

QUESITI

ANTONELLA MASSARO

L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.

L'art. 2236 c.c. rappresenta ormai da decenni un costante punto di riferimento delle ricostruzioni relative alla colpa penale di chi esercita una professione sanitaria. Tanto la c.d. legge Balduzzi quanto la c.d. legge Gelli-Bianco hanno tentato di stabilizzare due dei pilastri attorno ai quali ruotano la lettera e l'interpretazione dell'art. 2236 c.c.: la colpa grave e la colpa per imperizia. Le categorie di derivazione civilistica, tuttavia, sembrano costituire un fattore di dannoso immobilismo, sminuendo le potenzialità insite nella sistematica della colpa penale che, da sole, potrebbero valere a "superare" alcuni degli orientamenti giurisprudenziali più criticati.

Un'indagine relativa alle origini civilistiche dell'imperizia come unica limitazione della colpa medica evidenzia come gli schemi in questione non siano del tutto riferibili anche al sistema della responsabilità penale, all'interno del quale la tendenza costante è stata quella di svalutare la distinzione tra le "forme" di colpa ricavabili dall'art. 43 c.p. L'esplicita menzione della colpa per imperizia nel nuovo art. 590-sexies c.p. obbliga però l'interprete a un più accurato sforzo definitorio e classificatorio, al fine di verificare se la nuova disposizione sia in grado di ritagliarsi un autonomo spazio applicativo o se sia destinata a soffocare, avvolta dall'autentica camicia di Nesso in cui si è trasformato l'art. 2236 c.c.

The Article 2236 of the Italian civil code represents for decades now a constant point of reference for the reconstructions of medical liability in criminal law. Both so-called "legge Balduzzi" and so-called "legge Gelli-Bianco" attempted to transpose legislatively two elements about structure and interpretation of the article 2236 of the Italian civil code: gross negligence and inexperience. The concepts of civil law derivation, however, could cause a dangerous immobility, undermining the potentialities of criminal negligence that by themselves could overcame more criticized court decisions concerning medical malpractice.

A study about the civil origins of inexperience, qualified as only limitation of medical malpractice, demonstrates that these schemes don't work also in criminal law, where there is a tendency to devalue the distinction between forms of negligence provided for by the Article 43 of the Italian criminal code. The explicit mention of inexperience in the new Article 590-sexies of the Italian criminal code, however, requires more accurate definitions, in order to verify if the new Article can have an autonomous application field or if it is designated to suffocate in the Nessus' Shirt of the Article 2236 of the Italian civil code.

SOMMARIO: 1. La frammentazione dei delitti di omicidio e lesioni colposi. - 2. Un diritto penale a pretesa "base civilistica" e le possibili distorsioni derivanti da una contaminazione tra modelli di responsabilità. - 3. Alle origini della (sola) imperizia. La lettura restrittiva dell'art. 2236 c.c. nella dottrina civilistica... - 3.1. ...e in quella penalistica. - 4. Negligenza, imprudenza e imperizia nell'art. 43 c.p. - 4.1. Insufficienza del contenuto oggettivo della regola cautelare violata e necessaria individuazione della causa dell'errore. - 5. Lo spartiacque segnato dalla Corte costituzionale nel 1973 e la convergenza tra modelli di responsabilità. - 5.1. L'art. 2236 c.c. come regola di esperienza cui il giudice può attenersi per valutare l'addebito per imperizia del medico. Il riferimento superfluo e riduttivo al criterio di derivazione civilistica. - 5.2. Errore professionale e colpa professionale: dai prodromi del "medico che sbaglia pur essendo diligente" alla legge Balduzzi. - 6. Un equivoco di fondo: la scissione della condotta conforme alle linee guida dalla condotta imperita. - 7. La "rivoluzione conservatrice" della legge Balduzzi: tutto cambia per restare identico all'art. 2236 c.c. - 8. Un nodo irrisolto: l'eterna dialettica tra colpa generica e colpa specifica nelle questioni relative alla colpa medica per imperizia. - 9. La legge Gelli e l'art. 590-sexies c.p.: il complesso coordinamento tra il rispetto delle linee guida e l'imperizia. - 9.1. - Adeguatez-

za *ex ante* o *ex post*? - 10. La grande esclusa della riforma: la dimensione plurisoggettiva dell'attività medico-chirurgica. - 11. Cenni di diritto intertemporale. - 12. Il bicchiere è mezzo vuoto o mezzo pieno?

1. La frammentazione dei delitti di omicidio e lesioni colposi

L'introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p. ad opera della legge n. 24 del 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco) conferma e approfondisce quel processo di progressiva frammentazione del modello unitario di imputazione colposa per i delitti di omicidio e lesioni personali già chiaramente avviato dall'introduzione delle fattispecie di omicidio e lesioni stradali¹ e destinato, forse, a ulteriori linee di sviluppo².

I due interventi normativi, pur pervenendo al comune esito di introdurre fattispecie *ad hoc* in riferimento a settori che dovrebbero contraddistinguersi per evidenti peculiarità, seguono però una logica per certi aspetti speculare. Gli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. ritagliano due reati autonomi a partire dalle corrispondenti fattispecie generali, senza incidere sul modello di delitto colposo ricavabile dall'art. 43 c.p. e all'evidente scopo di riservare al "delinquente stradale" un trattamento sanzionatorio di maggior rigore rispetto a quello derivante dalle precedenti fattispecie aggravate introdotte negli artt. 589, secondo co. e 590, terzo co. c.p.³ La l. n. 24 del 2017, sfruttando la breccia aperta dalla l. n. 189 del 2012 (c.d. legge Balduzzi), non segue la via delle fattispecie autonome di omicidio e lesioni "sanitari" differenziati anzitutto sul piano sanzionatorio, ma si propone di adeguare il modello dell'art. 43 c.p. alle caratteristiche dell'attività medica, con l'obiettivo di assicurare uno statuto più favorevole a chi uccide o lede impugnando un bisturi anziché un pugnale⁴. Se in riferimento alla legge Balduzzi si era parlato del sostanziale inserimento di un

¹ Il "parallelismo" è stato evidenziato dai primi commentatori della riforma: v. in particolare RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 2017, 3 ss.; CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 2, 87-88; ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *questa Rivista online*, 2017, 2, 21.

² Il prossimo settore interessato, sempre che l'agenda *setting* mediatica lo selezioni come emergenza alla quale porre rimedio per via legislativa, potrebbe essere rappresentato dalla sicurezza sui luoghi di lavoro. Sulle peculiarità dell'imputazione colposa nella casistica in questione, di recente e per tutti, CASTRONUOVO, *Responsabilità colposa e sicurezza del lavoro. Dalla colpa alle colpe*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, 2016, 165 ss.

³ In argomento, anche per i necessari riferimenti, MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016.

⁴ L'immagine è presa a prestito dalla celeberrima pagina di E. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, 88.

art. 43-*bis* c.p.⁵, l'osservazione potrebbe valere anche, almeno "a prima lettura", in riferimento alle disposizioni di più recente introduzione.

L'art. 590-*sexies* c.p. prevede al primo comma che se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 c.p. sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria (mantenendo dunque pressoché inalterato il novero dei soggetti attivi rispetto all'art. 3 della legge Balduzzi)⁶ si applicano le pene ivi previste, salvo quanto disposto dal secondo comma. Quest'ultimo stabilisce infatti che qualora «l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto»⁷. L'art. 6 della l. n. 24 del 2017 abroga il primo co. dell'art. 3 della l. n. 189 del 2012.

Tra gli intenti dichiarati dal legislatore c'è anche, esattamente come avvenuto cinque anni fa in occasione della svolta epocale che la legge Balduzzi si proponeva di imprimere, quello di contenere le pratiche di c.d. medicina difensiva⁸, nell'interesse tanto del paziente quanto della spesa pubblica⁹.

⁵ PIRAS, In culpa sine culpa. *Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012, 1. Non si è mancato di osservare, in maniera del tutto condivisibile, che il legislatore del 2012 non intendesse certo riscrivere la grammatica della colpa penale, quanto piuttosto lanciare un monito a fronte di orientamenti giurisprudenziali eccessivamente rigorosi: così DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *questa rivista*, 2014, 1, 12 e EAD., *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 6, 2154.

⁶ Sulla possibilità di riferire l'art. 590-*sexies* c.p. a chi eserciti "di fatto" una professione sanitaria e, soprattutto, sulla perdurante riferibilità della disciplina speciale a professionisti sanitari diversi dal medico CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco"*, cit., 88-89; RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica*, cit., 7.

⁷ L'introduzione di norme *ad hoc* per le fattispecie di morte o lesioni conseguenti all'esercizio di una professione sanitaria è un'ipotesi che ormai da tempo contraddistingue il dibattito scientifico sul tema. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, 168-169, in maniera del tutto coerente rispetto alle premesse sistematiche, proponeva l'introduzione di un art. 590-*ter* c.p., il cui secondo comma così avrebbe dovuto prevedere: «se l'intervento comporta la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, l'imperizia va valutata secondo i criteri della colpa grave». Particolarmente nota è anche la proposta elaborata in *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, a cura di Forti, Catino, D'Alessandro, Mazzucato e Varraso, Pisa, 2010, 47, relativa all'introduzione di un art. 590-*bis* c.p. formulato nel modo seguente: «L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria è inosservante di fondamentali regole dell'arte e ha realizzato un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente».

⁸ DDL 1134, XVII legislatura, in *www.senato.it*. Per un inquadramento critico della medicina difensiva in una prospettiva penalistica, in particolare, ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica*

Dopo l'eterogenesi dei fini ampiamente prevedibile della riforma del 2012¹⁰, con la conseguente esigenza di "mettere mano" a una legge tutto sommato ancora in fasce¹¹, le prime letture (e le prime applicazioni) dell'art. 590-*sexies* c.p. evidenziano i prodromi di una *Heterogonie der Zwecke* ancora più plateale. L'art. 590-*sexies*, secondo co. c.p. potrebbe in effetti rivelarsi una disposizione capace di operare in un numero limitato, per non dire nullo, di ipotesi: da ciò deriverebbe una significativa compressione dello statuto favorevole per la colpa del medico rispetto a quello delineato dalla legge Balduzzi¹² e (ma non è detto che ciò sia un male) una contestuale "riespansione"¹³ delle regole generali ricavabili dall'art. 43 c.p.

Sembrirebbe dunque che non resti altra via se non quella del tanto inaspettato quanto beffardo rimpianto della legge Balduzzi¹⁴. Volendo tuttavia affidarsi a una temeraria visione ottimistica, si potrebbe osservare come il legislatore del 2017 abbia finalmente smascherato un'etichetta, quella della "colpa per imperizia", che affonda le sue radici in un substrato teorico eterogeneo e complesso, ma che la giurisprudenza ha ridotto a contenitore sfaldato e pro-teiforme, pronto a divenire ricettacolo dei contenuti più disparati e, al tempo stesso, ad assecondare orientamenti sostanzialmente costanti. La menzione esplicita della colpa per imperizia, sebbene inopportuna e discutibile, obbliga dunque l'interprete a un più accurato sforzo definitorio¹⁵ costringendolo, più in generale, a fare i conti con quell'autentica camicia di Nesso in cui negli an-

in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale, Milano 2012; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 4-5, 1085 ss.; BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, *ivi*, 1107 ss.

⁹ Probabilmente più della spesa pubblica che del paziente: L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica*, cit., 10. *Contra* DI GIOVINE, da ultimo in *Mondi veri e mondi immaginari di sanità*, cit., 2156 ss.

¹⁰ RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica*, cit., 1.

¹¹ Ad avviso di CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, 294, l'art. 3 della l. n. 189 del 2012, per quanto imperfetto, non sembrava reclamare una così urgente revisione.

¹² V. già CENTONZE, CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 4, 1365. Analogamente CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 12.

¹³ Di "riespansione" della colpa medica parlano anche CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco"*, cit., 86.

¹⁴ RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica*, cit., 17.

¹⁵ CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, cit., 295, osserva come l'ipostatizzazione della perizia, sebbene criticabile, lanci una sfida a dottrina e giurisprudenza, che dovranno cimentarsi nell'enucleazione di un concetto "operazionale" dai contorni sufficientemente nitidi.

ni si è tramutato l'art. 2236 c.c.¹⁶, anche a costo (ma non è detto che ciò sia un male) di “rivalutare” i principi generali che dovrebbero ispirare la costruzione del reato colposo d'evento.

Non è un caso che tanto la legge Balduzzi quanto la legge Gelli, pur senza riproporre integralmente la formulazione dell'art. 2236 c.c., abbiano tentato di offrire una copertura normativa a due dei pilastri su cui sono edificate la disposizione e la norma civilistiche: la colpa grave (legge Balduzzi) e la colpa per imperizia (legge Gelli). La giurisprudenza *post* 2012 non si è contraddistinta per segnali “rivoluzionari”, restituendo piuttosto l'impressione di una gelosa conservazione dello *status quo* e, dunque, di un sostanziale immobilismo sul versante applicativo. La perdurante vitalità dell'art. 2236 c.c. pare confermata anche dalle prime pronunce successive alla riforma del 2017, lasciando presagire una tendenziale immutabilità delle categorie che fanno da sfondo agli orientamenti giurisprudenziali più criticati.

Del tutto condivisibile da questo punto di vista l'opinione di chi ritiene che la legge Balduzzi prima e la legge Gelli-Bianco poi non avrebbero apportato reali novità al sistema della colpa medica, limitandosi piuttosto a fungere da monito nei confronti di una giurisprudenza “colpevolista” i cui esiti, in un “mondo ideale”, si eviterebbero attraverso una “semplice” applicazione dell'art. 43 c.p.¹⁷, in assenza di quelle contaminazioni civilistiche che negli ultimi decenni hanno funzionato da autentiche pastoie rispetto alle potenzialità insite nella sistematica della colpa penale¹⁸.

2. Un diritto penale a pretesa “base civilistica” e le possibili distorsioni derivanti da una contaminazione tra modelli di responsabilità

Il tallone d'Achille dell'art. 590-*sexies* c.p. potrebbe individuarsi anzitutto nell'acritica trasposizione, sul piano della responsabilità penale, di principi e interpretazioni che trovano il loro (già problematico) fondamento nel terreno della responsabilità civile e che sono maturati in un contesto del tutto differente rispetto a quello codificato dal legislatore del 2017. Le possibili distorsioni derivanti da un'operazione di questo tipo sono dovute non solo (e non

¹⁶ I retaggi e l'eterno ritorno dell'art. 2236 c.c. in riferimento all'art. 590-*sexies* c.p. e alle sue prime applicazioni giurisprudenziali sono sottolineati, rispettivamente, da CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco”*, cit., 101 e da ROIATI, *La colpa medica dopo la legge “Gelli-Bianco”*, cit., 20.

¹⁷ DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità*, cit., 2151 ss.

¹⁸ *Contra*, in particolare, BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, il quale indica come via maestra per rivedere i termini della responsabilità colposa dei medici (e di tutti i professionisti) proprio quella di un'estensione alla responsabilità penale dei principi previsti dall'art. 2236 c.c.

tanto) alla strutturale differenza tra la colpa civile e quella penale¹⁹, ma al fatto che il preteso adeguamento al modello civilistico è avvenuto solo parzialmente, innestandosi per il resto sui non sempre lineari approdi raggiunti dalla giurisprudenza penale.

L'etichetta della "penalistica civile" ha un passato glorioso²⁰ e, evidenziando l'impegno politico e garantista perseguito dagli studiosi del diritto penale nell'età postunitaria, non ha nulla a che vedere con la tendenza, non altrettanto gloriosa, che si potrebbe condensare nell'etichetta del diritto "penale-civile"²¹. Nel settore della responsabilità colposa del medico la contaminazione tra diritto civile e diritto penale ha senza dubbio origini lontane, individuando una connotazione strutturale dell'*iter* decennale che ha condotto alla legge Balduzzi prima e alla legge Gelli-Bianco poi²². Il riferimento, come già anticipato, è anzitutto all'art. 2236 c.c.: la disposizione in questione svolge ormai da tempo un ruolo di indiscusso protagonista nei tentativi finalizzati a (de)limitare la responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria, a volte come attore esplicitamente chiamato sul palcoscenico a recitare la sua parte, altre volte nelle vesti di provvidenziale suggeritore e, altre volte ancora, in quelle di ingombrante e ingestibile invitato di pietra. Si tratta però di una disposizione che nella propria terra d'origine non ha goduto di particolare successo "profetico"²³, trasferendo il suo destino a quelle formule che ne hanno riprodotto la struttura sul versante della responsabilità penale: dagli orientamenti favorevoli a un'applicabilità anche solo indiretta dell'art. 2236 c.c. fino alla legge Balduzzi, seguendo una linea di tendenza che, almeno per quel

¹⁹ Sull'auspicabile superamento del c.d. principio di identità tra colpa e civile e colpa penale CASTRONOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 476 ss., cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici. Per una lettura unitaria della colpa in diritto penale, civile e amministrativo si segnala invece NUVOLONE, *Colpa civile e colpa penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Cedam, 1969 ss., che ravvisa l'ossatura della colpa nella esigibilità del comportamento diligente; più di recente v. anche la raffinata ricostruzione di GALLO, *La piccola formula di Mortara*, Torino, 2014, spec. 91 e 149 ss.

²⁰ SBRICCOLI, *La penalistica civile*, in *Quaderni fiorentini*, 88, I, 493 ss.

²¹ Si tratta di una suggestione colta dalle parole del Prof. Giuseppe Grisi, nel corso dell'incontro di studi *La responsabilità penale e civile dell'esercente una professione sanitaria dopo la "legge Balduzzi"*, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre" il 17 marzo 2016. Per un più generale affresco dei rapporti tra diritto penale e diritto civile si segnala l'indagine di PIERGALLINI, *"Civile" e "penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 4, 1299 ss.

²² La più ampia problematica relativa al grado della colpa in diritto penale, del resto, mostra chiaramente la propria matrice civilistica: PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 1-2, 821 ss.

²³ Lo scarso successo applicativo dell'art. 2236 c.c. è evidenziato chiaramente già da PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 143 e 147, che precisa come l'«espedito» della distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza consenta alla giurisprudenza di condannare il medico pur in presenza di problemi tecnicamente complessi da risolvere.

che è dato ipotizzare, può risultare solo rafforzata dalla recente introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p.

La circostanza ancor più sorprendente è quella per cui, anche a fronte di disposizioni come quelle contenute nell'art. 3 della l. n. 189 del 2012 o nel secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p., che sembrerebbero atteggiarsi a (maldestra) traduzione penalistica della limitazione di responsabilità ricavabile dall'art. 2236 c.c., la giurisprudenza non riesca a fare a meno del criterio di derivazione civilistica, sottolineandone in tutti i modi l'indiscussa attualità. La trasposizione penalistica dell'art. 2236 c.c., dunque, rischia di rivelarsi non solo complessivamente superflua ma anche potenzialmente dannosa, soffocando, sotto il peso di una formula sostanzialmente vuota, l'ossatura garantista della colpa penale.

3. Alle origini della (sola) imperizia. La lettura restrittiva dell'art. 2236 c.c. nella dottrina civilistica...

Riavvolgere il *film* della colpa per imperizia del medico e andare alla ricerca del luogo e del tempo in cui fu girata la prima scena non è certo impresa agevole, ma a tal fine potrebbe risultare anzitutto opportuna una rapida ricostruzione dell'art. 2236 c.c. nel contesto della responsabilità civile.

L'articolo in questione, prevedendo che, quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non nei casi di dolo o colpa grave, intende far fronte alla duplice esigenza «di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista»²¹. Sembra dunque condensare, con mirabile pragmatismo *ante litteram*, le perplessità e le istanze che attualmente fanno da sfondo al fenomeno della medicina difensiva e che hanno motivato i recenti interventi legislativi in materia di colpa penale dell'esercente una professione sanitaria.

L'art. 2236 c.c. ha suscitato non poche perplessità, tanto per la collocazione sistematica e i rapporti con l'art. 1176 c.c., quanto per la non felice formulazione letterale. L'origine della norma è comunemente individuata in quella giurisprudenza "benevola", antecedente al codice civile del 1942, che era solita condannare il professionista nei soli casi di errore grossolano o inescusabile, di macroscopica ignoranza o di evidente incuria, di violazione delle norme elementari che anche il più modesto professionista non deve ignorare e tra-

²¹ *Codice civile. Testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943, 206, n. 917.

scurare²⁵. Si è per la verità rilevato come la genesi dell'art. 2236 c.c. debba ricondursi alla meccanica trasposizione di una massima "mentitoria"²⁶ (non corrispondente cioè al contenuto della pronuncia di riferimento), da cui è derivata quella sostanziale identificazione tra errore grossolano e colpa grave cui si è ispirata l'introduzione della regola codicistica²⁷.

Al fine di evitare che l'art. 2236 c.c. si traduca in una regola assurda, posto che proprio quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà deve esigersi da parte del debitore una diligenza massima, si propone una lettura restrittiva della disposizione che, appunto, ne limitava l'applicazione alla sola colpa per imperizia²⁸. Secondo una certa ricostruzione, in particolare, la responsabilità derivante da una deficitaria *peritia artis* introdurrebbe già all'art. 1176, secondo co. c.c. (il quale stabilisce che nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza debba valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata) un concetto di colpa diverso e più ampio di quello costruito attorno alla diligenza del buon padre di famiglia e ricavabile dal primo comma dello stesso art. 1176 c.c.: il "buon professionista" assume come obbligo non tanto l'esercizio della professione in sé considerato, quanto piuttosto l'esecuzione della prestazione a regola d'arte, ossia con le qualità proprie delle prestazioni fornite dal buon professionista di quella specialità. La limitazione di responsabilità alla sola colpa grave stabilita dall'art. 2236 c.c., quindi, «non allude all'errore determinato da incuria, da difetto di attenzione, da cattiva volontà del prestatore d'opera, ma solo all'*error qui imperitia detegit*», che la tradizione giustiniana impropriamente qualifica come colpa²⁹: il celebre insegnamento secondo cui *imperitia culpa adnumeratur* acquisterebbe un suo significato autonomo solo mettendo in relazione la colpa con un concetto ampio e improprio di diligenza, intesa come svolgimento di «un'attività conforme alle regole dell'arte professata dal debitore e quindi valutabile alla stregua di

²⁵ PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 137; DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giur. civ.*, 1954, 1255-1256; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 69; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, III ed., Padova, 2005, 276.

²⁶ Secondo la nota terminologia proposta da SACCO, *La massima mentitoria*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente: con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di Visintini, Padova, 1988, 51 ss.

²⁷ DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 134 ss.

²⁸ V. in particolare DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, cit., 1256; MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»*, parte I, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 204 ss.

²⁹ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»*, cit., 206.

un'abilità tecnica»³⁰. Un concetto di matrice oggettiva dunque, che nulla a che vedere con le qualità eminentemente soggettive compendiate dalla diligenza in senso proprio (cura, sollecitudine, sforzo, studio, attenzione al fine) e che si risolvono in una «valutazione etica del debitore»³¹.

Si è replicato che l'imperizia, lungi dal risultare estranea al concetto di colpa in senso tecnico, ne costituisce parte integrante, come testimonierebbe, tra l'altro, la nozione di delitto colposo offerta dall'art. 43 c.p.³². La diligenza consisterebbe nella conformità a un modello astratto di comportamento, mentre la colpa, che della diligenza rappresenta la negazione, si sostanzierebbe nella oggettiva violazione di regole di condotta: ciò che distinguerebbe l'imperizia sarebbe solo il fatto che il giudizio di difformità assume a riferimento le regole tecniche proprie di una professione o di un'arte o di un mestiere, anziché le regole di condotta derivanti dall'esperienza comune³³.

Non importa in questa sede chiarire se l'art. 2236 c.c. rappresenti una mera applicazione specifica dei principi generali³⁴ o se, piuttosto, si sostanzi in una deroga a quei principi, determinando un'attenuazione della responsabilità del professionista³⁵. Quel che può invece risultare interessante anche in un'ottica "meramente" penalistica è sintetizzabile in due punti relativi alla lettura dell'art. 2236 c.c.

In primo luogo l'opinione maggioritaria, al di là delle divergenze sul piano sistematico, diviene quella che lega a filo doppio la "colpa professionale" al concetto di imperizia: il suo scopo sarebbe quello di sanzionare con minor rigore l'errore tecnico, in tutti i casi in cui la perizia richiesta dalla prestazione

³⁰ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»*, cit., 198. Più in generale, sulla matrice storica della "colpa professionale-imperizia" in riferimento a quelle attività da svolgere in conformità a certe regole e in vista di un certo risultato (c.d. obbligazioni di mezzi o di diligenza), VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218-1222 c.c.)*, II ed., in *Il codice civile commentato*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2006, 219 ss.: risalgono in particolare a Demogue i principi, poi fatti propri dalla giurisprudenza francese, secondo cui «*si quelqu'un fait profession publique d'un art o d'un métier, il est censé avoir la capacité nécessaire pour l'exercer*» et «*la diligence d'un bon professionnel n'est pas celle d'un bon père de famille*».

³¹ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»*, cit., 199. Cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, III ed., Milano, 1975, 271-272. Sulle teorie "oggettive" e "soggettive" della diligenza si rinvia all'ampia e documentata ricostruzione di CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Milano, 2007, 63 ss. e 87 ss.

³² CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 53. Anche CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto*, da P. Rescigno, I, II ed., Torino, 1999, 57 muove dall'art. 43 c.p., evidenziando come la nozione unitaria di colpa offerta dal codice penale e comprensiva dunque dell'imperizia debba ritenersi valida in tutto il diritto delle obbligazioni.

³³ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 53 e 56.

³⁴ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., spec. 78 ss.; PARINNELLO, *Medical malpractice e regole di responsabilità civile: tradizione e innovazione*, Milano, 2008, 58.

³⁵ VISINTINI, *Inadempimento e mora*, cit., 223.

sia superiore al livello medio corrente nell'attività professionale esercitata dal debitore³⁶. Sebbene non sia dato riscontrare unanimità di vedute circa l'effettiva estensione del concetto di perizia/imperizia, la lettura prevalente parrebbe quella "ampia", che la identifica nella oggettiva violazione delle *leges artis* di riferimento senza ulteriori distinzioni tra le regole tecniche che vengono in considerazione: l'imperizia si sostanzierebbe nella prestazione svolta malgrado la consapevolezza di non possedere le necessarie abilità professionali oppure nel mero difetto della necessaria abilità tecnica o di quelle cognizioni generali e fondamentali attinenti all'esercizio di una professione³⁷. Pur tralasciando la complessa ipotesi dell'obbligazione consapevolmente assunta senza disporre delle competenze necessarie al suo corretto adempimento³⁸, resta il fatto che la perizia si risolverebbe nel possesso di nozioni tecniche acquisite con lo studio e con l'esperienza e con la capacità di metterle in atto al momento opportuno³⁹: con il possesso, dunque, di cognizioni (sapere) e di abilità tecniche (saper fare) adeguate all'attività svolta.

In secondo luogo il "senso" dell'art. 2236 c.c. è restituito dal riferimento alla soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà⁴⁰. Solo in questo caso e, verrebbe da dire, solo per la violazione delle regole tecniche relative alla prestazione particolarmente complessa opera il "criterio di indulgenza" nei confronti del professionista, il quale risponderà unicamente per (dolo o) colpa grave, da intendersi, in maniera "semplificata", come errore grossolano, che il sanitario avrebbe dovuto e potuto evitare malgrado la difficoltà della prestazione. La *ratio* della disposizione e gli angusti spazi applicativi riservati alla stessa sul versante giurisprudenziale risultano ancor più chiari se si considera che il concetto di "speciale difficoltà" è inteso in senso estremamente restrittivo⁴¹: deve trattarsi di questioni che presentano il carattere della straordinarietà

³⁶ CASTRONOVO, *Art. 1176*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Cendon, Torino, 1991, IV, 29.

³⁷ Per tutti VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 272, spec. nota 3.

³⁸ Cfr. CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1988, 192, ad avviso del quale la perizia atterrebbe non tanto all'*an* quanto al *quomodo* della prestazione, con la conseguenza per cui il professionista che assuma un'obbligazione avente ad oggetto lo svolgimento di prestazioni di particolare difficoltà eccedenti la propria competenza dovrebbe rispondere anche per colpa lieve.

³⁹ LEGA, *In tema di responsabilità civile del medico chirurgo*, in *Giur. it.*, 1976, pt. I, sez. I, 955.

⁴⁰ Per tutti CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 75: «in realtà l'elemento determinante per l'applicazione dell'art. 2236 c.c. è la speciale difficoltà tecnica del problema proposto, il fatto cioè che questo richieda per essere correttamente risolto una perizia, ossia un'abilità, un'intelligenza o una cultura, superiore a quella ordinaria del buon professionista».

⁴¹ ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *www.cortedicassazione.it, Quaderni del massimario*, 2011, 17 osserva come uno degli strumenti da cui è derivato un allargamento delle maglie della responsabilità medica sia stato proprio la riduzione dell'ambito di applicabilità del precetto di cui all'art. 2236 c.c., avvenuta attraverso quattro "vie": «(a) ritenendo l'art. 2236 c.c. sempre e comunque

e dell'eccezionalità per non essere stati sufficientemente studiati dalla scienza ufficiale o sperimentati nella pratica; di problemi in riferimento ai quali la scienza offre soluzioni discordanti e incompatibili tra loro; di quesiti addirittura ignoti alla scienza ufficiale⁴². Stando così le cose, ben potrebbe comprendersi la posizione di chi ha precisato che l'art. 2236 c.c., sotto la veste di un limite della responsabilità per inadempimento, fissi piuttosto un limite dell'obbligazione stessa⁴³: traducendo l'assunto in un linguaggio penalistico, potrebbe ritenersi che in molti di questi casi mancherebbe, a monte, una regola cautelare sulla cui violazione edificare la responsabilità per colpa. Intendendo l'imperizia come concetto riassuntivo delle *leges artis* che regolano l'esercizio della professione e che il professionista deve conoscere e saper applicare, il riferimento alla qualifica in questione fuori dal "contesto" della particolare difficoltà della prestazione rischia di avere davvero poco senso: *a fortiori* quando si ipotizzi non una graduazione, ma un'esclusione della responsabilità.

4. ...e in quella penalistica

L'idea di una limitazione dell'art. 2236 c.c. alle sole ipotesi della colpa per imperizia fa breccia nella dottrina penalistica attraverso gli scritti di Alberto Crespi, che mostra di condividere la lettura restrittiva della disposizione proposta dalla coeva dottrina civilistica: solo la colpa dal punto di vista tecnico, nel senso di difetto di idoneità tecnica dei mezzi, fruirebbe del particolare trattamento di favore operato dall'art. 2236 c.c., mentre l'aspetto della colpa che si ricollega alla prudenza e alla diligenza "in senso stretto" resterebbe regolata dalla regola generale dell'art. 1176 c.c.⁴⁴.

La necessaria applicazione dell'art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale si fonda su una tanto semplice quanto probante (sebbene non insuperabile) constatazione: sarebbe assurdo ravvisare gli estremi di una colpa pe-

inapplicabile nel caso di interventi routinari o di facile esecuzione; (b) ritenendo l'art. 2236 c.c. applicabile alle sole ipotesi di colpa per imperizia, non a quelle di colpa per imprudenza o negligenza; (c) interpretando in modo restrittivo il concetto di "intervento di speciale difficoltà"; (d) (soprattutto) restringendo sin quasi ad azzerarlo il concetto di "colpa lieve".

⁴² LEGA, *In tema di responsabilità civile del medico chirurgo*, cit., 956.

⁴³ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»*, cit., 206.

⁴⁴ Pressoché letteralmente DE MARTINO, *La responsabilità civile del medico*, cit., 1256, ripreso da CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, 102; ID., *La «colpa grave» nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 259; ID., voce *Medico-chirurgo*, in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1993, 592; ID., *I recenti orientamenti giurisprudenziali nell'accertamento della colpa professionale del medico chirurgo: evoluzione o involuzione?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 788.

nalmente rilevante qualora non esistessero neppure quelli di una colpa sufficiente a configurare un danno risarcibile⁴⁵.

Anche il quadro giurisprudenziale di riferimento è del resto assai simile a quello di derivazione “privatistica”: a fronte di orientamenti eccessivamente benevoli, secondo cui «la colpa del sanitario deve essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione»⁴⁶ e volti a riconoscere una responsabilità penale del medico nei soli casi di errore macroscopico e grossolano, ci si interroga sull’effettiva portata dell’art. 2236 c.c.⁴⁷.

La nozione di imperizia, transitando dal diritto civile al diritto penale e trovando nell’art. 43 c.p. un suo riconoscimento esplicito, diviene parte integrante delle riflessioni relative ai fatti di omicidio e lesioni colposi commessi da chi esercita una professione sanitaria. La definizione, però, resta quella di ispirazione civilistica: la perizia, pur nominalisticamente contrapposta alla diligenza e alla prudenza ex art. 43 c.p., è circoscritta assumendo quale filtro costante quello della difficoltà della questione sottoposta al sanitario: la valutazione della colpa del sanitario deve compiersi con particolare cautela «nei soli casi in cui si richiedano interventi particolarmente delicati e complessi e che coinvolgano l’aspetto più squisitamente scientifico dell’arte medica», parametrandola «alla difficoltà tecnico-scientifica dell’intervento richiestogli; e al

⁴⁵ CRESPI, *La «colpa grave»*, cit., 256-257; ID., voce *Medico-chirurgo*, cit., 592; ID., *I recenti orientamenti giurisprudenziali*, cit., 787; ALTAVILLA, *Responsabilità colposa nella professione sanitaria*, in *Crit. pen.* 1950, 1 ss.; RIZ, *Colpa penale per imperizia del medico: nuovi orientamenti*, in *Ind. pen.*, 1985, 2, 277; GRASSO, *La responsabilità penale nell’attività medico-chirurgica: orientamenti giurisprudenziali sul “grado” della colpa*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979, 88; MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1293 e, più di recente, ID., *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 1, 93; M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *Verso quale riforma della responsabilità medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 4, 1408. *Contra*, ritenendo, in particolare, che l’art. 2236 c.c., in quanto norma eccezionale, fosse insuscettibile di applicazione analogica, sebbene *in bonam partem*, MAZZACUVA, *Responsabilità penale e grado della colpa nell’esercizio dell’attività medico-chirurgica*, in *Temi*, 1974, 1, 20 ss. Analoghe considerazioni, con ampia disamina dei rapporti tra colpa civile e colpa penale, in AVECONE, *La responsabilità penale del medico*, Padova, 1981, 104 ss.

⁴⁶ Cass., 6 marzo 1967, Izzo, in *Cass. pen.*, 1968, 420. Si tratta delle note considerazioni già espresse da R. PANNAIN, *La colpa professionale dell’esercente una professione sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, 45, secondo il quale «in linea di massima, la colpa professionale del sanitario va riguardata non dirò con una certa benevolenza, ma sicuramente con larghezza di vedute e comprensione. Si tien conto da un lato che si versa in una materia particolarmente complessa, nella quale non può prescindersi [...] dal rischio, che è insito nell’attività sanitaria. Dall’altro che, in definitiva, il sanitario opera a fin di bene», ragion per cui la colpa in tema di chirurgia estetica andrebbe valutata secondo un metro differente.

⁴⁷ Per tutti i necessari riferimenti AVECONE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 79 ss.; F. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulle forme e i gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997, 10, 2905; BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e la legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2-3.

contesto in cui esso si è svolto»⁴⁸. Quanto maggiori sono le difficoltà del compito, tanto più indulgente dovrà mostrarsi il giudizio del magistrato sulla perizia dell'agente, ma tanto più severo dovrà risultare quello sulla diligenza e prudenza spiegate dal sanitario⁴⁹.

Anche la “perizia penale”, dunque, sta e cade con la particolare difficoltà della “prestazione” al cui adempimento è chiamato il sanitario e anche la “perizia penale” resta legata alla necessaria responsabilità per errore grossolano, rimandando, in maniera più o meno convinta e convincente, alle questioni relative al grado della colpa.

5. Negligenza, imprudenza e imperizia nell'art. 43 c.p.

Si tratta quindi di verificare se e fino a che punto dall'art. 43 c.p. sia ricavabile una nozione di imperizia sufficientemente determinata, anche perché, come già precisato, non si è mancato di ritenere che proprio la triade “negligenza, imprudenza, imperizia” ex art. 43 c.p. consenta di individuare un concetto unitario di colpa, valevole anche sul versante civilistico.

Senza entrare nel dettaglio di una questione ben più complessa, si può solo osservare come la tradizionale impostazione civilistica dei rapporti tra diligenza e perizia⁵⁰ abbia ben poco a che vedere con la “distinzione” tra negligenza e imperizia nell'economia dell'art. 43 c.p.

In diritto civile il concetto di diligenza o si trova impiegato come sinonimo di colpa oppure è contrapposto alla perizia perché, mentre quest'ultima si riferirebbe all'oggettiva violazione di regole tecniche, la prima sintetizzerebbe qualità più strettamente soggettive del debitore, quali lo zelo, l'attenzione, la scrupolosità⁵¹.

⁴⁸ V. per esempio Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, Di Lella, in *Dir. pen. cont.*, 2012, con nota di PIRAS, *Rischio suicidario del paziente e rischio penale del medico*.

⁴⁹ CRESPI, *La «colpa grave»*, cit., 261.

⁵⁰ Oltre al settore della colpa professionale, i rapporti tra diligenza e perizia in ambito civilistico sono tradizionalmente affrontati nelle indagini relative alla diligenza del prestatore di lavoro ex art. 2104 c.c.: per tutti CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, cit., 136 ss.

⁵¹ Così LEGA, *In tema di responsabilità civile del medico chirurgo*, cit., 955: poiché la diligenza rappresenta l'insieme delle qualità soggettive (zelo, cura, attenzione, accortezza, scrupolosità), il concetto di perizia, inteso come “sapere” e “saper far bene”, ne resta distinto, posto che un professionista ben potrebbe essere perito ma non diligente (e viceversa). In senso conforme PARINNELLO, *Medical malpractice*, cit., 57. Cfr. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 222, la quale sottolinea come il concetto di “fare bene” nelle obbligazioni di diligenza determini una progressiva oggettivazione del concetto di negligenza (colpa nell'adempimento), che viene a coincidere con l'inosservanza di regole tecniche. Sulla centralità delle *leges artis* come parametri oggettivi alla stregua dei quali condurre il giudizio ex art. 2236 c.c. v. anche DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema del doppio binario*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Aleo, De Matteis e Vecchio, I, Padova, 2014, 166 ss., 170. Insiste sulla comune matrice oggettiva della

Sul versante della responsabilità penale, invece, la negligenza, al pari dell'imperizia, rappresenta una possibile articolazione della colpa: a livello terminologico si è soliti far riferimento a un obbligo di diligenza come concetto riassuntivo del presupposto della colpa, utilizzando quindi il concetto in questione in un'accezione diversa e più ampia rispetto alla qualifica che compare nell'art. 43 c.p. (negligenza), ma andando oltre il dato normativo⁵². A ciò si aggiunga che la natura oggettiva della regola cautelare violata, indipendentemente dalla *species* di colpa che concretamente venga in considerazione, dovrebbe ormai rappresentare un approdo sufficientemente stabile nelle pur eterogenee ricostruzioni sistematiche della colpa penale⁵³.

Più in generale, chi volesse intravedere nel diritto penale il ruolo di "locomotiva" nell'individuazione delle varie "forme" di colpa, rischierebbe di affidarsi a un veicolo sprovvisto del necessario propulsore. La distinzione tra le qualifiche previste dall'art. 43 c.p., in effetti, si è vista tradizionalmente relegata in un ruolo marginale all'interno delle più ampie questioni relative al reato colposo, addirittura quando a venire in considerazione sia la distinzione tra colpa generica e colpa specifica.

Può certamente convenirsi con chi evidenzia una sostanziale omogeneità strutturale tra la colpa per negligenza, imprudenza o imperizia e la colpa per inosservanza di leggi⁵⁴, così come può senza dubbio assumersi quale presup-

diligenza-colpa, come già precisato, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 53 ss. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, Artt. 1173-1776 c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 432 ss., pur sottolineando il carattere oggettivo che connota in ogni caso il modello astratto di diligenza, precisa come con l'assunzione di un criterio di diligenza-regola tecnica rapportato alla natura dell'attività esercitata, i moderni sistemi abbiano introdotto un grado massimo di oggettivizzazione nei criteri di responsabilità, oltre il quale si colloca la responsabilità senza colpa.

⁵² Per tutti GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, spec. 163 ss., anche per una digressione sull'elaborazione civilistica del concetto di diligenza (171 ss.).

⁵³ Sulle qualifiche di negligenza, imprudenza e imperizia come «elementi obiettivi di imputazione soggettiva» v. già M. GALLO, da ultimo in *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 466 ss. In riferimento alle teorie che valorizzano la doppia funzione-misura della colpa, sufficiente in questa sede il rinvio a MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 148 ss. e JESCHECK, *Struttura e trattamento della colpa nel mondo moderno*, in *Scuola pos.*, 1963, 369-371. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, 431 osserva come l'attribuzione di un preciso ruolo alla regola cautelare già in sede di individuazione della condotta penalmente rilevante rappresenti una delle più significative "eredità" lasciate dalla teoria finalistica dell'azione: sul punto WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 43: «Con il precetto della diligenza oggettiva, il diritto sottopone a una valutazione oggettiva il controllo finalistico esercitato dall'agente, per vedere se essa tocchi la misura che rientra nelle possibilità di un uomo prudente posto nella situazione del soggetto. Sfuggono invece a una considerazione oggettiva la situazione concreta e i mezzi dell'agente, fra cui le sue capacità [...]. Solo in sede di colpevolezza si dovrà esaminare se l'agente poteva personalmente riconoscere e osservare la misura oggettiva di diligenza che l'ordinamento attendeva».

⁵⁴ Tra i più recenti GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 87.

posto della responsabilità colposa la violazione di una regola cautelare genericamente intesa. Non può negarsi, tuttavia, che la sostanziale interscambiabilità delle due forme di colpa sia suscettibile di veicolare potenziali distorsioni a livello applicativo. Si pensi, solo per restare a uno degli aspetti più eclatanti, alla svalutazione della distinzione tra colpa generica e colpa specifica in sede processuale ai fini della sussistenza (o meno) della necessaria correlazione tra accusa e sentenza: la giurisprudenza ritiene che la contestazione della colpa generica consenta all'imputato di difendersi anche in riferimento a eventuali profili di colpa specifica emersi in dibattimento, senza che si realizzi una diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva di cui all'art. 516 c.p.p.⁵⁵. Sul piano più strettamente sostanziale, il riferimento obbligato è alla funzione di supplenza cui la colpa generica è chiamata ad assolvere qualora, pur rinvenendosi una regola cautelare "codificata", la coperta offerta da quest'ultima si riveli troppo corta in riferimento al caso concreto: non basta, avvertono le pronunce in materia di circolazione stradale⁵⁶, che il conducente abbia rispettato le regole positivizzate che regolano l'attività pericolosa, residuando pur sempre una colpa generica, magari "rinforzata" dal taumaturgico riferimento al *neminem laedere*, tutte le volte in cui (sostanzialmente sempre) le cautele scritte non esauriscano le precauzioni riferibili al caso concreto.

Se "non vale la pena" tracciare una linea di distinzione troppo netta tra colpa generica e colpa specifica, *a fortiori* la differenziazione interna alla colpa generica tra negligenza, imprudenza e imperizia sembrava destinata ad assume-

⁵⁵ Per tutte Cass., Sez. IV, 7 ottobre 2013, V., in *Dejure*. Per ampie considerazioni critiche e per i necessari riferimenti, si rinvia a CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 12, 3836 ss.

⁵⁶ Cass., Sez. IV, 3 marzo 2009, P., in *Guida dir.*, 2009, 35, 56 in cui, in riferimento alla responsabilità di un conducente "favorito" dal diritto di precedenza, si afferma che «l'osservanza delle norme precauzionali scritte fa venir meno la responsabilità colposa solo quando esse siano esaustive delle regole prudenziali realisticamente esigibili rispetto a quella specifica attività o situazione pericolosa. Può invece residuare una colpa generica quando tali norme siano non esaustive delle regole precauzionali adottabili e, perciò, l'agente debba rispettare anche regole cautelari non scritte. È questo, appunto, il caso delle norme sulla circolazione stradale ove l'adempimento non esaurisce i doveri del conducente. I conducenti, infatti, rimangono vincolati all'obbligo del *neminem laedere*, che caratterizza i casi di affermazione di responsabilità per reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale, con la conseguenza che indipendentemente dall'eventuale disciplina legislativa della condotta posta in essere, la violazione di tale principio, anche se non sanzionata dalla legge, costituisce pur sempre colpa per imprudenza e determina responsabilità penale in caso di morte o lesioni». Sugli aspetti problematici dell'ambito residuale colpa generica, per tutti, GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 78 e, più di recente, DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 128 ss.

re la consistenza di un'ineffabile questione di lana caprina⁵⁷. Anche le trattazioni a livello manualistico e monografico, del resto, si arrestano tradizionalmente a classificazioni buone per lo più a fini descrittivi, ma prive nella sostanza di una reale portata euristica. Non si è mancato di evidenziare come la distinzione tra le tre forme di colpa non possa e non debba essere sopravvalutata, con l'avvertimento che una loro distinzione troppo capillare potrebbe anzi rivelarsi pericolosa⁵⁸.

L'opinione più diffusa è quella per cui, se la negligenza consiste nell'omissione di cautele doverose (trascuratezza) e l'imprudenza si traduce in comportamenti positivi contrari alla regola cautelare di riferimento (avventatezza), l'imperizia, che tra le tre qualifiche si è fin da subito mostrata quella più problematica⁵⁹, si caratterizzerebbe per la natura tecnica della regola violata⁶⁰: l'art. 371 del codice Zanardelli, del resto, faceva riferimento all'«imperizia nella propria arte o professione»⁶¹.

La “matrice” delle *leges artis* di natura tecnica individua dunque un minimo comun denominatore rispetto al versante civilistico, tanto che si giunge ad escludere una possibile sussistenza della colpa per imperizia al di fuori

⁵⁷ DI GIOVINE, *Colpa penale, “legge Balduzzi” e “disegno di legge Gelli-Bianco”: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 388.

⁵⁸ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, 475; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora in ID., *La colpa*, Milano, 2013, 182. V. anche, a titolo meramente esemplificativo, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna-Roma, 2014, 575; FROSALI, *Sistema penale italiano*, I, Utet, 1958, 497; PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1970, 84.

⁵⁹ Per il rilievo in questione già F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, 71; BATTAGLINI, *La colpa professionale dei sanitari*, in *Giust. pen.*, 1953, II, 505; R. PANNAIN, *La colpa professionale dell'esercente una professione sanitaria*, cit., 37. Particolarmente discussa è stata l'opinione di MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, V ed., Torino, 1984, 805-806, il quale riteneva che, affinché l'imperizia potesse rilevare come colpa, dovesse tradursi in una condizione nota all'agente e volutamente trascurata: *contra*, tra gli altri, osservando che in questo caso dalla colpa si sconfinerebbe nel dolo, PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico di reato*, Milano, 1954, 173. A proposito delle peculiarità della colpa per imperizia, BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, ora in *Scritti di diritto penale*, I, Milano, 1997, 95-96 rilevava come, se la rappresentabilità dell'evento nel reato colposo deve essere accertata alla stregua delle conoscenze possedute dall'agente concreto, ciò non vale nella colpa per imperizia, dovendosi aver riguardo in quest'ultimo caso a quelle conoscenze che devono in lui legittimamente presumersi, tenuto conto della posizione che lo stesso riveste e delle attribuzioni tecniche di cui è investito.

⁶⁰ Per tutti M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 468. F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, cit., 71-72 precisa che si ha imperizia quando l'agente, in virtù dell'arte o della professione che esercita, è tenuto a possedere un determinato corredo di cognizioni. Secondo Cass., Sez. III, 29 novembre 1957, Degli Uomini, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 561 «la imperizia si risolve nella insufficiente attitudine intellettuale del soggetto ad avvalersi della portata di taluni principi, regolanti in modo specifico determinati campi della scienza, della tecnica o delle arti, per realizzare una concreta esperienza di vita in conformità ai dettami dell'ordinamento giuridico».

⁶¹ Sulla sostanziale identità tra la formula impiegata dal codice Zanardelli e quella che compare nel codice vigente R. PANNAIN, *La colpa professionale*, cit., 37.

dell'esercizio di arti o professioni⁶²; ma, proprio come avviene nella dottrina civilistica, risulta particolarmente arduo giungere a definizioni più circostanziate.

Analogamente a quel che si è sostenuto in riferimento all'art. 2236 c.c., si rinviengono letture ampie della perizia *ex art.* 43 c.p., che sarebbe dunque comprensiva tanto delle cognizioni (sapere) quanto delle abilità tecniche del soggetto (saper fare).

Secondo una prima opinione, l'imperizia, lungi dal caratterizzarsi per una reale autonomia sul piano sistematico, si risolverebbe in negligenza o imprudenza qualificate⁶³. Si è addirittura osservato che «in quanto alla imperizia (inettitudine o deficiente preparazione professionale) si tratta di una parola usata dal legislatore così...per arrotondare il periodo, perché, se ben si pensa, colui che agisce da inesperto, agisce imprudentemente»⁶⁴. Valorizzando queste premesse, la perizia finirebbe per individuare un concetto riassuntivo della colpa (generica) in quei settori il cui funzionamento è regolato da *leges artis* che richiedono particolari conoscenze e/o abilità⁶⁵ e che potrebbe risolversi tanto nella mancata conoscenza delle *leges* in questione quanto in un'incapacità di applicarle⁶⁶: considerando il substrato di regole tecniche su cui si fonda l'esercizio dell'attività medica, la distinzione tra le tre forme di colpa generica diverrebbe a dir poco sfumata e pressoché tutte le condotte poste in essere dal sanitario andrebbero qualificate come imperite.

Sempre muovendo da una lettura ampia, si è precisato che la perizia potrebbe fondarsi sull'ignoranza, sull'errore o sull'inabilità⁶⁷. L'ignoranza deriverebbe dalla mancata conoscenza di un oggetto o di un fenomeno: il medico igno-

⁶² In particolare R. PANNAIN, *La colpa professionale*, cit., 38; CARACCIOLI, *Colpa per imperizia, colpa per inosservanza di leggi e caso fortuito*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1959, 565-566.

⁶³ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, 468; CARACCIOLI, *Colpa per imperizia*, cit., 563; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. Pen.*, II, Torino, 1988, 308. V. anche FROSALI, *Sistema penale italiano*, cit., 498, per il quale l'imperizia che dà luogo a responsabilità per colpa è necessariamente quella negligente o imprudente; BETTIOL, *Diritto penale*, V ed., Palermo, 1960, 379, secondo cui l'imperizia è un'imprudenza qualificata; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed., 1997, Milano, 362-363, muovendo dall'opinione di Manzini, ritiene che l'imperizia penalmente rilevante finisca sempre per risolversi in un'imprudenza.

⁶⁴ VANNINI, *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche di diritto penale*, rist. inalt. delle XII esercitazioni, Milano, 1954, 440.

⁶⁵ Sul punto, in particolare, GUERRINI, *Per un concetto unitario della colpa professionale*, in *Foro pen.*, 1969, 316, ad avviso del quale le figure comuni di imprudenza e negligenza non possono trovare applicazione nell'ambito della colpa professionale: ogni forma di disattenzione e temerarietà integra infatti il concetto di imperizia, che solo in questo modo assumerà quella completezza di significato che ne fa l'unico mezzo valido per il giudizio sulla colpa professionale.

⁶⁶ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, 474.

⁶⁷ ALTAVILLA, *La colpa*, Roma, 1950, 19.

ra un nuovo farmaco o una nuova terapia. L'errore consisterebbe in una falsa percezione e nell'equivoca interpretazione di uno sviluppo fenomenico: il medico utilizza uno strumento sbagliato confondendolo con quello adatto oppure ritiene che l'abbassamento della temperatura corporea derivi dall'esaurirsi di un fenomeno flogistico, mentre è la manifestazione di un collasso. Il concetto di inabilità interverrebbe infine nella materiale esecuzione di una decisione correttamente formatasi: il chirurgo, a seguito di una diagnosi corretta, sceglie l'intervento adeguato, ma maneggia male il bisturi. Resterebbe ferma, in ogni caso, la distinzione tra negligenza, imprudenza e imperizia: anche un professionista tecnicamente attrezzato potrebbe commettere negligenze o imprudenze, che non si tradurrebbero in altrettante ipotesi di imperizia per il sol fatto di provenire da chi era tenuto al rispetto di *leges artis*. Se un chirurgo non sterilizza adeguatamente gli strumenti operatori o si serve del medesimo ago per iniettare un medicinale a persone differenti o, ancora, dimentica una garza nell'addome del paziente, queste ipotesi darebbero luogo ad altrettanti casi di negligenza: la perizia deriverebbe invece da ignoranza, scarsa preparazione professionale e carenza di adeguato addestramento⁶⁸. Il concetto al quale fare riferimento, inoltre, sarebbe quello di perizia "media", che cioè, pur tenendo conto dei necessari obblighi di aggiornamento, assuma a parametro un professionista "normale", senza che possa ritenersi responsabile il medico che non abbia dimostrato un'abilità, una preparazione e un intuito straordinari⁶⁹.

Nel medesimo intento di differenziare le tre tipologie di colpa, si è portato l'esempio del medico che sbaglia la dose di un medicinale in una ricetta: si tratterà di negligenza se per distrazione ha confuso un medicinale con un altro simile, sarà imprudenza qualora si sia volontariamente cimentato in una specializzazione che non gli compete, mentre si discuterà di imperizia se ignorava la corretta posologia del farmaco in maniera incompatibile con la sua qualifica professionale⁷⁰. Attingendo invece all'esemplificazione fornita dallo psichiatra che pratici una terapia di *elettroshock*, la sua condotta sarebbe imprudente qualora il trattamento sia effettuato in un ambiente inidoneo, senza adeguate protezioni che evitino una caduta accidentale dal lettino; sarà negligente nel caso in cui non si avvalga di personale infermieristico specializzato; si tratterà, infine, di imperizia se si sostanzia nell'omissione di un

⁶⁸ ALTAVILLA, *La colpa*, cit., 23.

⁶⁹ AVEONE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 132.

⁷⁰ M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, VIII ed., Padova, 2013, 770.

elettrocardiogramma preventivo o nella mancata somministrazione di miorilassanti⁷¹.

Più gli esempi si moltiplicano, più l'impressione è quella di avventurarsi in ingestibili bizantinismi classificatori: non potrebbe, per esempio, ritenersi che anche il medico che non sterilizzi adeguatamente gli strumenti operatori o lo psichiatra che usi per l'*elettroshock* un lettino sprovvisto di protezioni laterali stia violando delle regole tecniche e che, dunque, la sua condotta debba qualificarsi come imperita?⁷²

Certo, potrebbe limitarsi la nozione di imperizia ritenendo che la negligenza individui una "disattenzione comune", del tutto estranea, cioè, tanto all'identificazione della regola tecnica quanto alla sua materiale traduzione in atto⁷³. Le cadenze, per intendersi, sono molto simili a quelle su cui si fondava la risalente distinzione tra "fatto dell'uomo" e "fatto del professionista"⁷⁴: se il medico confonde un medicinale con un altro perché ha fretta di congedare il paziente o perché è stanco al termine di una giornata di lavoro, ha violato il modello di comportamento doveroso non per difetto di cognizioni o abilità,

⁷¹ M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *ibidem*.

⁷² Interrogativi analoghi erano posti già da SAVATIER, *La responsabilité médicale*, Lethilleux, 1948, 35 e da GUERRINI, *Per un concetto unitario della colpa professionale*, cit., 316. Quest'ultimo, in particolare, osserva: «il medico distratto che pratici una iniezione di un medicamento nocivo invece di uno utile non dimostra altrettanta capacità professionale del collega che ritenga erroneamente utile il medicamento nocivo? [...] E il chirurgo che per mancanza di attenzione dimentichi un tampone di garza nel corpo dell'operato non dimostra altrettanta incapacità professionale del collega che sbaglia la tecnica operatoria?». Di recente anche CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco"*, cit., 103 si chiedono, lasciando aperto l'interrogativo, se possa/debba considerarsi imperito il solo medico che maneggi impropriamente un bisturi o anche quello che non colga l'urgenza di un intervento.

⁷³ V. per esempio CARACCIOLI, *Colpa per imperizia*, cit., 564, il quale, muovendo dalla premessa per cui non tutte le condotte tenute nell'esercizio di un'arte o di una professione debbano necessariamente qualificarsi come imperite, avverte dell'esigenza di distinguere tra le vere e proprie "regole tecniche" e le "cautele attuabili per semplice comune esperienza".

⁷⁴ Su cui, anche per le evidenti difficoltà di attuazione, CRESPI, *La responsabilità penale*, cit., 95 ss. Si tratta della medesima coppia concettuale che, in qualche modo, fa da sfondo al paragrafo delle *Institutiones* giustinianee da cui è tratta la celeberrima equiparazione tra colpa e imperizia. Dopo aver precisato che sarà responsabile per colpa il medico che, dopo aver operato uno schiavo, lo abbandoni, cagionandone la morte (*Inst.*, lib. IV, tit. 3, § 6: *Praeterea si medicus qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem ejus, et ob id mortuus fuerit servus, culpa reus erit*), si specifica che anche l'imperizia deve essere ricondotta alla colpa, come nel caso in cui il medico uccide uno schiavo perché lo ha operato male o perché gli ha somministrato un farmaco sbagliato (*Inst.*, lib. IV, tit. 3, § 7: *Imperitia quoque culpa adnumeratur: veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit*). Cfr. anche DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, I, Parigi, 1756, lib. II, tit. VII, sez. IV, che, dopo aver distinto tra "imprudenza, leggerezza e ignoranza di ciò che si deve sapere", propone come esempi di quest'ultima forma di colpa quello di un artigiano che, per non sapere ciò che appartiene alla sua professione, cagioni un danno e quello del carrettiere che, avendo mal posizionato le pietre sopra la carretta, risponderà della caduta di qualche pietra da cui derivi un danno.

ma per una disattenzione indipendente dalla sua preparazione sul piano tecnico; diversamente starebbero le cose nel caso in cui lo stesso medico avesse somministrato il farmaco sbagliato ignorando che, viste le condizioni del paziente, avrebbe dovuto prescrivere una terapia differente⁷⁵. Resterebbe però un dubbio relativo alla reale esigenza di diversificare il criterio di imputazione nelle ipotesi in questione: davvero potrebbe/dovrebbe ritenersi che, in assenza delle specificazioni ulteriori offerte, per esempio, dalla particolare difficoltà dell'attività concretamente posta in essere, il medico che ignora la corretta posologia di un farmaco si trovi in una condizione giuridicamente differente da chi, pur conoscendola, la confonda per disattenzione con quella di un altro farmaco?

Addirittura più complicata si rivelerebbe l'*actio finium regundorum* tra perizia e imprudenza, posto che diverrebbe difficoltoso individuare ipotesi di "avventatezza" del medico che non abbiano sullo sfondo la violazione di *leges artis*. L'unica via diverrebbe quella di limitare l'imprudenza alla consapevole assunzione di un rischio professionale che il soggetto non è in grado di gestire, ricorrendo al controverso schema della colpa per assunzione⁷⁶: il cardiologo si avventura in un intervento di ortopedia, il ginecologo emette diagnosi relative a patologie oculari *et similia*. In questi casi, anche qualora dovesse ravvisarsi la violazione di vere e proprie regole tecniche, si resterebbe fuori dal perimetro operativo dell'imperizia.

⁷⁵ Così, infatti, R. PANNAIN, *La colpa professionale*, cit., 36, il quale porta l'esempio del medico che nel compilare una ricetta indica dosi diverse da quelle prescritte per mera distrazione (negligenza) o per ignoranza delle dosi corrette (imperizia). V. anche GUERRINI, *Per un concetto unitario della colpa professionale*, cit., 319, il quale, muovendo dal caso del medico che pratici un'iniezione diversa da quella utile, precisa che il giudizio sulla sua responsabilità per colpa non potrà dirsi completo senza verificare se, per esempio, l'errore fu dovuto alle caratteristiche esterne similari dei due prodotti, a fattori psicologici quali un'intensa emozione o un'anormale stanchezza di cui magari il medico non poteva rendersi conto o che, ancora, da una situazione eccezionale e da una generale trascuratezza di condotta.

⁷⁶ PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2012, spec. 11 ss. *La "colpa per assunzione"*, cit., 1 ss. e, per i rapporti con l'imperizia, 11 ss.; MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra e Dassano, Napoli, 2010, 513 ss. Cfr., a proposito del medico che si cimenti in prestazioni estranee alla propria sfera di competenza, l'opinione di MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 1930, 649, il quale ritiene che i casi di deficienza di cultura e/o di pratica possano rilevare come colpa, *sub specie* di imperizia, solo qualora costituiscano una condizione nota all'agente o un ostacolo volutamente trascurato: si tratta di conclusioni derivanti dalla premessa secondo cui la colpa si risolve pur sempre in un vizio della volontà, ma che trovano significativi corrispettivi sul piano civilistico, richiamando l'attenzione sulla sempre complessa collocazione della c.d. colpa per assunzione.

4.1. Insufficienza del contenuto oggettivo della regola cautelare violata e necessaria individuazione della causa dell'errore.

A ben vedere, allora, la distinzione tra negligenza, imprudenza e imperizia non corre tanto sul filo del contenuto oggettivo della regola tecnica violata, che di per sé o rischia di rivelarsi scarsamente evocativa (dove passa il confine tra regola “tecnica” e regola “comune”?) o, più banalmente, risulta da sola insufficiente⁷⁷. Il solo elemento capace di fare la differenza è rappresentato dalla causa dell'errore in cui è incorso il sanitario o, se si vuole, dalla necessaria integrazione del contenuto oggettivo della regola violata attraverso una componente di tipo soggettivo.

Circoscrivendo il discorso al settore della colpa professionale, la negligenza consisterebbe in quella disattenzione o trascuratezza in cui incorre il medico che pure possiede le cognizioni e le abilità necessarie allo svolgimento di una certa attività. L'imprudenza si risolverebbe invece nella consapevole “assunzione” di un compito che esula dalle proprie oggettive capacità, pur con la fiducia di poter evitare l'evento. La perizia, infine, individuerrebbe la violazione di regole tecniche colpevolmente ignorate da parte del sanitario e necessarie allo svolgimento di una determinata prestazione.

A meri fini espositivi e a costo di semplificare scenari che l'epistemologia medica imporrebbe di descrivere in maniera ben più complessa, si può poi recuperare la tradizionale distinzione tra le tre fasi in cui si articola il processo di cura: si tratta in effetti di una classificazione che consente di inquadrare senza difficoltà la gran parte della casistica giunta all'attenzione della giurisprudenza più e meno recente. Le fasi in questione, limitandosi al “medico in senso stretto”, sono la diagnosi, la scelta del trattamento e la materiale esecuzione del trattamento⁷⁸.

In riferimento alla fase della diagnosi, si consideri il caso di un medico che, pur in presenza di sintomi univoci, non riconosca una certa patologia, confondendola con un'altra: l'errore potrebbe derivare da una mera disattenzione del sanitario (negligenza), dal fatto che lo stesso si sia cimentato in una specializzazione che non gli appartiene (imprudenza) oppure dall'ignoranza

⁷⁷ BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale*, cit., 17-18 rileva come, persino di fronte a casi analoghi di medici che “usano male i ferri del mestiere”, la giurisprudenza abbia ravvisato una colpa a volte per imperizia e altre volte per imprudenza.

⁷⁸ CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 70-71 e 127 ss.; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 315 ss.; AVECONE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 137 ss. Con particolare riguardo alla “diligenza esecutiva” v. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, in *Criminalia*, 2008, 185-186, il quale evidenzia il rischio di una *culpa in re ipsa*, posto che il verificarsi di un evento è la “prova provata” di una regola cautelare che è stata trasgredita.

relativa alla sintomatologia caratteristica di quella patologia (imperizia). Più complesso risulta il caso della omessa diagnosi, che la giurisprudenza tende a inquadrare nella colpa per negligenza⁷⁹. Se l'imprudenza costituirebbe uno schema di regola non praticabile, visto che a venire in considerazione sono condotte (almeno naturalisticamente) omissive, ben potrebbe darsi che l'errata valutazione del quadro diagnostico sia dovuto alla disattenzione di un medico che aveva tutti gli strumenti tecnici per riconoscere una certa sintomatologia (negligenza) o che, per contro, derivi dall'incapacità di valutare un determinato quadro clinico (imperizia).

Quanto all'errore in fase di scelta del trattamento, si prenda come esempio quello di un medico che, pur a seguito di una diagnosi corretta, somministri una terapia farmacologica inadeguata: anche in questo caso l'errore potrebbe derivare da mera disattenzione (negligenza), dal fatto che il medico si sia cimentato in una specializzazione differente dalla propria (imprudenza) o da una completa ignoranza circa la terapia corretta (imperizia).

Sul piano della fase esecutiva del trattamento, il caso potrebbe essere quello del medico che, dopo aver scelto una tecnica operatoria adeguata di cui ha perfetta padronanza, commetta un errore materiale dell'uso dello strumento operatorio: si renderebbe pur sempre necessario distinguere a seconda che il medico, pur possedendo le necessarie cognizioni "teoriche", difetti delle corrispondenti abilità "pratiche" (imperizia) o che lo stesso medico, il quale già in numerosi interventi aveva impiegato con successo quella determinata tecnica, erri nell'uso dello strumento per mera disattenzione (negligenza).

Il criterio di distinzione in questione, lungi dall'arrestarsi al mero contenuto oggettivo della regola violata, implica quindi un'indagine di tipo "soggettivo" relativa alla causa dell'errore: a poco (o niente) vale allora il riferimento alle regole tecniche o alle cautele comuni, fino a quando non si accerti la ragione per la quale il soggetto abbia tenuto un comportamento difforme rispetto a quello doveroso.

Anche muovendo dalla premessa in questione, resta innegabile che il risultato sarebbe quello di distinzioni certosine, non sempre in grado di reggere al banco di prova dell'accertamento e, soprattutto, capaci di lasciare ampi margini a chi intenda maneggiare "ad arte" le tre qualifiche: già da tempo, del resto, si è evidenziata la tendenza a trasferire nel settore della negligenza o

⁷⁹ PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4.

dell'imprudenza ipotesi che andrebbero piuttosto valutate alla stregua dell'imperizia, magari non grave⁸⁰.

5. Lo spartiacque segnato dalla Corte costituzionale nel 1973 e la convergenza tra modelli di responsabilità

La giurisprudenza di legittimità, in una prima fase alla quale ha fatto ampio ed esplicito riferimento la giurisprudenza della quarta sezione della Corte di cassazione registratasi tanto nell'immediato "post Balduzzi"⁸¹ quanto a seguito della legge Gelli-Bianco⁸², si è interrogata *ex professo* sulla possibilità/opportunità di estendere la regola prevista dell'art. 2236 c.c. anche al giudizio volto all'accertamento della responsabilità penale.

La Corte costituzionale, almeno in apparenza, ha suggellato in maniera autorevole la pretesa "universalità" del criterio di imputazione di derivazione civilistica. Chiamato a valutare una possibile disparità di trattamento derivante da una gradazione della colpa solo in riferimento a soggetti in possesso di una specifica qualifica professionale, il Giudice delle Leggi ha mostrato di condividere la premessa secondo cui la penale rilevanza della colpa professionale non possa configurarsi altrimenti che nel quadro della colpa grave richiamata dall'art. 2236 c.c.⁸³. Si è ritenuto dunque del tutto ragionevole il criterio fissato dall'art. 2236 c.c., anche nelle sue applicazioni penalistiche: ciò in quanto la deroga alle regole generali in materia di colpa penale sarebbe stata limitata alle sole ipotesi di imperizia, mentre la valutazione della negligenza e dell'imprudenza sarebbe rimasta ancorata a criteri di normale severità⁸⁴. Stan-

⁸⁰ F. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa del medico*, cit., 2910. Più di recente, sulla riduzione e il conseguente svuotamento per via giurisprudenziale dell'area dell'imperizia, PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit., 2 ss. Interessanti anche i dati statistici forniti da BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale*, cit., 3-4 e ID., *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, 187 ss.

⁸¹ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, in *Cass. pen.*, 2013, 9, 2984 (punti 5 ss.), con nota di CUPPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*. Sulla medesima pronuncia anche ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 4, 231 ss.

⁸² Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, Tarabori, in *Dir. pen. cont.*, 2017, punti 6 ss., con nota di PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*.

⁸³ V. per esempio Cass., Sez. IV, 21 ottobre 1970, Lisco, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 255, con nota di CRESPI, *La «colpa grave»*, cit.

⁸⁴ Corte cost., n. 166 del 1973, punto 2 del *Considerato in diritto*: «Ne consegue che solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale. Siffatta esenzione o limitazione di responsabilità, d'altra parte, secondo la giurisprudenza e dottrina, non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c'è da riconoscere

do ad alcuni commentatori, i giudici costituzionali avrebbero avuto ben presenti gli approdi cui era giunto il dibattito civilistico, anche se, dovendo far applicazione del principio in ambito penale, si sarebbero visti costretti ad “adattarne” la portata⁸⁵, anzitutto valorizzando la distinzione tra l'imperizia, da una parte, e la negligenza e l'imprudenza, dall'altra parte. Secondo altre opinioni, la Consulta avrebbe saggiamente ed efficacemente fatto applicazione dei risultati cui era pervenuta la migliore dottrina penalistica⁸⁶.

Difficile, insomma, determinare l'effettiva paternità dell'opinione accolta dalla Corte costituzionale. Certo è che la via indicata da quest'ultima segna l'approdo a una complessa visione sincretica ed ellittica: un “criterio di imputazione” di matrice civilistica assume quale punto di riferimento la triade “negligenza, imprudenza, imperizia” di cui all'art. 43 c.p., stabilizzando in maniera pressoché indelebile il ruolo dell'art. 2236 c.c. anche sul piano della colpa penale.

La Corte mostrava sicura fiducia nella capacità selettiva del concetto di imperizia, precisando che «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»⁸⁷. Si trattava però, per le ragioni che si è cercato di chiarire, di una fiducia mal riposta.

La giurisprudenza di legittimità, dopo significative oscillazioni registratesi negli anni Ottanta⁸⁸, ha finito per opporsi alla diretta applicazione dell'art. 2236 c.c. sul versante penalistico, nel quale l'unico modello di riferimento resterebbe dunque quello delineato dall'art. 43 c.p., sia pur, in certi casi, temperato dal criterio della larghezza di vedute e della comprensione⁸⁹; con l'ulteriore preci-

che, 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».

⁸⁵ DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario*, 144.

⁸⁶ F. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa del medico*, cit., 2906.

⁸⁷ Corte cost., 22 novembre 1973, n. 166, punti 2 e 3 del *Considerato in diritto*.

⁸⁸ In argomento RIZ, *Colpa penale per imperizia del medico*, cit., 267 ss.

⁸⁹ Cass., Sez. IV, 16 giugno 2005, De Stefano, in *Ced Cass.*, rv. 232447; Cass., Sez. IV, 22 febbraio 1991, Lazzeri, in *Mass. Cass. pen.*, 1991, 8, 19; Cass., Sez. IV, 18 dicembre 1989, Olivi, in *Riv. pen.*, 1991, 565; Cass., Sez. IV, 8 novembre 1988, Argelli, in *Riv. pen.*, 1989, 865; Cass., Sez. IV, 24 giugno 1987, Mondonico, in *Cass. pen.* 1989, 68; Cass., Sez. IV, 2 giugno 1987, Fora Boschi, in *Riv. pen.*, 1988, 906; Cass., Sez. IV, 9 giugno 1981, Tomassini, in *Foro it.* 1982, II, 268; Cass., Sez. IV, 18 febbraio 1983, Rovacchi in *Giust. pen.*, 1984, II, 292; Cass., Sez. IV, 13 giugno 1983, Duè, in *Giust. pen.*, 1984, II, 227. Per una pronuncia conforme, ma non relativa alla colpa del sanitario, Cass., Sez. IV, 14 settembre 1991, Di Fazio, in *Giust. pen.* 1992, II, 171. *Contra* Cass., Sez. IV, 16 febbraio 1987, Patriarca, in *Riv. pen.*, 1988, 202; Cass., Sez. IV, 27 gennaio 1984, Ricolizzi, in *Riv. pen.*, 1985, 373; Cass., Sez. IV, 24 giugno 1983, Veronesi, in *Cass. pen.* 1984, 307; Cass., Sez. IV, 11 marzo 1983, Speciale

szazione per cui il principio civilistico che attribuisce rilevanza alla sola colpa grave assumerebbe eventuale rilievo unicamente sul piano della commisurazione della pena⁹⁰⁻⁹¹.

L'art. 2236 c.c., nella veste di preteso *passe-partout* capace di tagliare trasversalmente la colpa civile e quella penale, si trovava del resto a operare in un contesto esattamente rovesciato rispetto a quello che ne aveva segnato l'introduzione: da una giurisprudenza troppo benevola nei confronti del medico, si passa a pronunce caratterizzate da una severità confinante con l'intransigenza⁹², sullo sfondo delle quali, almeno per ciò che attiene al versante penalistico, la logica del *post hoc, ergo propter hoc*⁹³ sembrerebbe stagliarsi in maniera sempre più definita: la causalità si confonde con la colpa, la colpa con l'omissione e, chiudendo il cerchio, la condotta omissiva con la causalità omissiva⁹⁴. La "deroga" in senso favorevole ricavabile dall'art. 2236 c.c. non si adatta facilmente a questo mutato contesto "culturale".

6. L'art. 2236 c.c. come regola di esperienza cui il giudice può attenersi per valutare l'addebito per imperizia del medico. Il riferimento superfluo e riduttivo al criterio di derivazione civilistica

Muovendo da queste premesse, si apre la fase in cui l'art. 2236 c.c. "c'è ma si vede meno". Diviene costante in giurisprudenza l'orientamento per il quale, quando si tratti di accertare il carattere colposo della condotta del sanitario, ben potrebbe tenersi conto, per il criterio di razionalità del giudizio che esprime, della disposizione civilistica dell'art. 2236 c.c.: non, però, per effetto della diretta applicazione nel campo penale della norma del codice civile, ma come regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito

Santi, in *Giust. pen.* 1984, II, 227; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 1981, Desiato, in *Riv. pen.*, 1981, 707; Cass., Sez. IV, 17 febbraio 1981, Faraggiana, in *Giust. pen.*, 1982, III, 634; Cass., Sez. IV, 23 marzo 1995, Salvati, in *Cass. pen.* 1996, 6, 1835.

⁹⁰ Cass., Sez. IV, 28 ottobre 2008, Calò, in *Ced Cass.*, rv. 242251.

⁹¹ Per un'efficace ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali relativi all'art. 2236 c.c., di recente, DE LIA, *La "colpa medica": dal tramonto del modello "Balduzzi" all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile "pulp"*, in questa *Rivista* online, 2017, 2, 5 ss.; CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee-guida", tra colpa grave e colpa lieve*, *ivi*, 2013, 1, 2 ss. Preziose indicazioni anche in PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 150 ss.

⁹² Sul punto, tra gli altri, NAPPI, *La responsabilità penale del professionista*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di Corso e Balboni, Torino, 2011, 20.

⁹³ Per una recente indagine sulla "logica del senno di poi" nell'accertamento della colpa penale, con ampie indicazioni bibliografiche, S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, 583 ss.

⁹⁴ Sia consentito, per i necessari riferimenti, il rinvio a MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 112 ss.

di “imperizia” sia quando si versi in una situazione emergenziale sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. La colpa del sanitario, anche in sede penale e solo quando a venire in considerazione siano ipotesi di imperizia, andrebbe parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell’intervento e al contesto in cui esso si è svolto⁹⁵.

Si tratta di un principio che ha conosciuto diverse e significative applicazioni, tra cui deve certamente segnalarsi la sentenza sulla responsabilità della Commissione Grandi Rischi per i fatti conseguenti al terremoto dell’Aquila⁹⁶. Nella valutazione relativa alla fondatezza di una questione di legittimità costituzionale relativa all’art. 3 della legge Balduzzi, nella parte in cui limitava all’esercente una professione sanitaria l’irrelevanza della colpa lieve, la suprema Corte, dopo un’ampia premessa relativa al ruolo dell’art. 2236 c.c. sul versante della responsabilità penale, concludeva che, a fronte della disciplina “a soggettività ristretta” introdotta dal legislatore del 2012, la disposizione civilistica restava comunque un necessario punto di riferimento per gli altri operatori del rischio che gestiscono condizioni di particolare difficoltà: per questi ultimi, pur risultando irrilevante la conformità della condotta rispetto a eventuali linee guida o *best practices* di riferimento, poteva ipotizzarsi una responsabilità per colpa, in caso di imperizia, nelle sole ipotesi di colpa grave, da valutarsi in riferimento alle peculiarità del caso concreto⁹⁷.

L’orientamento che individua nell’art. 2236 c.c. una regola di esperienza valevole anche in ambito penalistico, a prima vista, consentirebbe alla disposizione civilistica, cacciata dalla porta, di rientrare attraverso la finestra (sempre particolarmente ampia) dell’art. 43 c.p. A ben vedere, tuttavia, si tratta dell’implicita ammissione della superfluità dell’art. 2236 c.c. quando a venire in considerazione sia la colpa penale: se l’art. 2236 c.c. può produrre i suoi effetti in ambito penale anche senza essere direttamente applicabile, significa che è possibile tradurre in un linguaggio esclusivamente penalistico quanto ricavabile dal diritto civile. Le raffinate ricostruzioni teoriche della colpa pena-

⁹⁵ Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, D., in *Dir. pen. proc.*, 2012, 9, 1104 nota di CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*; Cass., Sez. IV, 5 aprile 2011, M., in *Ced Cass.*, rv. 251960; Cass., Sez. IV, 23 marzo 1995, Salvati, cit.

⁹⁶ Cass., Sez. IV, 19 novembre 2015, Barberi, in *Dir. pen. cont.*, 2016, punto 22, su cui v. RISICATO, *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico tra regole cautelari “aperte” e causalità psichica*, in *Giur. it.*, 2016, 5, 1128 ss.

⁹⁷ Sul ruolo dell’art. 2236 c.c. nello statuto della colpa professionale, capace di andare ben oltre i confini di quella medica, in particolare DOVERE, *Prospettive della responsabilità penale colposa nel settore aeronautico (l’espansione ultra limes della colpa lieve)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 3, 1032 ss. V. anche ID., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile: il rischio penale tra presente e futuro*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1, 96.

le, in effetti, sono andate progressivamente verso l'individualizzazione di un criterio di imputazione perennemente in bilico tra tipicità e colpevolezza, tra oggettivo e soggettivo. Asportare una massa tumorale sviluppatasi nel cervello non è come eseguire un intervento di appendicectomia, ma per valorizzare la particolare difficoltà dell'intervento o per distinguere l'errore commesso impiegando tecniche operatorie ancora sperimentali da quello commesso durante un intervento routinario non è certo necessario l'art. 2236 c.c.: la sistematica della colpa penale, come precisato, potrebbe già da sola pervenire ben oltre i traguardi cui la visione miope dell'art. 2236 c.c. è in grado di condurre⁹⁸. Se, come rilevato da tempo, la colpa medica è una colpa "speciale", rispetto alla quale i parametri della prevedibilità e dell'evitabilità sembrerebbero non adattarsi adeguatamente, posto che ogni evento lesivo risulterebbe evitabile mediante l'astensione dall'attività stessa⁹⁹, è pur vero che il concetto di "rischio consentito" si presta a risolvere con efficacia questo apparente paradosso. Una volta reciso il legame storico con l'adeguatezza sociale¹⁰⁰, il rischio consentito, lungi dall'individuare un autonomo criterio di imputazione, si limita a riassumere una vera e propria caratteristica strutturale dell'illecito penale colposo¹⁰¹, capace di "farsi apprezzare" proprio in presenza di quelle attività intrinsecamente pericolose, ma autorizzate, in quanto socialmente utili¹⁰². Se, altrimenti detto, il soggetto adegua il proprio comportamento alle regole cautelari previste per lo svolgimento di una certa attività, manca il presupposto oggettivo su cui edificare un preteso giudizio di responsabilità per colpa, anche se dal comportamento in questione sia derivato un evento dannoso o pericoloso. La costruzione della regola cautelare, a sua volta, dovrà tenere necessariamente conto del tipo di attività concretamente intrapresa e dovrà parametrarsi alla stregua di un *Homo* e non di *Superman eiusdem professionis*.

⁹⁸ Considerazioni analoghe in DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 18: l'Autrice osserva però che, per quanto la colpa lieve non abbia una sua ragion d'essere sul piano teorico, possa comunque funzionare da utile monito per la giurisprudenza, incoraggiandola a non appiattirsi sulla sola oggettiva violazione della regola cautelare, magari individuata *ex post* in funzione giustificativa della decisione assunta su basi irrazionali. Sulla non utilità penalistica dell'art. 2236 c.c. tornato inaspettatamente agli onori della cronaca anche EAD., *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco"*, cit., 387.

⁹⁹ F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 1, 20; ID., *Diritto penale*, IX ed., Assago, 2015, 346.

¹⁰⁰ In riferimento ai riflessi dell'adeguatezza sociale nella sistematica del reato colposo proposta da Welzel, proprio per il tramite del rischio consentito, v. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969, spec. 62 ss. Le origini storiche del concetto di rischio consentito vengono ripercorse da PERINI, *Il concetto di rischi nel diritto penale moderno*, Milano, 2008, 23 ss., alla quale si rinvia anche per le necessarie indicazioni bibliografiche.

¹⁰¹ Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 471 ss.

¹⁰² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 346.

*nis et condicionis*¹⁰³, senza contare che il giudizio di responsabilità per colpa andrà pur sempre completato dalla componente più propriamente soggettiva della stessa¹⁰⁴.

Risulterebbe di conseguenza privo di forza argomentativa il rilievo per cui rinunciando del tutto all'art. 2236 c.c. si perverrebbe a considerare penalmente rilevante un fatto che non integra gli estremi della colpa penale: la nozione di colpa penale, anche perché informata dal principio di personalità della responsabilità penale, risulterà necessariamente più restrittiva dell'omonima categoria che opera nel diritto civile.

Persino nella dottrina civilistica, del resto, si è ipotizzato che l'art. 2236 c.c., riguardando soltanto la colpa nell'adempimento di un'obbligazione, sia difficilmente applicabile anche al diritto penale: l'unità della disciplina in materia civile e penale, si osservava in maniera efficace, deriverebbe "più semplicemente" dal fatto che l'art. 2236 c.c. non fa che esprimere un concetto ricavabile dai principi generali comuni relativi alla colpa¹⁰⁵.

7. Errore professionale e colpa professionale: dai prodromi del "medico che sbaglia pur essendo diligente" alla legge Balduzzi

La fase in cui la giurisprudenza stabilizza il ruolo dell'art. 2236 c.c. in sede penale coincide cronologicamente con quella in cui la stessa giurisprudenza si interroga sul possibile ruolo da assegnare alle linee guida nella delimitazione della colpa del sanitario.

Anche in questo caso il substrato civilistico della questione e il suo legame con l'art. 2236 c.c. emerge in tutta la sua evidenza. Il riferimento è, in particolare, alla nota distinzione tra "errore professionale" e "colpa professionale". Il primo individua un comportamento obiettivamente diverso da quello "doveroso", ma non necessariamente colposo, mentre la seconda costituirebbe presupposto per la responsabilità del debitore. L'errore professionale si verificherebbe quando la condotta risulti non obiettivamente adatta al caso concreto, sebbene il soggetto abbia agito diligentemente, facendo quello che suggerivano le conoscenze proprie del buon professionista della sua categoria e le circostanze a lui note al momento della condotta: se poi la condotta necessaria per ottenere il risultato "utile" avrebbe dovuto essere diversa, nulla

¹⁰³ DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari*, cit., 2152.

¹⁰⁴ Sulla necessaria valorizzazione della misura soggettiva della colpa nel settore della responsabilità medica, per tutti, PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 9, 1064.

¹⁰⁵ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 81.

può rimproverarsi al medico che non era in grado di rendersene conto¹⁰⁶. Allo stesso modo, pur muovendo da premesse sensibilmente differenti, si è osservato che la colpa dovrebbe essere esclusa qualora il comportamento del sanitario risulti ispirato a principi ricevuti universalmente, ma abbia cagionato un evento dannoso per le imprecisioni di quei principi, per la difficoltà di applicazione degli stessi o per l'alea che si accompagna a interventi delicati e pericolosi¹⁰⁷.

Di particolare interesse si rivela l'opinione di chi ha sottolineato come l'art. 2236 c.c. attenga non tanto al problema del grado della colpa, quanto a quello della sua certezza e, dunque, alla prova della colpa nel processo: la giurisprudenza più risalente, quando richiedeva che l'errore fosse evidente, non intendeva graduare la colpa, ma semplicemente evidenziare la differenza tra l'errore incolpevole e la colpa professionale¹⁰⁸. La stessa teoria dell'errore professionale avrebbe dovuto intendersi non come un espediente per escludere la responsabilità del professionista in caso di colpa, ma come la necessità di scusare quella fallibilità che è conseguenza inevitabile dell'imperfezione delle scienze e delle arti¹⁰⁹.

I prodromi del "medico che sbaglia, pur essendo diligente" emergono in tutta la loro evidenza, così come emerge chiaramente l'esigenza di individuare parametri oggettivi per "provare" la colpa nello svolgimento di attività caratterizzate da un elevato grado di complessità e di tecnicismo.

Sul piano della responsabilità penale¹¹⁰, a dire il vero, la questione sembra assumere tutte le sembianze di un falso problema. Selezionando tra le varie opzioni sistematiche ipotizzabili quella relativa alla doppia funzione della colpa, non presenterebbe nulla di anomalo l'ipotesi in cui sia dato ravvisare l'oggettiva violazione di una regola cautelare (l'errore professionale), senza che tuttavia quella violazione sia soggettivamente riferibile all'agente concreto (la colpa professionale). Proprio valorizzando i due momenti della colpa, relativi tanto all'individuazione della regola di condotta quanto alla dimensione

¹⁰⁶ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 66-67.

¹⁰⁷ FUNAIOLI, *Irresponsabilità e colpa professionale dei medici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, 306.

¹⁰⁸ Nella dottrina più recente, in particolare, PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 142-143 ed EAD., *Nota a Corte App. Roma, 6 settembre 1983*, cit., 2841. V. anche CIAN, *Lata culpa dolo equiparatur*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 177, il quale osserva che limitando la responsabilità alla sola colpa grave si ottiene maggiore sicurezza per chi giudica e maggiore uniformità di valutazione, posto che si tratta di una colpa più facilmente rilevabile. *Contra* CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 70-71.

¹⁰⁹ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, V, Torino, 1899, 255.

¹¹⁰ Per una valorizzazione dell'errore professionale "oggettivo", non sufficiente all'affermazione di una responsabilità penale, per tutti CRESPI, *La responsabilità penale*, cit., 70 ss.

soggettiva “in senso stretto”, potrebbero inquadrarsi senza eccessive difficoltà, almeno su un piano teorico, molte delle questioni che invece si trovano ad essere filtrate attraverso l’art. 2236 c.c. e, più in generale, gli schemi di derivazione civilistica.

Se la scienza è incerta, se le regole cautelari di riferimento lasciavano ampio spazio alla discrezionalità del sanitario, se si trattava di una situazione non controllabile per l’agente modello (sia pur altamente specializzato), probabilmente mancherà addirittura una regola cautelare sulla cui violazione edificare il giudizio di responsabilità per colpa: difettando l’elemento oggettivo del reato (la condotta), il soggetto potrà/dovrà essere assolto perché il fatto non sussiste.

Se invece la regola cautelare di riferimento può essere individuata senza eccessive difficoltà, ma il soggetto si è trovato a operare in condizioni di estrema urgenza, di penuria di mezzi o su un paziente che presentava condizioni peculiari e non “controllabili” viste le circostanze del trattamento posto in essere, verosimilmente difetterà la componente soggettiva della colpa e dunque il medico potrà/dovrà essere assolto perché il fatto non costituisce reato.

Lo stesso concetto di “errore grossolano” rischia di provare troppo o troppo poco se valorizzato in un’ottica che, come quella civilistica, non deve fare i conti con il principio di personalità della responsabilità penale.

La complessità progressivamente crescente delle regole che governano lo svolgimento dell’attività medico-chirurgica e, più in generale, l’esigenza di una più dettagliata proceduralizzazione dell’agire diligente che quanto meno arginasse il rischio di un troppo ampio *deficit* di determinatezza del “tipo colposo”¹¹¹, hanno progressivamente spostato l’attenzione sulla rilevanza da attribuire a linee guida e protocolli, investiti della pretenziosa missione di recuperare un’accettabile legalità della colpa e di deflazionare un contenzioso penale giunto a livelli di allarme¹¹².

¹¹¹ Le criticità relative a una sia pur auspicabile proceduralizzazione dell’agire diligente, specie se affidata a fonti extralegislative, sono efficacemente evidenziate da GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di Donini e Orlandi, Bologna, 2013, spec. 80 ss. e ID., *Protocolli medici e colpa penale secondo il “decreto Balduzzi”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, 820; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 386 ss. Sul concetto di “colpa protocollare”, con specifico riferimento al settore dell’attività medica, per tutti, CASTRO-NUOVO, RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *Trattato di biodiritto, La responsabilità in medicina*, a cura di Belvedere e Riondato, Milano, 971 ss.

¹¹² DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, spec. 177 ss.; CAPUTO, “*Filo d’Arianna*” o “*Flauto magico*”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

Il preteso ruolo di *deus ex machina*, tuttavia, è stato attribuito a fonti che, sebbene diretta espressione della *Evidence Based Medicine* e dunque più vicine alle esigenze di determinatezza proprie della legalità penale, si sono attratte fin da subito critiche e scetticismi¹¹³. Anche nella giurisprudenza di legittimità, dopo un iniziale atteggiamento di favore, la diffidenza ha preso il sopravvento¹¹⁴. Le linee guida, si è osservato, si risolvono spesso in formule ciniche e pigre, ispirate più ad esigenze di tipo economico che alla tutela della salute del paziente e, in ogni caso, strutturalmente e inevitabilmente elastiche e/o non esaustive in riferimento alle peculiarità del caso singolo: deve dunque mettersi al bando qualsiasi automatismo, nel senso che l'adeguamento o il non adeguamento alle linee guida non vale ad escludere o a determinare *ex se* la colpa del sanitario¹¹⁵.

La soluzione adottata nel 2012 con la legge Balduzzi sembra collocarsi nel solco di una posizione intermedia: se il medico si attiene a quanto prescritto da linee guida e buone pratiche non risponde penalmente per colpa lieve, fermo restando l'obbligo di risarcimento *ex art.* 2043 c.c.

Nessuna contraddizione nei termini di una *culpa sine culpa*¹¹⁶: a fronte di un errore professionale, che può ben verificarsi, viste le caratteristiche strutturali delle linee guida, anche quando il medico si attenga a quanto prescritto da queste ultime, si introduce l'esigenza di "graduare" la colpa, valorizzando in senso premiale la condotta del medico che ha comunque conformato il proprio comportamento a quanto stabilito dal sapere scientifico più diffuso.

7. Un equivoco di fondo: la scissione della condotta conforme alle linee guida dalla condotta imperita

¹¹³ Sulla «particolarissima tensione tra ideale e reale» delle linee guida RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 2, 196-197, alla quale si rinvia anche per tutti i necessari riferimenti. Per una più decisa valorizzazione degli effetti virtuosi delle linee guida, DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 13 ss.

¹¹⁴ Un'ampia e documentata ricostruzione è offerta da PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 314 ss.

¹¹⁵ In particolare Cass., Sez. IV, 23 novembre 2010, Grassini, in *Cass. pen.*, 2012, 2, 542, con note di CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida" e responsabilità penale del medico* e di MARRA, *L'osservanza delle c.d. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico*; Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, Di Lella, cit.; Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, I., in *Cass. pen.*, 2013, 5, 1887, con osservazioni di FERRARO.

¹¹⁶ Così invece PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 1. La contraddittorietà solo apparente della nuova disciplina è stata fin da subito evidenziata da Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit., punto 9.

Fin da subito la giurisprudenza di legittimità, con la nota sentenza *Cantore*, ha individuato due ambiti applicativi della legge Balduzzi¹¹⁷, nei quali sembrano riecheggiare chiaramente le risalenti discussioni in materia di errore professionale. Anzitutto potrebbe darsi che il professionista, pur orientandosi correttamente in fase diagnostica o terapeutica e inquadrando “a regola d’arte” il caso nelle sue linee generali, commetta qualche errore nel «concreto farsi del trattamento», cioè nell’adattamento delle direttive di massima alle evenienze e alla peculiarità del caso specifico (adempimento imperfetto¹¹⁸). La seconda ipotesi sarebbe quella in cui le peculiarità del caso concreto siano tali da suggerire al professionista di discostarsi radicalmente dallo *standard* e di disattendere dunque la linea d’azione ordinaria (adempimento inopportuno¹¹⁹). Il caso dell’errore tradottosi nell’attuazione di linee guida non adeguate al caso concreto si mostrava del tutto compatibile non solo con la *ratio* della nuova legge, ma anche e soprattutto con i principi generali in materia di imputazione colposa. Le ipotesi di adempimento imperfetto individuate dalla sentenza *Cantore* mostravano invece degli aspetti a dir poco problematici: in questo caso, infatti, si era costretti a ipotizzare una scissione tra la condotta conforme alle linee guida e quella risultata poi colposa. La condotta tipica, della cui rilevanza penale si discute, deve necessariamente considerarsi in maniera unitaria e, per restare all’ipotesi formulata dalla suprema Corte, non è né quella che si colloca in fase di diagnosi né quella relativa alla scelta del trattamento, ma solo quella ravvisabile nella fase più propriamente esecutiva. Si tratta indubbiamente – questo è il punto – di una condotta alla cui descrizione possono contribuire più regole cautelari, anche diverse e ulteriori rispetto a quelle “codificate” attraverso le linee guida: ben potrebbe darsi che il medico segua la “porzione di cautele” descritte nelle linee guida, ma disattenda le ulteriori cautele “non scritte” che contribuiscono alla definizione della condotta diligente¹²⁰. Questa, come si cercherà di chiarire, è la sola ipotesi che può logicamente residuare nella formulazione del nuovo art. 590-*sexies* c.p.

¹¹⁷ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, *Cantore*, cit., punto 11.

¹¹⁸ PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 4, 80.

¹¹⁹ CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco”*, cit., 91. Cfr. RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 6, 701, la quale si riferisce agli “inadempimenti perfetti” per indicare quelli che, discostandosi dalle linee guida non adeguate, risulterebbero diligenti.

¹²⁰ Il concorso di regole cautelari incidenti sullo stesso rischio era stato già chiaramente evidenziato da VALLINI, *L’art. 3 del “decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 2, 744 ss. V. anche BARTOLI, *Ancora difficoltà a inquadrare i presupposti applicativi della legge c.d. Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 5, 643 ss.

8. La “rivoluzione conservatrice” della legge Balduzzi: tutto cambia per restare identico all’art. 2236 c.c.

Tralasciando le pur evidenti incertezze derivanti dalla formula legislativa, la legge Balduzzi non solo mostrava qualche potenziale applicativo, ma si presentava come una regola di imputazione per certi aspetti “rivoluzionaria”, non foss’altro che per lo sdoganamento (provvisorio) del grado della colpa nella stessa formulazione del giudizio di responsabilità penale¹²¹.

A ben vedere, tuttavia, la rivoluzione veicolata dall’art. 3 della l. n. 189 del 2012, transitato quasi accidentalmente dall’ambito civile a quello penale¹²², si è rivelata solo apparente, contribuendo anzi a stabilizzare l’inquadramento della responsabilità penale del sanitario attraverso la lente dell’art. 2236 c.c.

Quanto alla colpa grave, l’impressione è che la stessa sia rimasta saldamente ancorata a quell’errore grossolano e macroscopico che può vantare ormai una tradizione secolare e che individua la stessa origine storica dell’art. 2236 c.c.: la necessità di discostarsi dalle linee guida, si legge in una delle poche sentenze che dopo la legge Balduzzi hanno concluso per l’assoluzione del medico, deve risultare macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell’imputato¹²³. La colpa grave, più un generale, si identifica nell’errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell’uso di mezzi manuali o strumentali adoperati nell’atto operatorio¹²⁴.

Quanto all’ambito operativo della nuova disposizione, la giurisprudenza, recuperando una distinzione emersa in riferimento all’art. 2236 c.c. transitata sul versante penalistico, ma della quale non v’era traccia alcuna nella legge n. 189 del 2012, ha ritenuto che il nuovo criterio di imputazione potesse trovare applicazione nei soli casi di imperizia¹²⁵. L’esito appariva da un lato paradossale e dall’altro lato introduceva un fattore di inutile complicazione.

¹²¹ Si tratta del resto di un’impostazione che, lungi dal caratterizzare il solo dibattito italiano, si rinviene anche in altre esperienze giuridiche: v., per esempio, GREIFF, *Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Entkriminalisierung leicht fahrlässigen ärztlichen Handelns*, Amburgo, 2005.

¹²² ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2013, 217; VALLINI, *L’art. 3 del “decreto Balduzzi”*, cit., 736.

¹²³ Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2015, Manzo, su cui P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit.

¹²⁴ Cass., Sez. IV, 27 novembre 2013, Q., in *Rass. dir. farmac.* 2014, 2, 313; Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2015, Manzo, cit. È curioso rilevare come queste pronunce riprendano testualmente Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit., punto 5, che però inseriva le considerazioni in questione in sede di “ricostruzione storica” del concetto di colpa grave.

¹²⁵ Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2013, Pagano, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 2, 963; Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit., punto 11; Cass., Sez. IV, 5 novembre 2013, Loiotila, in *Ced. Cass.*, rv. 261294;

Il paradosso stava nella circostanza per cui il legislatore del 2012 sembrava mettere definitivamente fuori gioco una possibile operatività, sia pur solo “indiretta”, dell’art. 2236 c.c.: è vero che il riferimento esplicito all’art. 2236 c.c., presente nel decreto legge, era sparito in fase di conversione, così come è vero che l’art. 3 della legge Balduzzi, pur “ispirato” alla logica dell’art. 2236 c.c., presentava una formulazione non del tutto coincidente a quella di quest’ultima disposizione; restava però pur sempre il dato per cui la graduazione della colpa di derivazione civilistica si trovava nella condizione di incidere sull’*an* e non solo sul *quantum* della responsabilità penale, ma, questo è il punto, la sua rilevanza non era più collegata al grado di difficoltà della “prestazione” richiesta al sanitario, bensì al rispetto delle linee guida di riferimento¹²⁶. Se, come si è cercato di chiarire, il riferimento all’ondivago parametro dell’imperizia avrebbe potuto avere un senso nel contesto delineato dall’art. 2236 c.c. e, in particolare, nell’ambito del rapporto con il problema tecnico di speciale difficoltà che il professionista è chiamato a risolvere¹²⁷, l’assenza di quel riferimento e la scelta di modellare la graduazione della responsabilità attorno al rispetto delle linee guida lasciava cadere ogni possibile appiglio interpretativo per una perdurante limitazione alla sola imperizia.

Il fattore di inutile complicazione era invece ravvisabile nel fatto che l’esperienza pregressa aveva dimostrato come la chiave di tutto risiedesse nella sussistenza o meno di un errore macroscopico, categoria in grado di fagocitare il concetto di colpa grave e, a ben vedere, anche di valorizzare il grado di difficoltà dell’intervento. Se l’errore è macroscopico, poco importa ragionare in termini di negligenza, di imprudenza o di imperizia, ma (questo è il punto) analoghe considerazioni valgono anche nel caso in cui l’errore non risulti evidentemente riconoscibile: la colpa, non importa “di che tipo”, dovrà necessariamente essere esclusa¹²⁸.

Cass., Sez. IV, 9 gennaio 2014, Sabatino, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 20 maggio 2014, n. 32109, Nenci, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 23 maggio 2014, Casana, in *Dejure*.

¹²⁶ Sui rapporti tra l’art. 2236 c.c. e l’art. 3 della legge Balduzzi, in particolare, MANNA, *I nuovi profili della colpa medica*, cit., 98; BRUSCO, *La colpa penale e civile*, cit., 204-205 e 209. Quest’ultimo Autore, dopo aver ritenuto che il concetto di colpa lieve fosse incompatibile anzitutto con quello di negligenza, propende per una lettura ampia della legge Balduzzi, anche in considerazione dell’estrema difficoltà di distinguere una condotta negligente da una condotta imperita.

¹²⁷ Circostanza sottolineata da RISICATO, *La Cassazione identifica un’ipotesi di colpa “non lieve” del medico: è vera imperizia?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 4, 424.

¹²⁸ PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit., 6 evidenzia come Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2015, Manzo, cit., con cui si assolve un medico in un caso di omesso approfondimento diagnostico, si limita a rilevare che la necessità di discostarsi dalle linee guida seguite nel caso concreto non risultasse in maniera evidente: poco importa se, di regola, l’omesso approfondimento diagnostico, si trovi qualificato in termini di negligenza (non di imperizia) da parte della giurisprudenza prevalente.

9. Un nodo irrisolto: l'eterna dialettica tra colpa generica e colpa specifica nelle questioni relative alla colpa medica per imperizia

Non risultava del tutto probante l'opinione per cui l'art. 3 della l. n. 189 del 2012 non potesse riguardare le ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza, visto che le linee guida contengono regola di perizia¹²⁹.

Sono almeno due i motivi di perplessità.

Anzitutto, come si è cercato di chiarire, le regole violate dal sanitario che lasciavano residuare una colpa nel caso concreto avrebbero dovuto essere diverse e ulteriori rispetto a quelle contenute nelle linee guida: tralasciando il caso di necessaria applicazione di linee guida diverse da quelle concretamente applicate, il rilievo per cui tutto l'art. 3 della l. n. 189 del 2012 fosse attratto inevitabilmente nell'alveo della colpa per imperizia, perché le linee guida contengono regole di perizia, rischiava di provare troppo.

Per le stesse ragioni non si rivelava persuasiva l'argomentazione su cui si poggiava l'apertura mostrata dalla giurisprudenza nei confronti di una (pur condivisibile) lettura ampia della legge Balduzzi, estesa anche alla negligenza e alla prudenza: in un *obiter dictum* salutato con generalizzato favore la suprema Corte osservava che, sebbene l'orientamento prevalente individuasse nell'imperizia il terreno di elezione dell'art. 3, non potesse escludersi che le linee guida ponessero regole diverse rispetto alle quali il parametro valutativo fosse quello della diligenza¹³⁰.

In secondo luogo, se, come in effetti sembra necessario, il concetto di imperizia è inteso nella sua accezione "tecnica" ricavabile dall'art. 43 c.p., contrapporre le regole di perizia contenute nelle linee guida a quelle di diligenza e prudenza, equivale a ritenere che l'orizzonte ricostruttivo sia sempre e solo

¹²⁹ PIRAS, In culpa sine culpa, cit., 3. Il medesimo Autore propone un sillogismo riassuntivo in *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit., 2: la Balduzzi ha ad oggetto le linee guida, le linee guida contengono solo regole di perizia, ergo la Balduzzi ha ad oggetto solo regole di perizia. Pressoché testualmente, nella giurisprudenza appena successiva alla l. n. 189 del 2012, Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2013, Pagano, cit.

¹³⁰ Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, Stefanetti, punto 6, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 1, 233 ss. con nota di ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia* (sulla medesima pronuncia anche CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia l'orizzonte applicativo della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1147 ss.). Nella giurisprudenza successiva, Cass., Sez. IV, 1 luglio 2015, C., in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1, 361, con nota di DELL'OSSO e, con più ampie motivazioni, Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, Denegri, punti 3.6 ss., in *Dir. pen. cont.*, 2016, con nota di C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)* e in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 4, 1629 ss., con nota di DE SALVATORE, *"Culpa levis sine imperitia non excusat": epilogo di un dogma giurisprudenziale?*

quello offerto dalla colpa generica¹³¹. La questione, con considerazioni riferibili anche all'art. 590-*sexies* c.p., non è tanto quella di chiarire se le linee guida contengano sempre e necessariamente regole di perizia e possano riguardare anche l'ambito della diligenza, posto che il medico le linee guida le ha rispettate: si tratta piuttosto di qualificare in termini di negligenza, imprudenza o imperizia le cautele che invece il medico ha violato. Non rileva la qualifica "in positivo", ma quella "in negativo", in quanto presupposto di responsabilità penale.

La dialettica tra colpa generica e colpa specifica nell'era dello sviluppo scientifico e tecnologico pare condannata a un costante e mai pago pendolarismo. L'ansia di regolamentazione che ha caratterizzato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale e l'utopia della neutralizzazione del rischio attraverso cautele codificate¹³² hanno dovuto ben presto arrendersi a fronte della constatazione per cui la velocità del progresso tecnologico renda sostanzialmente irrealizzabile un tempestivo intervento (o adeguamento) della regolamentazione positiva¹³³. Posto che il sapere scientifico è in continua evoluzione, la pretesa di cristallizzarlo in una regola positiva sarebbe non solo illusoria, ma anche dannosa. In settori come quello medico, poi, lo "strapotere" della colpa generica risulterebbe pressoché inevitabile¹³⁴: «sebbene la colpa specifica costituisca la forma più evoluta e determinata d'imputazione, della colpa generica, pur con il suo preoccupante carico di preoccupante vaghezza, non è proprio possibile fare a meno»¹³⁵.

È però innegabile che il ricorso a "cautele scritte" stia vivendo una stagione di "seconda giovinezza"¹³⁶, che ha attratto inevitabilmente anche il dibattito sulle linee guida.

Sebbene in apparenza la questione potesse sembrare piuttosto agevole da risolvere, si è molto dubitato del fatto che il riferimento alle regole "codificate" nelle linee guida rimandasse, almeno di regola, al paradigma della colpa spe-

¹³¹ Cfr. DE LIA, *La "colpa medica"*, cit., 14 ss.: l'Autore, ritenendo che a certe condizioni le linee guida possano essere assimilate alle discipline ex art. 43 c.p., considera fuorviante applicare la distinzione tra diligenza, prudenza e perizia in riferimento a regole che, una volta "positivizzate", restano attratte dall'orizzonte applicativo della colpa specifica.

¹³² Per tutti GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.

¹³³ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 477-478.

¹³⁴ GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 823.

¹³⁵ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit., punto 7. Sulla portata di questa affermazione PROVERA, *"Residuo di colpa" nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee guida. Il "paradosso" della culpa in actione perita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, 1428.

¹³⁶ DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., spec. 6-8. Sulle "tendenze espansive" della colpa specifica nel settore della responsabilità medica MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 203 ss.

cifica, *sub specie* della colpa per inosservanza di discipline¹³⁷. Si è osservato, in particolare, come la natura vincolante delle fonti previste dall'art. 43 c.p., comprese le discipline, valga per le sole regole di carattere ordinatorio (che cioè disciplinano convenzionalmente alcune attività), non già per quelle che positivizzano una cautela esperienziale o scientifica: in quest'ultimo caso la fonte si limita a ratificare la regola che le preesiste, senza che protocolli e linee guida stessa diventino vincolanti per il solo fatto che sia formalizzata la loro adozione¹³⁸. Anche accedendo al paradigma della colpa specifica, del resto, è innegabile che le linee guida si rivelino giuridicamente un'arma a doppio taglio: la loro violazione può integrare una colpa "per inosservanza", lasciando pur sempre aperto il giudizio sulla colpa generica e, soprattutto, ridimensionando ma non azzerando il ruolo del perito nel processo penale¹³⁹.

La dinamica rapidamente riassunta rientra però nella fisiologia della perenne rincorsa tra le due "forme" di colpa e pare forse eccessivo ritenere che la natura elastica della regola cautelare sia incompatibile con un rimprovero per colpa specifica¹⁴⁰: certo, la reale distinzione rispetto alla colpa generica si apprezza solo in riferimento alle regole scritte rigide, ma le regole elastiche, richiedendo una necessaria integrazione ad opera del caso concreto, non raggiungono ancora l'inconsistenza di quelle solo apparentemente scritte¹⁴¹.

Le considerazioni in questione, tuttavia, possono necessariamente valere non per la fonte globalmente considerata, ma per la singola regola della cui violazione si discute nel caso di specie. Tanto è stato scritto su come debbano essere intesi i concetti di linee guida, protocolli, *checklist et similia*, chiedendosi altresì in che modo e fino a che punto le categorie in questione avessero trovato riconoscimento a livello normativo¹⁴²: il dato che tuttavia pare sufficien-

¹³⁷ Questa, per esempio, era la soluzione proposta "a caldo" dopo la legge Balduzzi da RISICATO, *Le linee e i nuovi confini*, cit., 197-198. Per un problematico inquadramento della questione DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., 25 ss. e, soprattutto, GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 826-827.

¹³⁸ GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 827. V. anche BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 4, 59-60, il quale osserva come l'utilizzo delle linee guida non sia "sempre e comunque" obbligatorio, rendendo alquanto problematica una loro qualificazione in termini di discipline ex art. 43 c.p. Per un'ampia ricostruzione del dibattito in questione MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la legge Gelli-Bianco*, Roma, 2017, 24 ss.

¹³⁹ DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, 80.

¹⁴⁰ CAPUTO, *"Filo di Arianna" o "Flauto magico"?*, cit., 16.

¹⁴¹ Secondo la "progressione" individuata da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 337-338.

¹⁴² Per tutti, RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve"*, cit., 424 ss. Sulla distinzione tra linee guida, protocolli, percorsi e *standard* DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., 9-10.

temente condiviso è quello per cui le regole contenute nei documenti di cui si discute siano caratterizzate da un'eterogeneità che solo a fatica si lascia ridurre entro schemi classificatori troppo rigidi. Proprio per questa ragione, come precisato, risulterebbe fuorviante concentrarsi eccessivamente (o esclusivamente) sulla qualificazione della fonte genericamente intesa, anziché spostare la riflessione sulle singole cautele che vengono di volta in volta in considerazione.

Tornando alla perenne rincorsa tra le due forme di colpa, l'impressione era quella per cui, almeno nelle intenzioni di un legislatore non troppo "perito", la coppia concettuale "linee guida-buone pratiche"¹⁴³ nell'art. 3 della l. n. 189 del 2012 si attegiasse a *species* di quella più ampia "colpa specifica-colpa generica", riproponendo una dialettica fin troppo "tradizionale" in materia di colpa medica. Avrebbe potuto ipotizzarsi, altrimenti detto, che attraverso le linee guida il legislatore avesse inteso riferirsi genericamente alle regole di condotta "codificate", affidandosi, impropriamente e quasi "per sineddoche", alla terminologia più diffusa per indicare anche i protocolli e le *checklist* e riflettendo così sul piano legislativo quella confusione terminologica che era dato ravvisare in giurisprudenza. Il concetto di "buone pratiche" avrebbe invece sintetizzato tutte quelle regole che, pur non "codificate" e cristallizzate in documenti ufficiali, svolgono nondimeno un'indispensabile funzione residuale nello svolgimento dell'attività sanitaria¹⁴⁴, in quanto, per riprendere una definizione divenuta tradizionale, rappresentano la cristallizzazione di giudizi di prevedibilità e di evitabilità ripetuti nel tempo¹⁴⁵.

La giurisprudenza (specie *post* Balduzzi), come ampiamente noto, ha mostrato sul punto una perentorietà che forse ha sottratto linfa vitale ad ulteriori discussioni sul punto: le linee guida non sono regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica, non solo in ragione del diverso grado di qualificazione delle stesse, ma anche perché si tratta di meri strumenti di indirizzo e di orientamento privi di quella prescrittività che una regola cautelare, per quanto elastica, deve possedere¹⁴⁶.

¹⁴³ Per il rapporto tra linee guida e buone pratiche MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica*, cit., 15 ss.

¹⁴⁴ Cfr. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 84, il quale, distinguendo tra linee guida e protocolli da una parte e prassi cautelari dall'altra, ritiene che anche queste ultime possano svolgere una funzione conformativa residuale e contribuire alla descrizione la legalità della colpa, oggettivando, in assenza di regole formalizzate, l'aspettativa di comportamento e la funzione liberatoria nei confronti della condotta che alle stesse si conformi.

¹⁴⁵ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 569.

¹⁴⁶ Così, in particolare, Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit., punto 8.

Limitando l'efficacia della nuova disciplina alle sole ipotesi di imperizia, riducendo la colpa grave all'errore macroscopico e/o grossolano e valorizzando la complessità della "prestazione", tutto cambiava per restare sempre identico all'art. 2236 c.c.¹⁴⁷: la colpa può considerarsi grave solo in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire diligente¹⁴⁸ e quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del sanitario¹⁴⁹.

Se, dunque, la distinzione tra colpa specifica e colpa generica deve essere ridimensionata¹⁵⁰, resta pur sempre l'esigenza di attenersi alle qualifiche stabilite dal legislatore con l'art. 43 c.p. e, soprattutto, di tenere nettamente distinte le regole "che stanno dentro" le linee guida da quelle "che stanno fuori" dalle stesse, sia pur al solo (e limitato) fine di determinare il preteso ambito operativo della colpa per imperizia.

8. La legge Gelli-Bianco e l'art. 590-sexies c.p. Il complesso coordinamento tra il rispetto delle linee guida e l'imperizia

L'introduzione dell'art. 590-sexies c.p. si pone apparentemente a suggello dell'interpretazione proposta dalla giurisprudenza prevalente, perseguendo altresì l'ulteriore intento di risolvere le questioni più problematiche emerse sotto il vigore della legge Balduzzi¹⁵¹: il riferimento è anzitutto al *deficit* di determinatezza che affliggeva il concetto di linee guida rilevanti ai fini della limitazione di responsabilità. La nuova legge prevede dunque (per fortuna o purtroppo?) un sistema di accreditamento delle linee guida "penalmente rilevanti"¹⁵², ma limita espressamente l'ambito applicativo dell'art. 590-sexies c.p. alla

¹⁴⁷ Cfr., per la continuità rispetto all'art. 2236 c.c., GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 830-831.

¹⁴⁸ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit., punto 14.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ In particolare DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 8 ss.

¹⁵¹ *Amplius* CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, cit., 2 ss., al quale si rinvia anche per un'attenta ricostruzione dell'*iter* parlamentare che ha condotto alla definitiva formulazione dell'art. 590-sexies c.p.

¹⁵² Le luci e le ombre di una valorizzazione delle linee guida nel contesto italiano sono evidenziate da CENTONZE, CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice*, cit., 1364-1365 e CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, cit., 6 ss. CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco"*, cit., 97, sottolineano, in particolare, la perdurante utopia di formalizzare le regole cautelari in ambito medico; analoghe considerazioni in ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco"*, cit., 9 ss. Sul rischio di una "medicina di Stato", contraria al principio di libertà terapeutica, PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza*, cit., 5. Considerazioni critiche anche in DI FLORIO, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590-sexies, c.p.), come introdotta dalla legge Gelli-Bianco*, in *questa Rivista* online, 2017, 2, 2 ss., il quale stigmatizza la pretesa di costruire il

colpa per imperizia, proprio quando da più parti si auspicava che il progressivo superamento giurisprudenziale di una limitazione della legge Balduzzi alle sole ipotesi di imperizia potesse consolidarsi stabilmente¹⁵³.

Un esame appena più accurato del capoverso dell'art. 590-*sexies* c.p. rivela però tutta l'inadeguatezza di una lettura che ne riduca il ruolo a quello di mero stabilizzatore dello *status quo*.

Le condizioni richieste dalla nuova disposizione sono tre: l'evento di morte o lesioni deve essersi verificato a causa di imperizia; l'esercente una professione sanitaria deve aver rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali; le raccomandazioni previste dalle linee guida (nulla si dice in riferimento alle buone pratiche) devono risultare adeguate alle specificità del caso concreto.

Qualora le tre condizioni risultino integrate, la punibilità del sanitario è esclusa. Il legislatore abbandona dunque quella distinzione tra colpa grave e colpa lieve, tanto radicata nel diritto civile quanto "eversiva" nel diritto penale, optando per un più radicale esonero di responsabilità.

Non pare necessario indugiare eccessivamente sulla natura giuridica della causa di esclusione della punibilità introdotta dall'art. 590-*sexies* c.p. In riferimento alla legge Balduzzi si è autorevolmente ipotizzata l'introduzione di una scusante soggettiva di tipo nuovo, che avrebbe suggerito l'opportunità di adattamenti terminologici¹⁵⁴. La questione andrebbe forse risolta entro il perimetro della sistematica del reato colposo e, in particolare, della doppia funzione della colpa: il soggetto ha violato oggettivamente delle regole cautelari, ma questa violazione non può soggettivamente essergli riferita se ricorrano le condizioni previste dall'art. 590-*sexies* c.p. Si tratterebbe dunque di un'ipotesi in cui il legislatore ha escluso la dimensione più propriamente soggettiva della colpa¹⁵⁵ e che, sul piano processuale, dovrebbe dar luogo a un'assoluzione

microsistema della colpa medica attorno a strumenti di *soft law* (linee guida o buone pratiche) che, per definizione, sono da sole insufficienti a "governare" un settore come quello della medicina. Favorevole alla valorizzazione della normativa secondaria nel sistema della colpa medica, invece, FRANZONI, *Colpa e linee guida*, *Danno e resp.*, 2016, 8-9, 803

¹⁵³ Per tutti BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale*, cit., 19 ss.

¹⁵⁴ PULITANO, *Responsabilità medica*, cit., 75.

¹⁵⁵ Cfr. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 5, 576, il quale, escludendo che l'art. 590-*sexies* c.p. configuri una scusante e ritenendo non del tutto convincente il ricorso alla categoria delle cause di non punibilità in senso stretto, ritiene che l'esenzione di pena sia piuttosto da ricondurre a una limitazione del tipo di illecito colposo, che risulterebbe amputato di uno dei profili di rimproverabilità soggettiva che potrebbero descriverlo (l'imperizia).

“perché il fatto non costituisce reato”, lasciando residuare eventuali conseguenze sul piano civilistico¹⁵⁶.

Quel che piuttosto importa rilevare è la distanza di prospettiva che la legge Gelli segna rispetto all’assetto risultante dalla legge Balduzzi. Quest’ultima trovava il suo fisiologico ambito applicativo nei casi in cui il sanitario, pur avendo rispettato le prescrizioni contenute in linee guida dotate di elevato grado di affidabilità, avrebbe dovuto discostarsene in considerazione delle peculiarità mostrate dal caso concreto¹⁵⁷. L’art. 590-*sexies* c.p. si colloca in un orizzonte per certi aspetti speculare: non solo il medico ha rispettato le linee guida accreditate, ma le regole in questione erano anche quelle adeguate alle specificità del caso concreto. Sembrerebbe dunque difficile, già sul piano logico, conciliare questa previsione con la necessità che l’evento si sia verificato a causa di imperizia: la figura del medico “diligente ma imperito” suonerebbe come un’autentica contraddizione in termini.

Né la paralisi applicativa dell’art. 590-*sexies* c.p. si eviterebbe scindendo i momenti (*rectius*, le condotte) relativi all’accertamento, rispettivamente, della conformità alle linee guida e dell’imperizia: il caso sarebbe quello “tradizionale” in cui il medico individui correttamente il trattamento da praticare, adeguandosi in questa fase alle linee guida di riferimento, ma commetta degli errori nella materiale esecuzione delle regole di condotta pur correttamente selezionate: il chirurgo, per esempio, diagnostica correttamente la patologia venosa del paziente, opta altrettanto correttamente per un intervento di chirurgia emodinamica consistente in una particolare tecnica di deconnessione safeno-femorale, ma commette un errore nella fase di materiale esecuzione dell’intervento.

La soluzione in questione, secondo la sentenza *Tarabori*, condurrebbe a esiti paradossali e irragionevoli, contrastanti tanto con l’art. 32 Cost. quanto con i principi fondanti della responsabilità penale¹⁵⁸: si finirebbe infatti per escludere ogni responsabilità penale del sanitario anche in caso di errori macroscopi-

¹⁵⁶ Art. 7, comma 3, l. n. 24 del 2017: «L’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell’esercente la professione sanitaria ai sensi dell’articolo 5 della presente legge e dell’articolo 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall’articolo 6 della presente legge». Sul punto, per tutti, BRUSCO, *La colpa penale e civile*, cit., 243 ss.

¹⁵⁷ PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4 evidenzia l’estrema rarità con cui questa ipotesi può ricorrere nella prassi giudiziaria.

¹⁵⁸ Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, *Tarabori*, cit., punti 7 ss. Sul punto anche BRUSCO, *La colpa penale e civile*, cit., 240. Analoghe considerazioni in MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica*, cit., 36.

ci e/o grossolani e magari anche in riferimento a interventi di *routine*, per i quali è agevole ipotizzare che il medico non abbia avuto difficoltà alcuna a individuare, a monte, le linee guida più adeguate al caso concreto.

A dire il vero, per le ragioni che si è cercato di chiarire, si tratta di una lettura che non sta in piedi non solo sul piano della ragionevolezza, ma, a monte, su quello sistematico: scindere la condotta conforme alle linee guida da quella imperita non avrebbe senso alcuno, posto che la condotta tipica deve essere oggetto di una valutazione necessariamente unitaria.

Del tutto condivisibile, dunque, l'idea secondo la quale la nuova fattispecie possa riferirsi unicamente a eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate¹⁵⁹, senza trovare applicazione in casi come quello del chirurgo che, pur avendo impostato correttamente l'intervento, lo esegua in maniera imperita. Questo, detto altrimenti, significa che la condotta descritta dalle linee guida e al tempo stesso imperita debba essere necessariamente la medesima, sia pur descritta da cautele differenti.

Meno evidente si rivela, nell'impianto motivazionale della sentenza *Tarabori*, l'individuazione dell'ambito operativo dell'art. 590-*sexies* c.p.: si tratterebbe dei casi in cui le raccomandazioni generali siano pertinenti alla fattispecie concreta, dovendosi valutare «se esse “risultino adeguate” e siano cioè state attualizzate in forme corrette», nello sviluppo della relazione terapeutica, avuto riguardo alle contingenze del caso concreto. Se si verificano queste condizioni, l'agente ha diritto a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione, con la conseguenza per cui il professionista si troverà ad agire in una situazione di maggiore determinatezza rispetto al passato¹⁶⁰. Non pare però esplicitamente chiarito lo spazio operativo che l'imperizia riuscirebbe a ritagliarsi in un simile quadro.

Il corto circuito logico dell'art. 590-*sexies*, secondo comma c.p. si scongiura ritenendo che le regole di perizia violate dal medico siano diverse e ulteriori rispetto a quelle contenute nelle linee guida alle quali lo stesso si è uniformato, pur riguardando la medesima condotta posta in essere dal sanitario. Non si tratterebbe quindi dei casi, ritenuti (condivisibilmente) non riconducibili all'art. 590-*sexies* c.p., nei quali le linee guida rispettate descrivano una condotta diversa da quella rivelatasi poi imperita. L'ipotesi sarebbe, per contro, quella in cui la medesima condotta posta in essere dal sanitario sia regolata non solo dalle linee guida che lo stesso ha rispettato, ma anche da ulteriori

¹⁵⁹ Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, *Tarabori*, cit., punto 8.1.

¹⁶⁰ Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, *Tarabori*, cit., punto 8.2.

regole cautelari, che specificavano la condotta diligente e che il medico non ha rispettato nel caso concreto. Si tratta di considerazioni adattabili, sebbene con maggiore difficoltà, alla residuale fattispecie del medico che, in mancanza di linee guida accreditate, conformi la propria condotta alle buone pratiche clinico-assistenziali: anche in questo caso, quindi, dovrebbero immaginarsi regole di perizia diverse e ulteriori rispetto a quelle (non necessariamente di perizia) suggerite dalle buone pratiche¹⁶¹.

Resterebbe intatto in questo modo l'effetto premiale nei confronti di un medico attento, anche se non del tutto; così come uscirebbe confermato il virtuoso recupero di determinatezza/tassatività enfatizzato dalla giurisprudenza. Quest'ultimo risultato potrebbe raggiungersi proprio nei casi in cui, si ripete, la condotta del medico risulti descritta, oltre che dalle linee guida accreditate, anche da cautele ulteriori, che però non si sono ancora stabilizzate. Si pensi a nuove terapie farmacologiche o a nuove tecniche operatorie che tuttavia, almeno al momento della condotta, non erano stabilmente accolte nella comunità scientifica e soprattutto, secondo il nuovo meccanismo introdotto dalla legge Gelli, non erano ancora recepite in linee guida ufficialmente accreditate: il medico, come osservato dalla suprema Corte, potrà avere la "garanzia" di essere giudicato solo sulla base delle regole "ufficiali".

Si pensi però anche al caso in cui le linee guida prescrivano la somministrazione di un certo farmaco, senza indicare anche il dosaggio¹⁶²: il medico somministra il medicinale corretto, errando però, magari in maniera macroscopica nella scelta del dosaggio. *Quid iuris* in caso di errore grossolano e/o macroscopico? Nessun problema se l'art. 590-*sexies* c.p. avesse riprodotto la struttura dell'art. 2236 c.c., valorizzando anzitutto la speciale difficoltà dell'intervento e in secondo luogo limitando ma non escludendo del tutto la responsabilità del medico. Il riferimento all'imperizia senza il "contesto" della particolare difficoltà, rischia per contro di rivelarsi quanto meno problematico, con il rischio che la stessa operi anche in caso di errori macroscopici e/grossolani. Le linee guida verosimilmente descriveranno le "cautele base", con la conseguenza per cui le regole ulteriori faranno quasi sempre riferimento ad aspetti di maggiore complessità, ma non è detto che la situazione stia sempre in questi termini.

Se non si vuole concludere per un difetto di ragionevolezza della nuova disposizione, si deve necessariamente ritenere che l'imperizia *ex art. 590-*sexies**

¹⁶¹ CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, cit., 12 ritiene che, in riferimento al caso dell'adeguamento alle buone pratiche, l'art. 590-*sexies* c.p. rasenti la tautologia, posto che le fonti in questione richiamano i tradizionali canoni della colpa generica per imperizia.

¹⁶² L'esempio è proposto da PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza*, cit., 4.

c.p. vada letta con la lente dell'art. 2236 c.c.: non un'imperizia qualsiasi, ma quella che la tradizione interpretativa ha legato alla particolare difficoltà dell'intervento, alla colpa grave, all'errore macroscopico¹⁶³. La perenne vitalità dell'art. 2236 c.c. con cui si chiude la sentenza *Tarabori*¹⁶⁴ potrebbe leggersi, forse, in questa direzione, che, inutile precisarlo, andrebbe ben oltre la lettera della nuova disposizione e trarrebbe alimento solo dal controverso “diritto vivente” consolidatosi negli ultimi decenni.

A monte resterebbe pur sempre la necessità di circoscrivere con sufficiente precisione il concetto di imperizia, specie ora che lo richiede la lettera della legge. Come si è cercato di evidenziare, la semplice violazione di cautele ulteriori non varrebbe da sola a individuare una colpa per imperizia, almeno fino a quando non si chiariscano le cause dell'errore in cui è incorso il sanitario: l'imperizia dovrebbe limitarsi ai casi in cui il medico non disponga di cognizioni che gli consentano di accedere alle regole ulteriori rilevanti nel caso concreto, senza comprendere anche le ipotesi in cui la mancata attuazione delle stesse sia dovuta a mera disattenzione.

In questo modo, però, l'imperizia assumerebbe la maschera di Dottor Jekyll o di Mister Hyde a seconda di chi abbia la meglio nel processo: l'imputato, cui converrebbe addurre a propria difesa l'ignoranza di regole non accreditate e non sufficientemente consolidate, o il pubblico ministero, il quale, per esempio, riesca a provare che in situazioni analoghe lo stesso medico si è comportato in maniera differente.

Se il quadro che si è cercato di delineare abbia una qualche verosimiglianza e se, soprattutto, l'art. 590-*sexies* c.p. sia destinato a un più ampio successo applicativo rispetto a quello cui sono andati incontro l'art. 2236 c.c. e tutti i suoi succedanei giurisprudenziali e legislativi, sono interrogativi cui solo il tempo potrà dare risposta. Il fatto che la Corte di cassazione consideri ancora attuale il riferimento all'art. 2236 c.c. evidenzia in maniera eloquente come, ancora una volta, la pretesa svolta impressa dal legislatore non sia stata così decisiva e, soprattutto, innovativa. Non è un caso che nei primi commenti alla sentenza *Tarabori* si sia osservato come le carte offerte dalla giurisprudenza in rife-

¹⁶³ Cfr. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, cit., 14, il quale evidenzia come probabilmente, nell'intenzione del legislatore del 2017, il riferimento alla sola imperizia dovesse riferirsi alle macroscopiche forme di lassismo e di scelleratezza sanitaria, che rappresentano però l'eccezione. Lo stesso Autore (anche in CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 2017) ritiene che la non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p. debba essere limitata alle sole ipotesi di imperizia non grave, con la conseguenza per cui resterebbe pur sempre rilevante una graduazione della colpa. Il fatto è che la lettera della legge non sembra supportare, di per sé sola, una simile lettura.

¹⁶⁴Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, *Tarabori*, cit., punto 11.1.

rimento all'art. 590-*sexies* c.p. siano essenzialmente due: la colpa grave e la colpa evidente¹⁶⁵. Tutto cambia, ancora una volta, per restare sempre identico all'art. 2236 c.c.

Una più decisa valorizzazione della sistematica del reato colposo d'evento, forse, potrebbe tradurre in più confacente linguaggio penalistico i principi ricavabili dalla disposizione civilistica, andando ben oltre gli angusti spazi che l'art. 2236 c.c. è riuscito a ritagliarsi in questi decenni.

9. *Adeguatezza ex ante o ex post?*

Per ciò che attiene al momento rispetto al quale accertare l'adeguatezza delle linee guida al caso concreto, il rischio è quello di restare intrappolati in quelle semplificazioni (o menomazioni) probatorie che ormai da tempo caratterizzano l'accertamento della colpa penale, con epifanie piuttosto evidenti proprio nel settore della colpa medica o in quello dell'esposizione a sostanze tossiche. La prospettiva dovrebbe restare necessariamente quella *ex ante*, propria della colpa, non già quella *ex post* che caratterizza invece l'accertamento del nesso di causalità materiale: si rende necessario evitare le insidie del *post hoc, ergo propter hoc*, che condurrebbe a ravvisare l'inadeguatezza delle linee guida, con conseguente inapplicabilità "a monte" dell'art. 590-*sexies* c.p., per il solo fatto che si siano verificate la morte o le lesioni del paziente¹⁶⁶.

Anche in questo caso la sola "scialuppa di salvataggio" è quella offerta da una solida valorizzazione dei principi relativi alla sistematica della colpa e della sua doppia funzione.

Senza la pretesa di esaminare nel dettaglio una tematica tanto complessa, le ipotesi maggiormente problematiche sono quelle legate al tema "classico" dell'adeguamento delle regole cautelari all'evoluzione del sapere scientifico¹⁶⁷, tradizionalmente affrontato in riferimento alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. *Nulla quaestio* nel caso in cui conoscenze scientifiche sopravvenute rispetto al momento della condotta indichino diverse cautele come quelle adeguate al caso concreto: la decisa affermazione di un accertamento *ex ante*, irrinunciabile quando la regola sopravvenuta individui una condotta diversa

¹⁶⁵ PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza*, cit., 5-6.

¹⁶⁶ CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, cit., 295; CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, cit., 10. V. però G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *Leg. pen.*, 2 maggio 2017, 3-4.

¹⁶⁷ Sufficiente il rinvio a MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1, 29 ss. e a PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 5, 647 ss.

rispetto a quella precedente, costituisce un solido baluardo, almeno sul piano sistematico.

Più complessa risulterebbe la questione qualora il “superamento scientifico-tecnologico” della regola seguita dal sanitario si fosse già verificato al momento della condotta, dando luogo quindi a linee guida “accreditate ma obsolete”¹⁶⁸: *quid iuris* se il soggetto si attiene alle linee guida accreditate, pur in presenza di altre regole di condotta sufficientemente diffuse nella comunità scientifica, ma non accreditate, che suggerivano una condotta differente?¹⁶⁹ Questo, secondo quanto sembrerebbe suggerire la giurisprudenza che saluta con favore il recupero di determinatezza cui darebbe luogo la nuova regola di imputazione¹⁷⁰, sarebbe uno dei possibili ambiti operativi dell’art. 590-*sexies* c.p. Si tratta di un’ipotesi ricostruttiva che certamente ridimensionerebbe le note questioni relative allo strapotere della prova scientifica (e degli esperti¹⁷¹) nei processi per *malpractice*. Se però la nuova disposizione potesse/dovesse leggersi nel senso ipotizzato, l’effetto ultimo risulterebbe quello di un incentivo a pratiche di medicina difensiva a metà strada tra quella positiva e quella negativa: il medico, pur conoscendo strategie o trattamenti in grado di sostituire o anche solo di “completare” le linee guida accreditate, opta per un più sicuro adeguamento alle sole regole “ufficialmente” adeguate al caso concreto, posto che in caso di esito infausto si profilerebbe all’orizzonte un possibile esonero di responsabilità *ex art. 590-*sexies* c.p.*¹⁷². Anche qualora il sanitario si discostasse dalle linee guida accreditate, da ciò, beninteso, non deriverebbe in caso di esito infausto un’automatica sentenza di condanna¹⁷³; risulterebbe però indubbiamente in salita la via di chi intendesse addurre a propria difesa il fat-

¹⁶⁸ La questione delle linee guida obsolete è affrontata da MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica*, cit., 37, il quale ipotizza che la condotta del medico conforme a “linee guida corrette ma superate” possa essere qualificata non tanto come imperita quanto piuttosto come negligente, poiché tenuta in violazione del basilare obbligo di aggiornamento. Si rinvia al medesimo Autore anche per ulteriori ipotesi problematiche di applicazione dell’art. 590-*sexies* c.p.

¹⁶⁹ La complessità dei casi in questione è sottolineata anche da POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

¹⁷⁰ Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, Tarabori, cit., punto 8.2.: «entro queste coordinate, l’agente ha diritto a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione. Si tratta di una novità di non poco conto, se si considerano le divergenze di opinioni e di valutazioni solitamente espresse dagli esperti nei giudizi di merito, alimentate solitamente proprio da differenti approcci tecnico-scientifici ad una medesima questione».

¹⁷¹ Per tutti PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 1233-1234.

¹⁷² Considerazioni analoghe in ZIVIZ, *Responsabilità sanitaria: appunti sul rilievo delle linee guida in ambito civilistico*, in *www.rivistaresponsabilitamedica.it*, 2017, 1, 45.

¹⁷³ Così CAPUTO, *La responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria*, cit., 295.

to che, malgrado la morte o le lesioni del paziente, le linee guida non accreditate fossero in realtà quelle più adeguate al caso concreto.

Un ulteriore profilo problematico relativo all'adeguatezza delle linee guida al caso concreto attiene poi al contenuto della regola cautelare alla quale il sanitario ha conformato la propria condotta. L'irriducibilità a un modello unitario dei documenti indicati con il nome di linee guida, protocolli *et similia* rappresenta un dato talmente acquisito da rendere superflua ogni considerazione ulteriore. L'aspetto da evidenziare, invece, è l'alta componente discrezionale che caratterizza strutturalmente "i processi decisionali" descritti dalle linee guida¹⁷⁴. La questione, altrimenti detto, non è tanto il grado di elasticità della regola nella sua accezione classica, come avviene per esempio per molte norme contenute nel codice della strada: la constatazione per cui occorre rifuggire il rischio di una *cookbook medicine*¹⁷⁵ si proietta sullo sfondo della componente necessariamente discrezionale della scienza medica, nel senso che non sempre è dato ravvisare una sola "strategia curativa" adatta a ogni paziente.

Muovendo ancora una volta dalla tradizionale distinzione tra la fase della diagnosi, quella della scelta del trattamento e quella della materiale esecuzione dell'intervento, potrebbe ritenersi che il grado di "controllabilità" della condotta tenuta dal sanitario si muova lungo una progressione ascendente dalla diagnosi fino all'esecuzione materiale. La diagnosi è la fase più delicata, posto che, mentre le altre decisioni del medico si estrinsecano in operazioni e movimenti di cui può più agevolmente apprezzarsi la correttezza o meno, l'individuazione della patologia è il risultato di una serie di ragionamenti e intuizioni di cui può spesso apprezzarsi oggettivamente la sola conclusione¹⁷⁶. La materiale esecuzione dell'intervento, per contro, si presta ad essere descritta con un maggior grado di precisione, tanto nella sua formulazione "astratta" quanto in riferimento al trattamento "concreto".

In tutti i casi in cui le regole contenute nelle linee guida di riferimento implicino il necessario apporto discrezionale da parte del singolo operatore, diviene ancor più evidente il rischio di slittare verso un accertamento *ex post*, del senno di poi, del *post hoc, ergo propter hoc*: insomma, verso un accertamento che escluda l'adeguatezza delle linee guida, e quindi una possibile ope-

¹⁷⁴ Valga per tutti il riferimento a PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit., 23: «l'attività medica è caratterizzata non soltanto dal fatto che è attività intellettuale, ma anche perché è attività libera e discrezionale».

¹⁷⁵ *Amplius* DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., 140 ss.

¹⁷⁶ CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico*, cit., 127.

rattività dell'art. 590-*sexies* c.p., per il solo fatto che un evento dannoso si sia verificato¹⁷⁷.

Condivisibile, dunque, il rilievo di chi dubita che in presenza di linee guida elastiche, nelle quali residua un margine di scelta considerevole (per esempio tra trattamento farmacologico e intervento chirurgico), possa ipotizzarsi un ambito operativo dell'art. 590-*sexies* c.p., poiché in questo caso il giudizio di adeguatezza dovrebbe necessariamente investire la valutazione dell'alternativa corretta. L'esito in questione, tuttavia, suonerebbe per certi aspetti come paradossale, posto che proprio in riferimento alle attività in cui è più evidente una componente discrezionale è avvertita l'esigenza di porre un argine agli implacabili automatismi giurisprudenziali. Non è un caso, forse, che oltre un secolo fa, esaminando il caso di medico che aveva errato nel trarre le conseguenze del fatto osservato e aveva dato ai fenomeni visti e valutati un'importanza diversa da quella reale, si osservava come si trattasse "soltanto" di un errore professionale consistente in un errore giudizio, di apprezzamento da cui non potesse derivare responsabilità alcuna e ben diverso, quindi, da quella imperizia prevista dall'art. 371 del codice Zanardelli¹⁷⁸.

Si pensi, infine, all'ipotesi in cui sia dato rinvenire più linee guida (o buone pratiche) adeguate a un medesimo caso concreto: il rischio sempre presente è, nel futuro come nel passato, quello che il giudizio sulla colpa resti affidato al parere dell'esperto nel processo penale, con buona pace della necessaria predeterminazione della regola di condotta¹⁷⁹.

10. La grande esclusa della riforma: la dimensione plurisoggettiva dell'attività medico-chirurgica

Al di là del potenziale immobilismo applicativo cui sembrerebbe prestarsi l'art. 590-*sexies* c.p. (a meno che non si intenda imboccare la via della questione di legittimità costituzionale), non si può fare a meno di rilevare come il legislatore degli ultimi anni si sia affannato a guardare il dito perdendo di vista la luna¹⁸⁰. Il riferimento è anzitutto alle questioni che ruotano attorno ai pilastri del principio di affidamento e della cooperazione colposa: in sintesi, alla responsabilità colposa nei casi in cui lo svolgimento dell'attività medico-

¹⁷⁷ CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, cit., 11-12.

¹⁷⁸ CHIRONI, *Responsabilità professionale*, in *Studi e questioni di diritto civile*, II, Fratelli Bocca, 1914, 372.

¹⁷⁹ MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica*, cit., 47 ss.

¹⁸⁰ L'immagine, sul versante della responsabilità civile, è stata usata anche da PARDOLESI, SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, pt. V, 161 ss.

chirurgica “si manifesti” in forma plurisoggettiva, con particolare riguardo alla ripartizione di ruoli e di competenze nell’ambito di un’*équipe* (in senso stretto e in senso lato) e al difetto di organizzazione della struttura entro la quale il soggetto si trovi a operare. Se in riferimento alla responsabilità del singolo la sistematica “tradizionale” del reato colposo d’evento ha solo bisogno, prendendo a prestito le parole della sentenza *Tarabori*, di essere attualizzato in forme corrette, quando a venire in considerazione sia l’interazione tra più sanitari i principi generali faticano ad attualizzarsi in maniera coerente. La “paralisi giurisprudenziale” del principio di affidamento, con la tendenza non solo a concentrare la responsabilità in capo al vertice ma anche a sovvertire la logica gerarchica all’interno dell’*équipe* (chiamando per esempio lo specializzando a rispondere in caso di errore del dirigente sanitario)¹⁸¹, è un indice sufficientemente eloquente di come, forse, è in questa direzione che dovrebbe dirigersi lo sforzo del legislatore. L’intervento in questione potrebbe anche ridimensionare quella giurisprudenza che tende ad assecondare la logica sociale del capro espiatorio, condannando l’ultimo anello della catena, quello che viene trovato con il cerino acceso in mano, trascurando il contesto organizzativo in cui lo stesso si trova a operare^{182 183}.

¹⁸¹ Sia consentito il rinvio, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali, a MASSARO, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa nell’attività medico-chirurgica in équipe*, in *Temi penali*, a cura di Trapani e Massaro, Torino, 2013, 187 ss. Per un’impostazione più rigorosa in tema di responsabilità dei vertici ospedalieri Cass., Sez. IV 3 dicembre 2015, Galli, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, 737, con nota di CALETTI, *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*.

¹⁸² DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 63.

¹⁸³ Questo è il testo integrale dell’art. 11 del DDL n. 1648 della XVII Legislatura (d’iniziativa dei Senatori Romano ed altri): «In caso di reati colposi commessi nonostante l’osservanza di linee guida o protocolli sanitario, il medico è penalmente responsabile solo ove venga accertato che, nel caso specifico, l’adozione di misure diverse da quelle indicate nelle linee guida o protocolli sanitari avrebbe evitato con probabilità elevata o prossima alla certezza l’evento e che il medico, in base al parametro della perizia, avrebbe dovuto adottare. In ogni caso, valutate tutte le circostanze della fattispecie concreta, il giudice può decidere di applicare una riduzione della pena fino a due terzi nei confronti del medico che si sia attenuto alle linee guida o protocolli sanitari.

È esclusa la responsabilità penale del medico il cui errore sia stato determinato dall’organizzazione della struttura a cui appartiene o in cui ha svolto la sua attività professionale. Ove non sia procastinabile l’intervento medico senza pregiudicare la salute o le aspettative di vita del paziente, è altresì esclusa la responsabilità colposa del medico che, non avendo strumenti per svolgere adeguatamente la propria attività professionale, ne abbia informato il paziente e sempre che non sia incorso in errore professionale comunque evitabile. In ogni caso, il giudice può decidere di applicare una riduzione della pena fino a due terzi, ove risulti che le carenze organizzative e strumentali della struttura sanitaria abbiano determinato in concreto una difficoltà non ordinaria nella esecuzione della prestazione professionale.

Non è punibile penalmente il medico specializzando per le attività compiute nell’ambito del suo specifico percorso di formazione, salvo errore non giustificato da inesperienza professionale.

11. Cenni di diritto intertemporale

La giurisprudenza di legittimità, affrontando le questioni di diritto intertemporale determinate dall'avvicendamento della legge Balduzzi e della legge Gelli-Bianco, ha ritenuto che la novella del 2017 possa trovare applicazione solo in riferimento a fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore, mentre per quelli anteriori dovrebbe continuare a farsi riferimento alla disciplina del 2012, più favorevole con riguardo alla limitazione ai soli casi di colpa grave: «l'abrogazione della legge del 2012 implica la reviviscenza, sotto tale riguardo, della previgente, più severa normativa, che per l'appunto, non consentiva distinzioni connesse al grado della colpa. Infatti la novella del 2017 non contiene alcun riferimento alla gravità della colpa»¹⁸⁴. Si tratta di una conclusione nel complesso condivisibile.

Mettendo a confronto la disciplina del 2012 e quella del 2017, potrebbe ritenersi che la legge Gelli-Bianco, comportando un totale esonero di responsabilità, risulti astrattamente più favorevole della legge Balduzzi, che lasciava pur sempre residuare una responsabilità per colpa grave. Se però si considera che la legge Balduzzi attribuiva rilievo a tutte le linee guida e non solo a quelle accreditate e che la stessa legge Balduzzi, almeno secondo la giurisprudenza più recente, si riferisse non solo all'imperizia ma anche alla negligenza e all'imprudenza, allora la disciplina del 2012 potrebbe risultare, nel caso concreto, quella più favorevole¹⁸⁵.

Non sembra tuttavia corretto impostare la questione nei termini di un confronto tra la disciplina del 2012 e quella del 2017. La legge Balduzzi, vale la pena ricordarlo, poteva trovare applicazione in due ipotesi, consistenti nell'osservanza di linee guida in realtà non adeguate al caso concreto e nell'errore in fase esecutiva. Entrambe le ipotesi sono “messe fuori gioco”

Non è punibile penalmente il medico che nell'ambito di un'attività medica d'équipe abbia espressamente e motivatamente manifestato il proprio dissenso all'esecuzione di un trattamento o di un intervento sanitario.

È punito con la reclusione fino a un anno e con la multa fino a 2.000 euro chiunque, attraverso forme pubblicitarie dirette o indirette, istiga a intraprendere iniziative giudiziarie, anche penali, contro coloro che svolgono attività medico-sanitaria».

¹⁸⁴ Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, Tarabori, cit., punto 11.

¹⁸⁵ DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità*, cit., 2160. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica*, cit., 40 ss. ipotizza un rapporto di specialità reciproca tra la disciplina del 2012 e quella del 2017. Sulle questioni di diritto intertemporale conseguenti alla legge Gelli-Bianco v. anche CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco”*, cit., 103 ss.; PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; BRUSCO, *La colpa penale e civile*, cit., 240 ss.

dalla legge Gelli-Bianco: la prima perché è la lettera della legge a chiarire che le linee guida cui il soggetto si è attenuto debbano essere anche quelle adeguate al caso concreto; la seconda, già sistematicamente criticabile sotto il vigore della precedente disciplina, perché darebbe luogo a conseguenze irragionevoli. Non sono dunque ipotizzabili né aree di sovrapposizione in astratto tra le due norme né casi concreti riconducibili a entrambe.

Il giudizio relativo alla norma più favorevole, quindi, dovrà “scegliere” non tra la legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco, ma tra la disciplina “speciale” e quella generale ricavabile dall’art. 43 c.p. Per i fatti commessi prima dell’entrata in vigore della legge Gelli-Bianco e riconducibili all’art. 3 della l. n. 189 del 2012 continuerà dunque a trovare applicazione quest’ultimo, in quanto norma più favorevole rispetto all’art. 43 c.p., che torna “operativo” dopo l’abrogazione della legge Balduzzi nel 2017; non sarà invece ipotizzabile un’applicazione retroattiva della legge Gelli-Bianco perché non è dato ravvisare alcuna successione modificativa rilevante ex art. 2, quarto comma c.p.

12. Il bicchiere è mezzo vuoto o mezzo pieno? Se si volessero riassumere le impressioni suscitate da una prima lettura della legge Gelli-Bianco, il bicchiere, come al solito, potrebbe apparire mezzo vuoto o mezzo pieno.

La visione pessimistica è condensata dalle seguenti constatazioni:

- *tutto cambia, perché tutto resti identico all’art. 2236 c.c.:* se all’apparente cambiamento normativo veicolato dalla legge Balduzzi ha fatto da *pendant* un sostanziale immobilismo sul piano giurisprudenziale, non è difficile ipotizzare che lo *status quo* sarà gelosamente preservato anche dopo l’introduzione dell’art. 590-*sexies* c.p.;

- *ci si è affannati a guardare il dito e si è persa di vista la luna:* le questioni affrontate *ex professo* dal legislatore, forse, sono quelle che con maggiore facilità avrebbero potuto risolversi attraverso una rigorosa valorizzazione della sistematica “tradizionale” della colpa, mentre restano del tutto nell’ombra le questioni relative alla dimensione plurisoggettiva dell’attività medico-chirurgica, che, oltre a costituire una connotazione pressoché strutturale del settore in questione, offre terreno fertile agli esiti giurisprudenziali più discussi e discutibili.

Se invece ci si volesse sforzare di vedere il “bicchiere mezzo pieno”, si potrebbe osservare che:

- *tutto diventa un po’ diverso appena lo si dice a voce alta:* l’esplicita menzione della colpa per imperizia come qualifica cui, in buona sostanza, ricondurre la colpa professionale, obbliga l’interprete a fare i conti con una categoria che per decenni ha tratto alimento “solo” da alcune pagine di dot-

trina e da una giurisprudenza pressoché apodittica, senza che risultasse sufficientemente chiaro né il rapporto tra colpa generica (di cui l'imperizia è un'articolazione) e colpa specifica né la distinzione rispetto alla negligenza e alla prudenza;

- *le condotte penalmente rilevanti non devono essere moltiplicate senza necessità*: il “nuovo” rapporto tra imperizia e le linee guida ha già indotto la giurisprudenza a rivedere il discutibile esito interpretativo cui si era pervenuti dopo la legge Balduzzi, che, in sintesi, ammetteva la scissione della condotta rispettosa delle linee guida (per esempio la corretta diagnosi da parte del medico) e quella connotata da profili di colpa (per esempio la materiale esecuzione dell'intervento).

Solo il tempo consentirà di verificare se l'art. 590-*sexies* c.p. riuscirà a spezzare la maledizione che ha condannato allo scarso successo applicativo tanto l'art. 2236 c.c. quanto i suoi più o meno fedeli succedanei o se, per contro, la camicia di Nesso derivante dalla tradizione civilistica continuerà a soffocare i tentativi della colpa penale di mostrare il suo volto più autentico.