

# Un primo commento all'ordinanza 295 della consulta circa la costituzionalità dell'articolo 3 della legge Balduzzi

**Autore:** Telesca Emanuele

**In:** Diritto civile e commerciale

## 1) INTRODUZIONE

Nel pensiero giuridico tedesco, e nella sua estrinsecazione, è abitudine partire dalle conclusioni raggiunte dall'autore per poi mettere sul tappeto i passaggi logico-argomentativi seguiti, in una sorta di sillogismo al contrario. Tale *modus operandi*, a parere di chi scrive, può efficacemente (e felicemente) dispiegare i propri effetti a proposito delle più recenti novità in tema di responsabilità e colpa medica.

Partiamo, quindi, dalla fine: con l'ordinanza numero 295 del 2 dicembre scorso, la Corte Costituzionale si è finalmente espressa sui rilievi di incostituzionalità promossi con ordinanza del 21 marzo 2013, numero 124, dal Tribunale di Milano sull'articolo 3 della legge 189 del 2012 (alias Decreto sanità o Legge Balduzzi), dichiarando la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

L'ordinanza della Consulta, asciutta e priva di mirabili spunti esegetici, di fatto non affonda le mani nell'intricato dedalo di problematiche e criticità caratterizzanti la vexata quaestio. Come un osservatore intento a scrutare l'orizzonte, la Corte rileva e fa proprio uno dei pochi punti fermi nell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale del summenzionato articolo 3 (ossia che il sanitario non risponde per colpa lieve, se rispettoso nel suo operare delle linee guida, per la sola imperizia), non potendo andare oltre vista la mancata esplicitazione nel dettaglio della fattispecie sottoposta al vaglio del giudice remittente. Una

scelta non scontata e che, sotto taluni profili, pare stridere se confrontata con il variegato pacchetto di motivazioni sottese alla decisione dell'organo giudicante milanese di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

## 2) IL DATO NORMATIVO

La norma in questione, volta a contrastare l'acuirsi della conflittualità in tema di medical malpractice<sup>1</sup> e la sua più diretta conseguenza rappresentata dalla c.d. "medicina difensiva"<sup>2</sup>, sin dalla sua prima apparizione nel decreto legge 158 del 2012, è stata foriera di discussioni e dibattiti dottrinali; così come pure la legge 189 del 2012 di conversione e modifica. Numerosi interrogativi permeano difatti l'articolo 3 comma 1, in particolare nel suo profilo penalistico, in ragione della sua portata innovativa e, al contempo, di una formulazione non propriamente cristallina.

Conviene innanzitutto rileggere il testo della norma attualmente in vigore, prendendo a modello l'iter logico ed argomentativo dei giudici costituzionali: "L'esercente le professioni sanitarie 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'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

L'arresto giurisprudenziale, realizzatosi mediante l'ordinanza del tribunale meneghino, era stato salutato con grande fervore in ambiente accademico quale occasione per un'analisi attenta ed autorevole della riforma Balduzzi, nella sua parte più complessa e delicata, da parte della Consulta.

### 3) L'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI MILANO

Il Tribunale di Milano è giunto a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale dell'articolo 3 della legge 189 poiché, nel corso di un processo a carico di alcuni sanitari di un istituto ortopedico imputati del reato di lesioni personali gravi, è entrata in vigore la novella legislativa in esame col suo portato in meius a vantaggio degli esercenti le professioni sanitarie.

Il Giudice remittente, nella propria ordinanza, individua plurimi profili di dubbia aderenza della riforma al dettato costituzionale stante l'introduzione, nel nostro ordinamento, di una norma ad professionem che delinea "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". Tale disciplina, a parere del giudice a quo, risulterebbe stridente con i principi desumibili agli articoli 3, 24, 25, 27,28, 32, 33, 111 della Costituzione<sup>3</sup>.

Ad emergere è innanzitutto il principio di ragionevolezza e tassatività, desumibile dal combinato disposto degli articoli 3 e 25 della Costituzione, muovendo in tal senso un duplice ordine di critiche al riformatore.

In primis si rileva come il legislatore utilizzi formule ambigue ed elastiche quando si riferisce al concetto di "colpa lieve" e "linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica": nel primo caso si tratta di "una formula criticamente equivoca, non superabile con una mera attività ermeneutica"; mentre

nel secondo “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 [...]”.

Inoltre l'utilizzo del concetto di “colpa lieve”, sconosciuta nel diritto penale nostrano, è a parere del remittente “il punto più debole della normativa in parola”, poiché rimetterebbe alla discrezionalità del giudice “l'interpretazione e l'applicazione di tale formula”. Si rileva, quindi, “la necessità di tassativi, determinati, precisi parametri normativi, primari o sub primari, idonei a delimitare il discrimen della punibilità”.

In secondo luogo emergerebbe la violazione del principio di pari condizione della libertà dell'arte, della scienza e del relativo insegnamento ex articoli 3 e 33 della Costituzione. Il tribunale milanese sostiene come il legislatore abbia “tradito” la ratio legis volta al superamento della c.d. “medicina difensiva”, poiché “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 [...], 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”.

In terzo luogo viene eccepita la violazione dell'articolo 3 della Costituzione in ragione dei principi di ragionevolezza ed uguaglianza. Da un punto di vista soggettivo si rileva come la norma, rivolgendosi “anche a 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”, si vada ad applicare in maniera indiscriminata ed irragionevolmente estesa. Valutazione viepiù confermata dalla portata oggettiva della novella legislativa, poiché “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. Secondo il remittente “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”.

La violazione dei principi di ragionevolezza ed uguaglianza, a parere del Tribunale di Milano, viene ulteriormente alla luce lì dove si noti che la norma, potenzialmente, determina una disparità di trattamento tra l'operatore sanitario ed altro soggetto cooperante non dotato di tale qualificazione che, quindi, risponderrebbe per colpa lieve.

Infine, sempre in riferimento ai principi ex articolo 3 della Costituzione, si osserva come l'applicazione della disposizione sottoposta a critica determinerebbe una disparità di trattamento tra i sanitari dipendenti pubblici e gli altri pubblici funzionari: “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”.

In quarto luogo viene eccepita la violazione dei principi di equa ed effettiva tutela giudiziaria ex articoli 3, 24, 32, 111 della Costituzione. Il giudice remittente argomenta la propria tesi sostenendo come, alla luce della riforma del 2012, “la persona offesa non può ricevere protezione alcuna in sede penale ma soltanto in sede civile in base all'art. 2043 c.c. 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 [...]. 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”.

Da ultimo, a parere del giudice meneghino sussisterebbe anche la violazione dell'articolo 27 della Costituzione e del principio della funzione rieducativa della pena poiché “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”.

#### **4) L'ORDINANZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

A fronte di siffatta complessa ordinanza, come ricordato in apertura, la Corte Costituzionale ha deciso per la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Al centro della pronuncia i Supremi giudici rilevano un difetto di forma “macroscopico” nell'ordinanza del giudice remittente: “conformemente a quanto eccepito dall'Avvocatura dello Stato”, sostiene la Corte, “il giudice a quo ha ommesso di descrivere la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio e, conseguentemente, di fornire un'adeguata motivazione in ordine alla rilevanza della questione”. Il Tribunale di Milano ha, difatti, esclusivamente riferito “di essere investito del processo penale nei confronti di alcuni operatori sanitari, imputati del reato di lesioni personali colpose gravi, cagionate ad un paziente ‘con colpa generica e per violazione dell'arte medica’”; non precisando “la natura dell'evento lesivo, le modalità con le quali esso sarebbe stato causato e il grado della colpa ascrivibile agli imputati; ma soprattutto non precisa se, nell'occasione, i medici si siano attenuti - o, quantomeno, se sia sorta questione in ordine al fatto che essi si siano attenuti - a ‘linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica’ proprie del

contesto di riferimento, così che possa venire effettivamente in discussione l'applicabilità della norma censurata".

Tale insufficiente descrizione della fattispecie concreta, esposta dal remittente in termini "meramente astratti ed apodittici", secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale comporta sol per questo la manifesta inammissibilità della questione. Ciò comporta l'impossibilità e l'inutilità per la Consulta di procedere ad un'analisi delle ragioni di diritto.

Dall'ordinanza della Corte emerge un'unica motivazione di natura strettamente giuridica utile a suffragare la scelta di rigetto. Nella pronuncia si legge come non possa dimenticarsi che, tanto la giurisprudenza di legittimità che la dottrina maggioritaria, abbiano ritenuto che "la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia: non, dunque, quando all' esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente".

## **5) CONCLUSIONI**

L'ordinanza della Corte Costituzionale ha certamente deluso le aspettative di molti, tanto tra gli operatori sanitari che tra gli studiosi ed i professionisti del diritto. L'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, basata esclusivamente su vizi di forma dell'ordinanza meneghina di rimessione, non fornisce alcuna schiarita nelle dense nebbie del settore della medical malpractice. I dati più recenti in materia sono impressionanti: oltre 12mila denunce di sinistri nel 2012, a fronte di 9 milioni di ricoveri e circa un miliardo di prestazioni specialistiche ed un miliardo di costi assicurativi.<sup>4</sup>

La portata del fenomeno sul sistema sanitario nazionale, e sulle sue casse, non è più problema eludibile dal Parlamento nazionale. La speranza di delegare anche questa materia nelle mani della giurisprudenza (sia essa di merito, di legittimità o costituzionale) rischia di protrarre ancora per lungo tempo le criticità di un contesto normativo vago e non coordinato, nel quale l'attività ermeneutica delle corti funge sì da cardine prezioso ed insostituibile, ma al contempo non può garantire agli operatori la necessaria serenità nell'esercitare la propria ars medica scevra da tentazioni difensiviste e garantiste.

1<sup>□</sup> Sul punto si veda la Relazione conclusiva della Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali, come approvata il 22 Gennaio 2013.

2<sup>□</sup> Sul tema si consiglia Fiori A. la medicina difensiva. Riv. it. med. leg. 1996, 899.

3<sup>□</sup> Ferrando G. La responsabilità penale del medico dopo la riforma Balduzzi. Su Altalex, 8 ottobre 2013.



4<sup>□</sup> Fonte Agenas, Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali.

<https://www.diritto.it/un-primo-commento-all-ordinanza-295-della-consulta-circa-la-costituzionalita-dell-articolo-3-della-legge-balduzzi/>