

Responsabilità medica e rispetto delle “linee-guida”, tra colpa grave e colpa lieve (La nuova disposizione del "decreto sanità")

Gabriele Civello

Sommario: 1. L'art. 3, co.1, del “decreto sanità”: il problema interpretativo. 2. La colpa penale del sanitario: colpa grave e colpa lieve. 3. La colpa penale del sanitario: la rilevanza delle linee-guida nel giudizio di imperizia. 4. La novella normativa in tema di linee-guida e responsabilità medica: profili critici. 5. (Segue) La natura eventualmente cautelare delle regole contenute nelle linee-guida. 6. (Segue) La artificiosa dicotomia all'interno del giudizio penale di colpa. 7. (Segue) Il problematico riferimento alla "colpa grave" ed i profili di irragionevolezza della novella. 8. Conclusioni (interlocutorie).

1. L'art. 3, co. 1, del “decreto sanità”: il problema interpretativo

Il recente “decreto sanità”¹, all'art. 3, co. 1, contiene una disposizione normativa la quale sembra limitare l'area della responsabilità penale in capo al personale sanitario, così recitando: “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”².

Tale novella legislativa, per il contenuto ed il tenore, sollecita profondamente l'attenzione dell'interprete, il quale si chiede se (ed in quale misura) la medesima abbia comportato una modifica sostanziale del giudizio penale di colpa ex art. 43 c.p. in capo al personale medico-sanitario, ovvero se si tratti di una disposizione normativa priva di reale portata applicativa³.

Al fine di risolvere tali interrogativi, si rende preliminarmente necessario ripercorrere brevemente due aspetti fondamentali della responsabilità penale del sanitario, ossia la distinzione tra colpa grave e colpa lieve, nonché il ruolo delle c.d. “linee guida” in ambito di illecito colposo d'evento (lesioni colpose ovvero omicidio colposo ex artt. 590 e 589 c.p.).

¹ Si tratta del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (pubblicato in *G.U. 13 settembre 2012, n. 214*), convertito con modificazioni in l. 8 novembre 2012, n. 189 (pubblicata in *G.U. 10 novembre 2012, n. 263*).

² Va, peraltro, considerato che l'originaria formulazione della disposizione era radicalmente differente e così recitava: “Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitari il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”.

³ Per un recente *excursus* in tema di responsabilità medica si veda BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Diritto pen. cont.*, 5 novembre 2012. Per un primo commento alla novella, cfr. PIRAS, *In culpa sine culpa*, in *Diritto Pen. Cont.*, 26 novembre 2012.

2. La colpa penale del sanitario: colpa grave e colpa lieve

Sebbene la tradizione romanistica conosca la distinzione teorica tra *culpa levissima/levis* e *culpa lata/latissima* (quest'ultima definita quale "*nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*": D. 50.16.213.2 Ulp. 1 *regul.* e 223 pr. Paul. 2 *sent.*), il nostro diritto civile ritiene sanzionabile anche l'illecito commesso con la colpa lievissima⁴, secondo l'antico brocardo "*in lege Aquilia et levissima culpa venit*" (D. 9.2.44 pr. Ulp. 42 *ad Sab.*).

In ambito penalistico, anche l'art. 43 c.p., nel definire il delitto colposo o contro l'intenzione, non prevede alcuna distinzione espressa tra colpa grave e colpa lieve⁵, tanto che il "grado della colpa" viene normativamente richiamato ai soli fini della commisurazione giudiziale della pena, ai sensi dell'art. 133, co. 1, n. 3, c.p.; d'altra parte, la nozione codicistica di "colpa con previsione" (art. 61, n. 3, c.p.) non risulta sovrapponibile *tout court* al concetto di "colpa grave", potendosi comunemente configurare una colpa gravissima anche senza previsione dell'evento ovvero, seppur con maggiori difficoltà, una *culpa levis* con previsione.

A fronte di ciò, come è noto, la disposizione che ha generato un annoso dibattito *in subiecta materia* è rappresentata dall'art. 2236 c.c., il quale, in tema di responsabilità del prestatore d'opera, statuisce: "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave". In particolare, dottrina e giurisprudenza si domandavano se tale canone civilistico avesse una qualche rilevanza nell'ambito del giudizio penale di colpa, escludendo in capo al personale medico la responsabilità a titolo di lesioni colpose od omicidio colposo in caso di mera *culpa levis*, qualora la prestazione professionale implicasse la soluzione di "problemi tecnici di speciale difficoltà"⁶.

Come è noto, la questione dell'applicabilità dell'art. 2236 c.c. in ambito pena-

⁴ Il nostro diritto civile conosce solo alcune eccezioni alla parificazione della colpa lieve alla colpa grave, ad esempio limitando ai soli casi di *culpa lata* la responsabilità nell'esecuzione delle donazioni (art. 789 c.c.) o nell'amministrazione da parte dell'erede con beneficio di inventario (art. 491 c.c.).

⁵ A tal proposito, per una definizione dei vari gradi della colpa, risulta ancora illuminante e significativo l'insegnamento del Carrara, secondo il quale la colpa sarebbe *lata* "quando [l'evento] si sarebbe potuto prevedere da tutti gli uomini", *leve* "quando si sarebbe potuto prevedere dagli uomini diligenti" e *levissima* "quando si sarebbe potuto prevedere soltanto mercé l'uso di una diligenza straordinaria e non comune" (CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, p. gen., IX ed., Firenze, 1902, § 88, 119 e segg.).

⁶ A tal proposito, la maggioritaria giurisprudenza degli anni '60 e '70, perlopiù mossa da canoni indulgenti nei confronti del personale sanitario, applicava largamente la clausola dell'art. 2236 c.c., escludendo la responsabilità penale del medico nei casi di mera *culpa levis*, senza peraltro uno stringente vaglio circa la "speciale difficoltà" della concreta prestazione professionale.

le venne risolta con la sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 1973, n. 166, allorché la Consulta fu chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 589 e 43 c.p. nella parte in cui gli stessi, in combinato disposto con l'art. 2236 c.c., avrebbero escluso la responsabilità del personale sanitario nelle ipotesi di colpa lieve. A fronte di ciò, la Consulta dichiarò non fondata la questione di costituzionalità nei seguenti termini: l'art. 2236 c.c. varrebbe ad escludere la responsabilità del medico per colpa lieve, nei casi clinici di particolare complessità, limitatamente al solo piano della perizia tecnica; tuttavia, in tali casi potrebbe comunque residuare la responsabilità penale, anche per *culpa levis*, sul versante della negligenza e dell'imprudenza⁷. Per queste ragioni, con sentenza interpretativa di rigetto, la Consulta dichiarò non fondata la sollevata questione di legittimità costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), in quanto "la deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti".

In verità, nel corso degli anni '70 ed '80, la giurisprudenza penale in tema di responsabilità medica si dimostrava recalcitrante nell'attuare pienamente il citato *dictum* della Consulta, in quanto prevaleva la *communis opinio* secondo la quale, in tema di colpa penale (ed anche in tema di perizia tecnico-professionale), l'unico parametro normativo di riferimento è costituito dall'art. 43 c.p., senza che le disposizioni di altri rami del diritto (tra le quali l'art. 2236 c.c.) possano deformare il perimetro della colpa sancito dal Codice Penale; ciò secondo "*la parola d'ordine: la colpa è uguale per tutti*", come può leggersi in una recente sentenza di legittimità⁸.

La dottrina più avveduta, tuttavia, non mancava di rilevare come un eccessivo

⁷ Ed infatti, seguita la Consulta, se si considerano i tre piani della perizia, della diligenza e della prudenza, mentre "nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità".

⁸ Così, nella parte motiva, Cass., Sez. IV, 5 aprile 2011, Ranù, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, 1, 369. In particolare, la Suprema Corte riteneva che l'art. 2236 c.c. attenesse esclusivamente al regime civilistico del risarcimento del danno ex artt. 1218 e 2043 c.c. e non avesse alcuna rilevanza in tema di giudizio penale di colpa⁸; peraltro, trattandosi di disposizione eccezionale, la medesima non risultava suscettibile di applicazione analogica⁸. Infine, si osservava come, nel diritto penale, il grado della colpa sia previsto "soltanto come criterio per la determinazione della pena (art. 133 c.p.) o come circostanza aggravante (art. 61, n. 3, c.p.)", ma in nessun caso per determinare la stessa sussistenza dell'elemento psicologico del reato. Il minor grado di colpa cioè non può avere giammai efficacia discriminante (Cass., Sez. IV, 9 giugno 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1994 e *Giust. pen.*, 1982, II, 312).

rigore di giudizio, in tema di responsabilità medica per colpa lieve, non potesse che alimentare il rischio dell'affermazione di una "medicina difensiva", ossia quell'insieme di prassi e protocolli clinici volti non tanto a perseguire il bene del paziente, bensì a prevenire una responsabilità giuridica del medico o, ancor peggio, a preconstituire una difesa processuale in un eventuale contenzioso con il paziente⁹.

Nonostante tali critiche, la giurisprudenza di legittimità degli anni '80 e '90 continuava, perlopiù, a negare rilevanza penalistica alla disposizione dell'art. 2236 c.c., considerata radicalmente estranea al giudizio penale di colpa¹⁰.

Più di recente, tuttavia, si è assistito ad un tendenziale *revirement* della giurisprudenza di legittimità, la quale, ferma restando la tesi secondo la quale l'art. 2236 c.c. non inciderebbe direttamente sul perimetro della colpa penale ex art. 43 c.p., ha comunque ammesso la rilevanza di tale norma civilistica "come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia"¹¹.

In particolare, la Suprema Corte ha da un lato ribadito il principio per il quale "in tema di colpa professionale, qualora la condotta incida su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, i parametri valutativi debbono essere estratti dalle norme proprie al sistema penale e non già da quelle civilistiche sull'inadempimento nell'esecuzione del rapporto contrattuale"¹²; pur tuttavia, l'art. 2236 c.c. "può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico quando il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia"¹³.

In definitiva, a seguito della sentenza della Consulta del 1973, della successiva elaborazione giurisprudenziale e dei recenti approdi interpretativi, la giurisprudenza di legittimità è ormai concorde nell'affermare che la statuizione

⁹ La medicina difensiva viene definita come la serie di "decisioni attive o omissive, consapevoli o inconsapevoli, e non specificamente meditate intraprese dai medici all'intento di evitare accuse per non aver effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o, al contrario, per avere effettuato trattamenti gravati da alto rischio di insuccesso o di complicanze" (M.G. FERRARO, *Osservazioni a Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391*, in *Cass. Pen.*, 2012, 6, 2069).

¹⁰ Per un quadro esauriente degli indirizzi giurisprudenziali *in subiecta materia*, cfr. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulle forme e i gradi della colpa*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1639.

¹¹ Cass., Sez. IV, 21 giugno 2007, Bugge, in *Mass. Uff.*, n. 237875.

¹² Cass., Sez. IV, 21 giugno 2007, Bugge, cit..

¹³ *Ibidem*; il principio risulta recentemente ribadito in Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, Grasso ed altro, in *Cass. Pen.*, 2012, 6, 2069.

dell'art. 2236 c.c., pur non incidendo direttamente sul perimetro della colpa penale mediante espunzione della *culpa levis*, rappresenta una rilevante regola di esperienza (e, dunque, di giudizio in tema di perizia), per le ipotesi in cui il personale sanitario si trovi a fronteggiare situazioni cliniche che, per la loro particolare urgenza o singolarità, involgano valutazioni mediche di particolare complessità.

3. La colpa penale del sanitario: la rilevanza delle linee-guida nel giudizio di imperizia

Prima di affrontare il merito della novella legislativa, appare opportuno effettuare alcune brevi considerazioni relative alle "linee-guida" in ambito sanitario ed alla loro rilevanza in seno al giudizio penale di colpa.

Una definizione ampiamente accreditata di "linee-guida" è quella fornita dall'Institute of Medicine degli Stati Uniti d'America, secondo la quale "*clinical practice guidelines are systematically developed statements to assist practitioner and patient decisions about appropriate health care for specific clinical circumstances*"¹⁴.

La genericità di tale definizione dimostra *ictu oculi* come il *genus* delle "linee-guida" sia assolutamente vasto ed onnicomprensivo, sino ad annoverare al proprio interno *species* del tutto eterogenee, dalle regole di natura statistico-epidemiologica, alle direttive di carattere gestionale-organizzativo, alle ipotesi ed opinioni scientifiche maturate in seno alla letteratura scientifica. In definitiva, come meglio si vedrà in seguito, la fonte, la struttura e le finalità delle "linee-guida" possono essere le più disparate, donde l'impossibilità di calare le medesime *de plano* ed in modo acritico all'interno del giudizio penale di colpa. Sul punto, è stato correttamente notato come le linee-guida contengano prescrizioni, suggerimenti ed indicazioni, le quali si collocano a metà strada tra regole di carattere etico, direttive di natura deontologica e prescrizioni giu-

¹⁴ "Raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte attraverso un processo sistematico allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche" (INSTITUTE OF MEDICINE, *Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington D.C., National Academy Press, 1992; cfr. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 189 e segg.). Recentemente, poi, in tema di sicurezza del lavoro, lo stesso legislatore ha coniato una definizione normativa di "linee-guida", intese come «atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai Ministeri, dalle regioni, dall'ISPESL e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano» (art. 2, D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81).

ridiche¹⁵.

In via di prima delibazione, si può notare come la proliferazione delle linee-guida in ambito medico possa essere ricondotta, più in generale, all'alveo della c.d. "standardizzazione delle regole cautelari", tipica delle attività sociali rischiose (quali, ad esempio, la circolazione stradale, l'attività di impresa od il lavoro)¹⁶: in tal senso, può osservarsi come, nella *Risikogesellschaft*, l'illecito penale colposo tenda a rinvenire il proprio nucleo di tipicità attorno alla violazione della regola tecnica codificata, con un accentuato ricorso alla colpa specifica a scapito della colpa generica; ciò, peraltro, comporta una progressiva divaricazione delle due funzioni della colpa, con allontanamento della funzione "tipizzante" (colpa come elemento psicologico del fatto tipico) rispetto alla funzione "personalizzante" (colpa come gradiente soggettivo di rimproverabilità). Ed infatti, quanto maggiore è la normativizzazione della colpa quale violazione di una regola scritta, tanto maggiore è l'allontanamento dell'elemento psicologico del fatto dalla concreta persona del reo e dalle sue specifiche condizioni individuali.

A ciò si aggiunga che un esasperato ricorso alla positivizzazione delle regole cautelari comporta un ulteriore duplice rischio applicativo: da un lato, l'interprete è indotto a qualificare supinamente come "cautelari" le regole medesime, senza più interrogarsi in concreto circa la fondatezza di una tale qualificazione¹⁷; dall'altro lato, tale "presunzione" comporta un pericoloso allontanamento dal principio di offensività, in quanto la condotta di reato (dalla quale segua l'evento) viene punita non già in quanto prossima all'offesa del bene giuridico, bensì in quanto presunta *iuris tantum* (se non *iuris et de iure*) come illecita, poiché vietata dall'ordinamento¹⁸.

Il tema delle linee-guida, peraltro, ove calato nell'ambito della responsabilità medica, si interseca con il tema della libertà terapeutica, ponendosi in appa-

¹⁵ PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 891.

¹⁶ MARRA, *L'osservanza delle c.d. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico*, in *Cass. Pen.*, 2012, 2, 557.

¹⁷ Sul punto, ci si permette rinviare al breve saggio G. CIVELLO, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *Archivio Penale*, 2011, 2, 25 e segg.

¹⁸ "Il positivizzare le regole di condotta è tendenza, sempre più marcata, dell'era tecnologica, per contenere le situazioni di pericolo più tipiche e quantitativamente più rilevanti [...] o nei casi di insufficienza delle regole di comune esperienza. La loro prefissazione (se in termini determinati) soddisfa il principio di tassatività ben più delle regole non scritte, proprie di epoche tecnologicamente più tranquille e riposanti. Col rischio, però, di presumere la colpa *in re ipsa*, nel solo accertato fatto dell'inosservanza della regola scritta" (MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2001, 350).

rente frizione con il medesimo: ed infatti, potrebbe *prima facie* affermarsi che mentre le linee-guida prescrivono al personale sanitario uno specifico comportamento (anamnestico, diagnostico, terapeutico e così via), la libertà terapeutica comporterebbe in capo al medico il potere-dovere di determinare prudenzialmente ed in concreto il trattamento più appropriato al singolo caso clinico. Come si vedrà, tale contrapposizione è, invero, solo apparente, se solo si pone mente al fatto che il personale sanitario, nel mentre individua il protocollo medico da applicare al caso concreto, già di per sé formula un giudizio svincolato da qualsivoglia schematismo ed interamente devoluto alla prudenza clinica; per non dire, poi, che l'applicazione in concreto delle linee-guida, previamente individuate come appropriate al caso clinico, non si limita alla semplice giustapposizione sillogistica tra la regola medica astratta ed il caso medesimo, ma comporta la continua e costante valutazione della situazione psico-fisica del paziente, lungi da formalismi e schematismi; infine, la stessa scienza medica prevede il dovere, in capo al curante, di discostarsi dalle prescrizioni protocollari, qualora ciò sia imposto dalle preminenti e concrete esigenze di tutela del paziente, esigenze che, evidentemente, sono oggetto di valutazione prudenziale, secondo scienza e coscienza.

Ciò premesso, il tema delle linee-guida solleva, dal punto di vista penalistico, una serie complessa di interrogativi, di natura sia sostanziale sia probatoria; in particolare, ci si chiede se la violazione dei protocolli clinici da parte del medico, cui segue il verificarsi dell'evento lesioni o morte, comporti *de plano* un giudizio di penale responsabilità ex artt. 589 e 590 c.p.; di converso, ci si chiede se il rispetto delle linee-guida esima il medico dalla responsabilità in caso di esito infausto del trattamento sanitario.

Sotto il primo profilo, andrà evidenziato come un giudizio di colpa, fondato in modo a-critico sulla mera violazione delle linee-guida, comporti una inaccettabile deriva dei delitti di lesioni colpose (art. 590 c.p.) ed omicidio colposo (art. 589 c.p.) dall'illecito di evento all'illecito di pura condotta: se, infatti, il perimetro del fatto tipico viene interamente incentrato sulla semplice inottemperanza ad una regola di condotta, l'evento di reato (lesioni o morte) viene ridotto a mera *quantité négligeable*, ovvero a semplice condizione obiettiva di punibilità, con conseguente stravolgimento della natura e della struttura delle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

Per tale motivo, un'applicazione matura dell'istituto della colpa in ambito medico e, nella specie, nel particolare ambito sanitario costituito dalle linee-guida, non può di certo arrestarsi al mero piano dell'inottemperanza oggettiva ad una regola di condotta; di contro, la violazione delle linee-guida può com-

portare una responsabilità del medico per lesioni personali colpose ovvero omicidio colposo, solo alle seguenti condizioni: i) che l'evento di reato sia eziologicamente connesso alla violazione del protocollo (nesso di causalità); ii) che le linee-guida violate siano *ex ante* qualificabili in termini di regola cautelare, ossia di precetto ontologicamente teso alla prevenzione di un determinato evento di danno o di pericolo¹⁹; iii) che le linee-guida non ottemperate fossero volte a prevenire ed evitare lo specifico evento poi concretamente verificatosi (c.d. "concretizzazione del rischio"²⁰); iv) che, al momento della violazione delle linee-guida in seno al trattamento sanitario, fosse prevedibile ed evitabile l'evento lesivo (c.d. "dimensione soggettiva della colpa"²¹ e c.d. "comportamento alternativo lecito").

In ipotesi di inottemperanza alle linee-guida, dunque, ciò che va precipuamente evitato è l'attribuzione di responsabilità in capo al sanitario senza un'adeguata indagine: i) circa la natura cautelare del protocollo violato; ii) circa l'effettiva concretizzazione del rischio; iii) circa i concreti profili soggettivi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento infausto.

Se il mancato rispetto delle linee-guida (in ipotesi di esito infausto del trattamento medico) non costituisce elemento di per sé sufficiente a fondare un giudizio penale di colpa, in via speculare la rigorosa ottemperanza alle medesime linee-guida non rappresenta, *ex se*, una ragione sufficiente per escludere la responsabilità del personale sanitario in relazione all'eventuale evento di lesioni o di morte avveratosi.

¹⁹ A tal proposito, secondo un certo orientamento, le linee-guida sarebbero riconducibili alle "discipline" richiamate, in tema di colpa, dall'art. 43 c.p. (PIRAS, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in Canestrari, Giunta, Guerrini, Padovani, *Medicina e diritto penale*, 2009, 285 e segg.); in tema di colpa specifica del medico, quale violazione di regolamenti ospedalieri, cfr. IADECOLA, BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano, 2009, 81 e segg. Per i problemi connessi alla frizione tra principio di legalità e formazione di regole cautelari extra-giuridiche, si rinvia a M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 149 e segg.

²⁰ Per una magistrale indagine circa l'esigenza che la regola di diligenza violata miri a prevenire l'evento in concreto realizzatosi, si veda M. RONCO, *La colpa in particolare*, in ID. (opera diretta da), *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007, 562 e segg. Per le più recenti pronunce della Suprema Corte in tema di "concretizzazione del rischio", si vedano Cass., Sez. IV, 13 marzo 2012, Esposito ed altri, in *Guida al Diritto*, 2012, 26, 75; Id., Sez. IV, 18 dicembre 2009, Gallorini ed altri, in *Cass. Penale*, 2011, 1, 179; Id., Sez. IV, 6 novembre 2009, Martino, in *Cass. Penale*, 2009, 50, 77; Id., Sez. IV, 23 aprile 2009, P.C. in proc. Cingolani, in *Mass. Uff.*, n. 244979.

²¹ La più autorevole dottrina ha bene denunciato i vizi di una concezione della colpa quale mera deviazione oggettiva da una regola di condotta; a tal proposito, per un approfondito inquadramento della dimensione soggettiva della colpa, si rinvia a M. RONCO, *ult. op. cit.*, 538 e segg., nonché 581 e segg.

A tal proposito, in via generale, non può che richiamarsi l'orientamento ormai consolidato in dottrina ed in giurisprudenza, secondo il quale l'assenza di profili di colpa specifica non esime il giudicante dal valutare l'eventuale sussistenza di residuali profili di colpa generica, per violazione di regole cautelari non scritte²².

In particolare, calando tale principio all'interno della responsabilità medica, la giurisprudenza di legittimità ha affrontato in modo maturo la questione relativa all'eventuale responsabilità del personale sanitario che, pur avendo rigorosamente rispettato le linee-guida internazionalmente riconosciute, abbia cionondimeno cagionato al paziente l'evento di reato (morte o lesioni).

Sul punto, risulta significativo menzionare una recente pronuncia della Suprema Corte, la quale si è occupata del caso di un paziente il quale, reduce da un infarto miocardico, dopo essere stato dimesso dal nosocomio con apposita prescrizione farmacologica, era deceduto per arresto cardio-circolatorio. Il giudice di prime cure aveva condannato, a titolo di omicidio colposo, il medico il quale aveva disposto le dimissioni; la Corte d'Appello, invece, aveva assolto l'imputato, osservando come le dimissioni del paziente fossero avvenute nel rispetto delle linee-guida, le quali consentono la cessazione del trattamento ospedaliero in ipotesi di stabilizzazione del quadro clinico; la Suprema Corte ha censurato le motivazioni addotte dal giudice del gravame in sede di assoluzione del medico, così affermando: "come è noto, i principi fondamentali che regolano, nella vigente legislazione, l'esercizio della professione medica, richiamano, da un lato, il diritto fondamentale dell'ammalato di essere curato ed anche rispettato come persona, dall'altro, i principi dell'autonomia e della responsabilità del medico, che di quel diritto si pone quale garante, nelle sue scelte professionali. [...] Il medico [...] che ha in maniera più diretta e personale il dovere di anteporre la salute del malato a qualsiasi altra diversa esigenza e che si pone, rispetto a questo, in una chiara posizione di garanzia, non è tenuto al rispetto [delle linee-guida], laddove esse siano in contrasto con le esigenze di cura del paziente, e non può andare esente da colpa ove se ne lasci condizionare, rinunciando al proprio compito e degradando la pro-

²² *Ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 14 febbraio 2008, P.G. in proc. Fiorinelli, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2008, 10, 844: "in tema di responsabilità da sinistri stradali l'osservanza delle norme precauzionali scritte non fa venir meno la responsabilità colposa dell'agente, perché esse non sono esaustive delle regole prudenziali realisticamente esigibili rispetto alla specifica attività o situazione pericolosa cautelata, potendo residuare una colpa generica in relazione al mancato rispetto della regola cautelare non scritta del 'neminem laedere', la cui violazione costituisce colpa per imprudenza"; cfr. anche Cass., Sez. IV, 3 marzo 2009, Pirozzi, in *Guida al Diritto*, 2009, 35, 56. In dottrina, cfr. MANTOVANI, *op. cit.*, 354.

pria professionalità e la propria missione a livello ragionieristico"²³.

Tale orientamento, peraltro, risulta conforme ad altre pronunce della Suprema Corte, nelle quali si ribadisce come non vada esente da responsabilità il medico, in ipotesi di esito infausto del trattamento, per il sol fatto che il medesimo abbia ottemperato ai dettami delle linee-guida, laddove si accerti che, in concreto, fosse esigibile e doveroso un trattamento alternativo, seppur contrario ai protocolli clinici²⁴.

In una recente ed ampia sentenza della Corte di cassazione²⁵, peraltro, vengono enucleati analiticamente i principi di diritto in tema di colpa penale e linee-guida, ai fini della responsabilità medica; in particolare, la Suprema Corte

²³ Cass., Sez. IV, 23 novembre 2010, P.C. in proc. Grassini, in *Foro it.*, 2011, 7-8, II, 416; così prosegue la motivazione della citata sentenza: "i giudici del gravame, invero, sono pervenuti alla sentenza assolutoria sol riconoscendo il rispetto, da parte del medico, delle "linee guida", in ossequio alle quali essi hanno ritenuto legittima la decisione di dimettere un paziente, pur colpito da gravissimo infarto, già dopo nove giorni dal ricovero, in considerazione della stabilizzazione del quadro clinico e della mancanza di controindicazioni alla dimissione. Ciò, tuttavia, attraverso un iter argomentativo che ha tenuto conto solo della generica presenza delle condizioni astrattamente previste nelle "linee guida" di settore, della cui incerta presenza e dei cui incerti contenuti si è già detto, ma che ha del tutto omesso di considerare se le specifiche condizioni cliniche del B. consentissero di procedere ad un "acceleramento" della dimissione, ovvero evidenziassero la necessità di un prolungamento della degenza ospedaliera, superando la burocratica barriera frapposta dalle "linee guida". [...] Andava, quindi, esaminata la legittimità di quella decisione, rapportandola non alle "linee guida", ma alla complessiva condizione del paziente, alla luce delle gravi e da tutti riconosciute richiamate "criticità", al fine di accertare se le dimissioni dello stesso fossero giustificate, in quanto con quella compatibili, ovvero affrettate, in vista della necessità o almeno della opportunità di rinviarle di qualche tempo [...]. Non basta, dunque, a render congrua la motivazione della sentenza impugnata il generico riferimento alle "linee guida" ed al rispetto delle stesse da parte dell'imputato, né a renderla coerente rispetto alle stesse premesse dalle quali è partita l'analisi della corte territoriale [...]. La vicenda, in conclusione, merita maggiori approfondimenti e più coerente motivazione in punto di verifica della sussistenza di profili di colpa a carico dell'imputato, la cui condotta dovrà essere valutata con riguardo non alla sua conformità alle "linee guida" più volte richiamate, bensì alle condizioni del B., in relazione non solo alla gravità dell'infarto che lo ha colpito, ma anche alle patologie preesistenti ed a tutte le "criticità" che ne rendevano estremamente precario lo stato di salute, al fine di verificare se la decisione di dimetterlo dall'ospedale a nove giorni dal ricovero, sia stata corretta ovvero affrettata, e dunque errata".

²⁴ Si veda, a titolo esemplificativo, Cass., Sez. IV, 18 febbraio 2010, Esposito ed altri, in *Guida al Diritto*, 2010, 15, 87 (nella specie, nel confermare il giudizio di responsabilità per il reato di omicidio colposo a carico di un medico anestesista, la Suprema Corte ha affermato che in una situazione di particolare difficoltà [...] non esenta da responsabilità il fatto che siano state seguite linee guida o siano stati osservati protocolli per una scelta alternativa all'unica scelta che in concreto si rendeva, nell'evidenza delle descritte manifestazioni conseguenti allo shock anafilattico, chiaramente risolutiva (la tracheotomia). Nel caso concreto, il medico, anziché procedere all'immediata tracheotomia, pur disponendo della presenza in sala operatoria di un medico chirurgo, aveva optato per attendere l'arrivo di un otorino, con ciò mostrando di tuttavia di osservare linee guide e protocolli in maniera eccessivamente rigida).

²⁵ Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, Anastasi, in *Guida al diritto*, 2012, 40, 62; *Diritto & Giustizia*, 2012, 759, con nota di commento (CAPITANI, *Le linee guida ospedaliere non costituiscono vangelo: il sanitario può anche disapplicarle*).

osserva che, sebbene le linee-guida abbiano una indiscutibile rilevanza processuale, le medesime "non poss[a]no fornire indicazioni di valore assoluto ai fini dell'apprezzamento dell'eventuale responsabilità del sanitario, sia per la libertà di cura, che caratterizza l'attività del medico[...], sia perché [...] in taluni casi, le linee guida possono essere indubbiamente influenzate da preoccupazioni legate al contenimento dei costi sanitari oppure si palesano obiettivamente controverse, non unanimemente condivise oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia"²⁶.

Alla luce di ciò, il Giudice di legittimità individua i seguenti principi di diritto in tema di colpa medica:

- i) pur in presenza del rispetto delle linee-guida da parte del medico, rimane la possibilità per il giudice penale di valutare la condotta del medico alla luce del parametro dell'agente modello e di censurarne l'appiattimento alle linee-guida, qualora la particolarità della fattispecie concreta sottoposta al suo esame imponesse o raccomandasse un percorso diagnostico diverso;
- ii) le linee-guida, per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico, devono indicare standard diagnostico-terapeutici conformi alla regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente;
- iii) le linee-guida non eliminano neanche la discrezionalità insita nel giudizio di colpa: il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze concrete esigessero una condotta diversa da quella prescritta dalle linee-guida stesse;
- iv) le linee-guida e i protocolli, infine, proprio in ragione delle peculiarità dell'attività medica, che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'art. 43 c.p. ("leggi, regolamenti, ordini o discipline"). Ciò risulta evidente dal carattere non tassativo (in quanto è la situazione individua-

²⁶ Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, Anastasi, in *Guida al diritto*, 2012, 40, 62; *Diritto & Giustizia*, 2012, 759; così prosegue la pronuncia: "può ritenersi conclusione condivisa, alla luce dei precedenti sopra indicati, che l'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida, quindi, non escluda né determini automaticamente la colpa. E' evidente, infatti, che le linee guida contengono valide indicazioni generali riferibili al caso astratto, ma è altrettanto evidente che il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, nel rispetto della volontà di quest'ultimo, al di là delle regole cristallizzate nei protocolli medici. La verifica circa il rispetto delle linee guida va, pertanto, sempre affiancata ad un'analisi - svolta eventualmente attraverso perizia - della correttezza delle scelte terapeutiche alla luce della concreta situazione in cui il medico si è trovato ad intervenire".

le del paziente il punto di partenza della valutazione clinica) e non vincolante (in quanto non possono prevalere sulla libertà del medico nelle scelte terapeutiche) sia delle linee-guida che dei protocolli²⁷.

4. La novella normativa in tema di linee-guida e responsabilità medica: profili critici

Alla luce del suesposto inquadramento sistematico, si tratta ora di stabilire la portata teorica ed applicativa del prefato art. 3, co. 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158²⁸ (d'ora in poi, per brevità, "decreto sanità"), il quale stabilisce: "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".

Il primo periodo della citata disposizione, se esaminato letteralmente, sembra scindere in due sezioni il giudizio penale di colpa del medico: da un lato l'ottemperanza alle linee-guida; dall'altro lato, un residuo giudizio di colpa grave. Secondo tale schema bipartito, una volta verificato il rispetto delle "linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica", il giudice potrebbe pervenire ad una pronuncia di penale responsabilità del sanitario, solo ove accertasse la sussistenza di una residua colpa grave.

Prima di affrontare il merito della novella, risulta significativo porre in luce l'*intentio legis* sottesa alla disposizione in commento, ossia la concreta finalità perseguita dal legislatore in sede di emanazione della novella: ebbene, l'evidente *intentio legis* consiste nell'agevolare il ricorso alla copertura assicurativa da parte del personale sanitario, in un determinato momento storico in cui, a causa dell'enorme contenzioso in tema di responsabilità medica, le compagnie assicurative sono assai restie a concedere polizze in favore del personale medesimo; ciò, lungi dal rappresentare una mera congettura interpretativa, emerge chiaramente dalla stessa collocazione topografica del comma 1 dell'art. 3 del decreto sanità, laddove il susseguente comma 2 prevede determinate misure normative, al dichiarato e testuale fine di "agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie". Trattasi,

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Più precisamente, art. 3, d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (pubblicato in *G.U. 13 settembre 2012, n. 214*), convertito con modificazioni in l. 8 novembre 2012, n. 189 (pubblicata in *G.U. 10 novembre 2012, n. 263*).

dunque, di una disposizione sostanziale, con cui si è inteso incidere pesantemente sul perimetro della colpa penale ex art. 43 c.p., per finalità squisitamente attinenti alla politica generale²⁹.

Ciò premesso, è necessario affrontare partitamente i numerosi e gravi profili critici di cui risulta affetta la citata disposizione normativa.

5. (Segue) La natura eventualmente cautelare delle regole contenute nelle linee-guida

Il primo aspetto teorico che, al cospetto della novella, rende assai perplesso l'interprete consiste nel fatto che il legislatore, conferendo automatica rilevanza al rispetto delle linee-guida da parte del personale sanitario nell'ambito del giudizio penale di colpa, abbia implicitamente ritenuto la natura cautelare di tali regole tecniche: se, infatti, l'ottemperanza alle linee-guida costituisce, ai sensi della novella, un "filtro" a seguito del quale può residuare solamente una colpa grave, ciò significa che il legislatore ha *de plano* inteso qualificare come "cautelari" le regole contenute nelle linee-guida medesime.

Una tale presa di posizione appare, tuttavia, infondata dal punto di vista teorico e dogmatico: se, infatti, per "regola cautelare" si intende quella norma di comportamento ontologicamente volta a prevenire ed evitare un determinato evento lesivo, a carico di un determinato bene giuridico, è evidente come il *genus* "linee-guida" contenga, al proprio interno, numerose *species* del tutto prive dei caratteri strutturali e sostanziali della regola cautelare.

A tal proposito, è d'uopo porre di nuovo mente alla genesi delle linee-guida in ambito medico, laddove le medesime (specie in area statunitense) sono state codificate al precipuo fine di contemperare la tutela della salute con le esigenze di contenimento della spesa e di ottimizzazione delle risorse disponibili; non è, dunque, raro che le linee-guida contengano precetti e direttive i quali non sono immediatamente tesi alla prevenzione di uno specifico evento lesivo, bensì al perseguimento di finalità di efficienza organizzativo-gestionale e di riduzione dei costi (si pensi alle prescrizioni relative alle dimissioni del paziente a seguito del trattamento ospedaliero, ovvero al trattamento farmacologico domestico volto a scongiurare il dispendioso ricorso alle cure nosocomiali). Sul punto, la stessa dottrina ha osservato come la genesi delle linee-guida sia riconducibile alla "crescita della spesa sanitaria ed [alla] dimostrata

²⁹ Si badi, poi, che l'art. 1900 c.c., in tema di responsabilità dell'assicuratore, stabilisce: "l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave".

evidenza dell'improprio impegno di importanti risorse tecnologiche da parte di coloro che, direttamente o indirettamente, ne controllano di fatto l'allocazione e cioè dei medici³⁰.

A tal proposito, a titolo esemplificativo, non è raro rinvenire in seno alle linee-guida locuzioni del tipo: “gli autori concludono che l'intervento è fattibile e sicuro, e consente un abbattimento dei costi rispetto al ricovero ordinario”; ovvero: “a fronte dell'accresciuta offerta di prestazioni di diagnostica per immagini sempre più evolute, viene inoltre segnalata la necessità di migliorare l'appropriatezza del loro utilizzo, in modo da contenere i costi e il rischio radiologico”³¹; od ancora: “dopo aver analizzato l'epidemiologia dell'epatite A in Italia e i dati relativi a efficacia e sicurezza del vaccino, il documento confronta costi e benefici di due diverse strategie vaccinali (di massa e dei contatti)”³². Evidente la continua sovrapposizione e commistione tra ragioni di tutela del paziente ed esigenze di contenimento della spesa pubblica.

A ciò si aggiunga che le linee-guida sono sovente predisposte da organismi i quali, lungi dall'essere scientificamente indipendenti, risultano portatori di interessi di natura direttamente od indirettamente economica o addirittura mercantile; si pensi, ad esempio, al *Canadian Hypertension Education Program*, programma di intervento educativo avente ad oggetto il controllo ed il trattamento dell'ipertensione arteriosa, il quale risulta in parte finanziato dalle stesse case farmaceutiche, naturalmente portatrici di interessi economici connessi al commercio dei farmaci; ed ancora, il *National Heart, Lung and Blood Institute* (NHLBI), che promuove ricerche in tema di malattie cardiache, ematiche e cardiovascolari, il quale risulta integralmente finanziato dal Governo degli Stati Uniti d'America, così che le linee-guida dallo stesso predisposte potrebbero rispondere anche a logiche di contenimento della spesa pubblica sanitaria.

Parimenti, nell'ordinamento italiano, il Sistema Nazionale per le Linee Guida dell'Istituto superiore di sanità (SNLG-ISS) dipende direttamente dal Ministero della Salute; di talché, a titolo esemplificativo, alcuni dubbi possono nutrirsi in merito alle linee-guida predisposte da tale Istituto in tema di parto cesareo, in quanto le medesime potrebbero rispondere ad esigenze o logiche

³⁰ FINESCHI, FRATI, *Linee-guida: a double edge-sword. Riflessioni medico-legali sulle esperienze statunitensi*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 4-5, 665.

³¹ Tale passo è tratto dalle linee-guida in tema di trattamento dell'ernia al disco, pubblicate nella pagina web del Sistema Nazionale per le Linee Guida (<http://www.snl-g-iss.it>).

³² Linee-guida in tema di uso del vaccino anti-epatite A in Italia, pubblicate nella pagina web del Sistema Nazionale per le Linee Guida (<http://www.snl-g-iss.it>).

di medicina difensiva se non, anche in tale ipotesi, di contenimento della spesa pubblica. Non a caso, nella pagina *web* del Sistema Nazionale per le Linee Guida, si legge: *“in Italia, l’elaborazione di linee guida e di altri strumenti di indirizzo finalizzati al miglioramento della qualità dell’assistenza avviene all’interno del Sistema nazionale per le linee guida (SNLG). La legislazione vigente propone l’adozione di linee guida come richiamo all’utilizzo efficiente ed efficace delle risorse disponibili e come miglioramento dell’appropriatezza delle prescrizioni. Queste sono le finalità del SNLG con i compiti specifici di: produrre informazioni utili a indirizzare le decisioni degli operatori, clinici e non, verso una maggiore efficacia e appropriatezza, oltre che verso una maggiore efficienza nell’uso delle risorse; renderle facilmente accessibili; seguirne l’adozione esaminando le condizioni ottimali per la loro introduzione nella pratica; valutarne l’impatto organizzativo e di risultato”*. Il reiterato richiamo di categorie quali l’efficienza e l’efficacia, ovvero l’ottimizzazione delle risorse, dà la cifra della natura e della funzione delle linee-guida predisposte, in ambito medico-sanitario, dal Sistema Nazionale per le Linee Guida dell’Istituto superiore di sanità (SNLG-ISS).

Ed ancora, vi sono numerose linee-guida che, pur non avendo finalità e struttura "economicistica", risultano comunque estranee al concetto di "regola cautelare", in quanto non prescrivono uno specifico comportamento, volto a prevenire ed evitare un determinato evento lesivo, bensì riflettono esclusivamente valutazioni di carattere statistico, epidemiologico o, tutt'al più, precauzionale, ben lungi dal rigoroso perimetro della "cautelarità" penale. A ciò si aggiunga che non sempre risulta agevole vagliare la validità scientifica delle linee-guida, in quanto può non essere del tutto chiaro se le medesime siano frutto di una seria ricerca empirica, ovvero se siano espressione di mere opinioni o congetture personali, le quali non trovano riscontro in un imparziale riesame dell'intero procedimento scientifico che dovrebbe costituire il fondamento della loro elaborazione³³.

Alla luce di tutto ciò, la novella oggi in commento dimostra, alla propria base, un sostanziale errore dogmatico, nella misura in cui il legislatore ha inteso presumere *iuris et de iure* la natura cautelare delle linee-guida, laddove invece le medesime, sul piano teorico, risultano sovente estranee al paradigma della "regola cautelare" maturato in senso al pensiero penalistico.

A tal proposito, come sopra esposto, già la giurisprudenza più avveduta ha

³³ CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida" e responsabilità penale del medico*, in *Cass. Pen.*, 2012, 2, 547, nota 9.

avuto modo di osservare come l'osservanza delle linee-guida non possa, *tout court*, esimere il personale sanitario da un'eventuale responsabilità colposa per l'evento lesivo realizzatosi; ed infatti, "le linee guida e i protocolli sono, in talune situazioni, in grado di offrire delle indicazioni e dei punti di riferimento. Tuttavia, anche in questa materia, vi sono dei rilevanti problemi, perché occorre comprendere qual è la logica nella quale si è formata una prassi di comportamento, perché spesso le linee guida sono frutto di scelte totalmente economicistiche, sono ciniche o pigre; e dunque non è detto che una linea guida sia un punto di approdo definitivo. Alcune volte le linee guida sono obsolete o inefficaci e, dunque, anche sulle linee guida occorre posare uno sguardo speciale, occorre attenzione e cautela; le linee guida non sono - da sole - la soluzione dei problemi. Del resto in dottrina, a proposito delle prassi applicative, si è condivisibilmente manifestato il timore che esse possano fornire indebiti cappelli protettivi a comportamenti sciatti, disattenti: un comportamento non è lecito perché è consentito, ma è consentito perché diligente"³⁴. E' evidente, dunque, che la giurisprudenza penale, la quale si troverà ad interpretare ed applicare il prefato art. 3 del decreto-sanità, manterrà fermo il citato orientamento ermeneutico e, pertanto, effettuerà un vaglio sostanziale delle linee-guida invocate dalle parti processuali, al fine di verificarne la natura *stricto sensu* cautelare. In caso contrario, qualora le linee-guida in concreto applicate dovessero risultare prive dei requisiti di "cautelarità" di cui al giudizio penale di colpa, la citata novella legislativa non potrà operare e, dunque, il canone di responsabilità colposa sarà destinato a "riespandersi" sino a ricomprendere la *culpa levis* (anche sul piano della perizia professionale).

6. (Segue) La artificiosa dicotomia all'interno del giudizio penale di colpa

Un altro profilo problematico che merita attenzione consiste nel fatto che, con la disposizione normativa in commento, il legislatore sembra suddividere

³⁴ Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, Grasso ed altri, in *Guida al diritto*, 2012, 33-34, 80. Ed ancora, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare: "se le linee-guida richiamate dai giudici del gravame, adottate dall'imputato a giustificazione della decisione di dimettere il [paziente], dovessero rispondere solo a logiche mercantili, il rispetto delle stesse a scapito dell'ammalato non potrebbe costituire per il medico una sorta di salvacondotto, capace di metterlo al riparo da qualsiasi responsabilità, penale e civile, o anche solo morale, poiché sul rispetto di quelle logiche non può non innestarsi un comportamento virtuoso del medico che, secondo scienza e coscienza, assuma le decisioni più opportune a tutela della salute del paziente. Di qui, l'esigenza di approfondimento delle delicate questioni che la vicenda pone, al fine di verificare se tali "linee", che legittimamente potrebbero essere ispirate anche a logiche di economicità di gestione, non siano, [nel caso di specie], in contrasto con le conclamate esigenze di cura del paziente" (Cass., Sez. IV, 23 novembre 2010, Rossi, in *Foro it.*, 2011, 7-8, II, 416).

il giudizio di colpa medica in due "tronconi": dapprima, infatti, il giudice penale sarebbe chiamato a valutare il rispetto della linee-guida da parte del personale sanitario; solo in un secondo momento, verrebbe effettuato un secondo vaglio di colposità, il quale avrebbe come filtro la *culpa lata* (in ipotesi di ottemperanza alle linee-guida), ovvero la *culpa levis* (in ipotesi di inottemperanza alle linee-guida).

Ebbene, non v'è chi non veda come tale dicotomia sia del tutto infondata dal punto di vista dogmatico, in quanto la medesima contiene un'artificiosa distinzione tra momenti teorici che, nella realtà delle cose, risultano invece avvinati da un vincolo indissolubile di interdipendenza ed interferenza.

In particolare, solo una sofisticata (ed irrealistica) *fiction iuris* potrebbe comportare la scissione tra i due momenti della colpa, ossia da un lato l'ottemperanza alle linee-guida, dall'altro il residuale rispetto di altre regole (codificate o non codificate) di diligenza, prudenza e perizia. Se, infatti, si osserva attentamente il naturale svolgersi applicativo delle linee-guida, ci si avvede ben presto come le medesime non costituiscano una automatica applicazione di rigidi precetti di comportamento, bensì involgano - *ex ante*, *in itinere* ed *ex post* - il continuo ricorso alla prudente valutazione concreta del personale sanitario. Ed infatti:

- i) il medico, per stabilire quali linee-guida applicare, deve preliminarmente effettuare, secondo scienza e coscienza, la corretta diagnosi della patologia, diagnosi che, per l'appunto, può comportare a valle l'applicazione di un determinato protocollo clinico a scapito di altri. Può, dunque, sussistere una "colpa generica" (anche lieve) in capo al medico, nella misura in cui il medesimo abbia a monte effettuato una errata diagnosi, dalla quale derivi l'applicazione di determinate linee-guida piuttosto che altre;
- ii) una volta effettuata la corretta diagnosi, il medico deve individuare diligentemente quali siano le linee-guida più accreditate e, in ipotesi di contrasti di letteratura, stabilire quali siano le linee-guida più attendibili³⁵; pertanto, contestualmente all'applicazione delle linee-guida (e non già in un momento artificiosamente individuato come posteriore), può sussistere una *culpa in eligendo* (generica ed anche *levis*), nella misura in cui il medico sia chiamato ad effettuare un vaglio preliminare di attendibilità e serietà delle linee-guida che è chiamato ad attuare³⁶;

³⁵ In relazione al dovere di diligenza, in capo al medico, in sede di verifica di attendibilità delle linee-guida, MARRA, *L'osservanza delle c.d. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico*, in *Cass. Pen.*, 2012, 2, 557 e segg., § 3.

³⁶ Cfr. MANTOVANI, *op. cit.*, 352, per il quale l'ordinaria diligenza, prudenza e perizia può anche pre-

iii) una volta individuate le linee-guida più appropriate ed accreditate, il medico deve altresì valutare, con diligenza, prudenza e perizia, se sussistano circostanze concrete tali da imporre una deviazione dal paradigma protocollare ed un trattamento terapeutico "in deroga" alle linee-guida; anche tale "momento" della colpa risulta assolutamente contestuale e consustanziale all'ottemperanza od inottemperanza alle linee-guida;

iv) pur nel caso in cui il concreto stato clinico del paziente sia suscettibile di essere opportunamente trattato secondo determinate linee-guida, il medico deve costantemente esercitare la propria scienza e coscienza professionale, in quanto da un lato le stesse prescrizioni protocollari richiedono, ai fini della loro attuazione, valutazioni prudenziali e discrezionali interamente devolute all'esperienza ed alla sensibilità del personale sanitario; dall'altro lato, in qualsiasi momento del trattamento possono sopraggiungere circostanze o fatti nuovi (complicanze, l'insorgere di altre patologie, interferenze ambientali e così via) tali da imporre al medico di discostarsi, parzialmente od integralmente, dalle prescrizioni di cui alle linee-guida³⁷.

Ecco, dunque, che la dicotomia cui sembra fare riferimento l'art. 3, co. 1, del decreto-sanità risulta dogmaticamente infondata, in quanto nel giudizio penale di colpa solo un'artificiosa *fictio* interpretativa può comportare una cesura tra l'applicazione delle linee-guida e la residua sussistenza di profili di colpa.

7. (Segue) Il problematico riferimento alla "colpa grave" ed i profili di irragionevolezza della novella

Un altro aspetto assai problematico relativo alla disposizione in commento consiste nel riferimento alla "colpa grave" ivi contenuto.

Come è noto, sebbene il nostro ordinamento annoveri in numerose disposizioni l'istituto della colpa grave, *inter alia*, nel Codice Civile³⁸, nel Codice della

scrivere "la previa assunzione delle informazioni, necessarie per la conoscenza delle regole cautelari relative alla attività che si intende svolgere".

³⁷ "Si deve, tuttavia, avvertire che non basta ad esimere da responsabilità la semplice osservanza di una regola cautelare, che l'agente adotti proprio perché socialmente diffusa. [...] Proprio in considerazione di ciò, l'agente non dovrà limitarsi ad adottare cautele tradizionalmente suggerite dagli usi sociali, ma dovrà di volta in volta emettere un rinnovato giudizio di prevedibilità ed evitabilità, inteso a verificare la persistente validità della regola cautelare che dovrebbe essere osservata" (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2006, 503).

³⁸ Artt. 491, 535, 789, 935, 939, 1147, 1229, 1592, 1696, 1699, 1713, 1836, 1889, 1892, 1893, 1900, 1992, 2236 e 2864 c.c.

Navigazione³⁹, nel Codice di Procedura Penale⁴⁰, nel Codice di Procedura Civile⁴¹, nonché in tema di responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti⁴², né il Codice Civile né il Codice Penale forniscono una espressa definizione di *culpa lata*; da parte sua, la dottrina penalistica ed anche la giurisprudenza non sono approdate ad una matura ed unanime nozione di “colpa grave”, in quanto, in sede applicativa, la gravità della colpa non ha mai costituito un *discrimen* tra fatto punibile e fatto non punibile (salvi i limitati profili di rilevanza della *culpa lata* nel giudizio di perizia professionale, secondo la summenzionata sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 1973, n. 166), bensì un semplice fattore di graduazione discrezionale della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.. Per tali ragioni, il “grado della colpa” è stato affrontato dalla prassi giudiziale solo tangenzialmente, al pari degli altri parametri di commisurazione della pena, perlopiù ridotti a mere clausole di stile prive di effettiva pregnanza teorica.

Alla luce di ciò, l'emanazione del nuovo art. 3, co. 1, del decreto-sanità solleva non pochi problemi di natura interpretativa ed applicativa, in quanto il legislatore ha con estrema sicumera adoperato la locuzione “colpa grave”, quale *discrimen* tra punibilità e non punibilità del personale medico, sebbene sul punto la letteratura e la prassi applicativa non siano ancora approdate ad un giudizio maturo ed unanime sulla nozione di *culpa lata*; tant'è che, anche in sede di lavori preparatori, era stato immediatamente sollevato il rischio che la nuova disposizione normativa generasse ampi margini di arbitrio giudiziale, ancor peggio se si osserva che, in tema di colpa medica, il giudicante fa sovente rinvio, *per relationem*, al giudizio tecnico formulato da un perito medico-legale, come tale estraneo all'ordine giudiziario⁴³.

³⁹ Artt. 275, 414 e 630 c.n.

⁴⁰ Artt. 185, 314, 427, 541 e 643 c.p.p.

⁴¹ Artt. 60, 64, 96, 410 e 813-ter c.p.c.

⁴² Art. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20: “la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali”.

⁴³ Cfr. l'intervento del Sen. Giuliana Carlino in SENATO DELLA REPUBBLICA, XVI Legislatura, 825ª seduta pubblica, resoconto sommario e stenografico, martedì 30 ottobre 2012 (pomeridiana): “non è chiaro poi chi sarà a determinare l'entità della colpa, se essa sia cioè grave o lieve. Uno specifico emendamento presentato dal mio Gruppo chiede in proposito che i magistrati possano affidare le eventuali perizie anche ad un professore ordinario con un'esperienza conclamata e comprovata, anche se non iscritto negli albi regionali. Se invece il testo della disposizione verrà approvato i magistrati potranno scegliere i periti solo fra coloro che sono iscritti all'albo per la specifica materia. È necessario tuttavia ricordare che, molto spesso, a questi albi si iscrivono giovani medici appena laureati o appena specializzati. Il rischio è che sia chiamato a decidere se una colpa è lieve o grave personale con insufficiente esperienza”.

A ciò si aggiunga che il nuovo riferimento alla colpa grave risulta assolutamente slegato a qualsivoglia profilo di "speciale difficoltà tecnica", laddove invece l'art. 2236 c.c. limitava (e limita tutt'ora) la responsabilità del professionista ai casi di dolo o colpa grave, ma solo qualora la prestazione implichi "la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà": sul punto, andrà rammentato che la Corte Costituzionale aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2236 c.c. proprio facendo leva sul fatto che la limitazione di responsabilità ivi contenuta si rendeva ragionevole alla luce della particolare complessità della prestazione professionale eseguita⁴⁴; per tali motivi, la nuova disposizione normativa, non contenendo alcun riferimento ai "problemi tecnici di speciale difficoltà", potrebbe rivelarsi con tutta probabilità illegittima, nella misura in cui prevede una limitazione della responsabilità colposa in capo al medico, pur in assenza di adeguati presupposti di complessità e difficoltà della prestazione, in violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), nonché del diritto alla salute (art. 32 Cost.). Ben potrebbero, infatti, ipotizzarsi numerose fattispecie concrete nelle quali, in assenza di problemi clinici di particolare complessità, risulti irragionevole limitare la punibilità alla sola colpa grave, per il sol fatto che il sanitario abbia ottemperato alle linee-guida.

Peraltro, non pochi problemi sorgeranno dalla necessità di coordinare l'art. 3, comma 1, del decreto-sanità con l'art. 2236 c.c., posto che le due disposizioni sono solo apparentemente caratterizzate da un rapporto di specialità univoca, sussistendo piuttosto tra le stesse una sorta di specialità reciproca: se, infatti, l'art. 3, co. 1, in commento presenta, quale elemento specializzante, il riferimento allo specifico ambito dell'attività medico-sanitaria (laddove invece l'art. 2236 c.c. si applica ad ogni prestazione professionale), la disposizione dell'art. 2236 c.c. presenta, quale elemento specializzante, il riferimento ai "problemi tecnici di speciale difficoltà" (laddove, invece, l'art. 3 del decreto sanità sembra potersi applicare anche alle prestazioni mediche più elementari e lineari). Non è, dunque, da escludersi che l'art. 2236 c.c. possa ancora applicarsi all'attività medico-sanitaria, laddove, pur in assenza di "linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica", sussistano profili di particolare complessità della prestazione medica.

In definitiva, la disposizione dell'art. 3, co. 1, del decreto-sanità presenta nu-

⁴⁴ "La deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti" (Corte costituzionale, 28 novembre 1973, n. 166).

merosi aspetti problematici, in quanto essa non solo si pone in patente frizione con i consolidati principi della giurisprudenza in tema di responsabilità medica, ma risulta palesemente affetta da plurimi profili di irragionevolezza e, per l'effetto, di possibile illegittimità costituzionale.

In particolare, l'unico modo per garantire alla novella legislativa un'applicazione scevra da censure consisterebbe nel seguire i seguenti canoni interpretativi:

i) valutare a monte se le linee-guida invocate dalle parti processuali abbiano natura, sostanziale e formale, di "regola cautelare", ai fini della giudizio di colpa ex art. 43 c.p.;

ii) pur in presenza dell'ottemperanza formale alle linee-guida, verificare se vi siano profili di colpa nell'individuazione delle linee-guida appropriate alla concreta patologia diagnosticata, nella verifica dell'attendibilità e serietà delle linee-guida medesime, nella valutazione circa la congruità delle singole linee-guida rispetto allo specifico caso clinico e circa l'assenza, in concreto, di fatti o circostanze (preesistenti o sopravvenuti) che impongano una condotta terapeutica difforme dai protocolli;

iii) limitare l'eventuale efficacia "scusante" delle linee-guida (*recte* della loro ottemperanza) ai soli profili di perizia, potendo residuare elementi di colpa, anche *levís*, in relazione ai profili di diligenza e prudenza; ciò secondo l'insegnamento della Consulta in tema di responsabilità del professionista ex art. 2236 c.c.

Ebbene, non è chi non veda come la disposizione dell'art. 3, co. 1, del decreto-sanità, ove interpretata secondo tali stringenti canoni, venga ampiamente ridimensionata (se non del tutto neutralizzata) nella propria portata innovativa; peraltro, con riferimento al punto *sub* iii), l'interpretazione correttiva della disposizione in parola potrebbe persino spingersi oltre, sino ad affermare che, pur in presenza dell'ottemperanza alle linee-guida, possano residuare non solo profili di *imprudentia e negligentia levís*, ma persino profili di *imperitia levís*: ed infatti, se ben si riflette, le prescrizioni di cui alle linee-guida non esauriscono la costellazione di regole tecniche poste alla base del giudizio di perizia ex art. 43 c.p., ben potendo residuare ulteriori direttive scritte ovvero ulteriori *leges artis* non scritte, tali da comportare un giudizio di imperizia *levís*, pur al cospetto di una rigorosa ottemperanza alle linee-guida.

In altri termini, in presenza del rispetto pedissequo delle linee-guida, potrebbe risultare ragionevole limitare la responsabilità penale ai soli casi di *imperitia lata* (ferma restando la punibilità anche solo per *culpa levís*, in relazione ai profili di diligenza e prudenza), solo ove si dimostrasse che le linee-guida sia-

no idonee ad esaurire gli aspetti di "buona tecnica medica"; ove, invece, si riconosca che la perizia medica possa esigere specifiche condotte, anche al di là delle eventuali linee-guida accreditate, non potrà poi affermarsi che il rispetto delle medesime linee-guida sia idoneo ad escludere, *iuris et de iure*, un residuo giudizio, anche di *imperitia levis*, per violazione di altre regole di perizia ulteriori e differenti rispetto alle linee-guida.

Infine, non potrà che essere censurato, anche il tal caso sotto il profilo dell'uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.), il fatto che il nuovo art. 3, co. 1, del decreto-sanità (a differenza dell'art. 2236 c.c.) limiti il criterio della "colpa grave" alle sole professioni sanitarie, il che potrebbe determinare una irragionevole disparità di trattamento rispetto ad altre categorie professionali parimenti interessate da problemi tecnici di particolare complessità (si pensi alla progettazione di una centrale nucleare ovvero alla costruzione di un automezzo spaziale). Vi è, dunque, una elevata probabilità che la Corte costituzionale, eventualmente investita della relativa questione di legittimità, possa ravvisare una violazione dell'art. 3 Cost., nella misura in cui la disposizione in parola intenda ridisegnare i profili della colpa ex art. 43 c.p. in relazione ad una sola e specifica categoria professionale (ossia quella medico-sanitaria), in assenza di ragionevoli motivi di discriminazione.

8. Conclusioni (interlocutorie)

La disposizione di cui all'art. 3, co. 1, del decreto-sanità presenta numerosi aspetti critici, in quanto non solo si pone in aperto contrasto con i principi classici della colpa penale, ma presenta anche palesi profili di irragionevolezza.

Non può, infatti, che ribadirsi l'assoluta superficialità con cui il legislatore ha inteso incidere sul giudizio penale di colpa medica, adoperando con evidente approssimazione categorie quali le "linee-guida" e la "colpa grave", senza considerare che le prime risultano assolutamente eccentriche rispetto al perimetro classico della "regola cautelare" e che, sulla seconda, non sussiste ancora una matura e consolidata concordia di opinioni in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza penali (con particolare riferimento al *discrimen* tra *culpa levis* e *culpa lata*).

Persino il riferimento all'art. 2043 c.c., contenuto nel secondo periodo del citato comma 1, risulta assolutamente improprio, laddove la giurisprudenza civile è ormai pacifica nell'affermare che la responsabilità medica rientri non già nel paradigma dell'illecito aquiliano od extracontrattuale ex art. 2043 c.c., bensì in quello dell'illecito contrattuale "da contatto sociale", a mente dell'art.

1218 c.c.⁴⁵, con ogni conseguenza che ne deriva, *inter alia*, in tema di onere della prova (sostanzialmente a carico del medico, in punto di colpa) e di prescrizione estintiva del diritto (decennale e non già quinquennale).

In altri termini, il testo della disposizione *de qua*, presentando numerose improprietà ed imprecisioni sia testuali sia concettuali, denota invero una mancata conoscenza del *thema iuris* della responsabilità medica; con tutta probabilità, le ragioni storiche connesse alla contingente *intentio legis* (ossia il tentativo di agevolare il ricorso alla copertura assicurativa da parte del personale sanitario) hanno nettamente prevalso rispetto ad una matura valutazione dell'intero giudizio penale della colpa medica.

Concludendo, i maggiori punti critici di cui è affetta la disposizione dell'art. 3, co. 1, del decreto-sanità ruotano intorno a due costellazioni teoriche: la riconducibilità delle linee-guida al paradigma della "regola cautelare" ex art. 43 c.p. e la nozione di colpa grave all'interno del *subjektiver Tatbestand*.

Dal primo punto di vista, a parere di chi scrive, l'errore fondamentale (dal quale, poi, derivano una serie di corollari altrettanto erronei) consiste nel considerare le linee-guida mediche quali fonti di *produzione* di (nuove) regole cautelari; ed infatti, non è chi non veda come le medesime linee-guida possano, tutt'al più, essere ricondotte a mere fonti di *cognizione*⁴⁶, le quali, in taluni casi, hanno natura ricognitiva di determinare regole cautelari, e ciò sempreché esse linee-guida, per struttura, finalità e contenuto, rispecchino i canoni classici della "regola cautelare"⁴⁷. Viceversa, qualora le linee-guida abbiano genesi, natura o struttura extra-cautelare (ad esempio economica, gestionale,

⁴⁵ Sul punto, si rinvia alla celebre sentenza della Cass. Civ., Sez. Unite, 11 gennaio 2008, Scianni ed altri contro Az. Sanitaria Soc. Azionaria S.p.a. ed altri, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, 849; *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1, 32; *Diritto & Giustizia*, 2008; *Foro amm. CDS*, 2008, 1, I, 91. Da ultimo, cfr. Cass. Civ., Sez. III, 3 febbraio 2012, Torre, in *Diritto & Giustizia*, febbraio 2012: "la responsabilità della struttura ospedaliera, fondata sul "contatto sociale", ha natura contrattuale. Ne consegue che, in virtù del contratto, la struttura deve fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori. Così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di ospedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto concerne le prestazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari l'individuazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi di abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto dei dipendenti sulla base dell'art. 1228 c.c.".

⁴⁶ CASTRONUOVO, RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in Belvedere, Riondato (a cura di), *Trattato di biodiritto. La responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 975 e segg.

⁴⁷ MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in Canestrari, Giunta, Guerrini, Padovani, *Medicina e diritto penale*, 2009, 247 e segg.

mercantilistica, statistica, epidemiologica od anche solo precauzionale⁴⁸), le stesse non potranno assurgere al rango della regola cautelare, agli effetti del giudizio di colpa medica ex art. 43 c.p.

Quanto poi al tema della colpa grave, risulta ad ogni modo pregevole e condivisibile l'intento, da parte del legislatore, di porre un limite alla responsabilità colposa del personale sanitario, anche in attuazione dei principi generali di personalità della responsabilità penale e di *extrema ratio*. Ed infatti, il vero è che, nella prassi giudiziaria, si assiste ad un onnipervasivo ricorso alla sanzione penale, anche nei casi in cui la colpa appare talmente sfibrata ed esangue, da rasentare una vera e propria responsabilità oggettiva, il che per l'appunto incentiva il ricorso alla c.d. "medicina difensiva". Donde il paradosso per il quale l'eccessivo rigore sanzionatorio, apparentemente mosso da finalità di tutela delle preminenti esigenze di salute, diviene addirittura controproducente per il benessere del paziente; ciò in quanto il personale sanitario non è posto nelle condizioni di potere assumere serenamente, secondo scienza e coscienza, la più prudente decisione terapeutica che il singolo caso clinico esigerebbe, a causa del costante timore di poter incorrere in una qualche forma di responsabilità per l'eventuale esito infausto del trattamento.

Per tali motivi, appare invero condivisibile il tentativo di introdurre un limite ragionevole alla criminalizzazione di condotte le quali, per i propri tenui profili di colpa, non appaiono meritevoli della grave sanzione penale; ciò che, invece, non si può condividere è l'intento di creare uno statuto speciale della colpa medica, in deroga alla generale colpa penale ex art. 43 c.p., per il tramite di categorie "spurie" quale quella delle linee-guida.

Alla luce di ciò, si impone allo studioso un autentico ripensamento (*rectius* recupero) della colpa penale "in generale", senza settarie distinzioni tra colpa professionale e colpa extra-professionale, che recuperi una radice unica ed unitaria della colpa criminale, al di là di irragionevoli sotto-statuti di matrice

⁴⁸ «E' chiaro il distacco con la struttura e la funzione della regola cautelare che fonda l'illecito colposo 'classico': questa è da sempre concepita come uno strumento per fronteggiare un ben specifico pericolo, di cui si conoscono le caratteristiche, sì da poter ricorrere ad efficaci misure impeditive. Il principio di precauzione prescinde, invece, dalla conoscenza della fisionomia del rischio, si accontenta del 'sospetto', e preme per un'interpretazione delle regole prevenzionali in senso ultraprudenziale» (ATTILI, *L'agente-modello nell'era della complessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1279). Per un confronto tra prospettiva cautelare "classica" e prospettiva precauzionale nella *Risikogesellschaft*, con specifico riferimento alla sicurezza del lavoro, ci si permette richiamare il breve saggio G. CIVELLO, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *Archivio Penale*, 2011, n. 2, 25 e segg.

corporativa. A tal fine, come suggerito dalla più autorevole dottrina⁴⁹, la via maestra (unica via che, peraltro, appare compatibile con il principio di ragionevolezza, con il diritto fondamentale alla salute e con il principio personalistico della responsabilità penale) potrebbe consistere nell'innalzamento del canone di colpa penale ex art. 43 c.p. dalla *culpa levis* alla *culpa lata*.

Per raggiungere tale mèta, si rende necessario un doveroso approfondimento teorico e metafisico della colpa, secondo l'intuizione per la quale ogni istituto giuridico (*iustum*) racchiude al proprio interno una radice etica (*bonum*) e, da ultimo, metafisica (*verum*) (anche laddove si intenda abbracciare nichilisticamente una qualche forma di metafisica negativa). In tal modo la colpa, rifondata metafisicamente, non sarebbe più intesa quale scostamento oggettivo rispetto ad una regola cautelare di condotta, bensì assurgerebbe a vero e proprio vizio della volontà, in vista di quella che è stata icasticamente definita la "verità soggettiva della colpa"⁵⁰: in altri termini, la colpa penale non dovrebbe essere intesa quale ripetizione tautologica e pleonastica della violazione della regola di diligenza, bensì quale indice ulteriore di disordine relazionale, radicato se non nel giudizio pratico (tipico del dolo) quantomeno nella proiezione esistenziale della libera volontà della persona (*sub specie* "difetto di volontà" o "disordine di volontà").

Ecco, dunque, che per "*culpa lata*" dovrebbe intendersi quella particolare indifferenza per il bene altrui che, assumendo le vesti della temerarietà, travalica i confini della semplice disattenzione per assurgere a vero e proprio vizio della volontà⁵¹.

⁴⁹ M. RONCO, *La colpa in particolare*, cit., 581 e segg.; v. in particolare pagg. 582-582: "[...] la colpa penalmente rilevante dovrebbe essere ristretta a quella grave, secondo il criterio che si ricava dall'antico assioma *culpa lata dolo aequiparatur*. In questo modo si dovrebbe riconoscere la responsabilità penale soltanto ove affiori nel comportamento attuale dell'agente un vizio significativo della volontà, implicante una condotta compiuta nella consapevole violazione della regola di diligenza o nel consapevole superamento della soglia del rischio consentito [...]. Per determinare l'aspetto più intrinsecamente soggettivo della colpa occorrerebbe trapassare dal piano della violazione della regola di diligenza al piano della soggettiva decisione di non conformare il proprio agire alle esigenze di sicurezza delle altre persone, senza aprirsi adeguatamente al bene degli altri. Soltanto in questa guisa si può comprendere la verità soggettiva della colpa giuridica come volontà carente, inadeguata, insufficiente, disordinata rispetto alla doverosità del perseguimento del fine e, dunque, chiusa rispetto al bene della relazione giuridica".

⁵⁰ M. RONCO, *ult. op. cit.*, 581 e segg.

⁵¹ A tal proposito, significativi sono gli approdi interpretativi della giurisprudenza della Corte di Conti, la quale, avendo maturato un'esperienza più che secolare in tema di colpa grave, è pervenuta ad una ricostruzione assai verace dell'istituto della *culpa lata*, così statuendo: «la colpa grave non va individuata soltanto nella violazione di una norma, ma nell'atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle funzioni, di negligenza massima e di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti, nell'agire senza le opportune cautele, senza il rispetto delle comuni regole di comportamento e

Ebbene, limitare la responsabilità penale per colpa alle sole ipotesi di *culpa lata* consentirebbe di attuare pienamente i principi di personalità della responsabilità e di *extrema ratio*, così confinando le ipotesi di *culpa levis* al solo ambito civilistico della responsabilità aquiliana e contrattuale; il che sarebbe più che sufficiente ed adeguato a fronteggiare, in un'ottica di sana ed autentica sussidiarietà, le esigenze di tutela e di riparazione in capo alla vittima dell'illecito.

Peraltro, il recupero della colpa penale quale "colpa di volontà" (che consente di definire meglio la nozione di *culpa lata*, ben più dell'eterogenea categoria della colpa con previsione) permetterebbe da un lato di promuovere doverosamente il c.d. "diritto penale minimo" e, dall'altro, di relegare la *culpa levis* al piano meramente risarcitorio dell'illecito civile, riconducendo al naturale alveo della colposità quelle ipotesi di "colpa temeraria" che vengono oggi forzatamente ricondotte alla categoria del dolo, traverso la funesta categoria del dolo eventuale, pur in assenza dell'elemento volitivo; il che avviene, oggi, mediante il ricorso ad una forma paradossale ed ossimorica di *dolo senza volontà*, un dolo decapitato e deprivato della sua radice più essenziale, ossia il giudizio pratico intenzionale, e sostanzialmente ridotto a mero elemento rappresentativo⁵².

Ciò, tuttavia, come già precisato, richiede un generale ripensamento (o meglio, recupero) della colpa criminale "in generale", quale disordine o difetto del *velle*⁵³ (il che esula dalla modesta economia del presente studio ed esige

senza osservare quel grado minimo di diligenza che ogni persona è in grado di usare» (Corte dei Conti, Sez. Giur. Veneto, 10 febbraio 1997, n. 71/EL, in *Riv. corte conti*, 1997, fasc. 3, 101); ed ancora: "per individuare la colpa grave, il giudice non deve valutare il rapporto in contestazione sulla base di norme prefissate, ma deve prefigurare in concreto l'insieme dei doveri connessi all'esercizio delle funzioni cui l'agente è preposto. Il giudice deve quindi tenere conto anche dell'organizzazione amministrativa nel suo complesso e delle finalità da perseguire. Quindi non vi è soltanto una valutazione isolata sulla base dell'elemento psicologico di colui che ha avuto questo comportamento. L'indagine deve essere più approfondita" (Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 9 maggio 2007, n. 233, in *Foro amm. TAR*, 2007, 5, 1823; *Riv. Corte Conti*, 2008, 3, 121). Peraltro, la Corte dei Conti è solita ricondurre alla colpa grave non solo le forme di disattenzione e negligenza massima, ma anche la "accettazione del rischio che ne deriva" (Corte dei Conti, Sez. Giur. Lombardia, 28 aprile 2008, n. 263, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 2, 190), la quale viene comunemente ricondotta dalla giurisprudenza penale alla categoria del dolo eventuale.

⁵² Ciò sebbene lo stesso nostro legislatore abbia optato, tra il dolo come mera rappresentazione ed il dolo come volizione, per questa seconda declinazione dell'elemento soggettivo (sul punto, cfr. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930, *passim*).

⁵³ Per un'acuta disamina dei rapporti tra colpa e volontà, cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Volume II: il reato - Parte II: l'elemento psicologico*, Torino, 2001, 143 (§ 4: "il collegamento psicologico con il fatto").

un adeguato approfondimento da parte degli studiosi), e non già il ricorso ad improvvisate clausole normative tese, di volta in volta, ad introdurre speciali statuti della colpa, secondo logiche contingenti, estemporanee ed emergenziali.

Questa è la vera sfida che la scienza penalistica odierna dovrebbe perseguire, onde preservare la propria irrinunciabile dignità ed autonomia: non permettere che l'ideologia oggettivistica e naturalistica della *Risikogesellschaft* finisca per erodere gli argini aurei della colpa classica (e, da ultimo, strumentalizzarla la persona umana mercé presunte esigenze di tutela di beni giuridici) ma, anzi, rifondare virilmente lo statuto penale della colpa in tutta la sua profondità e pregnanza metafisica, come disordine relazionale della persona nel suo progetto esistenziale.