

QUESITI

ANTONELLA MERLI

Una proposta a fronte del fallimento dell'assetto normativo della colpa medica nella legge Gelli-Bianco.

Il contributo vuole prendere in esame la possibilità di affrontare i problemi della colpa medica su basi concettuali diverse da quelle che ha inteso (ri)costruire la riforma. Confluisce perciò e si sviluppa su un punto essenziale: ragionare della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari, sia a livello nomologico che giuridico-interpretativo, abbandonando il criterio di imputazione più favorevole. In quest'ottica, non si propone quindi di offrire soluzioni alternative per una ricostruzione esegetica dell'enunciato normativo, né, tanto meno, intende proporre una *nuova* modifica della causa di non punibilità re-introdotta dalla legge Gelli-Bianco. L'indagine non persegue altro scopo che fornire una spiegazione esaustiva dei molti dubbi ermeneutici sollevati dalla norma di favore. Con un preciso obiettivo teorico: suggerire un metodo, un modo di ripensare il tema della colpa medica riconducendolo nel quadro della teoria generale della responsabilità per colpa.

A proposal for the failure of the regulatory structure of the medical guilt in the Gelli-Bianco law

The contribution aims to examine the possibility of tackling medical guilt problems on a conceptual basis that is different from the ones that the reform intended. It therefore flows and develops on an essential point: reasoning of the culpable criminal liability of health workers, both at the nomological and juridical-interpretative level, abandoning the most favorable imputation criterion. With this in mind, it therefore does not propose to offer alternative solutions for an exegetical reconstruction of the regulatory statement, nor, even less, does it intend to propose a new modification of the non-punishable cause re-introduced by the Gelli-Bianco law. The investigation has no other purpose than to provide an exhaustive explanation of the many hermeneutical doubts raised by the favorable rule. With a precise theoretical objective: to suggest a method, a way of rethinking the theme of medical fault by bringing it back into the framework of the general theory of liability for fault.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le illogicità e le incongruenze della causa di non punibilità re-introdotta dalla legge Gelli-Bianco. - 2.1. L'esclusione dell'impunità per la condotta negligente o imprudente. - 2.2. L'esonero da responsabilità colposa per l'"errore esecutivo". - 2.3. L'intervento protettivo del legislatore nei casi *coperti* da linee guida e pratiche mediche legalizzate. - 2.4. Il ruolo sussidiario delle prassi mediche. - 2.5. L'applicazione della norma di favore alla colpa lieve. - 2.6. La limitazione del "beneficio" alla classe medica. - 3. Il falso presupposto della "divisibilità" del concetto di colpa. - 4. Le ragioni a favore di una nuova prospettiva per la colpa medica. - 5. L'abbandono del limite normativo alla responsabilità per colpa reintrodotta dalla nuova disciplina. - 6. Il recupero delle categorie dogmatiche della colpa penale. - 7. Dalla teoria alla prassi applicativa.

1. *Introduzione.* Quale futuro per la colpa medica? Ecco la prima domanda che salta in mente e continua a interrogarci dopo il fallimento della legge Gelli-Bianco¹, o meglio della reintrodotta causa di non punibilità degli operatori

¹ Ha sancito *expressis verbis* il fallimento della riforma sotto il profilo che ha «mancato l'obiettivo manifesto di garantire più certezze d'irresponsabilità, persino arretrando rispetto alle ultime acquisizioni della giurisprudenza maturate con riguardo alla legge Balduzzi, in termini di garanzia della classe medica e conseguentemen-

sanitari². Le cui contraddizioni e ambivalenze – inutile negarlo – sono ormai unanimemente riconosciute, tant'è che non si è ancora sviluppata un'interpretazione della novella che riesca a disegnare – esattamente – i confini della fattispecie. Il suo dato letterale è «estremamente complesso, quasi enigmatico»³ e nel suo insieme di così vaga formulazione da consentire che ogni nuova lettura porti con sé aggiunte e correzioni, creando insuperabili difficoltà applicative alle quali la giurisprudenza è andata e verosimilmente andrà incontro⁴. E ciò nonostante l'intervento della nota sentenza delle Sezioni Unite, la cui controversa lettura (e rilettura), che sembra esarcerebbero disaccordi invece che risolverli, ha suscitato non poche critiche da parte di molte voci autorevoli (anche se da prospettive diverse e con valutazioni divergenti del *novum* legislativo), sino a far dubitare «sulla tenuta costituzionale di un esito interpretativo così creativo, incoerente, incerto, indeterminato»⁵. A ulteriore dimostrazione di una complessità della norma che non si riesce a pa-

te di argine alla medicina difensiva e piena attuazione del diritto alla salute», CUPELLI, *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali*, in *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, a cura di Romano, Pisa, 2019, 100. Così le stesse Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 22 febbraio 2018, Mariotti, in *Mass. Uff.*, n. 8770/2018, con nota di CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in www.penalecontemporaneo.it), che hanno riconosciuto la normativa previgente come più favorevole.

² Sulla natura di reato proprio della fattispecie di cui al co. 1 dell'art. 590-sexies c.p. realizzabile solo da chi sia in possesso della qualifica di esercente una professione sanitaria necessaria perché trovi applicazione la disciplina di favore sancita nel comma 2, e sulla portata di tale qualifica che abbraccia anche «classi di professionisti della sanità diversi dai medici», cfr. CAPUTO, *L'esercente una professione sanitaria*, in *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, a cura di Romano, cit., 29 ss.

³ Così CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dop la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2017, 1371.

⁴ La prima sentenza che si è occupata del nuovo art. 590-sexies c.p. subito dopo l'entrata in vigore della novella (Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, "Tarabori"), non ha mancato di osservare che la sua lettura suscita «alti dubbi interpretativi» e presenta «incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo» (§7). La sentenza è pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2017, con nota di CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*; nonché: in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, 713 ss., con nota di CAPUTO, *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, 724 ss. (si veda anche ID., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 82 ss.); in *Giur. it.*, 2017, 2199 ss., con nota di RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017, 2201 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1369, con nota di CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale*, cit.

Nello stesso senso PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2017, a cui avviso la norma rischia di essere destinata a «vita vegetativa».

⁵ BLAIOTTA, *Niente resurrezione, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in www.penalecontemporaneo.it, il quale definisce l'opzione interpretativa delle Sezioni Unite «una soluzione talmente sfumata ed oscura che porrà gravi problemi applicativi». Esprimono forti critiche, tra gli altri, CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite*, cit., 7; PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2018, 6.

droneggiare, e che rischia di naufragare nella deriva delle incertezze sul piano operativo. Per tacere che, forse, gli stessi dubbi interpretativi e la stessa interpretazione adottata dalle Sezioni Unite sono destinati a trasferirsi dinanzi alla Corte costituzionale al cui giudizio, prima o poi, potrebbe essere sottoposta la nuova disciplina normativa, fortemente a rischio di censura per incostituzionalità.

Un fallimento – il cui inizio ha avuto luogo con il c.d. decreto Balduzzi,⁶ e sovrasta quello dell’abrogata normativa –⁷ che spinge a una radicale revisione dei temi della colpa medica, in particolare di quello che più anima il dibattito dottrinale, e che attiene, appunto, alla nuova causa speciale di esonero da pena. La cosa appare sempre più evidente: l’ampio spettro delle posizioni critiche assunte dalla dottrina (tranne pochissime eccezioni) nei confronti della rivisitata norma di favore (che ancora una volta⁸ si è mossa in senso derogatorio ai principi posti dall’art. 43 c.p., attraverso il correlativo riconoscimento di efficacia scusante alla colpa lieve da imperizia nella fase esecutiva) è eloquente⁹.

Peraltro un indirizzo di politica legislativa orientato nel senso del rifiuto di uno statuto speciale di maggior favore per i medici è, come vedremo, in linea e in continuità con l’esigenza di limitare e circoscrivere la responsabilità

6 La disposizione, introdotta dall’art. 3, comma 1, della legge 8 novembre 2012, n. 189, stabiliva la non responsabilità per colpa lieve del sanitario che si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Definiva la norma «di difficile lettura, *prima facie* ossimorica, che delimita in modo drastico i margini di tipicità della colpa professionale del sanitario», RISCATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2013, 691. Ne denunciava «un grave deficit di tassatività, di razionalità, di coerenza», BLAIOTTA, *Niente resurrezione, per favore*, cit., 10. Per un commento, cfr. inoltre tra gli altri CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.4/2013, 1730; VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, fasc. 2, 735 ss.

7 Ravvisano un peggioramento rispetto alla normativa abrogata, tra gli altri, RISCATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 5 giugno 2017; MASSARO, *L’art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la cannicia di Nesso dell’art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen. (web)*, 3, 2017, 13; CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *DPC-RT*, 2/2017, 84 ss; CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *DPC-RT*, 4/2017. Prima della sua approvazione, CENTONZE-CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli - Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1368; POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, fasc. 2/2017. V. anche DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in www.laegislazionepenale.eu.

8 È dell’avviso che la disciplina del decreto Balduzzi operasse in deroga ai principi posti dall’art. 43 c.p. la sentenza “Mariotti” (§. 8.2).

9 Su tali posizioni, cfr. MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti*, in www.laegislazionepenale.eu, 17 gennaio 2020.

colposa degli operatori sanitari, quindi «di contenere il fenomeno di iperresponsabilizzazione della classe medica emerso negli ultimi decenni con frequenza insostenibile»¹⁰, dunque, con la stessa ragione ispiratrice della novella che, come è noto, è quella di arginare la c.d. medicina difensiva e ridurre il contenzioso in materia di responsabilità per colpa medica¹¹. E al contempo, fa da contrappunto all'articolata disciplina espressa dalla legge Gelli-Bianco con risultati deludenti e aspettative di importanti innovazioni largamente deluse¹², anche perché (a parte i suoi aspetti di criticità) limitata – inspiegabilmente – ai casi di *imperizia* e a quelli maturati per colpa *lieve* nella *fase esecutiva*¹³.

Proprio per questo, costruire, o rivedere, i termini della colpa medica in ambito penale ipotizzando una questione non di esenzione da pena ma di affermazione o esclusione della responsabilità colposa in base alla corretta applicazione degli ordinari criteri di valutazione della colpa, potrebbe avere l'effetto di evitare le complicazioni ricostruttive e applicative connesse alla scelta legislativa di riservare un trattamento di minore severità sanzionatoria nei confronti della classe medica e, al tempo stesso, favorire un assetto più equilibrato – più omogeneo e coerente – di una materia ancora in attesa di una elaborazione sistematica soddisfacente.

10 Così (con riferimento al d.l. Balduzzi) RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 703. Sul punto vedi anche, fra gli altri, DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, 736 ss.; 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 *Arch. pen. (web)*, 1, 2014, 3 ss.; CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in Lovo-Nocco (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria, E-Book del 13 febbraio 2017*, 417 ss.

11 Sulla medicina difensiva e sui suoi riflessi sulla problematica della colpa medica, v. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3 ss.; EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, *ivi*, 2011, 1085 ss.; BARTOLI, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, *ivi*, 2012, n. 4/5, 1107 ss.; ROTOLO, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1259 ss.; GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 22 ss.; Forti-Catino-D'Alessandro-Mazzucato-Varraso (a cura di), *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*, Pisa, 2010.

12 Che le attese e le aspettative della riforma siano state deluse è ferma convinzione della dottrina. Cfr. per tutti, ROMANO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, 1.

13 Sul ristretto ambito applicativo dell'art. 590-sexies, secondo co. c.p. concorda larga parte della dottrina. Così tra gli altri, CENTONZE-CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice*, cit., 1365; CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, cit., 208.

2. *Le illogicità e le incongruenze della causa di non punibilità re-introdotta dalla legge Gelli-Bianco.* La lista di difetti – palesi o nascosti – contenuti in numerosi aspetti della norma di favore, così come disciplinata dalla legge Gelli-Bianco e comunemente interpretata, è molto lunga. A partire dalla menzione esplicita della colpa per imperizia. A differenza di quanto avveniva nel vigore della disciplina precedente, che lasciava spazio per estendere la sfera dell'impunità ai profili della negligenza e dell'imprudenza¹⁴.

2.1. *L'esclusione dell'impunità per la condotta negligente o imprudente.* La limitazione del trattamento di favore ai casi di imperizia, benchè recepisca un orientamento della giurisprudenza costituzionale¹⁵, è una scelta che la dottrina, in netta maggioranza, considera inopportuna e discutibile¹⁶. Non solo per l'ingiustificata esclusione delle altre tipologie di colpa previste dall'art. 43 c.p.¹⁷. Anche perché l'accertamento se la colpa sia riconducibile ad imperizia oppure a negligenza o imprudenza – tutte categorie concettuali dai confini sfumati che lasciano ampio margine decisionale ai giudici (come è noto da sempre) –¹⁸ consiste in un'attività complessa che, forse ancor di più nella specifica ipotesi dell'inesatto adempimento (c.d. errore *esecutivo*), presenta ampi margini di opinabilità e dà luogo a risultati assai incerti.

14 La giurisprudenza si era progressivamente orientata nel senso di escludere una limitazione della legge Balduzzi alle sole ipotesi di imperizia. Così ad esempio Cass., 6 giugno 2016, n. 23283, con nota di CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 giugno 2016 e, in precedenza, Cass., sez. IV, 17 novembre 2014, n. 47289, con nota di ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *DPC-RT*, 1/2015, 231 ss. e Cass., sez. IV, 15 maggio 2015, n. 20300. Cfr. sul punto anche BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2/2017, 159.

15 Mi riferisco alla nota sentenza della Corte cost. 22 novembre 1973, n. 166, secondo la quale l'esenzione o limitazione di responsabilità per colpa lieve può essere riferita alla sola imperizia, mentre per la negligenza e imprudenza «ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità».

16 Così MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., cit.*, 13 ss. e 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, 295.

17 Sottolinea che «una siffatta delimitazione frustra significativamente le reali chances di successo della neonata previsione, soprattutto al cospetto delle elevate ambizioni che la stessa si pone», D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 577. Così anche DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità. Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. Pen.*, fasc. 6, 1° giugno 2017, 2172, secondo cui «tale delimitazione potrebbe rappresentare un "cavallo di Troia" per la contrazione applicativa surrettizia della "riforma"».

18 Sul tema esiste una vasta letteratura. Cfr. per tutti GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 163 ss.

Tuttavia, malgrado il discusso fondamento teorico della contrapposizione colpa da imperizia-negligenza-imprudenza e l'obsolescenza della tripartizione¹⁹ (priva di una solida base scientifica, e in oscillazione costante tra le diverse qualifiche normative della colpa), l'interprete, sul piano pratico (allo stato, condivisibilmente) non può ignorare, o rifiutare, e prendere in esame una concezione unitaria di responsabilità colposa, dato il riferimento esplicito all'imperizia contenuto nella norma in commento, che obbliga a prestare attenzione, *sebbene in condizioni di incertezza*, ai diversi profili della colpa medica. Del resto le stesse "raccomandazioni" contenute nelle linee guida, che sono a fondamento del (o concorrono al) giudizio di colpa nei confronti del sanitario, non afferiscono sempre all'imperizia²⁰; sembrano estendersi talvolta (e, ancor di più, quelle contenute nelle buone pratiche) alla sfera della diligenza e della prudenza²¹ che, essendo fuori dal perimetro applicativo della causa di non punibilità, impongono la necessità di distinguere, *almeno in superficie*, tra più "forme" di responsabilità colposa²².

Non ripeterò ciò di cui ho parlato in altra sede se non per ricordare che c'è un'ampia casistica²³ – è fatto acclarato – in cui la qualificazione della colpa è in bilico tra una condotta imperita e una condotta negligente o imprudente²⁴. Gli esempi possibili sono tanti, ma basti qui richiamare tre ipotesi.

Il caso forse più significativo è quello in cui la colpa trovi origine nell'uso dei mezzi strumentali di indagine o di terapia adoperati nell'atto operatorio, o,

19 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, 394.

20 Ad esempio, nel caso in cui si tratti di compiti non particolarmente qualificanti esse richiedono spesso prestazioni che riguardano la sfera dell'accuratezza, della diligenza e della prudenza, piuttosto che quella della adeguatezza professionale, della perizia, sicché in tal caso rientrerebbero nella loro portata anche i profili dell'imprudenza e della negligenza. Vedi, in questo senso, *Cass.*, sez. 4, 11 maggio 2016, n. 23283, Rv. 266903; *Id.*, 1 luglio 2015, n. 45527, Rv. 266903; *Id.*, 9 ottobre 2014, n. 47289, Rv. 260739.

21 Che le linee guida possano fissare anche regole di diligenza o prudenza è opinione largamente condivisa dalla dottrina. Cfr. ad esempio D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, cit., 575; DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 9; CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, cit., 26. In giurisprudenza, per l'estensione delle linee guida anche ai profili della negligenza e imprudenza, *Cass.*, 16 novembre 2015, n. 45527, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 361 ss., con nota di DELL'OSSO; *Cass.*, 17 novembre 2014, n. 47289, con nota di ROIATI, *Prime aperture interpretative*, cit.; *Cass.*, 17 novembre 2014, n. 47289 e più di recente, *Cass.*, 6 giugno 2016, n. 23283, cit.

22 Così DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 9, la quale osserva che «una siffatta distinzione difficilmente sarà rinvenibile in termini rigidi nemmeno nelle linee guida, che mirano – senza porsi problemi definitivi – ad assicurare la perizia, ma anche la diligenza del medico e la tempestività del suo intervento».

23 Riportata in MERLI, *Il quadro della responsabilità colposa*, cit.

24 Riconosce l'estrema difficoltà di individuare un confine netto tra colpa per negligenza o imprudenza e imperizia, la stessa sentenza "Mariotti" delle Sezioni Unite, ma considera la distinzione fondamentale, escludendo che la causa di non punibilità possa operare in caso di negligenza o imprudenza.

più in generale, dipenda da errore manuale. Non a caso tre sentenze della Cassazione, relative a fattispecie diverse ma tutte riconducibili all'uso di strumenti tecnici, hanno qualificato l'uso improprio da parte dei medici dei "ferri del mestiere", due come condotta imperita²⁵, una come imprudente/negligente²⁶. Qui dunque è assai arduo stabilire se si tratta di colpa per violazione di regole di condotta derivanti dall'esperienza comune, ossia per disinteresse, mancanza di cura, zelo, accortezza, attenzione al fine (negligenza o imprudenza), oppure per difetto di conoscenza delle regole dell'arte o di abilità nell'applicarle (imperizia)²⁷. Lo stesso si dica nella maggior parte dei casi relativi ad errata o ad omessa diagnosi ovvero se la scelta di intervenire chirurgicamente non è compatibile con le condizioni del paziente, dove è difficile accertare – nella prassi applicativa – se il ritardo nell'approfondimento diagnostico debba essere ascritto ad ipotesi di negligenza oppure valutato come imperizia²⁸. Come appare chiaro, riguardo a questi casi paradigmatici (così difficilmente risolvibili) esistono soluzioni di ogni tipo, ma nessuna è davvero convincente: in ognuna di esse ci sono molti elementi controversi, anzi, in realtà lo sono quasi tutti²⁹.

Alle incertezze, o per meglio dire, alla quasi insuperabile problematicità di una distinzione rigorosa tra le diverse forme di colpa – dai contorni mai chiariti fino in fondo anche al di fuori dell'ambito sanitario –³⁰, si aggiunga che il rimproverabile errore del medico nel tradurre in azioni concrete comandi e divieti ha più a che fare – così sembra – con un rimprovero di "imprudenza" o "negligenza", cioè in termini di distrazione superficialità avventatezza nei confronti delle esigenze terapeutiche della persona assistita. L'adempimento imperfetto della prestazione medica a causa di *imperizia*, ha (semberebbe avere) un ristrettissimo margine di applicazione confinato a casi

25 Cass., Sez. IV, 9 aprile 2013, Cantore, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013, con la presentazione di VIGANÒ; Cass., Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 22405, Piccardo, in *Ced. Cass.*, 2015, rv. 263736.

26 Cass., Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 16944, Rota, in *Ced. Cass.*, 2015, rv. 263389.

27 Sulle diverse tipologie di colpa e sui rapporti tra colpa civile e colpa penale, cfr. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 69 ss.

28 Vigente il d.l. Balduzzi larga parte della giurisprudenza qualificava l'errore diagnostico come negligenza e le conseguenti inopportune dimissioni del paziente in termini di imprudenza. Cfr. sul punto CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia l'orizzonte applicativo della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1147 ss., nonché PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la Legge Balduzzi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 aprile 2015.

29 Sulle proposte della dottrina per distinguere l'imperizia rispetto alla negligenza e imprudenza, cfr. anche per i necessari riferimenti MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa*, cit., 24 ss.

30 Sulle qualifiche di negligenza, imprudenza e imperizia previste dall'art. 43 c.p., cfr. per tutti GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 163 ss.

molto specifici³¹.

Nessuna meraviglia, dunque, se autorevole dottrina con riguardo al d.d.l. Gelli-Bianco auspicava «un ravvedimento legislativo, che elimin[asse] il richiamo all'imperizia»³².

2.2. *L'esonero da responsabilità colposa per l'“errore esecutivo”*. Per non dire delle rilevanti perplessità che suscita la discussa e labile differenza tra linea guida adeguata al quadro clinico e suo adeguamento al caso concreto (un dualismo di cui la dottrina non ha mancato di denunciare l'ambiguità)³³; quindi tra errore valutativo ed errore esecutivo riconducibili, rispettivamente, all'imperizia *in eligendo* (sottratta alla norma di favore)³⁴ e all'imperizia *in executivis* (non punibile)³⁵. E' l'aspetto forse più controverso e irrisolto di una formula normativa così oscura che rischia di non lasciare alcun margine per gli *adempimenti imperfetti*³⁶.

Eppure la distinzione tra i due momenti della colpa (quello della selezione o del rispetto della direttiva codificata e quello della sua attuazione) è stata al centro di molte riflessioni e, almeno sul piano teorico, ha avuto fortuna: infatti, è uno dei pochi punti su cui c'è un accordo generale. Anzi, non v'è opi-

31 Non a caso D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 577, con riguardo agli errori di adattamento delle linee guida al caso concreto osserva che «sembra in qualche modo pronosticabile che, per lo meno nei casi di colpa grave, essi rifluiscono in contestazioni di negligenza professionale, sfruttando la già segnalata mobilità dei confini tra le diverse categorie della colpa, così “aggirando” lo sbarramento legislativo ancorato al solo profilo dell'imperizia (in tale contesto, penalmente irrilevante anche se grave)».

32 DI GIOVINE, *Colpa penale, “legge Balduzzi” e “disegno di legge Gelli - Bianco”*, cit., 397.

33 Parla di «labile linea di demarcazione tracciata dalla riforma tra l'errore nella scelta e l'errore nell'esecuzione della *Guideline*, attraverso l'infelice esplicitazione della “clausola di adeguatezza”», CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra “nuovi” spazi di graduazione dell'imperizia e “antiche” incertezze*, in www.penalecontemporaneo.it, fasc. 4/2018, 40 ss.

34 Così la sentenza Martotti secondo cui «L'errore non punibile non può, però, alla stregua della novella del 2017, riguardare – data la chiarezza dell'articolo al riguardo – la fase della selezione delle linee-guida perchè, dipendendo il “rispetto” di esse dalla scelta di quelle “adeguate”, qualsiasi errore sul punto, dovuto a una qualsiasi delle tre forme di colpa generica, porta a negare l'integrazione del requisito del “rispetto”. Ne consegue che la sola possibilità interpretativa residua non può che indirizzarsi sulla fase attuativa delle linee-guida...» (§ 9.1).

35 Contrassegna le due ipotesi con le espressioni «errore nella scelta» ed «errore nell'adattamento», CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, cit., 21 ss.

36 Si è ritenuto che «con riguardo agli “adempimenti inopportuni”, invece, si potrebbe invocare ovviamente non sempre, ma con una certa frequenza, l'art. 2236 c.c.»: così CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale*, cit., 1379. Tuttavia, sulla discussa questione relativa alla rilevanza penalistica dell'art. 2236 c.c. e quindi al recupero attraverso tale norma della rilevanza scusante dell'imperizia “lieve”, e sul difficile rapporto per così dire di “convivenza” tra l'art. 590-sexies c.p. e la disposizione civile, cfr. MERLI, *Brevi note sul ruolo dell'art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari e sul rapporto tra il nuovo articolo 590-bis c.p. e la disposizione civilistica*, in *Cass. Pen.*, 2019, n.11, 4132

nione più comunemente accettata (per lo meno in linea generale ed astratta) di quella secondo la quale, la separazione tra imperizia “nel momento della scelta” e imperizia “nella fase esecutiva”, è la base della nuova causa di non punibilità, l’approccio giusto alla riforma per affrontarne i nodi di fondo³⁷. La formula normativa, infatti, al pari di quella della legge Balduzzi³⁸, è sembrata logicamente improponibile, perché parrebbe associare la colpa del medico all’attenersi a linee guida o buone pratiche adeguate, accostando gli opposti: una colpa, senza colpa³⁹. Secondo una condivisa opzione interpretativa, si è ritenuto – non senza motivo, in fondo – che (“in teoria”) l’unica via da percorrere sul piano ermeneutico per dare concreta applicazione alla nuova causa di non punibilità ed evitare un’*interpretatio abrogans* della norma, è quella di limitare l’irrelevanza della colpa lieve alle sole – non frequenti – ipotesi di errore esecutivo, sottraendo al regime di imputazione più favorevole quello valutativo, ossia una larga fascia di colpevole imperizia (da cui deriva, peraltro, un significativo assottigliamento degli spazi di impunità)⁴⁰. Invero, esonerando il medico da responsabilità per colpa *solo* per errore *esecutivo*⁴¹, l’assenza di colpa, in ragione della scelta di una linea guida “adeguata” (la condizione per fruire del “beneficio”), è ben compatibile con l’imperizia (non punibile) maturata in fase *attuativa*, cioè col “privilegio” previsto in capo al medico che

37 Aderisce in pieno alla distinzione tra errore di valutazione ed errore di esecuzione la sentenza “Cavazza” e, successivamente, la sentenza “Mariotti” delle Sezioni Unite. La distinzione tra le due classi di errore era già contenuta nella sentenza “Cantore” (Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 10257), in www.penalecontemporaneo.it, 11 aprile 2013, sulla quale v. la nota di CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, ivi, 10. 06. 2013).

38 Cfr. Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit., secondo cui «una prima lettura della norma induce a cogliervi una contraddizione: un terapeuta che rispetta le linee guida e che è al contempo in colpa». Per una proposta di soluzione del problema, cfr. VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi”*, cit., 744 ss.; ID., *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un’interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell’art. 590 sexies c.p.*, in www.lagegislazionepenale.it, 7 dicembre 2017, 1 ss.

39 Per la dottrina il vizio logico è “lampante”: così RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell’imperizia “lieve” del medico*, in *Giur. it.*, 4/2018, p. 949 ss.; così anche PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 3/2017; CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli - Bianco”*, cit., 107. Sul punto, cfr. MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa*, cit., 15, cui si rinvia anche per più ampi riferimenti bibliografici.

40 Cfr., tra gli altri: CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco”*, cit., 102.; PIRAS, *La non punibilità dell’imperizia medica in executivis*, in www.penalecontemporaneo.it, 12/2017; CENTONZECAPUTO, *La risposta penale alla malpractice*, cit., 1368; D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 577. V. inoltre sul punto, IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge c.d. Gelli-Bianco)*, in www.penalecontemporaneo.it, 6/ 2017, 58 ss.; CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale*, cit., 1372; ID., *La fisionomia dell’art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite*, cit., par. 4. Per la giurisprudenza, tra le altre, la sentenza Mariotti delle Sezioni Unite, cit.

41 Così sotto il vigore della legge Balduzzi Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, cit.

commette un errore nel compiere materialmente la sua attività.

Chiunque guardi alla realtà delle cose, però, non fa fatica ad accorgersi che, “sul piano concreto”, le posizioni divergono.

Qui la maggior parte degli autori mette in dubbio la possibilità di una separazione netta tra linea guida adeguata e suo adeguamento. Un approccio empirico induce a far concludere, mostrandone impietosamente la fragilità, che la distinzione tra le due categorie concettuali (o classi di errore) non regge se solo si pone mente al fatto che, nella prassi applicativa, il mancato *rispetto*, o la *scelta inadeguata*, della linea guida (punibile) è quasi indistinguibile dalla *non corretta attuazione* (esonerata, in caso di colpa lieve, da responsabilità)⁴². Un esempio, di un lungo elenco⁴³: si è in presenza di una figura ibrida tra le due categorie definitorie nell’ipotesi di una diagnosi corretta alla stregua delle indicazioni contenute nella linea guida dalla quale tuttavia non si è tratta per errore nella valutazione delle condizioni del paziente l’urgenza di un intervento chirurgico non ulteriormente procrastinabile che, in quanto intempestivo, ha determinato la morte della persona assistita.

Riprendendo il rilievo di un precedente scritto⁴⁴, l’incertezza dei confini tra i due errori è resa ancora più nebulosa e il quadro si presenta più articolato, se la parola “rispetto”, contenuta nell’art. 590-sexies c.p., vuol dire, come sostiene la nota sentenza “Mariotti” delle Sezioni Unite, che il medico, nell’utilizzare i precetti delle linee guida, deve gestire le relative raccomandazioni non solo in rapporto alla patologia in atto ma (se una valutazione successiva lo richieda a garanzia della salute del paziente se pure in termini di adozione di terapie più efficaci rispetto ad altre possibili) anche con riguardo alle alternative di intervento prospettabili nel progredire della fase attuativa e non apprezzabili *a priori*⁴⁵.

Come abbiamo sottolineato in altra sede⁴⁶, il termine “rispetto” una volta con-

42 Cfr. CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell’art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite*, cit., 40, i quali segnalano che «anche una sentenza ‘chirurgica’ sul piano argomentativo come la ‘Tarabori’, aveva confuso i due piani in ben due passaggi della motivazione» (§ 7 e 8.2), dove la «*clausola di adeguatezza*» delle linee guida contenuta nell’art. 590-sexies c.p. viene intesa in termini di “*adeguamento*” delle linee guida, quindi di concreta e corretta trasposizione da parte del sanitario delle istruzioni nel caso specifico e non già di idoneità in astratto delle raccomandazioni rispetto al paziente “in carne ed ossa”.

43 Un’ampia casistica è riportata in MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa*, cit.

44 MERLI, *La causa di impunità re-introdotta dalla legge Gelli-Bianco in materia di colpa medica. Le Sezioni Unite recuperano la colpa lieve come requisito intrinseco alla norma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2019, 544.

45 Cfr. sul punto DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell’operatore sanitario dal decreto “Balduzzi” alla l. “Gelli-Bianco”*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17 gennaio 2018, 5.

46 MERLI, *La causa di impunità re-introdotta dalla legge Gelli-Bianco in materia di colpa medica*, cit., 531.

siderato in rapporto al complessivo sviluppo della vicenda terapeutica (sul punto però la dottrina, posta di fronte al problema, stenta a trovarsi d'accordo) comporta la connessione, o il collegamento, di tale requisito con la fase attuativa, l'intreccio tra "adeguatezza" e "adeguamento"⁴⁷. E per questo rende difficile, se non impossibile, localizzare, in un'area precisa e circoscritta, con regole chiare e barriere nette, l'errore nella scelta e l'errore esecutivo⁴⁸. Un caso assai significativo, a riprova della mobilità dei confini tra i due *momenti*, o *ambiti*, nei quali può manifestarsi l'imperizia, come abbiamo già avuto occasione di osservare⁴⁹, è quello in cui le raccomandazioni contenute nelle linee guida risultano così articolate da investire – in relazione alla *eventuale* e *prevedibile* evoluzione del caso clinico – l'intero percorso dell'intervento medico attraverso la costruzione di una regola di condotta, per così dire, "a formazione progressiva". Che disciplina, cioè, in dettaglio, non solo la fase di *individuazione/selezione* della terapia ma anche quella *attuativa/esecutiva*: cioè il momento pratico-applicativo del precetto cautelare (di cui più spesso, però, come è noto, tocca al medico stabilire le modalità esecutive). E' chiaro che il discorso si fa qui più delicato. Rispetto a tale ipotesi, infatti, l'errore del medico, nel non adattarla ad ogni passo (in rapporto all'evolversi della malattia) alle peculiarità e sfumature del caso così come prescritto dalla direttiva codificata, potrebbe mettere in discussione se inquadrarlo nell'errore esecutivo ovvero se attiene al "rispetto" della regola codificata. Ma errore di *valutazione* ed errore di *esecuzione* presentano profili di possibili interferenze ed è problematico distinguerli a livello applicativo, già nel momento iniziale della prestazione sanitaria, come si è detto. Tant'è che anche in relazione a tale momento, una parte crescente della dottrina esprime esplicita preoccupazione e una critica puntuale nei confronti della tendenza a differenziare la colpa nei diversi ambiti in cui si manifesta⁵⁰.

47 E' di questo avviso, fra gli altri, D'ALESSANDRO (*La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, cit., 578, nota 25) il quale, concordando con la posizione di CAPUTO (*I nuovi limiti alla sanzione penale*, cit., 29) osserva che l'A. «sottolinea convincentemente come la valutazione di appropriatezza al caso concreto non sia mai statica ma necessiti di essere continuamente messa in discussione in tutte le fasi applicative, sicché una così netta distinzione tra le due diverse classi di errori si rivela forzata».

48 Nei casi in cui una linea guida si rivela non più adeguata nel corso della fase attuativa osserva che «non sarà semplice stabilire se le conseguenze infauste sono derivate da un errore nell'adeguare la linea guida o, in radice, nella scelta della stessa» CALETTI, *Le Sezioni Unite penali e l'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 590-sexies c.p.*, in *Ridare*, 7 marzo 2018. Cfr. anche CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite*, cit., 36.

49 MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa*, cit., 35.

50 Così, tra gli altri, CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, cit., 21 ss.; IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia*, cit. Sulla labilità della distinzione e le conseguenti difficoltà

In conclusione: quella tra imperizia nel momento della ‘scelta’ e imperizia nella fase ‘esecutiva’ è una distinzione ambivalente. Ammesso che, dal punto di vista concettuale, i due tipi di errore (di valutazione e di esecuzione) siano caratterizzati da una reale autonomia e i relativi concetti presentino, nella loro dimensione astratta, una loro specificità, un significato univoco e ben definito (la letteratura al riguardo, è il caso di ribadirlo, si è sviluppata soprattutto in sede di approfondimento teorico sui cui esiti si è detta sostanzialmente d’accordo), tuttavia, chiarito il principio, resta precisarne la concreta applicazione. L’attenzione, perciò, deve essere focalizzata sul punto di riferimento empirico: il punto di arrivo di ogni riflessione, il criterio di convalida di qualunque teoria in ambito giuridico, la cui stessa analisi – va aggiunto – non può essere separata da quella della pratica.

E in realtà il tema più discusso è incentrato, appunto, sull’orizzonte pratico, cioè sulla questione, sorretta a volte da un’analisi lacunosa e parziale, se sia possibile tracciarne distanze e differenze *nel singolo caso particolare*, cioè nella valutazione della responsabilità penale *del singolo medico*, che riflette un dilemma sempre più frequente. Nella prassi applicativa, infatti, le due sfere, in presenza di specifici contesti, finiscono per sovrapporsi, anzi, in realtà per fondersi (come è facilmente deducibile da dati empirici – v. *supra*, nota 43)⁵¹. Non è solo questo aspetto ad essere peculiare nella riflessione sul tema: c’è anche una questione non di secondo piano che investe il concetto stesso di errore esecutivo, la cui definizione è complessa, dai contorni non facilmente definibili, e comunque non sempre univoca. Non è agevole, infatti, rispondere alla domanda se l’errore esecutivo debba intendersi come errore attuativo, nel senso letterale del termine: ossia, di non corretto adattamento, o imperita applicazione, della linea guida al caso concreto⁵², o – piuttosto – non debba

applicative, CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale*, cit., 1372; ID., *La fisionomia dell’art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite*, cit., secondo cui l’intersecazione tra giudizio di *adeguatezza* e giudizio sull’*adeguamento*, concetti «fluidi» ed «inafferrabili» (40) «tende a verificarsi più spesso rispetto a trattamenti più complessi... oppure nelle situazioni di maggiore incertezza diagnostica» (37).

51 Pone in dubbio la possibilità di una distinzione netta tra le due classi di errore sottolineando la necessità di mettere continuamente in discussione, in tutte le fasi applicative in cui si manifesta l’errore esecutivo, la valutazione di «appropriatezza al caso concreto» (che attiene alla colpa *in eligendo*), CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, cit., 29.

52 Non si può fare a meno di osservare tuttavia – sia detto per inciso – che, a causa di un’ulteriore riduzione dell’area di applicabilità dell’esimente, già limitata dalla restrizione della norma di favore ai casi di imperizia e al solo errore esecutivo con esclusione di quello valutativo, si determina un’insufficiente, se non assente, capacità della novella di realizzare uno degli obiettivi della riforma: «aumentare le garanzie e le tutele per gli esercenti la professione sanitaria» contro la giurisprudenza “colpevolista” (GELLI, *Prelazione*, in Lovo-Nocco (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, 4-5). Così anche MASSARO, *L’art. 590-sexies c.p.*, cit., 4: «L’art. 590 sexies, secondo co. c.p. potrebbe in effetti rivelarsi una disposizione

abbracciare qualsiasi condotta imperita maturata nella fase esecutiva, pur in presenza dell'esatto adempimento delle linee guida correttamente selezionate⁵³, vale a dire, «pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata»⁵⁴.

Insomma, ridotto all'essenziale: difesa del binomio (in teoria), ma anche attacco (sul piano pratico). Qui, di fronte a tesi – o opzioni interpretative – tanto lontane e diverse, se non all'antagonismo irriducibile delle diverse posizioni, è difficile immaginare soluzioni condivise per mettere a fuoco la linea di confine tra i due piani del giudizio (quello di *adeguatezza* e quello sull'*adeguamento*); e soprattutto, per dare “consistenza” alla causa di non punibilità nel mutato contesto normativo⁵⁵, al punto che, con riguardo al discrimine tra linea guida “adeguata” e suo “adeguamento”, si è arrivati «a dubitare del fatto che [...] possa davvero ravvisarsi un – pur residuale – margine applicativo per il nuovo art. 590-*sexies*»⁵⁶.

Dunque, una fumosa scissione, che, peraltro, in mancanza di indicazioni normative di ordine tassativo, può produrre ampi margini di arbitrio giudiziale, con conseguente grave lesione del principio di legalità. Senza contare che nessuno ha spiegato in maniera convincente la ragione per cui un tipo di errore è valutato in modo indulgente e l'altro no. Non è l'unico difetto della novella dal punto di vista dell'equità e di una disciplina non discriminatoria della

capace di operare in un numero limitato, per non dire nullo, di ipotesi», ne ricava che ne «deriverebbe una significativa compressione dello statuto favorevole per la colpa del medico rispetto a quello delineato dalla legge Balduzzi e (ma non è detto che ciò sia un male) una contestuale “riespansione” delle regole generali ricavabili dall'art. 43 c.p.» (4 ss.).

53 Esclude l'ipotesi che la causa di impunità opera «anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata», ad esempio nel caso di un chirurgo che «imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un'arteria con effetto letale», ed afferma che non rientrano nella causa di non punibilità quelle condotte mediche che «sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo», Cass., Tarabori, cit. (§§ 7 e 8.3).

54 L'espressione è contenuta nella sentenza “Tarabori”, che spiega le ragioni per cui tale impostazione è stata respinta (§ 7).

55 Una soluzione per preservare “una certa vitalità dell'errore esecutivo” e quindi dell’“esimente”, è proposta da CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite*, cit., 38 ss., che tuttavia risolve solo in parte il problema. Sul punto, cfr. MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa*, cit., 36 ss.

56 Così CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, cit., 208, il quale ha ravvisato questa evenienza tra l'altro in presenza di linee guida elastiche che prevedono la possibilità di due interventi alternativi (ad esempio trattamento farmacologico e chirurgico), dove «il giudizio sull'adeguatezza riguarderebbe non soltanto l'*an* (linee guida conformi al caso concreto), ma anche il *quomodo* (il trattamento, corretto o non corretto, praticato)».

colpa medica, ma certo è il più grave: un attacco al principio costituzionale di uguaglianza e ragionevolezza per violazione del divieto di ingiustificata disparità di trattamento di situazioni sostanzialmente omologhe: *selezione inadeguata* delle linee guida – c.d. colpa *in eligendo* (punibile, anche quando la necessità di osservarle, o discostarsi da esse, non appare evidente, cioè in caso di colpa lieve); *non corretta attuazione* (esente da pena, se lievemente colposa). Dunque, una scelta normativa che apre seri interrogativi sulla sua legittimità costituzionale.

A fronte di tutto questo, risulta fin troppo chiaro che non resta altra via se non quella di proporre la soppressione.

2.3. *L'intervento protettivo del legislatore nei casi coperti da linee guida e pratiche mediche legalizzate.* Per ritornare ai difetti della legge in commento, non si può tacere, poi, l'anomalia della scelta legislativa di ancorare il regime di imputazione più favorevole al *solo* rispetto di linee guida o buone pratiche mediche “codificate e formalmente riconosciute” ex art. 5 commi 1 e 3 della legge, assunte come parametro “esclusivo” per l'individuazione-graduazione-esclusione della colpa ai fini del nuovo meccanismo di esenzione della pena⁵⁷. Poco importa se uno degli elementi qualificanti della riforma, che ha intercettato consensi da ogni direzione e implica un cambiamento anche culturale, è proprio quello di aver creato, in netta controtendenza col passato, attraverso la “legalizzazione” delle linee guida e delle buone pratiche, un sistema tipizzato delle regole cautelari, un quadro chiaro ed organico di norme di comportamento, in teoria a più “forte” legittimazione e con un maggiore livello di affidabilità e credibilità⁵⁸: una disciplina *unitaria* di regolazione dell'attività sanitaria che tende all'oggettivazione della colpa medica, riducendo gli spazi affidati alle disomogenee iniziative degli operatori sanitari; che contiene i margini di errore a garanzia della salute del paziente; che attenua i problemi di genericità e indeterminatezza della fattispecie colposa, favorendone l'applicazione in modo uniforme da parte dei giudici⁵⁹.

Il punto è un altro. Il profilo problematico, collegato alla scelta legislativa di

57 Del tema mi sono occupata in un precedente articolo al quale mi permetto di rinviare anche per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali (MERLI, *La disciplina delle linee guida e delle buone pratiche mediche nella legge Gelli-Bianco. L'impatto sulla causa di esclusione della punibilità rimodulata e reintrodotta dalla riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4, 2018, 1484 ss.)

58 Mette in luce che «rappresenta un profilo indubbiamente positivo della riforma...lo sforzo di formalizzazione delle linee guida (attraverso il procedimento delineato all'art. 5)», CUPELLI, *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali*, cit., 100.

59 Sull'argomento v. diffusamente CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, cit., 22 ss.; CENTONZE-CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice*, cit., 1363.

valorizzare linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali, sta nel fatto che le direttive di comportamento certificate e formalmente codificate sono ritenute, concordemente, ai fini dell'operatività della norma di favore prevista dal cpv. dell'art. 590-sexies c.p., il solo parametro (ancorchè, a volte, non decisivo) per la individuazione della regola cautelare da rispettare. Da qui l'incongruenza di escludere, in via di principio, l'applicazione del "beneficio" in presenza di cautele *non scritte*, o di linee guida o buone prassi *non omologate*: sebbene pertinenti ed appropriate, e basate su acquisizioni consolidate e adeguatamente diffuse, che hanno un solido fondamento in ragione dell'ampio grado di efficienza riconosciuto dalla comunità scientifica⁶⁰.

Un dato di non poco conto se si considera che il fenomeno di positivizzazione delle regole cautelari (con il compito di dare legittimità *formale* alle linee guida e alle buone prassi), sebbene in continua espansione, è pur tuttavia limitato, sicchè non sono pochi i settori non coperti da regole della corretta pratica terapeutica certificate e ufficializzate, come pure i casi clinici regolati da linee guida o buone pratiche non (o non ancora) legalizzate. Tutte ipotesi tagliate fuori, senza una motivazione plausibile, dall'area di irresponsabilità a favore dei medici⁶¹.

In buona sostanza, una disparità di trattamento, tra ipotesi ammesse e sottratte all'intervento protettivo del legislatore, che — con tutta evidenza — solleva seri dubbi di costituzionalità.

2.4. *Il ruolo sussidiario delle prassi mediche.* Si è già detto in altra sede⁶² che un aspetto di questa rilevata incongruenza si appalesa nel caso, non infrequente, della convivenza di una linea guida legalizzata con una pratica medica certificata ma non ancora legalmente convalidata, dove, per il medico (e per il

⁶⁰ In linea di principio, il medico ha il dovere di attenersi alla regola di condotta, per quanto non istituzionalizzata, conforme alla migliore scienza, e di adottare la soluzione più idonea per la cura del paziente. È di questo avviso ad esempio DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico*, cit., 6, il quale riconosce una funzione di indirizzo alle linee guida «a prescindere...da qualsiasi pur solenne riconoscimento 'ufficiale' delle medesime, come vorrebbe la nuova legge».

⁶¹ Sottrae alla norma di favore gli errori esecutivi nel compimento di attività non disciplinate da linee guida la sentenza "Mariotti" delle Sezioni Unite (e già prima la sentenza "Tarabori") a cui avviso «Sono destinati a rimanere esclusi i casi di eventi lesivi o letali commessi a comportamenti in relazione ai quali la violazione di prescrizioni potrebbe non essere per nulla ravvisabile o comunque potrebbe non essere stata qualificante, avendo il sanitario, ad esempio, fatto ricorso, pur senza l'esito sperato, e fatti salvi i principi in materia di consenso del paziente, a raccomandazioni o approdi scientifici di dimostrato, particolare valore i quali, pur sperimentati con successo dalla comunità scientifica, non risultino ancora avere superato le soglie e le formalità di accreditamento ufficiale descritte dalla legge» (§ 8.1).

⁶² MERLI, *La disciplina delle linee guida e delle buone pratiche mediche nella legge Gelli-Bianco*, cit., 1483.

giudice, nella ricerca del parametro di valutazione della colpa) può porsi il dilemma se seguire la linea guida ufficializzata ma superata scientificamente oppure le nuove acquisizioni scientifiche che, sebbene non formalizzate, sono largamente condivise dalla pratica medica e più idonee per la cura del paziente. L'incongruenza entra in gioco all'interno dello stesso rapporto tra linee guida e pratiche mediche certificate e ufficializzate. Sul punto, la norma (come nel caso precedente) lascia poco spazio all'interpretazione. Essa, infatti, attribuisce a quest'ultime un rilievo residuale rispetto alle prime, condizionandone l'osservanza (e subordinando l'applicazione del regime speciale di cui all'art. 590 *sexies*) alla mancanza di linee guida legalizzate (una novità rispetto al decreto Balduzzi, che le parificava), pur potendo suggerire un diverso percorso diagnostico o curativo più aderente alle condizioni cliniche della persona assistita. Uno dei difetti più evidenti della normativa in vigore, che rischia di vanificare l'obiettivo prioritario della legge⁶³: massima protezione per la salute del paziente⁶⁴.

2.5. *L'applicazione della norma di favore alla colpa lieve.* Poi c'è il dibattuto e assai controverso problema relativo alla distinzione tra i gradi della colpa, spesso difficilmente misurabili (colpa lieve – penalmente irrilevante, e colpa grave del medico – punibile), additato come il tema «più nuovo e oscuro» che aveva sollevato il decreto Balduzzi⁶⁵ per la difficile definizione di colpa lieve e, per converso, di colpa grave⁶⁶. Non pare necessario indugiare eccessivamente sul punto⁶⁷ se non per ribadire che, a parte le perplessità manifestate dalla dot-

63 In generale, sugli obiettivi della riforma, cfr. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, cit., 574 ss.

64 Cfr. art. 1: «La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività».

65 Cass., Sez. IV, 29 gennaio - 9 aprile 2013, n. 16237, § 13. Sul tema cfr. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *DPC-RT*, n.4/2013, 73 ss.

66 Così ad esempio vigente il decreto Balduzzi, RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 692 ss., che considera l'individuazione dei parametri di valutazione della colpa "lieve" o "grave" del medico «il passaggio più delicato della nuova disposizione», facendo rilevare che «Il rischio è che la gradazione della tenuità o della gravità della colpa sia interamente affidata alla sensibilità dell'interprete, con conseguenze imponderabili».

67 Del tema mi sono occupata in altra sede (MERLI, *La causa di impunità re-introdotta dalla legge Gelli-Bianco in materia di colpa medica*, cit., 537) dove ho cercato di dimostrare che, contrariamente a quanto sostiene la sentenza "Mariotti" delle Sezioni Unite, dal testo letterale della norma emerge che l'opzione accolta dal legislatore della riforma è quella di sottrarre alla responsabilità penale non solo la colpa "lieve" ma anche quella "grave". Certo, in teoria non ha torto la Cassazione: è una soluzione interpretativa che rende difficilmente superabili i dubbi d'incostituzionalità, tuttavia la strada obbligata è (era) quella di rimettere la questione, una volta ritenuta non manifestamente infondata, nella sede propria al vaglio della Corte costituzionale. Nel senso che l'applicazione della nuova legge in caso di imperizia grave comporterebbe «l'incompatibilità irrimediabile tra il novum normativo e l'art. 3 Cost.», L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem*

trina circa l'opportunità della delimitazione della responsabilità penale del medico alle ipotesi di colpa grave⁶⁸, «graduare la colpa – anche se astrattamente possibile – si rivelerà non di rado [in mancanza di definizioni normative di riferimento] problematico e sempre foriero di dubbi e di possibili contestazioni»⁶⁹.

2.6. *La limitazione del “beneficio” alla classe medica.* Al di là di tutto questo, senza dimenticare che, come ha fatto rilevare larga parte della dottrina⁷⁰ e in qualche caso la stessa giurisprudenza⁷¹, la valutazione privilegiata della colpa medica (già in sede legislativa)⁷², ancorchè per le sole ipotesi di “condotta imperita” e “non grave” maturata nell’“esecuzione” della prestazione sanitaria, viene negata, senza motivazioni ragionevoli, ad altre professioni che comportano lo svolgimento di attività pericolose e socialmente utili in molti casi assai più difficili in termini di complessità tecnica, e altrettanto rischiose per la vita e l'incolumità delle persone⁷³. Quella medica viene qualificata una forma di responsabilità bisognosa di un trattamento più favorevole sul piano normativo in quanto relativa a un settore dinamico ed in evoluzione, e attinente a prestazioni che richiedono conoscenze e professionalità altamente tecniche⁷⁴. Anche ammesso che tali prestazioni siano spesso collegate a pro-

dell'imperizia “lieve” del medico, cit., 948 ss.

68 Condividono tali perplessità RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 699, e autori ivi citati. Invece a favore di una delimitazione della responsabilità del sanitario ai soli casi di colpa grave per tentare di arginare la proliferazione incontrollata dei processi penali per colpa medica, DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, 18 ss. Si mostrano, da ultimo, pienamente favorevoli all'introduzione della colpa grave come criterio - anche ordinario - di imputazione soggettiva, DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 154 ss.; PULITANO, *Responsabilità medica*, cit.

69 Così DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 20, nota 54.

70 V. per tutti MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, cit., 188 ss.

71 Cfr. Cass., 25 marzo 2016, n. 12748, in *Cass. pen.*, 2016, 4387, con nota di MARCHINI, *La responsabilità penale della Commissione Grandi Rischi per il gli eventi lesivi causati dal terremoto dell'Aquila*.

72 Sul tema di una legislazione differenziata per la classe medica, vedi fra gli altri, D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 578; CAPITANI, *Esimente della colpa lieve: i primi dubbi di costituzionalità per il salvacondotto concesso al sanitario. - Ovvero quando i colpevoli si disegnano la norma esimente*, in *Dir. e Gius. online*, 2 aprile 2013; MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, 15; MUSCOLO, *La responsabilità penale del medico nella lesione e nell'omicidio colposo*, in *Riv. pen.*, 1983, 836.

73 Basti pensare ad attività come «stare alla cloche di un aereo passeggeri o inchiodati per ore agli schermi radar di una torre di controllo o ai monitor di una centrale nucleare, o come anche costruire un grattacielo, o un chilometrico ponte sospeso sul mare». Così ROMANO, in *Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in *AA.VV., Il problema della medicina difensiva*, cit. Della questione si è occupata Cass., 25 marzo 2016, n. 12748.

74 Così invece la sentenza “Mariotti” secondo cui l'introduzione della causa di non punibilità da parte della legge Gelli trova la sua giustificazione nel fatto che gli operatori sanitari «si confrontano con la necessità della gestione di un rischio del tutto peculiare in quanto collegato alla mutevolezza e unicità di ognuna delle situazioni patologiche

blemi tecnici particolarmente difficili e intimamente connesse a processi evolutivi costanti sul piano scientifico e tecnologico, non sembra un motivo sufficiente per giustificare il “privilegio” riconosciuto alla classe medica (cioè misurazioni e valutazioni differenziate della responsabilità colposa, in deroga ai *normali* criteri di valutazione della colpa)⁷⁵. Potrebbero, tutt’al più, assicurare sul piano della pratica giudiziaria (sebbene le più tecnicamente assistite)⁷⁶ il riconoscimento di un livello di complessità – di “speciale difficoltà” – maggiore rispetto ad altri settori, ai fini del giudizio valutativo sull’esigibilità in concreto dell’osservanza del comportamento dovuto⁷⁷ – che può determinare, ugualmente, una congrua riduzione delle possibilità di un addebito per colpa. Ma il privilegio di spostare la soglia minima della responsabilità colposa dalla colpa lieve alla colpa grave solo per l’ambito medico e non come soluzione *tendenzialmente* generale⁷⁸, crea un’inevitabile discriminazione non esente da un sospetto di incostituzionalità⁷⁹, dal momento che, come si è detto e come ha messo in rilievo autorevole dottrina, la componente di rischio della professione sanitaria e le difficoltà tecnico-scientifiche delle situazioni da fronteggiare nonché le incertezze dovute alla non infrequente indeterminatezza dei parametri che ne regolano l’attività non sono caratte-

da affrontare» (§ 8.2). In dottrina, cfr. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 1231; nonché in BARTOLI, *Ancora difficoltà a inquadrare i presupposti applicativi della legge c.d. Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 647.

75 In questo senso la sentenza “Mariotti”, in considerazione appunto del fatto che «l’attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili» (§ 10.1).

76 Ma senza trascurare ovviamente che la pratica medica, come del resto tutte le attività rischiose, è caratterizzata da una componente di rischio ineliminabile, pur avendo gli operatori sanitari osservato tutte le regole dell’arte disponibili nel momento in cui esercitano la loro attività.

77 Così in sostanza un orientamento giurisprudenziale agli inizi degli anni novanta, secondo cui «l’accertamento della colpa professionale del sanitario deve essere valutata con larghezza e comprensione per la peculiarità dell’esercizio dell’arte medica e per la difficoltà dei casi particolari, ma pur sempre nell’ambito dei criteri dettati per l’individuazione della colpa medica dall’art. 43 c.p.» (Tra le altre) Cass., Sez. IV, 12 aprile 1991, Lazzeri, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2756. Sul tema, v. CASTRONUOVO- RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in Belvedere-Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 1011 ss.; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 71 ss.

78 Sulla differenziazione della colpa penale a seconda dei settori di rischio, cfr. ROIATI, *L’introduzione dell’omicidio stradale e l’inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 giugno 2016, 1 ss.

79 Sul tema cfr. DOVERE, *Prospettive della responsabilità penale colposa nel settore aeronautico (l’espansione ultra limes della colpa lieve)*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1023 ss. (citato da D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 578), il quale osserva che per le categorie professionali diverse da quella sanitaria l’esclusione della responsabilità per colpa lieve, in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà, può derivare dall’applicazione dell’art. 2236 c.c.

ristiche esclusive di questo settore⁸⁰. Quindi viene da chiedersi se abbia davvero fondamento, sul piano della ragionevolezza, l'esigenza di introdurre un regime della responsabilità colposa differenziato per la (sola) classe medica, un trattamento di favore finora inibito ad altre categorie professionali⁸¹.

3. *Il falso presupposto della "divisibilità" del concetto di colpa.* Come ho già accennato, la norma di favore (così tanto enfatizzata) adotta, muovendo dal falso presupposto della *divisibilità* del concetto di colpa, una tecnica normativa che, è il caso di dire, indebitamente e contraddittoriamente, inquadra nel regime di imputazione più benevolo (solo) alcuni "gradi", "forme" e "ambiti" di responsabilità colposa (in una parola, quella "*lieve*" da "*imperizia*" nella "*fase esecutiva*"). E ciò malgrado l'evanescenza, anzi, la quasi insuperabile problematicità della linea di discriminazione tra differenti tipologie di colpa, che segna la demarcazione fra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è (imperizia e negligenza/imprudenza, errore nella scelta ed errore esecutivo, colpa qualificabile come lieve e quella qualificabile come grave, ed altro ancora)⁸². Rimangono così, per espresso o implicito dettato normativo, tagliati fuori dallo spazio applicativo descritto dal secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. altre tipologie di colpa dall'apparente diversità di contenuti, che, tuttavia, nonostante tratti distintivi e differenze peculiari, partecipano degli stessi principi giuridici (e prima ancora della stessa logica) del concetto di colpa in senso tecnico e che, lungi dal risultare estranee alla nozione di delitto colposo di evento offerta dall'art. 43 c.p. (che non prevede distinzioni al suo interno) ne costituiscono parte integrante. Con conseguente difficoltà — la dottrina lo ha segnalato a più riprese — di delinearne con precisione, in sede giudiziaria, il rispettivo perimetro applicativo.

In tal modo, l'assetto normativo della colpa medica che ha inteso ri-costruire la riforma (un cambiamento radicale, una vera e propria frattura, rispetto al sistema classico dell'imputazione colposa) traduce in legge solo parzialmente, e in modo frammentario, una misura di favore che, per quanto discussa e discutibile, dovrebbe essere destinata, senza eccezioni, almeno in linea teorica,

80 Così, tra gli altri, ROMANO, in *Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, cit., 123, il quale ha efficacemente osservato che è assai dubbio che «il significato sociale dell'attività medica sia a tal punto peculiare, rispetto ad altre, da legittimare, in tema di responsabilità per colpa, questa sola eccezione».

81 Sul tema se la limitazione della responsabilità colposa possa essere estesa anche ad altri settori, cfr. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 419 ss.

82 E' la conclusione cui giungo in un mio precedente articolo con il conforto di autorevole dottrina: v. MERLLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa*, cit., § 4 ss, anche per gli opportuni riferimenti.

a tutte le ipotesi di colpa, le quali, malgrado le loro specifiche varianti, presentano sostanziale affinità e una stretta connessione tra loro, quale che sia la specie e il contesto in cui si manifestano. Dissocia, quindi, per logica conseguenza, perdendo la visione dell'insieme, una varietà di ipotesi colpose (e prossimità di temi), che possiedono un predicato comune (la violazione oggettiva di una regola cautelare) e fanno in realtà parte di un sistema unitario, coerente e coeso. Dispone, così, un regime giuridico esplicitamente derogatorio per alcuni profili di colpa e, per altri, in assenza di ragionevoli motivi di discriminazione, l'impossibilità di accedere alla non punibilità trovando per essi piena applicazione i principi generali dettati dall'art. 43 c.p.

4. *Le ragioni a favore di una nuova prospettiva per la colpa medica.* Se l'oscurità del dettato legislativo ancora una volta è tale che esso, forse più di quello riformato, non consente di coglierne con sufficiente chiarezza la reale portata, la spiegazione, verrebbe da pensare, è che poco o nulla può fare una disciplina *specificata* della colpa medica per governare o gestire con coerenza la materia, affidata in larga parte ai principi elaborati dalla giurisprudenza nella valutazione dei singoli casi. (Un fenomeno che, sia detto per inciso, comporta certo un ampio spazio valutativo, e rischia di espandere il c.d. diritto penale giurisprudenziale, ma, come ampiamente riconosciuto, del tutto fisiologico e formalmente rispettoso del principio di soggezione del giudice alla legge ex art. 101, co. 2, Cost. se, nel momento applicativo, rimane entro i limiti di ciò che è – prudentemente, ragionevolmente – affidabile al giudice ai fini della *necessaria* ponderazione delle specificità del caso concreto).

Davanti alle contraddizioni e ambivalenze del dettato legislativo e insieme alle insuperabili difficoltà di tipo applicativo, la soluzione più funzionale alle esigenze di razionalizzazione del sistema è – ad avviso di chi scrive – quella di inquadrare la colpa medica nell'ambito della disciplina generale della responsabilità colposa – focalizzando l'attenzione sui requisiti costitutivi della colpa, con particolare riguardo alla sua dimensione soggettiva (il profilo forse più rilevante)⁸³, anziché all'interno di un microsistema per molti versi speciale, gravido di complicazioni applicative e di complesse implicazioni sistematiche. Un progetto, quello cui si è appena accennato, capace (io credo) di offrire nuovi significati e prospettive sui temi di fondo della responsabilità penale per colpa degli operatori sanitari, sovvertendo stereotipi e opinioni precostituite.

83 Cfr. sul punto DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della "malpractice"* Torino, 2012, 229-312. In ambito monografico, cfr. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977-1978, 273 ss.

Potrebbe essere, si può con fondamento affermare, un inizio, un primo passo (che dunque non esaurisce un'indagine molto più vasta e complessa) alla ricerca di risposte sensate e di soluzioni ragionevoli ai problemi della colpa medica. Una presa di posizione che, per ri-definirne l'assetto e tracciarne i confini, segue un approccio, una visione radicalmente diversa da quella dominante nel dibattito in corso⁸⁴.

Un cambiamento della normativa vigente (per la parte di interesse), a favore di una disciplina governata dal criterio di un concetto unitario di colpa, non trova la sua giustificazione solo sul piano tecnico o sulla base di una valutazione di politica del diritto. Ha radici più profonde che esorbitano l'ambito gius-penalistico. E' una scelta – se non culturalmente e socialmente vincente non priva di motivazioni razionali – che nasce da un'opzione che ha la sua prima radice, appunto, culturale: rinunciare, già in linea astratta, all'idea di un trattamento di favore della classe medica, quindi alla discussa decisione legislativa di mantenere, per gli esercenti la professione sanitaria, un sistema normativo differenziato dell'imputazione colposa⁸⁵, cui ha contribuito, almeno in una certa misura, la sensibilità collettiva, il senso comune, il quale si aspetta (“pretende”) assoluta certezza di guarigione⁸⁶. E che, per altro verso, ha generato, sul piano del “diritto vivente”, la progressiva evoluzione giurisprudenziale «a tutela dei diritti del malato, con contestuale restrizione della tutela dei diritti dei medici»⁸⁷. Ma cosa accade se la norma di favore scompare? Ancora una volta, svanisce e poi riappare? E' difficile dirlo. Si può solo ragionare in termini di previsione, come vedremo.

Sono ben consapevole del fatto che il rifiuto di uno statuto speciale di maggior favore per la classe medica è una presa di posizione agli antipodi con la linea seguita dalla dottrina che, concentrata com'è sulle sfuggenti questioni legate alla norma di favore, e sui nodi da sciogliere in merito al perimetro ap-

84 Sul tema cfr. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in Donini-Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 313 ss.

85 A favore di una disciplina differenziata e più favorevole, la sentenza “Mariotti”, cit., in considerazione del fatto che «l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili» (§ 10.1) ed essendo dell'avviso (§ 2.1) che la “disparità di trattamento” risulta «in linea con uno schema già collaudato dalla Corte Costituzionale» [con la sentenza n.166/1973].

86 Sottolinea che quella del medico «sembra essere divenuta una prestazione di risultato e non più, o non solo, di mezzi», ROMANO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, cit., 1.

87 FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, 237, richiamato da DI LANDRO, *Un confronto tra diritto italiano e statunitense*, in Romano, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, cit., 282.

plicativo del nuovo art. 590-sexies, si muove risolutamente verso tutt'altra direzione⁸⁸. E soprattutto, il che rende la strada più tortuosa, è una variante eccentrica nella prospettiva di ricerca indicata da una parte dei suoi più autorevoli rappresentanti divisi su tanti temi ma uniti nella difesa di una disciplina differenziata della colpa medica (che – è l'unica cosa chiara – ri-chiama in servizio la norma di favore). Pur nella comune, ribadita convinzione del suo fallimento sul quale esiste un notevole livello di consenso, che testimonia (io credo) come un'inversione della tendenza oggi dominante nel dibattito in corso non sia irragionevole proporla come una priorità da affrontare, malgrado l'assenza di una riflessione teorica esplicita a riguardo. Una proposta ardita, dunque, che a prima vista può suscitare le valutazioni più severe. Però potrebbe, al tempo stesso, sensibilizzare la dottrina, stimolare e animare il dibattito.

5. *L'abbandono del limite normativo alla responsabilità per colpa reintrodotto dalla nuova disciplina.* Sui molti, troppi difetti delle modifiche introdotte dalla novella nel sistema della colpa medica, credo di aver detto quanto era necessario. O forse c'è dell'altro ma l'elenco basta a chiarire l'incoerenza, la fragilità, le molte imperfezioni e soprattutto le incertezze pratiche del frammentato modello di disciplina adottato dal legislatore del 2017 di cui non si riescono a cogliere ambito e presupposti applicativi. Di fronte a questo quadro, appare lecito dubitare che, della causa "esimente", vi sia qualcosa di positivo e difendibile: che sia possibile darle un senso, bilanciarne l'assetto, tant'è squilibrata e lacunosa. Non rimane dunque che cancellarla. Quanto a un nuovo tentativo di riforma, tramite riscrittura dell'art. 590 sexies c.p., per qualcuno è troppo presto per dare una risposta definitiva e convin-

88 C'è tutta una letteratura a riguardo precipuamente allo scopo di difendere, con argomenti più o meno sofisticati, un trattamento privilegiato per gli operatori sanitari. Favorevoli, tra gli altri, alla previsione di uno statuto speciale della colpa per la responsabilità sanitaria, DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., 6; CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli - Bianco"*, cit., 107; RISCATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica*, cit., 17; D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, cit., 578; POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, cit. Più in generale sul problema dei limiti della responsabilità penale per colpa tuttora in discussione sul piano della politica del diritto anche fuori del settore specifico della responsabilità del medico, cfr. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 145 ss. e autori ivi citati, il quale auspica come soluzione necessaria per un effettivo superamento della responsabilità oggettiva un indirizzo di politica legislativa orientato nel senso di «estendere il più possibile i casi di imputazione solo per colpa grave». A favore di un regime della responsabilità colposa differenziato per le attività lecite ma rischiose, cfr. GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *Studi senesi*, 1994, 22 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 560 ss.; PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali X*, Milano, 2017, 236 ss.

cente. Ammesso che sia così, si può già dire tuttavia (anticipando i tempi) che la norma di favore, benchè rivisitata, percorrendo una strada già percorsa senza successo, non potrebbe essere più credibile di quella attuale. Sarebbe destinata a ricreare le incertezze di oggi.

I risultati deludenti dell'enigmatica disposizione contenuta nell'art. 590-sexies c.p., sembrano dunque una buona ragione per domandarsi se non sia eventualità remota che - dopo più approfondita metodica ponderata riflessione - appaia non insensata l'idea di uno strappo radicale al presente e un ritorno al passato (prima ancora del d.l. Balduzzi, che non a caso ha avuto vita breve nell'ordinamento). E prendere seriamente in considerazione l'ipotesi, di cui si diceva all'inizio, che la soluzione migliore (allo scopo di trovare una risposta e una soluzione ai nodi problematici della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari) potrebbe essere (e sarebbe stata, abrogando, *semplificemente*, l'art. 3 della legge Balduzzi)⁸⁹ quella di abbandonare il limite normativo alla responsabilità per colpa re-introdotto dalla nuova disciplina, recuperando le regole generali ricavabili dall'art. 43 c.p.⁹⁰

Forse non è fuori luogo pensare che, a ben vedere, considerazioni del genere non sono del tutto estranee a quelle che sono (o almeno potrebbero essere) le ragioni di fondo alla base della tesi sostenuta dalla sentenza "Tarabori"⁹¹. I giudici di legittimità propongono un'opzione interpretativa secondo la quale la formula normativa andrebbe intesa, malgrado il testo letterale disponga "la punibilità è esclusa", come «un atecnico riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla perimetrazione della colpa»⁹². Del resto anche una parte della dottrina è orientata (e lo era già con riguardo al precetto del decreto

89 Non è tuttavia da trascurare la preoccupazione espressa dalla sentenza "Mariotti", secondo cui l'abrogazione del decreto Balduzzi avrebbe potuto aprire «scenari di automatica reviviscenza dei pregressi indirizzi interpretativi che, per la loro estrema severità nel passato, sono all'origine del porsi del tema delle risposte difensive dei sanitari» (§. 9.2).

90 Accenna alla possibilità di «rivalutare» i principi generali che dovrebbero ispirare la costruzione del reato colposo d'evento», MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p.*, cit., 5. Cfr. sul punto anche CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli - Bianco"*, cit., 86.

91 Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, Tarabori, cit.

92 *Contra*, la sentenza "Mariotti" che, concordando con la sentenza "Cavazza" (Cass., 19 ottobre - 31 ottobre 2017, n. 50078 in *www.penalecontemporaneo.it*, fasc. 11/2017, 250 ss., con nota di CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*), costruisce la previsione contenuta nell'art. 590-sexies, comma 2, c.p. in termini di «inedita» causa di esclusione della punibilità, espressione di una scelta legislativa «esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile», che opera un «bilanciamento degli interessi in gioco», rimproverando i giudici della sentenza "Tarabori" di aver dato al secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. una «interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare» (§§ 8 e 8.2).

Balduzzi, definito un “articolo 43 bis” del codice penale)⁹³ nel senso di ritenere poco convincente la qualificazione della formula descritta nell’art. 590 sexies come causa di non punibilità in senso stretto⁹⁴, «evitando di sovrastimare il dato puramente letterale della mancanza di “punibilità” degli esercenti la professione sanitaria»⁹⁵. E’, cioè, dell’avviso che tanto la legge Balduzzi quanto la legge Gelli-Bianco non avrebbero apportato reali novità al sistema della colpa medica, riducendo il (preteso) *novum* normativo a mero richiamo nei confronti di una giurisprudenza “colpevolista”, senza alcuna modifica sostanziale del giudizio penale di colpa ex art. 43 codice penale⁹⁶. Il legislatore avrebbe voluto «semplicemente lanciare un monito ad un giudice disattento o troppo aprioristicamente attento alle ragioni delle vittime»: in presenza delle condizioni previste dall’art. 590 sexies c.p., la violazione oggettiva delle regole cautelari non può essere addebitata all’agente perché soggettivamente non rimproverabile⁹⁷. Tutto ciò in singolare parallelo con quanto sostenuto da una parte della dottrina civilistica con riferimento alla delimitazione della responsabilità del professionista ai casi di (dolo e) colpa grave di cui all’art. 2236 c.c., che sul piano sistematico ha interpretato tale delimitazione (circostrita ai soli casi di imperizia ed in cui l’attività richiesta presenta elementi di particolare complessità) nel senso che l’attenuazione della responsabilità del professionista rappresenta una mera applicazione specifica dei principi generali, piuttosto

93 Così, PIRAS, *In culpa sine culpa. A proposito dell’art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell’attività medica)*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 novembre 2012. Alla stessa conclusione sembravano pervenire RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 697; DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 6 ss.; VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi”*, cit., 750, il quale esprimeva dubbi circa la reale portata innovativa della norma: «Forse – osservava l’A. – non c’è alcuna depenalizzazione in atto (dunque, nessun ingiustificato trattamento di favore); forse la regola era già “implicita” nel sistema, e il legislatore si preoccupa soltanto di renderla esplicita. Anche per ricordare al giudice, finalmente, la misura soggettiva della colpa».

⁹⁴ Ad avviso di D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 576, «meno convincente, ma pur sempre plausibile, sembra invece la qualificazione come causa di non punibilità in senso stretto, rispetto alla quale [...] non persuade la persistente sopravvivenza di un giudizio di intrinseca illiceità del fatto che essa postula e che, nella prospettiva del legislatore, sembra invece essere del tutto superato».

⁹⁵ DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico*, cit., 8, il quale osserva «com’esso [il decreto Balduzzi] lasciasse emergere un’equiparazione – nel segno della mancanza di ‘tipicità’ – tra l’assolvimento del dovere terapeutico e l’osservanza delle linee-guida, tenendo conto della particolare difficoltà [...] che può delinearsi nel valutare *ex ante* la soluzione ‘alternativamente’ preferibile», e che «la tesi potrebbe essere ancora oggi riproposta».

⁹⁶ Così DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità*, cit., 2151: «Il legislatore Balduzzi e quello Gelli-Bianco non avrebbero ridotto l’area di illiceità penale dei comportamenti colposi, ma avrebbero inteso soltanto contrastare una interpretazione controvertibile del diritto che però rimane immutato: non interessato cioè da novazioni legislative».

⁹⁷ DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità*, cit., 2154.

sto che una deroga a quei principi⁹⁸.

A mio avviso la formula normativa è stata male interpretata dagli autori appena citati. Pur consapevole dell'incerto inquadramento dogmatico della formula «la punibilità è esclusa» (un'espressione dai confini semantici non ben definiti), mi sentirei di affermare che lo scopo fondamentale dell'intervento riformatore è quello di creare un trattamento di favore per gli operatori sanitari che li esonera da responsabilità per un fatto *tipico e colpevole*, penalmente e intrinsecamente illecito, (quindi) per una mera valutazione di opportunità politico-criminale⁹⁹. E ciò se non in forza di una causa di esenzione da pena in senso stretto¹⁰⁰ per effetto di una «inedita» causa di esclusione della punibilità¹⁰¹ che «delimita» l'area della colpa penalmente rilevante, con conseguente parziale abrogazione delle fattispecie colpose di omicidio e di lesioni personali. Tuttavia la diversa lettura dell'art. 590-sexies c.p. proposta da una parte degli autori appena citati¹⁰², che ravvisano nella riforma non una causa di esclusione della punibilità (un trattamento di favore, in deroga ai principi generali) ma di esclusione della tipicità colposa per inesigibilità del comportamento dovuto in ragione della soggettiva impossibilità del medico di uniformarsi al precetto¹⁰³, è un segnale che invita a riflettere, un indizio che la logica del trattamento di

98 CATTANEO, La responsabilità del professionista, cit., 78 ss.; PARRINELLO, *Medical malpractice e regole di responsabilità civile: tradizione e innovazione*, Milano, 2008, 58. *Contra*, VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218 - 1222 c.c.)*, II ed., in *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2006, 223.

99 Così la sentenza «Cavazza».

100 Come sembrerebbe risultare dal testo letterale della legge Gelli «non è punibile» e da quello del d.l. Balduzzi «non risponde penalmente per colpa lieve». Ravvisava nell'art. 3 comma 1 del d.l. Balduzzi una causa di esclusione della responsabilità penale del fatto, RISCATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 697. *Contra* DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico*, cit., 8.

101 Qualificava, in termini dubitativi, la disposizione analoga di cui all'art. 3 del decreto Balduzzi una scusante soggettiva di tipo nuovo il cui inquadramento «potrebbe (forse) suggerire adattamenti terminologici», PULITANO, *Responsabilità medica*, cit., 75: «l'effetto scusante, sul piano penalistico, c'è; è relativo a un fatto che per l'ordinamento giuridico complessivo resta colpevole (colposo) e produttivo di effetti (obblighi di risarcimento)».

102 La norma, ad avviso di DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco"*, cit., 386 ss., delinea «un mero criterio di valutazione volto ad evitare condanne temerarie, che come tale non innova l'esistente». Secondo D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, cit., 576, «essa non sembra presentare i tratti caratteristici di una scusante e pare perciò 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)».

103 Cfr. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità*, cit., 2165 ss., la quale prospetta che in tal caso «La disposizione sarebbe dunque interpretata nel senso, assai banale, che la responsabilità del medico va valutata alla luce della situazione di fatto e che quindi manca quando tale situazione fosse molto complessa - in tal caso, non c'è errore - oppure sussistessero circostanze esterne tali da rendere scusabile un eventuale errore (oggettivamente esistente)». V. altresì CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 326 ss. e 402 ss.; ID., *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 358 ss.

favore comincia a suscitare qualche perplessità nella dottrina.

6. *Il recupero delle categorie dogmatiche della colpa penale.* L'ipotetica opzione legislativa che si è appena delineata, abbandonando per la classe medica il criterio di imputazione più favorevole, lascerebbe allo strumento ermeneutico, in sede giurisprudenziale, e, sul piano dottrinale, al dibattito dottrinale, il compito di rivedere, criticamente, entro il perimetro della sistematica del reato colposo, il particolare versante di indagine concernente il sistema della responsabilità penale per colpa medica, applicata al personale sanitario in maniera irragionevolmente estesa. Il pessimismo è inevitabile – benché non veda una soluzione alternativamente preferibile a quella che, per eliminare le divergenze e chiudere un dibattito senza fine, propone un capovolgimento radicale dei parametri dualisti secondo i quali si è mossa la norma di favore, e mette insieme, nel tracciare il confine della rilevanza penale della colpa medica, tutte le *forme* e gli *ambiti* in cui si manifesta. Non solo in presenza di linee guida e buone pratiche *legali*; errore *esecutivo*; *imperizia*; *lievità* della colpa. Anche nelle ipotesi che danno luogo ai nodi impenetrabili di cui è disseminato il rapporto colpa medica/esenzione da pena, attorno al quale si articola il paradigma del limite *normativo* reintrodotto dalla riforma: vale a dire, in assenza di regole cautelari *ufficializzate*; nei casi di errore *nella scelta*; di *imprudenza* o *negligenza*¹⁰⁴; e, sempre in via ermeneutica, anche in assenza di problemi clinici particolarmente complessi, cioè in ipotesi di colpa grave, come nel caso di interventi routinari o di facile esecuzione, essendo il giudizio di non colpevolezza per inesigibilità del comportamento dovuto (ad esempio nei casi – ben noti – di scusabile stanchezza, situazioni di emergenza o di urgenza, carenza o limitatezza di risorse della struttura sanitaria, o in presenza di altre condizioni e contesti analoghi) indipendente dalla *misurazione* “oggettiva” del grado della colpa (ossia dalla distanza della condotta realizzata da quella doverosa)¹⁰⁵.

Una volta scelta questa strada, essa (ri)chiama in causa temi cruciali mai abbastanza discussi (anche se il dibattito è annoso e acceso), che lasciano molto spazio per continuare a riflettere su snodi centrali dell'istituto della colpa (in

104 Ipotesi alle quali la giurisprudenza precedente aveva allargato la causa di impunità: ad esempio Cass., 6 giugno 2016, n. 23283, in *Riv.it. med. leg.*, 4/2016, 1631 ss., con nota di DE SALVATORE, “*Culpa levis sine imperitia non exusat*”: epilogo di un dogma giurisprudenziale.²; Cass., 17 novembre 2014, n. 47289, con nota di ROJATI, *Prime aperture interpretative*, cit., 16.

105 E' appena il caso di rilevare – è un dato indiscusso – che la gravità della colpa non dipende solo dalla «misura della divergenza tra il comportamento che l'agente avrebbe dovuto tenere e quello effettivamente tenuto nel caso concreto», vi è poi «un profilo soggettivo che riguarda le specifiche condizioni dell'agente reale» (RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 694).

generale) e della colpa medica (in particolare), ancora fortemente controversi: il rapporto tra colpa e regole, o pseudo-regole, cautelari¹⁰⁶, legalizzate o non; i problemi in tema di causalità, anche omissiva; e soprattutto, le componenti soggettive del giudizio di colpa¹⁰⁷. Temi base di ogni attività colposa ai quali – ovviamente – l'intervento *protettivo* del legislatore del 2017 non offre soluzioni. E i cui legami con la colpa medica – oserei dire – si ha l'impressione che la riforma, viaggiando nella direzione sbagliata, li abbia voluti recidere rifugiandosi nella causa di non punibilità attorno alla quale tutto sembra giocarsi nel dibattito sulla tormentata materia. Fino ad azzardare – provocatoriamente – che la norma “esimente”, con la creazione di un'area di impunità per gli esercenti la professione sanitaria, sembra favorire, o promuovere, la rimozione di temi cardine per la valutazione della colpa medica, di cui la nuova disposizione legislativa ha finito per trascurarne o sottovalutarne i problemi e deformarne i termini. Rischiando di far passare in secondo piano la presa di coscienza della dottrina più avvertita che, ormai da tempo, ne ha evidenziato la rinnovata centralità nel contesto della discussione sulla responsabilità penale per colpa degli esercenti la professione sanitaria.

7. *Dalla teoria alla prassi applicativa.* Per uscire dalle idee astratte e farle discendere nel mondo reale, dobbiamo entrare nel campo delle applicazioni giurisprudenziali. Per ciò che valgono simili illazioni (intorno a un tema dove tutto è aperto alle congetture) credo che si sarebbe disposti a rinunciare, sul piano legislativo, al discusso privilegio a favore dei medici puntando piuttosto sull'attività interpretativa dei giudici per evitare un'eccessiva criminalizzazione delle condotte degli operatori sanitari (probabilmente con aspettative più rassicuranti e risultati più positivi), nella speranza (forse ottimistica) che si sviluppi una maggiore attenzione garantista della giurisprudenza nei confronti degli operatori sanitari, un diverso atteggiamento “culturale” nell'accertamento del-

106 In tema di rapporto tra regole cautelari e illecito colposo, v. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 357 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 197 ss.; GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1297; ID., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 196 ss.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 87; MANTOVANI, *Voce Colpa*, in *Dig. Disc. Pen.* Vol II, Torino, 1988, 303; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 219 ss.; PADOVANI, *Colpa per inosservanza di leggi antinfortunistiche ed “impossibilità” di adottare le cautele prescritte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 771.

107 Sugli effetti collaterali di ordine oggettivante di una concezione «ultra-normativa e iper-oggettiva della colpa», generata dal «successo delle concezioni normative della colpa», cui «ha contribuito anche la eccessiva sottovalutazione dei profili psicologici del reato colposo», che ne ha favorito una nozione «troppo sovente lontana da qualsiasi dimensione di colpevolezza», cfr. CASTRINUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1724; ID., *La colpa penale*, cit., 511-528.

la colpa medica. Tutto questo, in linea teorica. Se dalla teoria si passa alla pratica, il quadro è ben diverso.

Come sappiamo, già prima del decreto Balduzzi¹⁰⁸ la Corte di cassazione aveva assunto una visione rigorosa della responsabilità professionale in ambito sanitario, un orientamento improntato a criteri di particolare severità. Con l'effetto di allargare smisuratamente l'imputazione per colpa dei medici nell'esercizio dell'attività professionale. Per richiamare un solo esempio, ben noto e certo il più significativo, di dilatazione della responsabilità dei sanitari¹⁰⁹: non poche perplessità ha suscitato la tendenza della giurisprudenza a valutare la responsabilità sulla base della condotta colposa nella sua oggettività, assegnando uno spazio trascurabile alla doverosa indagine sui profili squisitamente soggettivi sempre più deprivati della componente di colpevolezza¹¹⁰. Azzardo un'ipotesi (l'ho già prospettata in altra occasione, in forma più articolata e dettagliata)¹¹¹. Potrebbe verificarsi, prima o poi, non solo l'attribuzione, in sede giudiziaria, di un rigoroso e più adeguato rilievo alla dimensione sog-

108 Per una rassegna della giurisprudenza anteriore al decreto Balduzzi, cfr. CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., 1011 ss.; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 71 ss.; ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 170 ss.

109 Numerosi sono i casi di tendenza rigorista della giurisprudenza segnalati dalla dottrina: far discendere il nesso causale tra condotta ed evento dalla mera violazione di una regola cautelare, riducendo l'evento di reato a semplice condizione obbiettiva di punibilità; ricostruire l'obbligo cautelare alle prese con la realtà riletta *a posteriori*, ragionando con il "senno di poi" che mette in luce ogni cosa (DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico*, cit., 5); accertare la prevedibilità dell'evento non in concreto ma in astratto (diffusamente sul punto ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale* cit., 159 ss. V. inoltre CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"?* *Linee-guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 876; DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 62 ss.); attribuire al sanitario "una posizione di garanzia rispetto a tutti gli eventi lesivi astrattamente connessi alla prestazione professionale o alla mancata esecuzione della medesima" (FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, in Belvedere-Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, 839 ss. in RODOTÀ-ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011; ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 159 ss.); innalzare lo standard cautelare richiesto assumendo come parametro per la valutazione della colpa la migliore diagnosi possibile o la più efficace terapia possibile, insomma il "migliore agente possibile" (MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 61 ss.); negare l'estensione dei principi previsti dall'art. 2236 c.c. alla responsabilità penale dei medici (contra però, tra le altre, Cass., sez. IV, sent. 39592 del 2007, Buggè; Cass., sez. IV, sent. 16328 del 2011, Montalto; Cass., sez. IV, sent. 4391 del 2012, Di Lella. Cfr. in argomento BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 luglio 2016).

110 Cfr. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1725: Se è vero che «la colpa è prima di tutto violazione di una regola cautelare, [...] il successo delle concezioni normative della colpa, accanto agli indubbi meriti di chiarificazione strutturale del requisito d'imputazione in esame», tuttavia «ha prodotto esiti di ultra-normativizzazione della colpa, favorendone in fondo una nozione iper-oggettiva e troppo sovente lontana da qualsiasi dimensione di colpevolezza (di conseguenza, la colpa è quasi esclusivamente violazione di regole cautelari)».

111 MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa*, cit., § 7.

gettiva della colpa¹¹² nella forma più elementare della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento lesivo¹¹³; ma una presa di posizione dei giudici che ponga sul tappeto, con fermezza, l'esigenza di un controllo giurisdizionale fortemente ancorato, in relazione a ciascuna specifica vicenda, alla dimensione della colpevolezza colposa (oggetto della storica scarsa attenzione da parte della giurisprudenza)¹¹⁴. Se tale mutato (e auspicabile) indirizzo diventasse una realtà pienamente operante e venisse a realizzarsi una certa continuità applicativa¹¹⁵, risulterebbe superfluo il richiamo ad un esonero da responsabilità in forza di una causa di esclusione della pena (ossia di un "*reato non punibile*"). Se la violazione della regola cautelare (la dimensione oggettiva della colpa: il primo gradino per formulare un'imputazione colposa)¹¹⁶ dipende da errore umano scusabile (che implica – in generale, in ogni settore – un più favorevole metro di giudizio, prendendo in considerazione la possibilità del soggetto di uniformarsi allo standard normativo a contenuto cautelare)¹¹⁷, la condotta del medico, pur oggettivamente colposa, non è rimproverabile (quindi non punibile) grazie all'esclusione, in radice, di profili di colpa, di colpa c.d. soggettiva (cioè in ragione di un "*fatto tipico non colpevole*"). Sono tutti concetti assai noti su cui concorda, sia pure con diverse sfumature, numerosa e autorevole dottrina.

Qui si entra nel campo delle ipotesi, naturalmente. Ma, se i fatti confermassero l'ipotesi, una valutazione giurisprudenziale della responsabilità colposa in

112 Sul concetto di misura soggettiva della colpa, cfr. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1725; ID., *La colpa penale*, cit., 511-528.

113 Tuttavia già «una loro corretta valutazione potrebbe poi agevolare un giudizio autenticamente individualizzante in sede di colpevolezza». CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1725.

114 Sul tema, cfr. tra gli altri CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 462 ss.; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 148.

115 Come segnalato dalla dottrina, non sono mancate decisioni del giudice di legittimità che si sono mosse (se pure in maniera inconsueta) «in un'ottica decisamente individualizzante», escludendo la colpa penale (la colpevolezza) rispetto a un fatto di per sé colposo: ad esempio Cass., Sez. IV, 29 settembre 1997, n. 1693, in *Riv. Pen.*, 1988, 358. Cfr. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1734, il quale formula «l'auspicio che tale orientamento incline a valorizzare profili individualizzanti possa consolidarsi e che possa trovare applicazione anche in ambiti ulteriori rispetto alla colpa professionale» (ivi, 1739).

116 Sulla doppia misura della colpa v., tra gli altri, DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico*, cit., 5 («Una cosa è il dovere di garanzia e le modalità per adempierlo, altra cosa è la colpa, valutata nell'ottica della capacità personale – da riconoscere con la dovuta accortezza e parsimonia – di adeguarsi a quelle modalità»); CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1728 («La violazione obiettiva di una cautela non è ancora colpa [...] perché la tipicità colposa comincia con qualcosa di soggettivo»).

117 Nel senso che dovrebbe essere la colpevolezza «a farsi carico del contenimento degli eccessi giurisprudenziali in *malam partem*» nella valutazione della responsabilità colposa degli operatori sanitari, cfr. DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli - Bianco"*, cit., 387.

campo medico non più deprivata della componente di colpevolezza, potrebbe ridurre, entro limiti ragionevoli – mi sentirei di dire, molto più della novelata causa di non punibilità limitata, tra l'altro, all'*imperizia* e alla colpa *lieve* maturata nella *fase esecutiva*¹¹⁸ – il perimetro della responsabilità colposa degli operatori sanitari per gli eventi morte o lesioni dipendenti dalla violazione delle regole dell'arte.

Peraltro una riflessione più approfondita su questi temi, potrebbe essere l'occasione per rimettere all'ordine del giorno un progetto più ambizioso: una prospettiva di indagine (sulla categoria dogmatica della colpa) che investa, come suggerito non da oggi in ambito accademico, non solo il settore sanitario ma ogni altro settore a rischio professionale (la colpa c.d. speciale, distinta da quella comune, relativa ad attività intrinsecamente rischiose ma socialmente utili e per questo espressamente autorizzate)¹¹⁹. Una complessità d'analisi che, ben si comprende, richiede, a monte, una visione d'insieme capace di trovare punti di sintesi dei vari settori della colpa penale¹²⁰ (attività sanitaria, rischiosa di impresa, lavorativa, circolazione stradale...)¹²¹ che, senza nulla togliere alla specificità di ciascuno, tenga insieme identità e differenza, unità e articolazione, evidenziando nessi e incompatibilità¹²².

118 Nel senso che la finalità di perseguire una limitazione della colpa medica, forse si raggiunge meglio sul piano interpretativo che legislativo, BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit.

119 Cfr. CAPUTO, *Agente modello e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, 2012.

120 Sulla coerenza di tali restrizioni con la natura eccezionale dell'imputazione colposa nei delitti, PULITANÒ, *Responsabilità medica*, cit., 76.

121 Sulla tendenza a differenziare la colpa penale nei diversi settori in cui si manifesta, ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, cit.

122 Sul tema cfr., tra gli altri, BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 248, il quale segnala la necessità di «aprire quanto prima un'attenta riflessione sulle principali attività rischiose di impresa, circolazione stradale e medica e compiere una rigorosa comparazione». Sulla proposta di circoscrivere la responsabilità per colpa ai casi di imputazione solo per colpa grave con riguardo al maggior numero di settori possibile per giungere a un definitivo superamento delle ipotesi occulte di responsabilità oggettiva, DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 154 ss. V. anche GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi*, cit., 22 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 560 ss.; PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 236 ss. Sulla tendenza opposta della legislazione con riferimento alla sicurezza nei luoghi di lavoro e, di recente, con l'introduzione dell'omicidio e delle lesioni stradali, cfr. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 233 ss.; PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 285 ss.; CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *DPC-RT*, 3/2016, 216 ss.; con riferimento alla circolazione stradale v. ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, cit.; MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016.

