

Penale Sent. Sez. 4 Num. 28316 Anno 2020

Presidente: PICCIALLI PATRIZIA

Relatore: BRUNO MARIAROSARIA

Data Udienda: 29/09/2020

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

avverso la sentenza del 10/09/2018 della CORTE APPELLO di VENEZIA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere MARIAROSARIA BRUNO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore ETTORE PEDICINI

che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

Per le parti civili è presente, in sostituzione dell'avv. _____ del foro di

VICENZA, l'avv. _____ del foro di Roma che deposita nomina ex

art.102cpp e chiede il rigetto del ricorso.

E' presente l'avvocato _____ del foro di VICENZA in difesa di

che insiste per l'accoglimento del ricorso

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Vicenza, con sentenza resa in data 8/3/2016, ha assolto _____, medico in servizio presso il reparto di pneumologia dell'Ospedale di _____ dal delitto di omicidio colposo in danno di _____ per non avere commesso il fatto.

La Corte di appello di Venezia, in accoglimento del ricorso del Procuratore Generale e delle parti civili costituite, ribaltando il verdetto assolutorio, ha affermato la penale responsabilità dell'imputata per il reato ascrittale e, riconosciute le circostanze attenuanti generiche, ha condannato la predetta alla pena di mesi quattro di reclusione, oltre al risarcimento del danno in favore delle parti civili costituite a cui sono state riconosciute le somme indicate in dispositivo a titolo di provvisionale.

I fatti che hanno dato origine all'addebito elevato a carico dell'imputata possono essere così riassunti.

_____ era ricoverato presso il reparto di pneumologia dell'Ospedale di _____ in quanto affetto da empiema pleurico e focolaio bronco pneumonico destro.

_____ pneumologo in servizio nel reparto di pneumologia, in _____ in data 28/6/2014, all'inizio del turno, si accorgeva che le condizioni del paziente, sottoposto ad intervento di toracentesi il giorno precedente, avevano subito un peggioramento durante la notte. Decideva pertanto di richiedere una consulenza chirurgica.

Il chirurgo _____, che aveva effettuato il precedente intervento, ed il collega _____ anch'egli medico chirurgo, investiti delle problematiche del caso, decisero di eseguire sul posto una toracentesi, senza l'ausilio di una guida ecografica ed in mancanza dei risultati della TAC che la _____ aveva nel contempo richiesto.

La imputata, presente nella stanza di degenza del paziente, convocò l'infermiera _____ e, onde facilitare le manovre operatorie, ponendosi davanti al paziente che era seduto sulla sponda del letto, lo resse, facendo in modo che assumesse un'idonea posizione. I chirurghi, a tergo del paziente, commisero l'errore di praticare la toracentesi sul polmone sano, cagionando in tal modo la morte del paziente per arresto cardiocircolatorio dovuto ad asfissia acuta.

Il Giudice di primo grado ha assolto la imputata per non avere commesso il fatto, sostenendo che il sanitario non avrebbe potuto considerarsi parte della equipe che aveva effettuato la toracentesi sulla persona del paziente. Osservava

inoltre che la non avrebbe potuto in alcun modo rendersi conto dell'altrui errore, essendo la sede dell'intervento coperta dal corpo del paziente da lei sorretto.

La Corte d'appello, andando in diverso avviso, ha ritenuto che, avendo la provveduto a chiamare l'infermiera del reparto ed avendo sorretto il paziente durante l'effettuazione della toracentesi, abbia partecipato all'atto chirurgico, il cui tragico epilogo si realizzò anche a causa del fatto che la imputata non pretese che si intervenisse con una guida ecografica e non si avvide dell'erroneo intervento sul polmone sano.

2. Avverso la sentenza di appello ha proposto ricorso per cassazione l'imputata, a mezzo del difensore, articolando i seguenti motivi di doglianza (in sintesi giusta il disposto di cui all'art. 173, comma 1, disp. att. cod. proc. pen.).

Primo motivo: violazione degli artt. 113 e 589 cod. pen. per avere la Corte distrettuale erroneamente incluso nella cooperazione esecutiva dell'intervento di toracentesi, causa della morte del paziente, la imputata a cui i chirurghi avevano semplicemente richiesto di accostarsi al malato per sostenerne la posizione durante l'operazione.

Secondo motivo: violazione degli artt. 43 e 589 cod. pen. per avere erroneamente ritenuto la Corte di merito che la imputata avesse avuto modo di conoscere e valutare l'attività svolta dagli altri colleghi.

Terzo motivo: violazione degli artt. 41 e 589 cod. pen., dovendosi considerare la esecuzione della toracentesi sul polmone sano un comportamento abnorme, imprevedibile ed esorbitante, idoneo ad interrompere il nesso causale tra gli obblighi terapeutici della pneumologa e l'evento mortale.

3. Con atto depositato presso la cancelleria di questa Corte in data 15/9/2020, tutte le parti civili costituite, a mezzo del difensore, già munito di procura speciale, hanno dichiarato di revocare la costituzione di parte civile.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso non è meritevole di accoglimento e deve pertanto essere rigettato.

2. Prima di procedere alla trattazione dei motivi di ricorso proposti dalla ricorrente occorre interrogarsi sulla eventuale necessità della rinnovazione della istruttoria dibattimentale, conseguente al ribaltamento della decisione assolutoria di primo grado operata dalla Corte d'appello. La questione si pone anche in caso di assenza di rilievi difensivi sul punto, in quanto, nella ipotesi di *reformatio in peius* della sentenza di primo grado, la violazione dei principi del giusto processo e dell'art. 6 della Corte EDU deve essere rilevata anche d'ufficio dalla Corte di Cassazione (così *ex multis* Sez. 5, n. 25475 del 24/02/2015, Rv.

263902 così massimata: «È rilevabile d'ufficio, anche in sede di legittimità, la questione relativa alla violazione dell'art. 6 della CEDU, così come interpretato dalla sentenza della Corte EDU del 4 giugno 2013, nel caso Hanu c. Romania - per la quale il giudice di appello deve procedere alla nuova escussione d'ufficio, anche in assenza di richiesta della parte, pena la sostanziale compressione del diritto di difesa - conformemente ai canoni dell'equo processo e alle esigenze di armonizzazione del sistema processuale»). Occorre aggiungere che, a completamento di una lunga elaborazione giurisprudenziale in materia, l'obbligo della rinnovazione della istruttoria dibattimentale, in caso di *reformatio in peius*, è stato recepito dal legislatore, che, al comma comma 3-bis dell'art. 603 del codice di rito, di recente introduzione, ha espressamente previsto che "nel caso di appello del Pubblico Ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale". Si tratta tuttavia di un obbligo non assoluto. La giurisprudenza di questa Corte, in plurime pronunce, ha infatti precisato che «non sussiste l'obbligo di procedere alla rinnovazione della prova testimoniale decisiva per la riforma in appello dell'assoluzione, quando l'attendibilità della deposizione è valutata in maniera del tutto identica dal giudice di appello, il quale si limita a procedere ad un diverso apprezzamento del complessivo compendio probatorio ovvero ad una diversa interpretazione della fattispecie incriminatrice» (così Sez. 5, n. 33272 del 28/03/2017, Carosella, Rv 270471; conforme Sez. 5, n. 42746 del 09/05/2017, Fazzini, Rv 271012, secondo cui «nel caso di condanna in appello, non sussiste l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale qualora il giudice abbia riformato la sentenza assolutoria di primo grado non già in base al diverso apprezzamento di una prova dichiarativa, bensì all'esito della differente interpretazione della fattispecie concreta, fondata su una complessiva valutazione dell'intero compendio probatorio»). L'enunciato è stato ribadito anche successivamente all'introduzione dell'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen. (cfr. Sez. 6, n. 12397 del 27/02/2018, Gagliano, Rv. 272545 dove si pone in rilievo la non necessità della rinnovazione ove la decisione del giudice di appello sia fondata sul medesimo materiale probatorio utilizzato in primo grado e non sia intervenuta una difforme valutazione della prova dichiarativa; conforme Sez. 5, n. 53415 del 18/06/2018, Rv. 274593).

Ebbene, i principi da ultimo richiamati possono trovare applicazione nel caso specifico, essendo la Corte di appello pervenuta alla decisione di condanna non sulla base di una difforme valutazione delle prove dichiarative assunte, ma in virtù di una diversa considerazione del caso, attraverso l'impiego di criteri

interpretativi di diritto concernenti i profili di colpa, non coincidenti con quelli adoperati in primo grado.

3. Quanto al primo motivo di ricorso, si osserva quanto segue.

Ai fini dell'apprezzamento della partecipazione della all'atto operatorio, che si pone come premessa imprescindibile dell'affermazione di responsabilità della imputata, la Corte di merito ha rilevato che la imputata, reggendo il paziente davanti e chiamando l'infermiera di reparto munita del carrello con la strumentazione necessaria, accettò di prendere parte all'intervento chirurgico, entrando a comporre la equipe medica, di cui condivise le modalità operative.

Tale assunto, avversato dalla difesa nel primo motivo di ricorso, deve essere reputato corretto alla luce dei principi enucleabili da plurime pronunce di questa Corte, afferenti alla materia della colpa medica professionale, con particolare riguardo agli aspetti concernenti l'assunzione degli obblighi protettivi nei confronti del paziente e la instaurazione del rapporto terapeutico.

Al riguardo, questa Corte ha più volte chiarito che, nell'individuazione dei reali destinatari degli obblighi protettivi, vengono in rilievo le funzioni in concreto esercitate dal garante, spettando all'interprete procedere alla selezione delle diverse posizioni di garanzia, per tutti i casi della vita non tipizzati dal legislatore ed alla individuazione degli obblighi impeditivi concretamente riferibili al soggetto che versa in una posizione di garanzia [cfr. Sez. U, Sentenza n. 9874 del 01/07/1992, Rv. 191185 - 01: "La individuazione dei destinatari degli obblighi posti dalle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e sull'igiene del lavoro deve fondarsi non già sulla qualifica rivestita bensì sulle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono, quindi, rispetto alla carica attribuita al soggetto (ossia alla sua funzione formale)"].

E' stato parimenti affermato il principio di diritto in forza del quale, ai fini dell'operatività della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, cpv. cod. pen., nell'accertamento degli obblighi impeditivi gravanti sul soggetto che versa in posizione di garanzia, l'interprete deve tenere presente la fonte da cui scaturisce l'obbligo giuridico protettivo, che può essere la legge, il contratto o la stessa precedente attività svolta dal soggetto agente. In tale prospettiva, al fine di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, si è chiarito che occorre valutare sia le finalità protettive fondanti la stessa posizione di garanzia, sia la natura dei beni dei quali è titolare il soggetto garantito, che costituiscono l'obiettivo della tutela rafforzata, alla cui effettività mira la clausola di equivalenza (così Sez. 4, n. 9855 del 27/01/2015, Rv. 262440-01).

La giurisprudenza ha poi considerato che occorre delimitare lo specifico ambito in cui si esplica l'obbligo di governare le situazioni pericolose in capo al garante (la cosiddetta area di rischio), così da conformare il relativo obbligo

protettivo, giuridicamente rilevante ai fini della operatività dell'imputazione dell'evento lesivo (Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261107-01). Si può pertanto affermare che l'area di protezione del garante è definibile in relazione ai plurimi fattori di rischio prospettabili nel divenire di un'attività, i quali fattori, in ragione della loro prevedibilità ed evitabilità, risultano ricadere nella sfera di governo del soggetto sul quale incombe l'obbligo di protezione.

Nella declinazione di tali principi, si è anche stabilito che, in tema di reati omissivi colposi, la posizione di garanzia può essere generata non solo da una investitura formale, ma anche dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante mediante un comportamento concludente dell'agente, consistente nella presa in carico del bene protetto (Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, cit.; Sez. 4, n. 2536 del 23/10/2015, dep. 2016, Bearzi, Rv. 265797-01). Tali valutazioni discendono dal superamento di una concezione formale della posizione di garanzia, di talché il ruolo protettivo può essere generato anche da una situazione di fatto, cioè da un atto di volontaria determinazione, generatore di un conseguente dovere di intervento impeditivo dell'evento dannoso.

Nel settore dell'attività medica, si è poi precisato che la posizione di garanzia esplica la sua funzionalità sia in relazione agli obblighi di protezione, che impongono di preservare il bene protetto da tutti i rischi che possano ledere l'integrità, sia in relazione agli obblighi di controllo e sorveglianza, che impongono di neutralizzare le eventuali fonti di pericolo che possano minacciare il bene protetto (cfr., in motivazione, Sez. 4, n. 7967 del 29/01/2013, Fichera, Rv. 254431-01).

Ebbene, l'applicazione dei richiamati principi di diritto al caso di specie induce a ritenere che la abbia assunto una posizione di garanzia nei confronti del paziente, derivante non soltanto dalla sua qualifica di medico pneumologo addetto al reparto in cui questi si trovava ricoverato (ragione per la quale il sanitario decise di richiedere la consulenza dei colleghi chirurghi avendo notato un peggioramento delle condizioni di salute del paziente), ma anche dalla intervenuta partecipazione all'intervento chirurgico, partecipazione sostanziata nell'aver prestato materiale ausilio alla sua realizzazione, sia pure attraverso il breve atto di reggere il paziente, facendogli assumere la posizione più idonea per l'intervento, quella cioè destinata a realizzare la maggiore espansione toracica.

N La presa in carico del bene protetto, nel momento della effettuazione dell'intervento chirurgico, comportò la partecipazione della imputata all'attività di equipe, con conseguente assunzione degli obblighi protettivi nascenti dall'instaurato rapporto, di carattere protettivo e anche di controllo (Sez. 4, n. 33619 del 12/07/2006, Rv. 234971 - 01: "In materia di colpa medica nelle

attività d'equipe, del decesso del paziente risponde ogni componente dell'equipe, che non osservi le regole di diligenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, e che venga peraltro meno al dovere di conoscere e valutare le attività degli altri medici in modo da porre rimedio ad eventuali errori, che pur posti in essere da altri siano evidenti per un professionista medio")

I sanitari, infatti, come adeguatamente rappresentato dalla Corte di merito, realizzarono una congiunta attività terapeutica, con una ripartizione di compiti e di ruoli: i chirurghi, a tergo, praticarono la toracentesi e la _____ resse il paziente per consentire la espansione toracica.

Né è possibile affermare che la responsabilità della _____ sia venuta meno per il solo fatto che altri soggetti – titolari di altrettante posizioni di garanzia - abbiano agito sul paziente, ponendo in essere l'erronea attività invasiva che lo condusse a morte (intervento di toracentesi sul polmone sano). Si è infatti ripetutamente affermato che, qualora vi siano più titolari della posizione di garanzia, ciascuno è per intero destinatario dell'obbligo di tutela finché non si sia esaurito il rapporto che ha legittimato la costituzione della singola posizione di garanzia (cfr. Sez. 4, n. 18826 del 09/02/2012, Rv. 253850; Sez. 4, n. 6507 del 11/01/2018, Rv. 272464-01).

Deve aggiungersi che, in caso di successione di posizioni di garanzia, in base al principio dell'equivalenza delle cause, il comportamento colposo del garante sopravvenuto non è sufficiente ad interrompere il rapporto di causalità tra la violazione di una norma precauzionale operata dal primo garante e l'evento, quando tale comportamento non abbia fatto venir meno la situazione di pericolo originariamente determinata (Sez. 4, n. 27959 del 05/06/2008, Stefanacci, Rv. 240519-01).

Il primo garante, dott.ssa _____, che aveva richiesto la consulenza dei chirurghi, condivisa la scelta di intervenire sul posto, come rimarcato dalla Corte di merito, avrebbe dovuto quindi pretendere che si effettuasse l'intervento con guida ecografica e avrebbe dovuto poi controllare l'operato dei colleghi nel corso dell'attività operatoria, verificando che si intervenisse sul polmone malato.

Pertanto, le norme precauzionali violate dalla _____ sono da individuarsi nella mancata pretesa di un intervento con guida ecografica, che avrebbe certamente consentito di evitare il tragico errore, e nella mancata sorveglianza dell'operato dei chirurghi (in argomento Sez. 4, n. 46824 del 26/10/2011, Castellano e altro, Rv. 252140 - 01, così massimata: "In tema di colpa professionale, qualora ricorra l'ipotesi di cooperazione multidisciplinare, ancorché non svolta contestualmente, ogni sanitario è tenuto, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, all'osservanza degli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso

il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio. Né può invocare il principio di affidamento l'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, poiché allorquando il garante precedente abbia posto in essere una condotta colposa che abbia avuto efficacia causale nella determinazione dell'evento, unitamente alla condotta colposa del garante successivo, persiste la responsabilità anche del primo in base al principio di equivalenza delle cause, a meno che possa affermarsi l'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che deve avere carattere di eccezionalità ed imprevedibilità, ciò che si verifica solo allorquando la condotta sopravvenuta abbia fatto venire meno la situazione di pericolo originariamente provocata o l'abbia in tal modo modificata da escludere la riconducibilità al precedente garante della scelta operata”).

4. Nel secondo motivo di ricorso, la difesa dubita che la ricorrente abbia avuto la possibilità di conoscere e valutare l'attività svolta dagli altri colleghi. Anche tale affermazione non può essere condivisa. Alla luce della circostanze rappresentate in sentenza, la fu portata a conoscenza delle intenzioni dei colleghi e delle modalità con cui sarebbero materialmente intervenuti. Quindi vi fu un consulto preliminare.

La esigibilità della condotta, per pacifica acquisizione della giurisprudenza di legittimità, deve essere valutata in relazione alla posizione e alle competenze del soggetto agente, in conformità al principio ripetutamente espresso dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte, proprio nell'ambito della responsabilità sanitaria, in base al quale la rimproverabilità soggettiva per la mancata attuazione della condotta doverosa va compiuta avendo riguardo alla concreta capacità dell'agente di uniformarsi alla regola cautelare in ragione delle sue specifiche qualità personali ed alle mansioni svolte (Sez. 4, n. 6215 del 10/12/2009, dep. 16/02/2010, Pappadà, Rv. 246419; Sez. 4, n. 19755 del 09/04/2009, Filizzolo, Rv. 243511; Sez. 4, n. 43988 del 18/06/2013, Bove, Rv. 257699 - 01). Anche sotto tale profilo, la valutazione effettuata in sede di merito risulta conducente, atteso che la era dotata di specifiche competenze nella branca medica in questione per la sua qualifica di pneumologo.

La prospettata mancata evidenza dell'errore altrui non può essere ricondotta alla impossibilità di vedere il punto nel quale è stato introdotto l'ago per il prelievo del liquido. L'attività di controllo avrebbe infatti dovuto esperirsi in maniera più ampia, ossia, prima della manovra operatoria, pretendendo

l'impiego del mezzo ecografico e, durante la manovra operatoria, facendo in modo di mantenere il contatto visivo che, certamente, la guida ecografica avrebbe consentito.

5. In ordine all'ultimo motivo di doglianza, come già ricordato, non può invocare il principio di affidamento l'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, poiché, allorquando il garante precedente abbia posto in essere una condotta colposa che abbia avuto efficacia causale nella determinazione dell'evento, persiste la responsabilità anche del primo in base al principio di equivalenza delle cause, a meno che possa affermarsi l'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che deve avere carattere di eccezionalità ed imprevedibilità (così Sez. 4, n. 46824 del 26/10/2011, Castellano e altro, Rv. 252140 - 01, richiamata in precedenza).

Pertanto, l'essersi l'errore dei chirurghi innestato sull'errore della la quale avrebbe dovuto manifestare il proprio dissenso in ordine alle modalità operative prospettate e avrebbe dovuto pretendere la guida ecografica, pregiudica l'effetto liberatorio invocato dalla difesa. La mancata individuazione della sede appropriata in cui introdurre l'ago per l'aspirazione, ponendosi come conseguenza non imprevedibile della condotta serbata dalla determina l'impossibilità di attingere alla categoria dei fatti eccezionali sopravvenuti, suscettibili di determinare autonomamente l'evento.

6. Al rigetto del ricorso consegue la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali.

In Roma, così deciso il 29 settembre 2020