

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Professionisti - Medici e chirurghi

La decisione

Professionisti - Medici e chirurghi - Lesioni personali colpose - Individuazione della disciplina più favorevole - Criteri interpretativi - (C.p., artt. 2 e 590-*sexies*; L. 8 novembre 2012, n. 189; L. 8 marzo 2017, n. 24, art. 6; D.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3 co. 1).

*Il secondo co. dell'art. 590-*sexies* cod. pen., introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), è norma più favorevole rispetto all'art. 3, co. 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, in quanto prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria collocata al di fuori dell'area di operatività della colpevolezza, operante - ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso) - nel solo caso di imperizia e indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta (anche gravemente) imperita nell'applicazione delle stesse. (Fattispecie di colpa grave per imperizia nell'esecuzione di un intervento di *lifting*).*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUARTA, 31 ottobre 2017 (ud. 19 ottobre 2017), - IZZO, *Presidente* - PICCIALLI, *Relatore* - MAZZOTTA, P.G. (diff.) - Cavazza, *ricorrente*.

Il discutibile secondo *lifting* giurisprudenziale su di un tessuto normativo difettoso

Mediante la sentenza in commento, la Suprema Corte torna a pronunciarsi sul controverso ambito applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p., introdotto nel tessuto codicistico dalla recente riforma "Gelli-Bianco", e sui relativi corollari di diritto intertemporale. In senso del tutto opposto alla prima presa di posizione della giurisprudenza di legittimità sull'argomento, ciò che ne scaturisce è un'interpretazione fortemente ossequiosa della *littera legis* ma che, al contempo, espone il *novum* normativo a seri dubbi di legittimità costituzionale.

Il presente contributo tenta proprio di far luce sui profili di manifesta irragionevolezza, ipotizzandone altresì le ragioni, nel prevedere una sostanziale impunità dell'esercente la professione sanitaria per ogni caso di imperita applicazione di linee guida correttamente individuate per il caso di specie, indipendentemente dal grado della colpa.

By the sentence in question, Court of Cassation returns on the field of application of art. 590 *sexies* c.p., introduced by the recent Gelli-Bianco reform. In the opposite direction to its first statement on the subject, the result is a respectful of *littera legis* interpretation but, at the same time, it exposes the reform law to serious doubts concerning its constitutionality.

This work seeks to provide a clearer understanding of the irrational aspects in predicting a substantial impunity for health workers in every case of unskilled application of properly individuated guidelines.

SOMMARIO: 1. La vicenda all'esame del Supremo Collegio. Un percorso argomentativo di chiarezza esemplare. - 2. Qual è la reale *voluntas legis*? Il (tacito) rinnegamento dell'“itinerario alternativo” suggerito dalla Tarabori. - 3. Alcune riflessioni conclusive: il sospetto di un tentativo di “sabotaggio giurisprudenziale” e l'auspicio di un corretto uso del bisturi da parte delle Sezioni unite.

1. La vicenda all'esame del Supremo Collegio. Un percorso argomentativo di chiarezza esemplare.

Il caso è inquadrabile in poche battute. La condanna del professionista sanitario per lesioni colpose era scaturita dagli esiti di un intervento di *lifting* facciale che aveva condotto ad una diminuzione di sensibilità della zona frontale destra. Danno, a ben considerare, non esiziale (il senso di una siffatta puntualizzazione lo si comprenderà appieno successivamente).

Il terreno di discussione è dunque quello di colpa per *imperizia nella concreta esecuzione* dell'intervento.

Tra i motivi di doglianza spicca quello relativo al diniego – da parte delle giurisdizioni di prima e seconda istanza – dell'applicazione del c.d. decreto Balduzzi, «di cui s'invoca l'applicabilità vertendosi in tema di imperizia, non essendo esclusa nelle operazioni di routine». Diniego motivato dai giudici di merito sulla base dei profili di *colpa grave*¹ ravvisabili nella condotta del medico.

Penalisticamente disquisendo, il reato è prescritto. Residua tuttavia la necessità di provvedere sulle statuizioni civili e pertanto di valutare le censure dedotte dal ricorrente.

Per quanto non espressamente oggetto di motivo ricorso, il caso esaminato pone un notevole problema ermeneutico, che il Supremo Collegio non può esimersi dall'affrontare: quello dell'entrata in vigore della c.d. legge Gelli-Bianco, che – successivamente all'invocata e “defunta” Balduzzi – ha inciso sui connotati della responsabilità medica.

Dovendo chiarire i risultati del “bisturi” legislativo, la Corte esordisce da quelle che ritiene certezze².

In primis, viene in considerazione la circostanza che la legge Gelli Bianco abroga il decreto Balduzzi, il quale prevedeva un limite nella colpa grave del

¹ «Che, com'è noto, è configurabile nel caso di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, ossia dall'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 dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente, o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione» (par.3).

² Par. 5.

medico: «non si pone più pertanto un problema di grado della colpa, salvo i casi concreti in cui la legge Balduzzi possa configurarsi come disposizione più favorevole per i reati consumatisi sotto la sua vigenza coinvolgenti profili di negligenza ed imprudenza qualificati da colpa lieve»³.

Di altrettanta evidenza, sempre ad avviso del supremo organo, appare la limitazione del regime di favore «alle sole situazioni astrattamente riconducibili all'imperizia»⁴, superando così definitivamente, in senso negativo, il dibattito apertosi in sede di legittimità sull'applicabilità della Legge n. 189 del 2012 ad ipotesi di negligenza ed imprudenza.

Meno certezze, invece, la Corte riscontra quanto alla «rilevanza da attribuire alle linee guida», lamentando anche la «difficoltà di delimitare in concreto la nozione d'imperizia da quelle confinanti e talora in parte sovrapponibili di negligenza ed imprudenza».

Soprattutto, nell'argomentazione della Corte, prende corpo un'obiezione di fondo, e cioè che «in presenza di colpa grave, sarebbe oltremodo difficile ipotizzare come sussistenti le condizioni concorrenti previste per l'impunità del sanitario». L'enfasi è posta in particolare sull'incompatibilità tra colpa grave e giudizio positivo di adeguatezza delle linee guida al caso concreto⁵.

Pur non dubitando della fondatezza di siffatti rilievi, la Corte vi oppone quelli concorrenti della «lettera e della finalità della legge»⁶.

³ Par. 6.

⁴ «Cioè al profilo di colpa che si fonda sulla violazione delle *leges artis*, che ha ritenuto non punibili neanche nell'ipotesi di colpa grave. In questo senso può ritenersi ulteriore elemento di certezza il superamento in senso restrittivo del dibattito apertosi in sede di legittimità sull'applicabilità della legge 189/2012 non solo nelle ipotesi di imperizia ma anche nei casi di negligenza e imprudenza (quando le linee guida contengano regole prescrittive di particolare attenzione e cura nello svolgimento di attività considerate pericolose, investendo più la sfera dell'accuratezza, che quella dell'adeguatezza professionale della prestazione)». Come si ricorderà, l'*interpretatio abrogans* della Balduzzi, che ne vedeva ristretta l'applicazione al solo incerto ambito della "stricta" imperizia fu rimnegata per la prima volta in maniera netta da Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, De Negri, in www.penalecontemporaneo.it con nota di CUPPELLI, *La colpa lieve del medico tra imprudenza, imperizia e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)* – richiamata peraltro dalla pronuncia in commento – facendo perno tanto sul «reale contenuto delle raccomandazioni raccolte nelle linee guida» quanto sulla «mancanza di indicazioni tassative e affidabili in merito alla distinzione tra diverse ipotesi di colpa generica».

⁵ Il che rievoca in pieno la primissima critica mossa da PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.* in www.penalecontemporaneo.it. L'Autore notava come i requisiti previsti dalla normativa ai fini dell'esclusione di responsabilità (verificazione dell'evento a causa d'imperizia; rispetto delle linee guida e adeguatezza di quest'ultime alla specificità del caso concreto) si escludessero a vicenda: «infatti, se le linee guida sono rispettate ed adeguate alle specificità del caso concreto, l'imperizia non è ipotizzabile. Non è possibile, perché le linee guida sono un consolidato parametro di giudizio di colpa del medico. La conformità della condotta ad esse e l'adeguatezza al caso concreto non possono che escludere l'imperizia. Non c'è alcuno spazio teorico per un'imperizia di risulta. Nessuna forma di colpa è possibile» (tantomeno, *colpa grave*).

⁶ Par. 7.

Con riguardo alla prima, alla colpa grave non potrebbe più attribuirsi un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, visto che sono entrambe ricomprese nell'alveo di applicazione della nuova causa di non punibilità.

Per quanto invece concerne gli scopi del legislatore, sarebbe chiara intenzione della riforma favorire la posizione del medico, «riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la sua responsabilità civile».

Finalità dunque raggiunta mediante «l'introduzione di una causa di non punibilità per la sola imperizia, la cui operatività è subordinata alla condizione che dall'esercente la professione sanitaria siano state 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 dette raccomandazioni risultino adeguate alla specificità del caso concreto».

Pertanto, nella prospettiva delineata, l'unica ipotesi di rilevanza penale della imperizia sanitaria è individuabile «nell'assestamento delle linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto». Secondo la Cassazione, dunque, questi ultimi sono gli unici casi in cui continuerà ad avere senso discutere di colpa medica⁷.

2. Qual è la reale *voluntas legis*? Il (tacito) rinnegamento dell'“itinerario alternativo” suggerito dalla Tarabori

La Corte suggella le argomentazioni appena esaminate mediante la formulazione di un principio di diritto: «il secondo co. dell'art. 590-*sexies* cod. pen., articolo introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n.24, prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa - rispetto delle linee guida o, in mancanza delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso concreto, nel solo caso d'imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse»⁸.

Sembrano riecheggiare le parole – non propriamente di plauso – scritte da una dottrina immediatamente dopo l'approvazione della Gelli-Bianco, secondo cui, «in definitiva, sembra quasi materializzarsi un baratto proposto al sanitario: in cambio delle linee guida – sia ben inteso: le linee guida individuate dal Ministero – viene promessa la non punibilità a livello penale» (pur pre-

⁷ Tomando al caso di specie, qualora non fosse maturata la prescrizione, si sarebbe pertanto reso necessario un annullamento con rinvio, al fine di accertare l'effettiva applicabilità della causa di non punibilità (ossia il rispetto delle linee guida o delle buone pratiche da parte dello stesso ricorrente nel corso dell'intervento medico; vd. Par. 8)

⁸ Par. 7 ultimo periodo.

cisando come «i termini dello scambio risultino in concreto viziati dal riferimento all'*adeguatezza* al caso specifico; dal che non può discendere automaticamente la non punibilità del sanitario»⁹.

Tale assoluta valorizzazione delle finalità della legge attraverso una lettura strettamente letterale dell'art. 590-*sexies* perviene inoltre ad esiti nettamente antipodici rispetto alla presa di posizione di poco precedente sull'argomento da parte dello stesso Supremo Collegio (Cass., Sez. IV 20 aprile 2017, n. 20187 "Tarabori")¹⁰.

Della sentenza Tarabori non si rintraccia alcuna menzione nella pronuncia in commento, malgrado l'aspirazione dei suoi redattori di farne un autentico *leading case*, in grado di orientare le Corti di merito nell'applicazione della nuova normativa¹¹.

Non è questa la sede per ripercorrere l'*iter* argomentativo di tale sentenza. Basti ricordare come essa avesse offerto un'interpretazione particolarmente restrittiva del *novum* legislativo (tale da attirarsi gli strali di una parte della dottrina, che l'ha tacciata come "riduzionista"¹²).

Definendo quella proposta «l'unica interpretazione possibile», la pronuncia aveva infatti riconosciuto al sanitario tenuto ad attenersi alle linee guida, sia pure con i dovuti aggiustamenti al caso concreto, solamente «la pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli».

Si era inoltre statuito che, ai fini della non punibilità, non rilevassero le condotte mediche viziate da errori manifesti nell'applicazione delle sia pur corrette linee guida. E, alla luce di tale lettura, i giudici stabilivano che, ai sensi dell'art. 2 c.p., il nuovo regime si applicasse ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma, mentre per i fatti anteriori, quando pertinente, potesse trovare applicazione la ritenuta più favorevole normativa del 2012 (la pronuncia

⁹ CALETTI, *Tra "Gelli-Bianco" e "Balduzzi": un itinerario tra le riforme in tema di responsabilità penale colposa del sanitario* in *Rivista Responsabilità medica*, 1/2017, 123.

¹⁰ Cass., Sez. IV, 7 giugno 2017, De Luca. Testo disponibile su www.penalecontemporaneo.it, con nota di CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*.

¹¹ In tal senso CAPUTO, *"Promossa con riserva". La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene "rimandata a settembre per i decreti attuativi* in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 2, 724, sul duplice rilievo dell'autorevolezza degli estensori e del ricorso alla tecnica dell'*ultra petitum*.

¹² Così in particolare ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni in questa Rivista*, 2017, 2. Sulla medesima lunghezza d'onda, da ultimo, BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590-*sexies* c.p.* in *Dir. pen. cont.*, 2017, 11, 209: «in conclusione la prima impressione che si trae leggendo la sentenza De Luca-Tarabori [...] è che il nuovo art. 590 *sexies* c.p. sia, in buona sostanza, una norma del tutto inutile».

era stata proprio anticipata da una notizia di decisione sulla questione intertemporale¹³).

Quel che in questa sede interessa rilevare è che l'itinerario alternativo percorso dalla Tarabori veniva dagli Ermellini ricondotto alle finalità della nuova legge, declinabili in «sicurezza delle cure come parte costitutiva del diritto alla salute, corretta gestione del rischio clinico, utilizzo appropriato delle risorse».

A differenza della sentenza in commento (che considera l'art. 590 *sexies* pressoché isolatamente), la Tarabori poneva quindi a fondamento del suo argomentare considerazioni di carattere sistematico.

Precisamente, assumeva come contesto un sistema il cui perno è individuabile nell'art. 5 della l. 24 recante – sempre ad avviso della Corte – un «vero e proprio statuto delle modalità di esercizio delle professioni sanitarie» (in grado pertanto di illuminare il senso dell'art.6, di cui direttamente si discorre).

Evidenziando la volontà di costruire un sistema «istituzionale, pubblicistico, di regolazione dell'attività sanitaria, che ne assicuri lo svolgimento in modo uniforme, appropriato, conforme ad evidenze scientifiche controllate», la sentenza Tarabori si soffermava altresì sulla natura di mere raccomandazioni delle *guidelines*, chiarendo come esse abbiano «contenuto orientativo, esprimono raccomandazioni». In definitiva, riconosceva che «non esauriscono la disciplina dell'*ars medica*», evidenziandone di conseguenza la funzione tutt'altro che esaustiva nell'accertamento della colpa¹⁴.

In tal modo, probabilmente, s'intendeva mettere a tacere la sferzante critica rivolta dai primi detrattori alle disposizioni penalistiche della Gelli Bianco:

¹³La n.3/2017, per il cui commento a prima lettura si rimanda a CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco approda in Cassazione: prove di diritto intertemporale* in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴Difficile comunque negare che si sia di fronte a regole cautelari vere e proprie, «e ciò per una fondamentale ragione. Essa consiste nella c.d. *concretizzazione del rischio* [...]. Orbene, se si mette in relazione il concetto di concretizzazione del rischio con l'ampio settore relativo alla perizia in ambito sanitario, ne consegue pianamente come in questo particolare ambito le linee guida e le buone pratiche cliniche non possono che integrare altrettante regole cautelari proprio perché non solo sono state elaborate allo scopo proprio di proteggere i beni giuridici della vita e dell'integrità fisica in un determinato settore della scienza medica, ma soprattutto indicano a livello generale ed astratto, tuttavia evidentemente in modo accreditato dalla comunità scientifica, come deve essere operato un determinato organo come, ad esempio, il pancreas che, laddove rivesta una patologia, deve necessariamente essere individuato chirurgicamente previo scollamento dell'organo che ad esso sta innanzi, cioè il colon. Orbene, proprio utilizzando tale esempio, non v'è chi non veda come per operare, chirurgicamente, il pancreas non può che osservarsi, seppure in linea generale, quel tipo di linea guida e di buona pratica clinica, salvo poi doversene eccezionalmente discostare laddove quel determinato soggetto presenti una dislocazione del pancreas diversa da quella comune». Così MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 3, 1176.

l'idea di una "vittoria dei lineaguidari", come provocatoriamente definita¹⁵. Senza peraltro considerare che è la stessa disposizione legislativa a parlare di *raccomandazioni* contenute nelle linee guida¹⁶ e che, anche a prescindere dal *dictum* normativo, per loro natura le linee guida sono *raccomandazioni* di comportamento clinico¹⁷ e cioè direttive di carattere generale che il medico applica al caso concreto "con scienza e coscienza". Dunque, anche tale richiamo, più che risultare pleonastico, sarebbe potuto valere a smentire *ab initio* la valenza "performativa" che l'indirizzo in questione ha attribuito alle linee guida.

La pronuncia in commento riattiva, per contro, il sospetto che la pubblicazione delle linee guida (e la previsione di un articolato meccanismo per la loro emanazione) rappresenti un indice della loro natura vincolante. Con la differenza, rispetto al passato, che non si tratterà di definire il giudizio di colpa in base ad inopportuni automatismi, ma che sarà *a priori* preclusa l'ipotesi di responsabilità penale del medico. E ciò perché – come si è affermato – secondo la sentenza Cavazza, la disposizione consterebbe di una "immunità" a monte, volta a «non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della medicina difensiva».

In proposito, sia tuttavia consentito rilevare quanto segue. Premesso che i diversi interventi legislativi in materia sono stati motivati dall'intento di contrastare il pernicioso fenomeno della medicina difensiva, una delle preoccupazioni in dottrina (e probabilmente sottesa alla sentenza Tarabori) era quella di non dar vita a formule ancor più subdole di difensivismo, per effetto della burocratizzazione dell'attività medica e cioè proprio dell'appiattimento della condotta del sanitario su linee guida che si assumessero (erroneamente) vincolanti, allo scopo di andare esente da responsabilità penale¹⁸.

¹⁵ Su di un piano pressoché "ideologico" si era infatti sostenuto che l'«errore della legge è di scambiare la normalità per l'eccezione», in quanto «la legge avrebbe dovuto assumere la singolarità del malato come la condizione normale della clinica; facendo ciò avrebbe dovuto rinunciare alle linee guida perché di fronte alla singolarità esse perdono il loro presunto valore assiologico, diventando uno dei tanti argomenti, ma non l'unico». Così l'epistemologo CAVICCHI, *Linee guida e buone pratiche. Limiti, aporie e presagi* in *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali. Cosa cambia nella sanità* a cura di Ventre, in *Quotidiano Sanità*.

¹⁶ Il dato testuale è valorizzato da DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, 2516.

¹⁷ Secondo la celebre definizione dell'*Institute Of Medicine, Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington, 2002.

¹⁸ PIRAS, *La colpa medica: non solo linee guida* in www.penalecontemporaneo.it. V. altresì ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale: tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

Da qui l'agevole constatazione che – costruendo interpretativamente la disposizione come una ipotesi di impunità sostanziale – si ravvisi nella novella un intervento sbilanciato a favore della classe dei professionisti, dimenticando che esso era invece, nelle intenzioni dei proponenti, finalizzato alla ricerca di soluzioni di sistema, mercé l'enfasi posta sulle attività di «monitoraggio, prevenzione e gestione del rischio sanitario»¹⁹. Si tratta di aspetti che emergevano inequivocabilmente nella ricostruzione dell'*intentio legis* operata dalla sentenza Tarabori e che, per contro, rischiano di venire del tutto oscurati da una lettura della riforma esclusivamente in chiave di prevenzione della medicina difensiva (e che oltretutto, come poc'anzi rilevato, tale medicina difensiva finirebbe con l'implementare).

Si aggiunga che, pur quando l'"impronta culturale" della riforma imponga di rifuggire da interpretazioni così rigorose del requisito del *rispetto* delle linee guida (tali da non contemplare alcun ritrarsi della censura penale nemmeno di fronte ad un errore esecutivo minimo²⁰), da qui ad ammettere l'operatività di una causa di non punibilità *in ogni caso* di imperita applicazione di esse, il passo è stato davvero lungo.

Nel caso di specie (senza con ciò voler sminuire l'importanza della chirurgia estetica) si tratta solamente di un *lifting* mal riuscito, oltre che di un reato ormai estinto. Ma se la Corte si fosse trovata al cospetto dell'ennesima ipotesi di omicidio colposo (magari più simile proprio all'esempio iperbolico addotto dalla Tarabori²¹) avrebbe davvero formulato il suo principio di diritto così a "cuor leggero"? Se così fosse, dovremmo apprezzare l'esemplare chiarezza e linearità della motivazione, ma anche lamentare la mancata comprensione delle conseguenze future delle sue decisioni.

Si tratta infatti di un'indulgenza che non trova eguali né, da un punto di vista sincronico, in altri ordinamenti, né diacronicamente: persino nella tramontata

¹⁹ Così la relazione del deputato Federico Gelli come riportata nel *Resoconto stenografico della seduta n. 554 di lunedì 25 gennaio 2016* disponibile sul sito www.camera.it.

²⁰ In tal senso, CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale dopo la riforma "Gelli-Bianco"* in *Dir. pen. proc.*, 2017, 10, 1369. Nei casi di errore esecutivo minimo, «quantomeno la *ratio* (l'impronta culturale) della riforma sembrerebbe poter ammettere il ritrarsi della censura penale. Solo una lettura rigorosissima del *rispetto* delle linee guida precluderebbe l'operatività della nuova disposizione codicistica». *Contra*, PIRAS, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis* in www.penalecontemporaneo.it. Rilevando come la sentenza si riferisca proprio all'ipotesi in cui la regola di perizia non sia contenuta nella linea guida (si tratta infatti di una regola ovvia casomai contenuta «nei manuali di medicina generale») secondo l'Autore «non pare possa dirsi che ci sia rispetto delle linee guida».

²¹ L'esempio della Tarabori è quello di un chirurgo che esegue l'asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, per un evidente errore nella fase esecutiva, taglia un'arteria con effetto letale.

stagione di “paternalismo” medico (nettamente ribaltata dai successivi approdi rigoristici della giurisprudenza)²² non vi era il minimo dubbio che dovesse essere penalmente sanzionata la colpa marcatamente grossolana, connessa cioè a «ignoranza dei principi elementari, ed incompatibile con il minimo di cultura e di esperienza che dovrebbe legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all’esercizio della professione medica o ravvisabile nella banale trasgressione di regole che presiedono a tale arte»²³ (richiedendosi anzi maggiore severità e rigore nella valutazione dell’imperizia dei medici specialisti).

Intendiamoci. È difficile credere ad una “redenzione” giurisprudenziale. Sussistono pochi dubbi sul fatto che la stessa giurisprudenza “sterilizzerà” la sua benevolenza trasferendo all’interno della negligenza o dell’imprudenza situazioni che andrebbero inquadrate piuttosto come imperizia. E ben sappiamo come sul punto la giurisprudenza potrebbe godere di ampi margini di discrezionalità, stando anche solo all’ultimo (in ordine temporale) tentativo dottrinale di *actio finium regundorum* tra i tre profili di colpa generica, che individua il solo elemento capace di fare la differenza nella “causa dell’errore” in cui è incorso il sanitario²⁴.

3. Alcune riflessioni conclusive: il sospetto di un tentativo di “sabotaggio giurisprudenziale” e l’auspicio di un corretto uso del bisturi da parte delle Sezioni unite

Insomma, secondo la lettura più piana, la sentenza Cavazza opererebbe un’ingenua valorizzazione del dato testuale. Secondo una lettura più maliziosa, invece, si potrebbe ipotizzare che al principio enunciato non creda davvero nemmeno la Corte stessa.

Non pare infatti peregrino scorgere nella sentenza in commento un tentativo di “sabotaggio giurisprudenziale”: la prospettazione di un’irragionevole causa di non punibilità per l’ipotesi di imperita applicazione di una linea guida per-

²² Per un’esautiva ricostruzione delle summenzionate fasi giurisprudenziali (con particolare riguardo alle sorti alterne dell’art.2236 c.c. in sede di giudizi di responsabilità medica) il rimando è a MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, 88 ss.

²³ Cass., Sez. IV, 6 marzo 1967, Izzo, in *Mass. cass. pen.*, 1968, 420. Numerosi riferimenti giurisprudenziali sono riportati da CRESPI, *La colpa grave nell’esercizio dell’attività medico-chirurgica* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 255.

²⁴ MASSARO, *L’art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell’art. 2236 c.c.*, in *questa Rivista*, 2017, 3. Per quanto riguarda l’errore esecutivo «il caso potrebbe essere quello del medico che, dopo aver scelto una tecnica operatoria adeguata (in adesione ad una linea guida) commetta un errore materiale nell’uso dello strumento operatorio: si renderebbe pur necessario distinguere se 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)».

tinente e adeguata, potrebbe essere letta quale inquietante preludio di una questione di legittimità costituzionale.

Tra l'altro, in maniera nemmeno così larvata: sono gli stessi Giudici, infatti, a specificare che potrebbe dubitarsi della scelta legislativa nell'ottica del rispetto della Costituzione (sia pur menzionando unicamente il profilo meno problematico del riferimento alla sola imperizia e del conseguente sospetto di illegittimità in rapporto all'art. 3 Cost.²⁵).

Al riguardo, appare persino superfluo specificare come il ripristino dello *status quo ante* (prima, cioè, delle recenti novelle legislative) consentirebbe di tornare ad immaginare disinvoltamente *standards* di colpa più elevati, in presenza dei quali, in base ad una valutazione (errata ma invariabilmente) *ex post*, l'evento lesivo non si sarebbe verificato²⁶.

Discorso che meriterebbe trattazione a parte è perché tale "idiosincrasia" nei confronti della Gelli-Bianco (e il conseguente desiderio di liberarsene) si sia manifestata sin da subito anche in dottrina. La stessa, per intenderci, che da sempre lamenta l'*horror vacui* dell'illecito colposo in fatto di tassatività.

Nel frattempo – com'era altamente prevedibile che avvenisse dopo la pronuncia in esame – la questione è stata deferita alle Sezioni Unite, invocate dal Primo Presidente della quarta sezione: la «radicale diversità tra le interpretazioni e le rilevanti implicazioni applicative» conducono all'esigenza di un punto fermo circa gli ambiti di operatività della riforma e i relativi corollari di diritto intertemporale²⁷.

²⁵ CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia?*, cit.: «se da un lato vengono menzionate – ma non affrontate, in quanto irrilevanti nel caso di specie – le perplessità sul rispetto dell'art. 3 Cost. ("potrebbe in vero dubitarsi della coerenza di una scelta di non punibilità dell'imperizia grave e invece della persistente punibilità di una negligenza lieve"; §. 7) nel profilo che, forse, appare meno problematico (in ragione del maggior disvalore da poter attribuire, in *subiecta materia*, alla negligenza, pur lieve, rispetto all'imperizia, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale), dall'altro non si fa cenno alcuno alla possibile lesione dell'art. 32 Cost.; anzi, a ben vedere, ancorando la "scelta del legislatore – che si presume consapevole – di prevedere in relazione alla colpa per imperizia nell'esercizio della professione sanitaria un trattamento diverso e più favorevole rispetto alla colpa per negligenza o per imprudenza" all'obiettivo di "non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie" ed enfatizzando il fine di "restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva" si lasciano trasparire tutte le possibili ricadute benefiche sulla migliore tutela della salute dei pazienti e dunque sul rispetto dell'art. 32 Cost.».

²⁶ Circa le "controindicazioni" di una colpa medica non standardizzata si rimanda a MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 59.

²⁷ Per approfondimenti MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in www.giurisprudenzapenale.it; CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni unite* in *Dir. pen. cont.*, 2017, 11, 244.

Se infatti è esatto che i due summenzionati orientamenti colgono aspetti parimenti veri della riforma (suscettibili di riverberarsi, sul piano della successione di leggi nel tempo, in questioni di specialità reciproche²⁸), nondimeno resta da sciogliere il nodo relativo all'applicabilità o meno della nuova disciplina alle ipotesi di imperizia nella fase esecutiva della prestazione medica (a seguito, come specificato, di una corretta impostazione tanto nella fase della diagnosi, quanto di quella della scelta del trattamento²⁹).

Alla più autorevole composizione del Supremo Collegio spetterà dunque l'arduo compito di evitare che il castello legislativo assuma sembianze kaffkiane, producendo un «annullamento di significato (in questo caso dell'art. 590-*sexies*) attraverso l'intercambiabilità di interpretazioni opposte»³⁰.

Per quel che ci riguarda, ci auguriamo una presa di posizione a favore di un'opzione ermeneutica che eviti sia ingiustificati (*id est* incostituzionali) meccanismi premiali (con persistente sopravvivenza di un giudizio di illiceità del fatto) sia lo stravolgimento della tipicità colposa in deroga ai principi generali³¹.

Si tratta di un'interpretazione che una dottrina ha suggerito da tempo³² e alla quale ha più di recente cercato riscontro in un passaggio della sentenza della Tarabori, precisamente laddove quest'ultima riconosce che la legge Gelli evoca impropriamente la “non punibilità” e che tale espressione andrebbe piuttosto intesa «come un atecnico riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla perimetrazione della colpa»³³. Corollario di siffatta impostazione è che il giudice sia tenuto ad applicare rigorosamente le (già esistenti) categorie del diritto penale, senza ricorrere all'artificio di escludere il rilievo di regole di condotta diffuse e standardizzate sostenendo – apoditticamente – che non siano credibili.

²⁸ La Gelli-Bianco infatti continua a risultare meno favorevole della Balduzzi, nella misura in cui quest'ultima non circoscriveva l'esonero della responsabilità alla sola imperizia, né tantomeno al rispetto di un catalogo tassativo di linee guida.

²⁹ MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco*, cit., 2.

³⁰ Interpretazioni opposte e tutte egualmente plausibili, analogamente a quelle offerte dalle innumerevoli critiche dell'opera kaffkiana. Testualmente riportato COMOLLI, *Quando sul paese innevato silenziosamente appare il Castello...la propensione narrativa di fronte al paesaggio inenarrabile* in *Il pensiero debole*, a cura di Vattimo-Rovatti, Roma, 2010, 193.

³¹ Così, ad es., D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 5, 576, secondo il quale la figura, pur incidendo sulla colpa [...] pare da ricondurre più propriamente a una limitazione del tipo dell'illecito colposo, che viene amputato di uno dei profili di rimproverabilità soggettiva che potrebbero descriverlo (*i.e.*: l'imperizia).

³² 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, 3 ss.

³³ DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari*, cit., 2163.

Alla luce di quanto premesso, per il momento, ad essere poco credibile è tuttavia la volontà di salvare la neonata Gelli-Bianco da censure di illegittimità costituzionale.

FRANCESCA PIA BISCEGLIA