particolare, per quanto concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali. Le modalità di assegnazione in cura dei pazienti debbono rispettare

la funzione di pubblico ufficiale in tutti quei casi in cui svolge attività autoritativa e/o certificativa; b) quella di incaricato di pubblico servizio quando, nella condizione soggettiva di cui al precedente punto, svolga attività meramente terapeutica; c) quella di esercente un servizio di pubblica necessità nel caso in cui svolga attività libero-professionale.

criteri oggettivi di competenza, di equa distribuzione del lavoro, di rotazione nei vari settori di pertinenza.

L'art. 7 del d.P.R. 27.3.1969, n. 128 stabilisce poi che:

Il primario vigila sull'attività e sulla disciplina del personale sanitario, tecnico, sanitario ausiliario ed esecutivo assegnato alla sua divisione o servizio, ha la responsabilità dei malati, definisce i criteri diagnostici o terapeutici che devono essere seguiti dagli aiuti e dagli assistenti, pratica direttamente sui malati gli interventi diagnostici e curativi che ritenga di non affidare ai suoi collaboratori, formula la diagnosi definitiva, provvede a che le degenze non si prolunghino oltre il tempo strettamente necessario agli accertamenti diagnostici ed alle cure e dispone la dimissione degli infermi, è responsabile della regolare compilazione delle cartelle cliniche, dei registri nosologici e della loro conservazione, fino alla consegna all'archivio centrale; inoltre, tramite la direzione sanitaria, le denunce di legge; pratica le visite di consulenza richieste dai sanitari di altre divisioni o servizi; dirige il servizio di ambulatorio, adeguandosi alle disposizioni ed ai turni stabiliti dal direttore sanitario; cura la preparazione ed il perfezionamento tecnico professionale del personale da lui dipendente e promuove iniziative di ricerca scientifica; esercita le funzioni didattiche a lui affidate.

Sicché le funzioni del primario sono, in sintesi:

- a) diagnostica e terapeutica;
- b) di ricerca ed insegnamento;
- c) di organizzazione e di controllo dell'attività dei medici sott'ordinati e del personale di reparto.

Alla luce di ciò può allora rilevarsi che in relazione alla *funzione diagnostica e terapeutica "apicale"* attribuitagli dalla legge, il primario di clinica ostetrica universitaria, ad esempio, in qualità di responsabile delle attività mediche del reparto ospedaliero, è stato condannato per i reati previsti e puniti dagli artt. 589 c.p. e 17 l. 22.5.1978, n. 194 (trattasi della fattispecie di "Aborto colposo") per non aver posto in essere per colpa, in un contesto caratterizzato da un quadro clinico gravissimo, che avrebbe richiesto l'intervento e la preparazione tecnica del primario (che era stato informato della situazione), alcuna valida attività diagnostica e terapeutica nei confronti di una paziente, primipara con gravidanza trigemellare, ricoverata presso il reparto cui egli faceva capo, e che presentava sintomi assolutamente indicativi di steatonecrosi epatica acuta, cagionando così dapprima la morte intrauterina dei feti da acidosi metabolica uterina, e successivamente quella della donna⁴.

4. Cass., Sez. IV, 7.12.1999, G.A. e altri, n. 1126.

Così come, più in generale, la Cassazione ha rilevato che

il primario ospedaliero è titolare di una specifica posizione di garanzia nei confronti dei suoi pazienti alla quale non può sottrarsi adducendo che ai reparti sono assegnati altri medici o che il suo intervento è dovuto solo in casi di particolari difficoltà o di complicazioni, e ciò perché il medico appartenente alla posizione apicale ha il potere di impartire istruzioni e direttive in ordine alle cure e di verificarne l'attuazione.⁵

In relazione all'*attività di sorveglianza e di controllo sul personale sanitario subordinato*, inoltre, è stato dichiarato responsabile del delitto di lesioni personali colpose, art. 590 c.p., il primario di un reparto ospedaliero di rianimazione centralizzata che aveva omesso di informare il personale infermieristico sui rischi derivanti dal contatto con liquidi organici di un paziente malato terminale di AIDS, e che aveva omesso di vigilare sull'effettivo utilizzo di presidi idonei ad evitare il contagio professionale da virus HIV⁶.

III. Per quanto riguarda le c.d. "professioni paramediche", e cioè quella complessa area professionale degli operatori sanitari "non medici", tale ambito è stato riordinato attraverso la l. 10.8.2000, n. 251.

Per quanto concerne il personale infermieristico, la legge da ultimo richiamata stabilisce innanzitutto che l'accesso alla professione è oggi subordinato al conseguimento di diploma di laurea breve.

Le mansioni dell'infermiere sono invece descritte ancora dall'art. 6 d.P.R. 14.3.1974, n. 225:

- a) assistenza dell'infermo;
- b) somministrazione di medicinali prescritti dal medico e assistenza nelle varie attività di reparto e di sala operatoria;
- c) effettuazione delle indagini di laboratorio e delle rilevazioni dello stato di salute del paziente più semplici (controllo del respiro, del battito cardiaco, della pressione, etc.);
- d) esecuzione degli interventi d'urgenza in attesa dell'intervento medico (respirazione artificiale e quant'altro).

Sicché, la giurisprudenza ha, anche di recente, ribadito la posizione di garanzia del personale infermieristico rispetto ai pazienti⁷.

5. Cass., Sez. IV, 12.2.2010, T.G. e altri, n. 20584.

6. Pretura di Torino, 22.3.1989, Maritano e altro. La sentenza è stata pubblicata con nota di FIANDACA, *Omissione di misure anti-AIDS e contagio di un'infermiera*, in *Foro It.* 1990, n. 1 parte II coll. 58 ss.

7. Cfr. Cass., Sez. I, 30.4.2015, S.B. e altro, n. 35814.

Tra l'altro è stato chiaramente affermato che:

l'infermiere specializzato è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, avendo egli il dovere di attendere all'attività di somministrazione dei farmaci in modo non meccanicistico ma collaborativo con il personale medico orientato in termini critici, al fine non di sindacare l'operato del medico bensì per richiamarne l'attenzione su errori percepiti ovvero per condividere gli eventuali dubbi circa la congruità o la pertinenza della terapia stabilita.⁸

Trattasi all'evidenza di una funzione "ancillare", i profili penalistici della quale possono pertanto, com'è logico, ricevere luce dalle analisi che verranno sviluppate a proposito dell'attività medica, alla quale in questa sede si fa rinvio.

IV. L'esercizio della professione ostetrica richiede il conseguimento di laurea specialistica, come oggi stabilito dalla predetta L. 251/2000.

Alla luce della normativa vigente (d.P.R. 14.9.1994, n. 740) funzioni dell'ostetrico/a sono principalmente:

- a) educazione sanitaria e sessuale della famiglia;
- b) assistenza al parto e al neonato;
- c) assistenza infermieristica.

Più in particolare, l'ostetrico/a «conduce e porta a termine parti eutocii con propria responsabilità e autonomia» (art. 1 d.P.R. n. 740/94 cit.); sicché, in assenza di pericoli per la vita della partorientente o del nascituro (nei quali è obbligo dell'ostetrico/a quello di richiedere l'intervento del medico), e cioè "di norma", il parto è affidato alla competenza specialistica di questi soggetti professionali.

In altri termini, l'ostetrico/a "gestisce" il parto quando esso si riveli "a basso rischio", mentre negli altri casi è necessario l'intervento del medico.

Secondo gli orientamenti dell'OMS sono allora parti "a basso rischio" quelli:

- a) ad insorgenza spontanea;
- b) cefalici;
- c) relativi a gravidanze tra la 37^a e la 42^a settimana;
- d) con buone condizioni generali della madre e del nascituro.

Vengono invece definiti "parti a rischio" (con conseguente necessità dell'intervento del medico), in particolare:

8. Cass., Sez. IV, 10.12.2014, L.R. e altro, n. 2192.

- a) parti con rischio materno (dovuto, ad esempio, ad epatopatia, diabete, malformazioni uterine, ipertensione, pregresse isterotomie, etc.);
- b) parti con rischio fetale (dovuto, ad esempio, alla posizione anomala del feto all'interno dell'utero, a malformazioni, e più in genere per le gravidanze portate a termine prima della 37^a settimana e dopo la 42^a)⁹.

A ciò è doveroso aggiungere tuttavia quanto segue. Posto che il concetto fisiologico di parto “a rischio” non è di natura “statica”, ma “dinamica” (tale valutazione rappresenta una procedura continua, che si protrae dall'inizio della gravidanza sino al parto), e che la valutazione del rischio stesso è questione assai “delicata” e che richiede competenza specialistica, è evidente allora che essa è comunque riservata in via esclusiva all'esperienza e alla perizia del medico, e che dunque detta valutazione debba essere preventivamente eseguita ai fini dell'affidabilità dell'intervento all'ostetrico/a.

1.2. Brevi rilievi in merito all'infezione iatrogena da virus HIV

I. Uno dei rischi (ancor oggi) più rilevanti nella pratica sanitaria è rappresentato dall'infezione iatrogena da virus HIV.

Tale rischio sussiste, oltre che in tutti quei casi in cui si faccia ricorso a terapia trasfusionale¹⁰, più in generale, nei casi in cui venga utilizzata strumentazione in condizioni di non asepsi.

II. Preliminarmente a qualsivoglia altra osservazione, è allora necessario verificare se l'infezione iatrogena da virus HIV possa sostanziare il delitto di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.).

La dottrina medico-legale ormai è concorde nel qualificare “malattia” un processo abnorme, inteso come fenomeno estraneo alla fisiologia, che presenti un dinamismo evolutivo (con o senza alterazioni anatomiche apprezzabili), ma caratterizzato da disturbi funzionali, locali e/o dell'economia dell'organismo generale, ed abbisognevole di prestazioni terapeutiche¹¹.

9. Sull'argomento, AA.Vv., *Ostetricia e diritto*, a cura di Masellis e altri, Modena 2000, pp. 29 ss.

10. Sull'argomento, si veda anche AA.Vv., *Trasfusione di sangue e suoi derivati. Implicazioni medico-legali e sociali*, in «Riv. It. Med. Leg.» 2002, n. 3 pp. 727 ss.

11. Secondo la Relazione ministeriale al codice penale 1930 (Lavori preparatori per il codice penale, Vol. V parte II, p. 379), malattia sarebbe «qualsiasi alterazione anatomica e funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali». A tale impostazione, che intenderebbe ridurre il concetto di malattia ad un evento di carattere statico, inizialmente accolta anche dalla giurisprudenza, si contrappone oggi la nozione medico-legale che, con l'avallo di costanti