

La riforma dei reati contro la persona
I REATI COLPOSI CONTRO LA VITA E L'INCOLUMITÀ FISICA

La responsabilità per colpa degli esercenti le professioni sanitarie
Appendice comparatistica

FRANCIA

Article 121-3 Code pénal

«Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure».

Article 221-6 Code pénal

«Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende».

Article 222-19 Code pénal

«Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende».

N.B.: nell'ordinamento transalpino la materia sanitaria è retta dalla Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, che prevede una forma di indennizzo automatico: l'utente può citare in giudizio la struttura pubblica, ma non i sanitari, e può farlo esclusivamente in conseguenza di un errore. Il ricorso al giudice penale non è vietato, ma il sistema dell'indennizzo automatico riduce sensibilmente l'attivazione del procedimento penale.

PORTOGALLO

Artigo 15.º Código penal - Negligência

«Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

- a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização; ou
- b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto».

Artigo 137.º Código penal - Homicídio por negligência

«1 - Quem matar outra pessoa por negligência é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - Em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos».

Artigo 148.º Código penal - Ofensa à integridade física por negligência

«1 - Quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - No caso previsto no número anterior, o tribunal pode dispensar de pena quando:

a) O agente for médico no exercício da sua profissão e do ato médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias; ou

b) Da ofensa não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 3 dias.

3 - Se do facto resultar ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

4 - O procedimento criminal depende de queixa».

Artigo 150.º Código penal - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos

«1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as legesartis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as legesartis e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal».

Artigo 156.º Código penal - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários

«1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

4 - O procedimento criminal depende de queixa».

N.B.: in Portogallo il trattamento medico è oggetto di un'apposita norma che esclude la natura di offesa agli interventi degli operatori sanitari. In altra norma si rileva un'esenzione facoltativa da pena nel caso in cui la lesione non voluta, sotto forma di incapacità o malattia derivante da trattamento sanitario, sia esigua.

SPAGNA

Artículo 142 Código penal

«1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal».

Artículo 146 Código penal

«El que por **imprudencia grave** ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

Artículo 152 Código penal

«1. El que por **imprudencia grave** causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.

2. El que por **imprudencia menos grave** causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 será castigado con una pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año».

Artículo 158 Código penal (in caso di interruzione irregolare di gravidanza)

«El que, **por imprudencia grave**, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

N.B. Nell'ordinamento spagnolo si ricorre alla nozione di *imprudencia*, concetto onnicomprensivo di colpa generica e colpa specifica. In Spagna si fa ricorso alla colpa grave (*imprudencia grave* o *imprudencia temeraria*), accanto al dolo, quale criterio soggettivo d'imputazione per i delitti o comunque per i reati più gravi. Il grado della colpa funge da elemento differenziale per determinare il rango del reato e quindi le conseguenze sanzionatorie. Nel caso dell'omicidio e delle lesioni è prevista la punibilità anche della colpa meno grave. Per i medici sono previste sanzioni interdittive aggiuntive.

GERMANIA

§ 222 Strafgesetzbuch (StGB) - Fahrlässige Tötung

«Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

§ 229 Strafgesetzbuch (StGB) - Fahrlässige Körperverletzung

«Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

N.B. In generale, come noto, si osserva che per diverse ipotesi di reato colposo il legislatore tedesco richiede la *Leichtfertigkeit* o, comunque, la *grobe Fahrlässigkeit*.

Di recente il legislatore tedesco ha varato una legge organica sui diritti dei pazienti, il *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PartRG)* del 20 febbraio 2013, in BGBl, 25 febbraio 2013, I, p. 277 ss. L'obiettivo è di incanalare le pretese dei pazienti nell'alveo della responsabilità civile, deflazionando i procedimenti penali, mercé l'impiego di presunzioni che gravano il medico dell'onere della prova: per esempio, si presume l'errore professionale quando si realizza un rischio governabile dall'operatore sanitario. Per l'errore grossolano che cagiona un danno alla vita, alla salute e all'integrità fisica si presume il nesso causale fra *malpractice* e danno. Infine, la prova del consenso del paziente e delle informazioni sul trattamento medico è a carico del medico.

Si consideri poi che nel § 16, Abs.2, dell'*Alternativ-Entwurf* si proponeva di escludere la punibilità per i comportamenti che risultino colposi in misura esigua (*gering fahrlässiges Verhalten*).

INGHILTERRA

La limitazione della responsabilità penale del medico alla colpa grave – contenuta nelle Raccomandazioni per l'armonizzazione della legge sostanziale e procedurale formulate dall'*European Science Foundation* - è radicata da tempo nel diritto inglese¹. L'area di non punibilità della colpa lieve si estende a qualsiasi forma di *negligence*, ovvero di colpa incosciente: sia essa professionale o comune. Il concetto di colpa è autonomo rispetto ai diversi settori dell'ordinamento: in sede penale rileva solo la *gross* (lett. grossolana, grave) *negligence*; in sede civile anche la colpa (incosciente) lieve. Di norma la *negligence* (detta anche *carelessness*, ovvero disattenzione) costituisce solo una questione di diritto civile. Peraltro, il problema dell'incertezza degli elementi costitutivi del *gross negligence manslaughter* non può dirsi superato, tant'è che la stessa *Law Commission* inglese in passato si era orientata per l'abolizione di questo reato, sostituendolo con la nuova figura del *killing by gross carelessness*: una fattispecie maggiormente delineata e circoscritta, nella sua cornice tipica, attraverso l'introduzione di due parametri di estrazione soggettiva: la consapevolezza della creazione di un rischio e la capacità di apprezzamento di tale rischio. Tali parametri si distinguono quelli tradizionali, di stampo oggettivo, ricavabili dalla giurisprudenza in materia: 1) Owed a duty of care to the victim; 2) Was in breach of duty; 3) The breach of duty caused death; 3) The defendant's conduct was so bad in all the circumstances as to amount in the jury's opinion to a crime.

Nel report della Commissione (1996) il nuovo reato di *killing by gross carelessness* viene così definito:

¹ «Criminal liability arises only in case of gross negligence, recklessness or other forms of aggravated negligence». Casi fondamentali per la definizione degli elementi costitutivi del *Gross negligence manslaughter* sono R v Bateman 19 Cr App R 8; R v Adomako [1994] 3 WLR 288; Rowley v DPP [2003] EWHC 693.

«Una persona che con la sua condotta causa la morte di un'altra è colpevole di omicidio per grave imprudenza se – (a) il rischio che la sua condotta avrebbe causato la morte o un altro serio danno sarebbe stato ovvio per un uomo ragionevole nella sua posizione; (b) egli è capace di apprezzare quel rischio al momento del fatto; e (c) l'uno o l'altro – i] la sua condotta è scesa molto al di sotto di quanto gli si potesse ragionevolmente richiedere nelle circostanze, oppure ii] egli intende con la sua condotta causare qualche danno, o ne è consapevole, ed irragionevolmente accetta il rischio che questo possa verificarsi».

Da notare, con riguardo al criterio del rischio di cui al punto a), il restringimento al rischio di «morte», o almeno di «serio danno», e l'adozione dell'aggettivo «ovvio» (*obvious*), nel significato di «immediatamente apparente» (*striking/glaring*), più favorevole all'imputato rispetto a «prevedibile»; infine, con riguardo al regime sanzionatorio, l'indicazione è per una pena contenuta, anche se non prefigurata nel massimo edittale.

USA

Anche nel diritto americano la *negligence* rileva penalmente solo se *gross*; ma i giuristi statunitensi compiono un notevole sforzo definitorio, riassunto nel Model Penal Code (M.P.C.), Sez. § 2.02, lett. d):

«Una persona agisce con negligenza rispetto all'elemento materiale di un reato allorché dovrebbe essere consapevole del rischio sostanziale ed ingiustificato ricollegabile al suo comportamento. Il rischio deve essere di natura ed entità tale che la sua mancata percezione da parte del soggetto agente, vista la natura ed il fine della sua condotta, nonché le circostanze a lui conosciute, implica una grave deviazione dagli standard di diligenza che una persona ragionevole osserverebbe nelle stesse circostanze».

Pur non essendo riscontrabili disposizioni di legge che, al pari delle recenti prese di posizione del legislatore italiano, colleghino direttamente l'osservanza delle linee guida con l'esclusione della colpa penale lieve, in alcuni Stati americani sono state promosse riforme volte a recepire a livello legislativo le linee guida come presunzione, ora assoluta (riforme presto abbandonate: es. Maine, Minnesota), ora relativa (riforme con maggior successo: es. Kentucky), di diligenza.

In particolare, una presunzione relativa di perizia si rintraccia in una disposizione in materia di linee guida dello Stato americano del Kentucky, Kentucky Revised Statutes, Chapter 342.035 (8) (b)¹¹:

«Si presume che ogni operatore del servizio sanitario di cui al presente capitolo, laddove abbia seguito [*has followed*] i parametri o le linee guida cliniche sviluppate o adottate a norma di questo titolo, abbia raggiunto l'appropriato standard legale di perizia, nei casi di *medical malpractice*, senza riguardo a complicazioni impreviste che successivamente possano svilupparsi o essere scoperte».