

*Punibilità dai “confini equivoci” quella risultante dalla Legge cd. Balduzzi: Milano manda in Consulta l’art. 3 legge 189/12*

Trib. Milano, sez. IX, ordinanza 21 marzo 2013 (Giudice B. Giordano)

RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO – LEGGE CD. BALDUZZI (L. 189/2012) – LIMITE DELLA COLPA LIEVE – QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE (Art. 3 Legge 189/12)

L’art. 3 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 detta una non punibilità dai confini equivoci, non delimitabile con la mera interpretazione, esclusiva per tutti gli esercenti la professione sanitaria, per qualsiasi reato colposo, non definendo la colpa lieve, non identificando le linee guida, le buone prassi e le autorità che dovrebbero codificarle, avvilendo la libertà di scienza, discriminando in modo ingiustificabile tra operatori pubblici sanitari e non sanitari, tra operatori sanitari e non, che si occupano dei medesimi beni giuridici: una norma ad professionem da cui sorgono dubbi sul rispetto dei principi costituzionali ex artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 cost. (Il Tribunale di Milano, in composizione monocratica, visti gli artt. 134 cost. e 23 legge 87/53 dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 in relazione agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 cost.)

Premesso che:

1) Si procede per il reato di lesioni personali gravi che, secondo l'imputazione, sarebbe stato commesso degli imputati, nella loro rispettiva qualità di operatori sanitari all'interno dell'istituto ortopedico .... di Milano, per aver cagionato alla paziente ..., lesioni con colpa generica e per violazione dell'arte medica.

2) In via preliminare si costituiva parte civile la persona offesa ed agiva civilmente sia nei confronti degli imputati sia nei confronti del responsabile civile Istituto Ortopedico .. s.p.a. di Milano. Sicché si procedeva allo svolgimento del dibattimento per l'accertamento anche della responsabilità civile degli imputati e dell'istituto convenuto.

3) Esaurita l'istruttoria dibattimentale, nelle more della discussione finale, entrava in vigore l'art. 3 d.l. 158/12 conv. da l. 189/12 che al comma 1 recita: “L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

Tale disposizione prosegue prevedendo un sistema di agevolazione assicurativa per gli esercenti le professioni sanitarie e una tabella per le somme dovute a titolo di risarcimento con il rinvio agli articoli 138-139 d.lvo 7 settembre 2005 n. 209.

OSSERVA

La nuova disposizione normativa:

1) Riguarda soltanto e tutti i soggetti che esercitano una professione sanitaria nello svolgimento della propria attività;

2) Comporta l'esonero della responsabilità penale per colpa lieve, purché l'operatore sanitario si attenga alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica;

3) Lascia invariata la responsabilità aquiliana ex art. 2043 cc;

4) Obbliga il giudice nella “determinazione del risarcimento del danno”, rectius nella determinazione del danno cagionato, a tener conto della condotta lievemente colposa.

In breve l'art. 3.1 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 prevede una norma ad professionem delineando un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi.

La formulazione, la delimitazione, la ratio essendi, le conseguenze sostanziali e processuali di tale area di non punibilità appaiono stridere con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 cost..

1) La formula “non risponde penalmente” e la violazione degli art. 3 e 25 cost.

Una serie di dubbi sul rispetto del principio di ragionevolezza e di tassatività sorgono dalla locuzione per cui l'operatore sanitario “non risponde penalmente per colpa lieve”.

Il legislatore ha ricavato l'area di non punibilità degli esercenti la professione sanitaria trapiantando un grado di colpa (sempre parametro di determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 cp) in una equivoca funzione esimente.

Il trapianto crea una crisi di rigetto quando l'interprete tenta di inquadrare l'esimente nella teoria generale del reato.

La corretta collocazione della deresponsabilizzazione nell'ambito della struttura del reato, è necessaria almeno per coordinarla con le conseguenze delle diverse formule assolutorie dettate dal codice di procedura penale (artt. 529 ss. e 652 cpp), nonché per orientarsi nell'entità del risarcimento del danno (come preteso dalla seconda parte del medesimo comma 1).

Al riguardo la generica formula legislativa consente diverse e confliggenti interpretazioni.

a) Secondo un'interpretazione letterale si potrebbe ritenere che non v'è colpa lieve nell'operatore sanitario che si attenga alle linee guida e alle buone pratiche.

Ma nel medesimo comma il legislatore riconferma la responsabilità civile per l'illecito extracontrattuale dell'operatore sanitario e impone al giudice di considerare la condotta colposa nella valutazione del danno. Se il legislatore avesse voluto escludere ope legis la colpa lieve dell'operatore sanitario che si attenga alle linee guida e alle buone pratiche, verrebbe meno tale colpa anche sul piano civilistico; quindi anche il requisito soggettivo minimo per la risarcibilità del danno cagionato in base all'art. 2043 cc. Di conseguenza se si ritenesse che la condotta dell'operatore sanitario fosse priva di un giudizio di minima colpevolezza, in base alla prima parte del comma 1 della norma in parola, la seconda parte dello stesso comma non avrebbe ragion d'essere.

In breve se si ritenesse che la formula utilizzata nel primo comma evochi l'assenza di colpa lieve, il legislatore sarebbe caduto in una grave contraddizione nell'ambito dello stesso comma.

b) Diversamente, secondo un'interpretazione letterale e razionale, si potrebbe ritenere che il comportamento del sanitario è predicato dalla colpa lieve ma non è punibile.

Il legislatore ha voluto stabilire una causa di non punibilità in senso stretto per cui l'operatore sanitario che si attenga a quelle indicazioni scientifiche, pur essendo in colpa e pur dovendo risarcire il danno cagionato in base all'art. 2043 cc, non merita la sanzione penale.

Entrambe le letture della formula “non risponde penalmente per colpa lieve” sono sostenibili ma portano a diverse e antinomiche collocazioni dommatiche; si tratta quindi di una formula criticamente equivoca, non superabile con una mera attività ermeneutica, che evidenzia un dato normativo impreciso, indeterminato e quindi in attrito con il principio di ragionevolezza e di tassatività, sub specie del principio di legalità ex artt. 3 e 25 comma 2 cost.

A ciò si aggiunga che avere sostanzialmente depenalizzato la colpa lieve per gli operatori sanitari comporta l'impossibilità di punire chi ha cagionato un reato con colpa, rendendo concreto il rischio che la norma cautelare voleva evitare; e di conseguenza non si consente la rieducazione dell'autore dello stesso.

A parere di questo giudice v'è un vulnus nel principio costituzionale ex art. 27 cost.

2) La definizione di colpa lieve

Il limite della colpa lieve è il punto più debole della normativa in parola: sconosciuta al nostro diritto penale la definizione di colpa lieve ex art. 133 cp è un grado della colpa da valutare obbligatoriamente per la quantificazione della pena.

La novella in parola considera la colpa lieve il limite massimo dell'esimente. Pertanto al cittadino, all'operatore sanitario prima ancora che al giudice, il legislatore ha il dovere di dettare una definizione che non sia consegnata all'arbitrio ermeneutico, pena la violazione del principio di tassatività.

Non c'è dubbio che la dottrina ha offerto in questi decenni varie definizioni della colpa lieve ma si è sempre trattato di studi che non hanno avuto nella giurisprudenza un sostanziale accoglimento. Non si deve trascurare infatti che la giurisprudenza in ordine ai fatti colposi ha soltanto raramente

ricavato la definizione di colpa lieve e sempre soltanto ovviamente ai fini di determinazione del quantum della pena e non di determinazione dell'entità della responsabilità.

Nel caso della norma de qua il legislatore ha inteso spostare la soglia della punibilità fissandone il limite attraverso il riferimento al grado di colpa, ma la considerazione che tale limite riguarda tutti i reati colposi, commessi da una categoria ampia di soggetti, nell'esercizio della loro attività professionale, comporta ancor di più la necessità di tassativi, determinati, precisi parametri normativi, primari o subprimari, idonei a delimitare il discrimen della punibilità. È ancora più insidioso rimettere alla discrezionalità del giudice l'interpretazione e l'applicazione di tale formula in un contesto

normativo in cui gli altri elementi della fattispecie presentano ampie falle sul piano della precisione, determinatezza e tassatività della fattispecie.

Quindi anche per l'assenza di qualsiasi riferimento normativo per il concetto di colpa lieve, la disposizione appare in violazione del principio di tassatività ex art. 25 comma 2 cost.

3) La ratio legis e la violazione degli artt. 3 e 33 cost

Le ragioni della non punibilità dell'operatore sanitario, che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche della comunità scientifica, sono da ricercare probabilmente nella preoccupazione del legislatore per la cosiddetta medicina difensiva, cioè per l'atteggiamento della classe medica che adotta scelte terapeutiche e/o diagnostiche, motivate dalla paura per le conseguenze penali e per mettersi al riparo da richieste risarcitorie, che non necessariamente corrispondono all'interesse del paziente.

Se la ratio legis consiste nel superamento della cosiddetta medicina difensiva, il legislatore ha tradito questa stessa funzione perché, in effetti, con un intervento così formulato, produce un risultato che rischia di burocratizzare le scelte del medico e quindi di avvilire il progresso scientifico.

Anche a voler limitare questa osservazione al campo degli operatori medici (ma la norma si estende a tutti gli operatori sanitari) si consideri che la norma de qua deresponsabilizza penalmente soltanto chi si attiene alle linee guida e alle buone prassi con l'effetto di inibire e atrofizzare la libertà del pensiero scientifico, la libertà di ricerca e di sperimentazione medica, la libertà terapeutica che costituisce una scelta del medico e del paziente, perché confina ogni scelta diagnostica e/o terapeutica all'interno di ciò che è stato già consacrato e cristallizzato dalle linee guida o dalle buone prassi.

L'area di non punibilità è ingiustificatamente premiale per coloro che manifestano acritica e rassicurante adesione alle linee guida o alle buone prassi ed è altrettanto ingiustificatamente avvilente e penalizzante per chi se ne discosta con una pari dignità scientifica.

Si consideri inoltre che il sistema delineato dalla norma in parola sostanzialmente promuove la produzione di linee guida perché costituiscono il perimetro della non punibilità entro il quale l'operatore sanitario trova riparo venendo graziato dalla colpa lieve. Quindi induce alla costituzione e alla redazione di linee guida o comunque all'individuazione di buone pratiche da codificare, automaticamente bloccando l'evoluzione del pensiero scientifico e la sperimentazione clinica.

La conseguenza di tale irragionevole e quindi iniquo trattamento è il risultato deprimente per la libertà del sapere e lo sviluppo scientifico.

Sotto questo profilo la norma de qua appare violare gli artt. 3 e 33 cost. laddove garantiscono in modo equo e ragionevole le pari condizioni della libertà dell'arte, della scienza e del relativo insegnamento.

4) L'applicazione a tutti gli operatori sanitari per qualsiasi reato colposo e la violazione dell'art. 3 cost.

La norma de qua si riferisce a qualsiasi esercente la professione sanitaria.

Non v'è dubbio quindi che in tale locuzione normativa non rientrano soltanto i medici ma tutti gli operatori sanitari: veterinari, farmacisti, biologi, psicologi, operatori socio sanitari, operatori di assistenza sanitaria etc.

Si tratta di una dilatazione dell'ambito soggettivo di applicabilità che modifica la portata e stravolge la ratio giustificativa di tale norma eccezionale.

Se è vero che l'eccezionalità della norma non consente l'applicazione analogica ad altre categorie, è anche vero che l'applicazione della medesima a tutte le categorie di operatori sanitari non costituisce nemmeno un'interpretazione estensiva ma un'interpretazione diretta della lettera normativa.

La nuova disposizione si rivolge anche soggetti privi del compito di adottare scelte terapeutiche e/o diagnostiche (quindi estranei al tema della medicina difensiva) che pur fanno parte della categoria degli operatori sanitari.

Un'ulteriore considerazione riguarda l'applicazione diretta della disposizione anche ai medici veterinari la cui professione non ha riguardo alla salute umana.

Queste ultime due considerazioni portano ad evidenziare che il legislatore ha tradito, con l'ambito soggettivo di applicabilità della norma, la stessa ratio di tutela dalla medicina difensiva, cioè di scelte terapeutiche e/o diagnostiche improntate al prudente allontanamento di un rischio penale e civile per reati contro la persona.

Invero la norma riguarda anche soggetti che non esercitano scelte terapeutiche e/o diagnostiche e soggetti che non hanno alcuna competenza diretta con la salute umana.

Si osservi che l'esonero dalla responsabilità penale, comunque qualificato, non riguarda soltanto i reati contro la persona ma qualsiasi reato colposo allargando il raggio di non punibilità fino a comprendere qualsiasi fatto commesso con colpa lieve di qualsiasi operatore sanitario.

Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui linee guida riguardanti l'attività radiologica, l'attività medica iperbarica, l'attività di laboratorio clinico (con uso di sostanze, prodotti, reagenti chimici) indichino dei comportamenti che però per colpa lieve provochino un incendio o un disastro.

Si pensi ancora all'ipotesi di un'attività lievemente colposa del medico veterinario che provochi un'epidemia.

Un'infinità di condotte, quindi, rientrano nella disposizione in parola, e possono non riguardare il tema della medicina difensiva e tanto meno quello della salute umana.

Siffatta dilatazione è aberrante, incongrua e ingiustificata rispetto alla ratio, delineando in modo quasi illimitato la non punibilità di una serie tanto vasta di ipotesi da non trovare una ragionevole spiegazione dell'esenzione di pena (comunque qualificata) nell'osservanza delle linee guida o delle buone prassi.

In definitiva anche sotto questo profilo si appalesa la violazione dell'art. 3 cost.

5) La cooperazione colposa con soggetti diversi dagli operatori sanitari.

La non punibilità in parola costituisce una norma esimente soggettiva applicabile soltanto agli operatori che esercitano una professione sanitaria.

Nel caso in cui un evento lesivo dovesse realizzarsi per la cooperazione colposa di un sanitario e di un soggetto con una diversa qualifica (ad esempio un amministratore che non ha predisposto la struttura, il materiale, i prodotti, l'organizzazione idonea ad evitare l'evento lesivo) si porrebbe seriamente, nel caso di medesimo grado di colpa lieve, la disparità di trattamento e la sostanziale ingiustizia tra i due cooperanti.

È vero che il diverso titolo di colpa può comportare due atteggiamenti diversi da parte di due soggetti che operano per colpa lieve nella produzione dello stesso evento lesivo, ma è anche vero che il sanitario - attenutosi alle linee guida o alle buone prassi - godrebbe della non punibilità soltanto in quanto esercente la professione sanitaria; mentre il soggetto che ha con colpa lieve cooperato con il sanitario (adeguatosi alle linee guida), continua a rispondere del medesimo reato colposo da cui invece il sanitario è prosciolto.

Anche sotto questo profilo si appalesa la violazione dell'art. 3 cost.

6) La responsabilità dell'operatore sanitario nel caso di violazione di norme in materia di sicurezza del lavoro.

Dalla natura eccezionale dell'articolo 3.1 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 deriva la forza derogatoria rispetto ad altri profili di responsabilità penale colposa che gravano sui medesimi soggetti.

Non si deve trascurare infatti che tra gli esercenti la professione sanitaria, in base alle funzioni loro assegnate e alla posizione gerarchico-funzionale assunta, vi sono normalmente soggetti che ricoprono la funzione di datore di lavoro, dirigente, preposto o comunque lavoratore ai sensi dell'art. 2 lett. a), b), d), e) d.lvo 81/08.

È indubbio che l'attività lavorativa sanitaria rientra nel concetto di “svolgimento della propria attività” e pertanto gli operatori sanitari assumono di regola una posizione di garanzia nei confronti sia dei lavoratori che frequentino il luogo di lavoro sia dei soggetti presenti, ospitati, protetti o garantiti all'interno di una struttura sanitaria. Il termine “attività” comprende qualsiasi tipo di atto svolto nell'esercizio delle proprie funzioni: non soltanto l'attività sanitaria in senso stretto ma tutti i tipi di attività legate all'esercizio della professione sanitaria e quindi anche all'attività inerente la posizione di garanzia.

Nell'esercizio di tale funzione quindi un esercente la professione sanitaria deve anche osservare le norme poste a tutela della sicurezza del lavoro, tra le quali vi sono anche le linee guida e le buone prassi previste dagli artt. 2 lett. v) e z), 6 lett. d), 9 lett. i) e l) d.lvo 81/08.

Si noti che in tale contesto normativo la previsione di buone prassi o di linee guida, mediante un procedimento amministrativo di raccolta, verifica, validazione, normazione, pubblicità etc, costituisce per il dirigente, il preposto, il lavoratore un ulteriore obbligo a cui attenersi in modo specifico.

Comunque nel caso in cui un qualsiasi datore di lavoro, dirigente, preposto, lavoratore, anche nel settore sanitario, pur rispettando le linee guida e le buone prassi, commetta un reato per colpa generica o per colpa specifica, ancorché per colpa lieve, risponde di tale reato (sia esso delitto di qualsiasi genere, anche contro la persona, sia esso contravvenzione).

È evidente, quindi, il trattamento eccezionale ad professionem riservato a tutti e soltanto agli operatori sanitari, anche nel caso in cui esercitino le funzioni di garanzia loro assegnate in materia di sicurezza del lavoro, in forza del quale non risponderebbero per colpa lieve anche dei reati commessi con violazione della normativa in materia di sicurezza del lavoro.

Tale trattamento penale speciale, sostanzialmente contraddittorio e ingiustificato, è letteralmente consentito dalla formula utilizzata dal legislatore nell'articolo 3.1 d.l. 158/12 conv. da l.189/12, laddove prevede l'esonero da responsabilità penale per l'esercente la professione sanitaria “che nello svolgimento della propria attività...” commetta un reato per colpa lieve, non lasciando spazio all'imputazione per colpa generica o per altri profili di colpa specifica.

In considerazione dell'esonero di responsabilità esteso a tutti i reati colposi si crea un grave attrito con i principi costituzionali di ragionevolezza, sub specie di uguaglianza, almeno sotto due profili:

1) sul piano dell'eguaglianza della responsabilità nonché del rispetto di tutte le direttive europee poste alla base dell'attuale normativa in materia di sicurezza del lavoro. Infatti nessuno di tali principi costituzionali ed europei può autorizzare un esonero di responsabilità per colpa lieve.

2) sul piano della contraddizione ingiustificabile e intrinseca al quadro generale della responsabilità di tali soggetti nel momento in cui esercitano una posizione di garanzia.

Infatti contemporaneamente, per i medesimi profili di colpa lieve, da un lato l'operatore sanitario dovrebbe rispondere anche per colpa lieve pur essendosi attenuto alle buone prassi o alle linee guida - dettate ad es. in forza degli artt. 2 lett. v) e z), 6 lett. d), 9 lett. i) e l) D.lvo 81/08 - e dall'altro invece risulterebbe esente da responsabilità penale (in forza dell'art. 3 d.l. 158/12 conv. da l.189/12).

A sanare tale evidente contraddizione intrinseca, per una sostanziale conflittualità nell'applicazione all'interno della medesima posizione di garanzia, non basta osservare che le linee guida e le buone pratiche accettate dalla comunità scientifica si riferiscano soltanto all'attività medico chirurgica o comunque all'attività terapeutica e/o diagnostica.

Infatti è sufficiente considerare che le linee guida e le buone prassi nell'ambito medico si riferiscono non soltanto a protocolli diagnostici e terapeutici ma anche a strumenti, procedure, materiali, uso di attrezzature, sostanze, prodotti, organizzazione dell'attività sanitaria che riguardano sempre il risultato scientifico, la sicurezza del paziente, la sicurezza delle persone e delle strutture, per il conseguimento dell'obiettivo clinico, terapeutico o diagnostico.

Si pensi ad esempio alle procedure, accettate dalla comunità scientifica internazionale, in materia di esami radiologici o di trattamenti medici iperbarici, laddove ogni profilo operativo è previsto a tutela non soltanto del paziente ma anche dell'incolumità di tutte le persone che operano in quell'ambiente, dei beni, delle strutture e in genere della sicurezza e dell'efficienza del servizio; di

talché nel caso di colpa lieve, l'esercente la professione sanitaria, che nello svolgimento di tale attività diagnostica o terapeutica, si sia attenuto a tali linee guida, non risponderebbe penalmente in base all'articolo 3 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 ma risponderebbe contemporaneamente in base alla normativa specifica in materia di sicurezza del lavoro.

L'evidente conflitto di norme deporrebbe comunque per l'applicazione della norma speciale, e più favorevole, dell'articolo 3.1 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 con conseguente disapplicazione di qualsiasi tutela penale in materia di sicurezza.

Residuano, quindi, forti dubbi circa il rispetto del principio di ragionevolezza ex art. 3 cost.

#### 7) La tutela della persona offesa

Un'importante e ingiusta conseguenza della norma in parola riguarda la tutela della persona offesa la quale - a prescindere dal tipo di reato e dall'entità dei danni cagionati dall'operatore sanitario che ha assunto una condotta lievemente colposa - non può ricevere protezione alcuna in sede penale ma soltanto in sede civile in base all'art. 2043 cc.

Si tratta di un grave vuoto di tutela in sede penale che impedisce a un soggetto colpito da un atteggiamento lievemente colposo dell'operatore sanitario di agire anche per chiedere la condanna di quest'ultimo.

E non può considerarsi fungibile la possibilità di ricorrere al giudice civile per un illecito aquiliano.

La tutela penale e quella civile non possono considerarsi di certo fungibili soprattutto per la persona offesa che nel caso del procedimento penale può avvalersi dell'azione pubblica, accodarsi all'acquisizione probatoria del pubblico ministero e quindi fruire di una attività investigativa che altrimenti non potrebbe sostenere con una mera azione civile.

Si aggiunga l'evidente disparità di trattamento fra le persone offese che subiscono un danno da reato commesso con colpa lieve da parte di un operatore sanitario (con conseguente assenza totale di tutela penale), e soggetti che subiscono il medesimo fatto e danno da soggetti diversi dagli operatori sanitari o da soggetti che concorrono con gli operatori sanitari (con possibilità di esercitare pienamente l'azione civile nel processo penale o i diritti della persona offesa ex artt. 74 ss e 90 ss. cpp).

L'assenza di tutela penale comporta lo svilimento e lo svuotamento di ogni spazio per la persona offesa nel procedimento penale, specificamente (ma non soltanto) nel caso di danno alla salute.

Tale conseguenza evidenzia sul piano sostanziale l'ingiustizia e l'ingiustificabilità della depenalizzazione della colpa lieve per gli operatori sanitari.

Si sottopongono, pertanto, all'Eccellentissima Corte Costituzionale anche i dubbi circa la violazione dei principi di equa ed effettiva tutela giudiziaria ex artt. 3, 24, 32, 111 cost.

#### 8) Violazione degli artt. 3 e 28 cost.

L'art. 3.1 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 si applica a tutti gli esercenti la professione sanitaria, senza distinzione tra il settore pubblico e il settore privato in cui essi operano.

Nel caso in cui i sanitari fossero dipendenti pubblici (come accade ad esempio per tutti i medici, veterinari, operatori socio sanitari a tutti i livelli, dipendenti del servizio sanitario nazionale) dalla disposizione in esame riceverebbero un trattamento differenziato e sostanzialmente privilegiato rispetto ad tutti gli altri funzionari, dirigenti o comunque dipendenti dello Stato e degli enti pubblici che, non esercitando una professione sanitaria, ma pur esercitando una attività che ha una relazione quotidiana con i medesimi beni giuridici (salute, integrità psicofisica della persona, vita, incolumità pubblica, incolumità individuale, incolumità di beni, erogazione di un servizio pubblico) non sono graziati dalla colpa lieve.

Questi ultimi, infatti, a parità di condotta lievemente colposa, lesiva dei medesimi beni giuridici, continuano a rispondere ordinariamente dei medesimi reati colposi.

Il differente trattamento appare sostanzialmente un privilegio, irragionevole e ingiustificato, riservato ai soli dipendenti pubblici esercenti una professione sanitaria, in contrasto con il principio ex art. 28 cost. in forza del quale tutti i funzionari dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono "direttamente responsabili, secondo le leggi penali... degli atti compiuti in violazione di diritti".

Non v'è dubbio che con la disposizione dell'art. 3.1 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 si esclude l'applicabilità della legge penale soltanto per taluni funzionari e dipendenti pubblici esercenti la

professione sanitaria che non rispondono per colpa lieve. Non pare che l'art. 28 cost. autorizzi, all'interno dell'operatività della legge penale e di una diretta responsabilità per la violazione della stessa da parte dei dipendenti pubblici, una differenziazione rispetto a talune attività.

Di certo la nostra legislazione prevede per alcuni dipendenti pubblici una responsabilità soltanto per colpa grave ma con riferimento alla responsabilità civile e amministrativa non alla responsabilità penale.

Un esonero da responsabilità penale per qualsiasi tipo di reato lievemente colposo soltanto per gli esercenti la professione sanitaria, pone una possibile lesione del principio di eguaglianza anche nella responsabilità penale dei dipendenti pubblici ex artt. 3 e 28 cost.

9) Linee guida e buone pratiche e violazione del principio di tassatività.

Anche sotto il profilo del rispetto del principio di tassatività, sub specie del principio di legalità, l'art. 3.1 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 solleva diversi dubbi di legittimità.

Precipuamente si consideri che l'esimente introdotta dall'art. 3.1 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 è costituita dai seguenti elementi: il soggetto attivo deve essere un esercente la professione sanitaria, deve commettere il reato nello svolgimento della propria attività, deve attenersi alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

In ordine a quest'ultimo profilo la formulazione normativa è tanto elastica da non consentire al giudice e prima ancora agli operatori sanitari di determinare esattamente i confini dell'esimente.

In ordine alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica si osservi che trattasi di mere raccomandazioni per le quali la legge non offre alcun criterio di individuazione e determinazione.

Diversamente da quanto accade nel campo della sicurezza del lavoro dove viene prevista una procedura di identificazione, raccolta, codificazione, pubblicità, adozione, in breve di serietà e scientificità delle linee guida e delle buone prassi ( vedi artt. 2 lett. v) e z), 6 lett. d), 9 lett. i) e l) d.lvo 81/08), nel campo della responsabilità degli operatori sanitari non v'è alcuna indicazione normativa, a livello di legislazione primaria o secondaria, per orientare l'interprete e ancora prima lo stesso operatore sanitario, nella selezione delle condotte raccomandate, suggerite e/o accreditate.

Non vengono specificate le fonti delle linee guida, quali siano le autorità titolate a produrle, quali siano le procedure di raccolta dei dati statistici e scientifici, di valutazione delle esperienze professionali, quali siano i metodi di verifica scientifica, e infine quale sia la pubblicità delle stesse per diffonderle e per renderle conoscibili agli stessi sanitari; così come per le prassi non viene specificato il metodo di raccolta, come possa individuarsi la "comunità scientifica" e se l'accreditamento debba provenire dalla "comunità scientifica" locale, regionale, nazionale, europea o internazionale.

Se soltanto si considera che per talune specializzazioni mediche vi sono nel nostro paese tre linee guida regionali, tredici linee guida nazionali, alcune decine di linee guida europee (a differenza degli USA dove sono disponibili oltre duemila linee), giocoforza bisogna dedurre l'assoluta imprecisione e non determinabilità dei confini dell'area di non punibilità.

10)La diretta rilevanza dei dubbi di legittimità costituzionale

In definitiva l'art. 3 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 detta una non punibilità dai confini equivoci, non delimitabile con la mera interpretazione, esclusiva per tutti gli esercenti la professione sanitaria, per qualsiasi reato colposo, non definendo la colpa lieve, non identificando le linee guida, le buone prassi e le autorità che dovrebbero codificarle, avvilendo la libertà di scienza, discriminando in modo ingiustificabile tra operatori pubblici sanitari e non sanitari, tra operatori sanitari e non, che si occupano dei medesimi beni giuridici: una norma ad professionem da cui sorgono dubbi sul rispetto dei principi costituzionali ex artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 cost.

La disposizione dell'art. 3 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 riguarda direttamente la responsabilità penale e civile degli operatori sanitari (nonché delle strutture sanitarie cui appartengono) per i fatti commessi nell'esercizio dell'attività sanitaria. Trattasi di norma certamente speciale e comunque più favorevole (per gli imputati e per il responsabile civile, ma non per la parte civile) rispetto alla normativa generale previgente, che potrebbe essere di diretta e immediata applicazione al caso sub iudice, salva ogni valutazione del merito della vicenda processuale.

Di conseguenza i dubbi sulla legittimità costituzionale sollevati dal nuovo regime di responsabilità attengono a profili manifestamente e direttamente rilevanti per la decisione.

L'eventuale accoglimento della questione, nei termini in cui si sottopone all'Eccellentissima Corte Costituzionale, comporterebbe il mero ripristino della normativa generale precedente senza pericolo di ledere la discrezionalità del legislatore nella determinazione e definizione delle fattispecie penali.

P.T.M.

il Tribunale di Milano, in composizione monocratica, visti gli artt. 134 cost. e 23 legge 87/53 dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale nei termini di cui in motivazione dell'art. 3 d.l. 158/12 conv. da l.189/12 in relazione agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 cost..

Sospende il presente procedimento e dispone trasmettersi immediatamente copia degli atti alla Corte Costituzionale.

Ordine che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti e al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata al Presidente del Senato e della Camera dei Deputati.

Così deciso in Milano 21.3.13

Il giudice

Bruno Giordano

IL CASO.it