

Addebito responsabilità penale = giudizio esplicativo + giudizio predittivo

L'addebito a titolo di colpa presuppone che, una volta individuata una trasgressione a norma cautelare, sia possibile affermare che la condotta doverosa avrebbe evitato l'evento illecito. Si tratta, come ben noto, dell'operazione che va sotto il nome di giudizio controfattuale che richiede innanzitutto che venga preliminarmente descritto ciò che è accaduto; solo dopo aver accertato "che cosa è successo" (si propone al riguardo la definizione di "giudizio esplicativo") è possibile chiedersi cosa sarebbe stato se fosse intervenuta la condotta doverosa ("giudizio predittivo").

Il giudizio contro fattuale, imponendo di accertare se la condotta doverosa omessa, qualora eseguita, o, in ipotesi di condotta commissiva, l'assenza della condotta commissiva vietata, avrebbe potuto evitare l'evento (cd. giudizio predittivo) richiede preliminarmente l'accertamento di ciò che è effettivamente accaduto (cd. giudizio esplicativo) per il quale la certezza processuale deve essere raggiunta .

Cassazione penale, sezione quarta, sentenza del 2.9.2022, n. 32241

...omissis...

1. La Corte d'appello di Roma in data 10.6.2021 ha confermato la sentenza con la quale il Tribunale di Roma in data 24.9.2019 aveva ritenuto C.F., nella qualità di medico in servizio presso il reparto di nEurochirurgia dell'ospedale (OMISSIS), responsabile del reato di cui all'art. 583 c.p. comma 1, n. 2 perchè, per colpa consistita in imperizia in particolare nell'eseguire l'intervento chirurgico di discectomia e posizionamento di cage intersomatica nei confronti della paziente O.S. omettendo di rimuovere completamente l'ernia, così costringendo la paziente a sottoporsi ad un secondo intervento, aveva cagionato alla stessa l'indebolimento permanente dell'organo della fonazione e lo aveva condannato alla pena di Euro 500,00 di multa oltre al risarcimento del danno in favore della parte civile costituita da liquidarsi in sede civile oltre al pagamento di una provvisoria di Euro 15.000.

I fatti come ricostruiti nelle sentenze di merito sono i seguenti:

in data 4.2.2014 O.S. veniva ricoverata presso l'UO di NEurochirurgia dell'Ospedal.....e sottoposta ad un intervento di discectomia e posizionamento di cage intersomatica cervicale a livello C6-C7 effettuato dal Dott..... Mentre nei giorni immediatamente successivi si registrava un parziale miglioramento del quadro sintomatologico, la paziente subito dopo lamentava la persistenza della sintomatologia algica ed effettuata una risonanza magnetica emergeva un frammento discale in recesso sinistro C6-C7. La stessa quindi si sottoponeva ad un secondo intervento chirurgico effettuato in ca:a 26.3.2014 dal

Dott....nel corso del quale si verificava la lesione permanente del nervo faringeo.

Secondo la ricostruzione dei giudici di merito, che si sono fondati sulle risultanze della consulenza disposta dal Pubblico ministero, il D...nell'eseguire l'intervento di cistectomia e posizionamento di cage intersomatica a livello della sesta e della settima vertebra aveva omesso di rimuovere completamente l'ernia costringendo la paziente a sottoporsi ad un secondo intervento chirurgico di intersomatica cervicale per via anteriore di rimozione del frammento discale eseguito da altro chirurgo, il Dott....nel corso del quale si verificava la lesione del nervo della fonazione.

Veniva quindi ritenuto sussistente il nesso causale tra l'azione imperita del Dott.e l'evento, per colpa professionale consistita nel non aver rimosso completamente l'ernia prima di inserire tra le vertebre interessate la protesi detta cage, omissione che cagionava immediatamente alla paziente delle sensazioni dolorose significative le quali rendevano necessario il secondo intervento chirurgico.

2. Avverso la pronuncia di appello l'imputato ha proposto ricorso, a mezzo del difensore di fiducia, formulando tre motivi.

2.1. Con il primo, deduce la violazione dell'art. 40 comma 1 c.p. in relazione all'art. 606 c.p.p. comma 1, lett. b) ed e). Erroneità del giudizio esplicativo.

In particolare assume che dalla sentenza impugnata si evince che i giudici di appello hanno sovrapposto il giudizio predittivo a quello esplicativo applicando a quest'ultimo il criterio di certezza probabilistico anzichè quello dell'accertamento al di là di ogni ragionevole dubbio. Il giudizio esplicativo inoltre è stato condotto senza tenere conto di tutti gli elementi che sono emersi all'esito del dibattimento e ciò a discapito della certezza processuale. Aggiunge che la motivazione sul punto è del tutto carente nella parte in cui si argomenta sulla descrizione dell'accaduto trascurando il nucleo decisivo ovvero l'origine del frammento e della sintomatologia dolorosa.

In entrambi i gradi di giudizio è stata ignorata una prova decisiva costituita dalla radiografia post operatoria eseguita in data 6.2.2014 (da intendersi 6.3.2014) che aveva dimostrato la corretta posizione della protesi cervicale senza alcun riferimento a residui distali. Nè è stato accertato il momento in cui è insorta la patologia dolorosa. In sintesi non può dirsi raggiunta la prova circa le modalità di esecuzione dell'intervento, la natura del frammento discale, l'origine della sintomatologia dolorosa ed il momento in cui è insorta.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso deduce la violazione degli art. 40, commi 1 e 2 c.p. e 41 c.p. in relazione all'art. 606 lett. b) ed e) c.p.p..Erroneità nella ricostruzione del nesso causale. Deduce che la sentenza è errata, oltre che non sufficientemente motivata, laddove ricostruisce il nesso causale tra la condotta ascritta all'imputato (mancata rimozione del frammento discale) e l'evento prodottosi (lesione del nervo faringeo). Osserva che non vi è stata successione nella posizione di garanzia tra i... poteva essere al più attribuito il permanere della sintomatologia dolorosa ma non ogni altra conseguenza connessa alla valutazione autonoma del secondo professionista ed alla materiale esecuzione

del secondo intervento.

Inoltre rileva il difetto e/o la contraddittorietà della motivazione sull'incidenza causale del secondo intervento.

La Corte territoriale non ha valutato l'incidenza causale delle scelte terapeutiche del Dott.....oltre che della esecuzione materiale dell'intervento da parte del medesimo nonché di opzioni alternative all'intervento.

In conclusione; a Corte territoriale ha ritenuto provata la responsabilità del Dott. in base alla sola circostanza che un secondo intervento sia stato ritenuto in astratto necessario per risolvere la sintomatologia dolorosa senza che siano stati tuttavia valutati gli elementi idonei ad incidere sul nesso causale in particolare i criteri di scelta e di esecuzione del secondo intervento.

Sotto un ulteriore profilo deduce la violazione dell'art. 40 c.p. in relazione all'art. 606, comma 1, lett. b) c.p.p. Errata individuazione delle posizioni di garanzia.

Deduce l'erroneità della sentenza impugnata laddove ritiene la successione nella posizione di garanzia mentre invece viene in rilievo una separazione di aree di rischio di talchè l'evento non può essere ricondotto alla prima di tali condotte quando la seconda sia stata da sola determinante.

Sotto altro profilo evidenzia la violazione dell'art. 40 c.p. in relazione all'art. 606 comma 1, lett. b) c.p.p. Errata ricostruzione del nesso di causalità anche alla luce della richiamata teoria del rischio. Osserva che la lesione del nervo faringeo non può rappresentare la concretizzazione del rischio attivato dalla condotta del Dott.in quanto l'unico evento attribuibile al C. era la mancata risoluzione della sintomatologia dolorosa nonché l'unica possibile concretizzazione del rischio specifico che la regola cautelare mirava ad evitare. Aggiunge inoltre che la sentenza impugnata omette qualsiasi analisi relativa alla forma ed al grado della colpa anche affrontando il tema delle diverse discipline succedutesi nel tempo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2, comma 4, c.p..

2.3. Con il terzo motivo di ricorso deduce l'intervenuta prescrizione del reato. Deduce che, pur essendo decorso il termine massimo di prescrizione, l'esito assolutorio non può essere superato dalla sopravvenuta prescrizione del reato atteso che l'estraneità del ricorrente al fatto contestato è del tutto evidente e rilevante ai sensi dell'art. 129 comma 2, c.p.p..

3. Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione ha concluso per l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata.

La difesa della parte civile ha depositato conclusioni scritte e nota spese.

La difesa dell'imputato ha depositato memoria con la quale insiste per l'accoglimento del ricorso.

DIRITTO

1. Il ricorso merita accoglimento per le ragioni che si andranno a spiegare.

1.1. Fondato è I primo motivo di ricorso.

Va premesso che l'addebito a titolo di colpa presuppone che, una volta individuata una trasgressione a norma cautelare, sia possibile affermare che la condotta doverosa avrebbe evitato l'evento illecito. Si tratta, come ben noto, dell'operazione che va sotto il nome di giudizio controfattuale che richiede innanzitutto che venga preliminarmente descritto ciò che è accaduto; solo dopo aver accertato "che cosa è successo" (si propone al riguardo la definizione di "**giudizio esplicativo**") è possibile chiedersi cosa sarebbe stato se fosse intervenuta la condotta doverosa ("**giudizio predittivo**").

*Il giudizio contro fattuale, imponendo di accertare se la condotta doverosa omessa, qualora eseguita, o, in ipotesi di condotta commissiva, l'assenza della condotta commissiva vietata, avrebbe potuto evitare l'evento (**cd. giudizio predittivo**) richiede preliminarmente l'accertamento di ciò che è effettivamente accaduto (**cd. giudizio esplicativo**) per il quale la certezza processuale deve essere raggiunta (cfr. ex multis Sez. 4, n. 23339 del 31/1/2013, Giusti, Rv. 256941) Già in precedenza, peraltro, questa Corte di legittimità aveva affermato che in tema di responsabilità medica, ai fini dell'accertamento del nesso di causalità è necessario individuare tutti gli elementi concernenti la causa dell'evento, in quanto solo la conoscenza, sotto ogni profilo fattuale e scientifico, del momento iniziale e della successiva evoluzione della malattia o dell'intervento consente l'analisi della condotta sicchè ancor prima di applicare il c.d. giudizio controfattuale, è necessario individuare con precisione quanto effettivamente è naturalisticamente accaduto (**c.d. giudizio esplicativo**), al fine di verificare, su siffatta incontrovertibile ricostruzione, se la identificazione di una condotta omessa possa valutarsi come adeguatamente e causalmente decisiva in relazione alla evitabilità dell'evento (vedi Sez 4, n. 416 del 12.11.2021, Castriotta, Rv. 282559).*

Ebbene, dalla lettura delle due sentenze di merito che, trattandosi di c.d. doppia conforme, costituiscono un unico apparato motivazionale, si evince che detti canoni ermeneutici non sono stati rispettati. Ed invero il giudizio esplicativo è stato condotto senza tenere conto di tutti gli elementi emersi nel corso del dibattimento, con particolare riguardo alla situazione sussistente al momento in cui il Dott. ... ha terminato il primo intervento e quella che ha indotto il Dott. ... ad effettuare il secondo.

In particolare il giudizio esplicativo è stato formulato in termini di certezza probabilistica in ordine ai due aspetti nodali della vicenda ovvero l'origine del frammento discale e della sintomatologia algica lamentata dalla O..

Va in primis chiarito che nel processo che ci occupa non è mai stato agitato il tema della correttezza della scelta della metodologia chirurgica intrapresa sia nel primo che nel secondo intervento (anche se per quest'ultimo non vi è stato alcun accertamento) atteso che è emerso dai giudizi dei consulenti tecnici come dato incontrovertito che la metodologia prescelta era stata appropriata in entrambi gli interventi in relazione al quadro patologico riscontrato e alla sintomatologia algico-difunzionale accusata dalla paziente (vedi pg. 7 sentenza impugnata).

Con riguardo all'origine del frammento discale residuo in recesso sinistro C6-C7, entrambe le sentenze danno atto della possibilità che lo stesso possa essere stato o un residuo discale non rimosso colposamente nel corso del primo intervento o invece una "recidiva" e/o una migrazione di frammenti.

La sentenza impugnata con affermazione apodittica ritiene, invece, provato che il a causa di un approccio "eccessivamente prudente tenuto nel corso del primo intervento chirurgico, si sia astenuto dal rimuovere completamente i frammenti discali presenti prima di apporre la protesi" giungendo a tale

conclusione sulla scorta degli esiti della R...M rachide cervicale del 6.3.2014 da cui emerge la presenza di un'ernia residua nonché dalla cartella clinica dell'intervento eseguito dal medesimo in cui non era stato specificato che la rimozione del disco e delle ernie si era spinta in profondità fino alla dura madre ritenendo quindi che la mancata menzione di tale circostanza valesse ad escludere una rimozione così radicale.

Su tali basi, la sentenza recepisce il giudizio dei consulenti tecnici del PM e della parte civile secondo cui era "del tutto probabile" che non si trattasse di una recidiva ma di un frammento residuo di cui era stata omessa la rimozione nel corso dell'intervento.

Con affermazione altrettanto apodittica ha ritenuto del tutto residuale, invece, l'ipotesi alternativa, ovvero quella della recidivanza, sostenuta dalla difesa dell'imputato, corroborata, secondo quanto emerge dalla sentenza, dalla deposizione del Dott....., che parla di frammento "di nuova creazione" e dalle altre testimonianze che riferiscono di una completa rimozione del frammento prima dell'esecuzione dell'intervento da parte del, peraltro non contraddetta da una espressa indicazione della cartella clinica che si limita a non menzionare la circostanza che la discectomia si fosse spinta fino alla dura madre. La sentenza si rivela altresì contraddittoria laddove esclude la tesi dell'ipotizzata migrazione di materiale discale verso la radice nervosa in ragione del fatto che il C. avrebbe posizionato una protesi nello spazio intervertebrale C6-C7 ritenendo invece compatibile con l'inserimento di una protesi la mancata rimozione di un frammento discale.

2.2. Parimenti fondato è il secondo motivo.

La censura involge la problematica della ricostruzione del nesso di causalità nelle ipotesi di reati omissivi impropri nel peculiare settore della colpa medica ove è frequente il collivolgimento di più medici, anche di specializzazioni differenti, nella cura del paziente che pertanto assumono nei confronti di questo una posizione di garanzia. Può trattarsi di un intervento sincronico, o diacronico, con il susseguirsi dei sanitari coinvolti in momenti differenti, come nel caso di specie. Al fine di individuare la specifica responsabilità dei singoli medici intervenuti è stato elaborato il principio di affidamento, sulla base del quale ciascuno risponde nei limiti del proprio operato potendo confidare sul fatto che gli altri sanitari intervenuti a loro volta operino nel rispetto delle leges artis.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia, con specifico riferimento ai reati omissivi impropri in ambito sanitario, sussiste il nesso di causa tutte le volte in cui risulti accertato, secondo il principio di controfattualità, condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o legge scientifica, non solo che l'evento lesivo non si sarebbe verificato, ma anche che si sarebbe verificato in epoca posteriore o con minor intensità lesiva. Per l'effettuazione di tale valutazione occorre verificare la specifica attività richiesta al sanitario coinvolto e che si assume idonea, se realizzata, a scongiurare l'evento lesivo con alto grado di credibilità razionale. Per poter effettuare il giudizio controfattuale occorre conoscere non solo le

informazioni scientifiche sulla patologia del paziente ma anche tutte le contingenze significative del caso concreto. In particolare, ha specificato la Corte come "in tema di colpa nell'attività medico chirurgica, il meccanismo controfattuale, necessario per stabilire l'effettivo rilievo condizionante della condotta umana si deve fondare su affidabili informazioni scientifiche nonché sulle contingenze significative del caso concreto. Qualora vengano in considerazione le condotte di più garanti intervenuti in tempi diversi l'accertamento deve essere effettuato con riguardo alla singola posizione, verificando cosa sarebbe accaduto nel caso in cui la condotta dovuta da ciascuno dei garanti fosse stata tenuta, considerando altresì se la situazione di pericolo non si sia verificata per effetto del tempo o di un comportamento di successivi garanti (vedi Sez, 4, n. 24439 del 16.6.2021 in motivazione).

Ebbene, la sentenza impugnata, laddove ricostruisce il nesso causale tra la mancata rimozione del frammento discale da parte del ... e l'evento prodottosi, ovvero la lesione del nervo faringeo, non ha considerato che il era titolare di una posizione di garanzia diversa ed autonoma rispetto a quella ricoperta dal D...., ciascuna delle quali posta a tutela dei soli rischi correlati alla propria condotta. Secondo tale ricostruzione, all'odierno imputato, nel caso fosse stata provata la sua condotta imperita, poteva essere ascritto il rischio del permanere di una sintomatologia dolorosa, che evidentemente l'intervento da lui eseguito non aveva risolto, ma non certamente le conseguenze dell'intervento effettuato dal secondo medico cui solo può essere collegato, ove fosse dimostrata la sua condotta imperita, l'evento della lesione del nervo faringeo.

Peraltro nella vicenda "de qua", come ricostruita nelle sentenze di merito, emerge all'evidenza che non è stata presa in considerazione la condotta del secondo specialista, accertando quali fossero le condizioni della paziente al momento in cui si è rivolta a lui, se l'intervento fosse l'unica alternativa possibile, se fosse consigliabile secondo le migliori regole dell'arte medica intervenire subito ed in che nodo.

Peraltro la posizione di garanzia del Dott. ... tenuto conto del diverso ambito e fase temporale in cui lo stesso è stato chiamato ad agire si distingue da quella del Dott. e radica una autonoma posizione di garanzia.

Orbene, a prescindere dalla circostanza che dalla motivazione della sentenza impugnata non emerge un chiaro ed in equivoco accertamento circa la natura del frammento discale residuo (ovvero se lo stesso sia espressione o meno di recidivanza) e circa il momento in cui sarebbe insorta la sintomatologia dolorosa, va sottolineato che certamente non può attribuirsi al.... il rischio correlato al secondo intervento eseguito successivamente dal...in esito al quale si è prodotto l'evento lesivo.

La condotta de ,,,,in altri termini, non può configurarsi come antecedente causale ma è una mera occasione dell'evento.

Non va infatti dimenticato che, **ai fini della responsabilità penale per un reato colposo, non è sufficiente che risulti accertata la violazione di**

una regola cautelare, ma occorre che essa si ponga in rapporto causale con l'evento prodottosi e che questo costituisca "concretizzazione del rischio" che la regola cautelare si prefigga di contrastare: è infatti necessario anche che l'evento risulti "evitabile" dalla condotta diligente che si è mancato di tenere (Sezione 4, n. 38 del 20 settembre 2012, dep. 2013, Montanaro).

Sotto questo profilo, non può fondarsi automaticamente - come ragiona la sentenza - la responsabilità dell'evento lesivo - ricollegato pur sempre al secondo intervento all'autore del primo, difettando, da un lato, la prova certa e incontrovertibile che la "causa" di tale secondo intervento fosse da ricondurre ad un errore commesso durante il primo intervento (già si è detto del tema rimasto controverso sulla natura del frammento distale) e dall'altro, operando pur sempre il principio di affidamento che vale ad evitare forme di responsabilità oggettiva attraverso anche una corretta lettura giuridica del nesso di causa materiale.

Altro fondato profilo di censura, posto in rilievo nel ricorso, attiene alla individuazione della disciplina applicabile nella fattispecie dedotta in giudizio, in quanto la sentenza non affronta in nessun passaggio il tema della possibile applicazione nel caso di specie della specifica normativa rilevante in caso di colpa medica, costituita dalle note leggi "Balduzzi" e "Gelli-Bianco" che si sono succedute negli ultimi anni, e quindi della problematica della eventuale colpa lieve in relazione all'indagine diagnostica eseguita dal medico nei confronti della paziente. Trattasi di una grave carenza motivazionale, atteso il condivisibile insegnamento secondo cui, in tema di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, in base all'art. 2, comma 4, c.p., **la motivazione della sentenza di merito deve indicare se il caso concreto sia regolato da linee guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri, specificare di quale forma di colpa si tratti (se di colpa generica o specifica, e se di colpa per imperizia, o per negligenza o imprudenza), appurare se ed in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee-guida o da buone pratiche clinico-assistenziali** (Sez. 4, n. 37794 del 22/06/2018, De Renzo, Rv. 27346301). Ed invero, alla luce del disposto dell'art. 590 sexies c.p., introdotto dall'art. 6 della L. 8 marzo 2017 n. 24 (cosiddetta legge "Gelli-Bianco"), l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico. Pertanto, la distinzione tra colpa lieve e colpa grave per imperizia, nell'ambito della fase esecutiva delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida che risultano adeguate al caso di specie, mantiene una sua attuale validità: ciò in quanto la colpa lieve per imperizia esecutiva delimita l'ambito di irresponsabilità penale del professionista sanitario. In questo sistema normativo, il professionista è tenuto ad attenersi alle raccomandazioni previste dalle linee-guida,

sia pure con gli adattamenti propri della fattispecie concreta e, per converso, lo stesso professionista ha la legittima, coerente pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli.

Ne deriva che la motivazione della sentenza di merito deve indicare se il caso concreto sia reglato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri, specificare di quale forma di colpa si tratti (se di colpa generica o specifica, e se di colpa per imperizia, o per negligenza o imprudenza), appurare se e in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee-guida o da buone pratiche clinico-assistenziali.

3.3. In ragione della fondatezza dei primi due motivi di ricorso, il terzo motivo è assorbito in quanto; l'assoluzione dell'imputato per non aver commesso il fatto prevale sulla declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, presupponendo quest'ultima pronuncia un giudizio positivo circa la configurabilità del reato contestato e l'ascrivibilità al suo autore.

In conclusione, la sentenza impugnata va annullata per non avere l'imputato commesso il fatto.

Dalla decisione consegue la revoca delle statuizioni civili.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata per non avere l'imputato commesso il fatto.

Così deciso in Roma, il 20 aprile 2022.

Depositato in Cancelleria il 2 settembre 2022