

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LIII - settembre 2013, n° 09

09

20
13

| **estratto**

I LIMITI DI UNA CODIFICAZIONE
TERAPEUTICA. LINEE GUIDA, BUONE
PRATICHE E COLPA GRAVE AL VAGLIO
DELLA CASSAZIONE

di **Cristiano Cupelli**

| 716.5 I LIMITI DELLA COLPA MEDICA PER EFFETTO DELL'ART. 3 DELLA LEGGE N. 189 DEL 2012

SEZ. IV - UD. 29 GENNAIO 2013 (DEP. 9 APRILE 2013), N. 16237 - PRES. BRUSCO - REL. BLAIOTTA

REATO - Elemento psicologico - Colpa - Colpa professionale medica - Art. 3 l. 8 novembre 2012, n. 189 - Conseguenze - Abolito criminis parziale.

(C.P. ARTT. 589, 590; L. 8 NOVEMBRE 2012, N. 189, ART. 3)

L'art. 3 della l. 8 novembre 2012, n. 189 ha determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie. La modifica normativa, infatti, esclude la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve, che si collochino all'interno dell'area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica. Alla stregua della nuova legge, le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti. Alla luce della nuova normativa, l'entità della violazione va rapportata agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base: quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione. (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di condanna emessa a carico di un medico chirurgo, che, nel corso dell'esecuzione, in una clinica privata, di intervento di ernia discale recidivante, aveva leso la vena e l'arteria iliaca del paziente, causandone la morte, in ragione della novella costituita dalla l. n. 189/2012 che in punto di responsabilità professionale ha escluso la rilevanza penale delle condotte determinate da colpa lieve del sanitario).

[Massima redazionale]

MOTIVI DELLA DECISIONE - 1. Il Tribunale di Roma ha affermato la responsabilità dell'imputato in epigrafe in ordine al reato di omicidio colposo in danno di L.A. La sentenza è stata riformata dalla corte d'appello solo per ciò che attiene alla pena, essendosi sostituita la sanzione detentiva con quella pecuniaria.

L'imputazione attiene all'esecuzione, in una clinica privata, di intervento di ernia discale recidivante, nel corso del quale venivano lese la vena e l'arteria iliaca. L'imputato, esecutore dell'atto chirurgico, disponeva il ricovero presso nosocomio attrezzato per un urgente intervento vascolare riparatorio, ma senza esito giacché, nonostante la tempestiva operazione in laparotomia, la paziente veniva meno a seguito della grave emorragia.

Il tribunale ha affermato la responsabilità in relazione alla condotta commissiva afferente all'erronea esecuzione dell'intervento di ernia discale. Si assume che sia stata violata la regola precauzionale, enunciata in letteratura, di non agire in profondità superiore a 3 centimetri; e di

non procedere ad una pulizia radicale del disco erniario, per evitare la complicità connessa alla lesione dei vasi che corrono nella zona dell'intervento.

È stata invece espressamente esclusa l'esistenza degli altri contestati o ipotizzati profili di colpa, afferenti alla mancata esecuzione di un intervento in laparotomia per suturare il vaso lesionato; ed alla mancata predisposizione di *équipe* chirurgica e di attrezzatura idonea, al fine di fronteggiare eventuali complicanze del genere di quella verificatesi.

Tale valutazione è stata condivisa dalla corte d'appello per ciò che attiene al profilo di colpa commissiva. La stessa Corte ha peraltro ritenuto che il sanitario sia in colpa anche per non aver preventivato la complicità e per non aver organizzato l'esecuzione dell'intervento in una clinica attrezzata per far fronte alla possibile lesione di vasi sanguigni.

2. Ricorre per cassazione l'imputato deducendo diversi motivi.

2.1. Con il primo si prospetta travisamento della prova in ordine all'asserita regola precauzionale di non introdurre lo strumento chirurgico ad una profondità superiore a 3 centimetri. Il testo scientifico evocato sinteticamente dalla pronuncia impugnata è in realtà di ben altro tenore: si afferma, infatti, che il rischio può essere talvolta ridotto se la penetrazione all'interno dello spazio intersomatico è limitata a meno di 3 centimetri. Dunque, contrariamente a quanto ritenuto dalla corte d'appello, la regola cautelare è tutt'altro che rigida.

D'altra parte, non esiste un metodo per misurare la profondità di penetrazione dello strumento. Le argomentate deduzioni della difesa non sono state per nulla esaminate dal giudice.

2.2. Con il secondo motivo si deduce mancanza della motivazione in ordine alla natura della colpa ascritta all'imputato. Non si è chiarito se si tratti di imperizia o imprudenza. Si è trascurato di considerare le caratteristiche dell'operazione: recidiva di ernia discale, che comporta un inevitabile aumento del rischio chirurgico.

Tale decisiva questione non è stata minimamente esaminata e si è omesso di considerare che l'intervento chirurgico in questione è caratterizzato da un delicato equilibrio: agire in profondità per asportare il materiale discale e prestare attenzione a non lacerare i vasi che corrono a breve distanza. Nel caso in esame si sarebbe dovuta quindi considerare l'esistenza di una misura di rischio consentito. Infine, si è omesso di mettere a confronto la tesi scientifica che ha fondato il rimprovero colposo con le altre prospettate dal consulente della difesa.

2.3. Con il terzo motivo si lamenta violazione dell'effetto devolutivo dell'impugnazione. La Corte ha ritenuto la responsabilità in ordine alla presunta inadeguatezza della struttura sanitaria prescelta per l'esecuzione dell'intervento, in relazione ai rischi ad esso connessi. Invece il primo giudice aveva espressamente escluso tale profilo di colpa, che non era stato peraltro neppure formalmente contestato, essendosi considerato che la complicità vascolare è molto rara. Sul punto non vi era stata alcuna impugnazione e si era quindi formato il giudicato.

2.4. Con il quarto motivo si prospetta vizio della motivazione quanto al profilo di colpa afferente all'indicata questione dell'adeguatezza della struttura sanitaria. Il primo giudice ha ampiamente argomentato al riguardo, aderendo alle valutazioni espresse sia dal consulente dell'accusa pubblica che da quello della parte civile. La corte d'appello ha ribaltato tale ponderazione senza sottoporla a revisione critica.

2.5. Ha fatto seguito la presentazione di motivi aggiunti in forma di deposito di atti richiamati nel ricorso.

2.6. Infine, con motivo nuovo si è esposto che, per effetto della l. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3, è stata operata una parziale abolizione della fattispecie di omicidio colposo, essendo stata esclusa la rilevanza della colpa lieve nel caso in cui il sanitario si attenga alle linee guida ed alle buone pratiche terapeutiche. Il caso oggetto del processo, d'altra parte, riconduce alla nuova disciplina. Si tratta di stabilire se esista una buona pratica chirurgica che imponga di non introdurre l'ago a non più di 3 centimetri e se, con riguardo alle accreditate linee guida, vi sia colpa non lieve.

3. Il ricorso è fondato alla luce del motivo nuovo (p. 2.6).

Va tuttavia preliminarmente esaminato il terzo motivo, dal quale dipende l'ampiezza del tema demandato a questa Corte suprema, afferente, nel suo complesso, all'esistenza di condotta colposa.

La questione sollevata è fondata. Dall'esame della sentenza del tribunale, infatti, emerge che con apprezzabile chiarezza il dispositivo reca l'affermazione di responsabilità esclusivamente con riguardo alla condotta commissiva che ha determinato la rottura dei vasi e la conseguente emorragia. Non solo. Nella parte motiva si argomenta che il profilo di colpa afferente all'inadeguatezza della struttura prescelta per l'esecuzione dell'intervento non è stato esplicitato nel capo d'imputazione. Esso è emerso nel corso del giudizio, ma il p.m. non ha ritenuto di elevare contestazione al riguardo. Tale valutazione dell'accusa pubblica viene condivisa. Si argomenta che la clinica in cui l'atto chirurgico fu eseguito non era attrezzata per un intervento in laparotomia, non erano stati allertati i sevizi di chirurgia vascolare, né erano stati predisposti gli apparati occorrenti. Tuttavia è emerso che simili cautele, sebbene astrattamente auspicabili, non sono previste per l'intervento di ernia discale, anche a cagione della rarità delle complicanze. Al riguardo tutti gli esperti hanno convenuto. Si aggiunge che pure il profilo di colpa ommissiva afferente alla mancata, immediata esecuzione di un intervento riparatore in laparotomia va escluso. Residua, in conseguenza, il solo profilo di colpa commissiva afferente alla ridetta lesione dei vasi sanguigni.

La pronuncia non è stata impugnata né dall'accusa pubblica né da quella privata. Ne discende che, sia che si voglia riguardare le cose sotto il profilo dell'immutabilità della contestazione, sia che si voglia tenere in conto l'effetto devolutivo dell'impugnazione, non vi è dubbio che al giudice d'appello fosse stato demandato il solo tema della colpa commissiva di cui si parla. Ne discende che la pronuncia impugnata va censurata quanto alle enunciazioni afferenti agli altri profili di colpa; e che l'unico tema oggetto di discussione nella presente sede di legittimità riguarda la colpa commissiva afferente alla lesione dei vasi.

4. Come si è accennato, correttamente il motivo nuovo chiama in causa l'innovazione introdotta con la l. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3. La nuova normativa prevede che l'esercente una professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida ed a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. L'innovazione è pertinente al caso in esame poiché, come esposto nella sentenza impugnata, larga parte della discussione sulla colpa si è incentrata proprio sull'esistenza e sul contenuto di linee guida in ordine all'esecuzione dell'intervento in questione, nonché sulla loro osservanza da parte del C. Si tratta, allora, di comprendere quale sia la portata della riforma e quali ne siano gli effetti nel caso concreto.

Non può essere del tutto condiviso il pur argomentato punto di vista del Procuratore generale requirente, che ha rimarcato le imperfezioni, le incongruenze nonché l'apparente contraddittorietà della legge. Si è considerato che non è facile comprendere come possa configurarsi colpa nel caso in cui vi sia stata l'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche terapeutiche; e se ne è desunto che si è in presenza di una novità di modesto rilievo.

Non vi è dubbio che l'intervento normativo, se sottoposto a critica serrata, mostrerebbe molti aspetti critici. Si è in effetti in presenza, per quel che qui interessa, di una disciplina in più punti laconica, incompleta; che non corrisponde appieno alle istanze maturate nell'ambito del lungo dibattito dottrinale e della vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica. È mancata l'occasione per una disciplina compiuta della relazione terapeutica e delle sue patologie. Tuttavia, piuttosto che attardarsi nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere e valorizzare il senso delle innovazioni.

Orbene, già ad una prima lettura risulta chiaro che due sono i tratti di nuova emersione. Da un lato la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva.

Dall'altro, la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico.

Si tratta di novità di non poco conto. La colpa penale, sia pure in un contesto limitato, assume ora una duplice configurazione. E d'altra parte viene abbozzato, in ambito applicativo, un indirizzo sia per il terapeuta che per il giudice, nel segno della documentata aderenza al più accreditato sapere scientifico e tecnologico.

Come si è accennato, tali nuovi tratti della disciplina legale non nascono dal nulla. Al contrario, essi germinano sul terreno di controverse letture della colpa professionale, maturate sia in ambito teorico che giurisprudenziale. Non meno importante, poi, è la temperie di politica del diritto che sta sullo sfondo: le istanze difensive della professione, le attese delle vittime, i problemi afferenti all'allocazione dei costi, il contemperamento tra esigenze terapeutiche e limitatezza dei bilanci pubblici. Ne discende che, pur volendo porre le cose nel modo più semplice e breve, rifuggendo da inutili complicazioni, il senso della nuova disciplina sfuggirebbe se essa non fosse collocata in una prospettiva storica, particolarmente per ciò che attiene allo sviluppo della giurisprudenza in tema di colpa dell'esercente le professioni sanitarie. Tale pur sommaria analisi è funzionale alla complessiva lettura del sistema, alla comprensione dell'esatta portata della riforma ed all'armonizzazione del nuovo con il preesistente.

5. La storia della responsabilità medica appare complessa, sfumata e ricca di insegnamenti. Essa costituisce, tra l'altro, il *topos* per lo studio della colpa grave ora normativamente introdotta nell'ordinamento penale. La più antica giurisprudenza di legittimità in tema di colpa nell'esercizio della professione medica si caratterizza per la particolare larghezza: si afferma che la responsabilità penale può configurarsi solo nei casi di colpa grave e cioè di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte. Nelle pronunzie risalenti si legge che la malattia può manifestarsi talvolta in modo non chiaro, con sintomi equivoci che possono determinare un errore di apprezzamento, e che sovente non esistono criteri diagnostici e di cura sicuri. La colpa grave rilevante nell'ambito della professione medica si riscontra nell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria. Dovendo la colpa del medico essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile, l'esclusione della colpa professionale trova un limite nella condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica. Insomma, in questa ormai remota giurisprudenza l'esclusione della colpa è la regola e l'imputazione colposa è l'eccezione che si configura solo nelle situazioni più plateali ed estreme.

Il supporto normativo di tale orientamento è stato solitamente individuato nell'art. 2236 c.c., letto come strumento per limitare la responsabilità ai soli casi di errore macroscopico. In dottrina il rilievo in ambito penale di tale norma è stato ricondotto ad un'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, cioè alla necessità di evitare che comportamenti che non concretizzano neppure un illecito civile assumano rilevanza nel più rigoroso ambito penale. Tale connessione tra le due normative, tuttavia, è stata sottoposta in ambito teorico ad importanti precisazioni, che la giurisprudenza ha spesso trascurato: le prestazioni richieste devono presentare speciali difficoltà tecniche, ed inoltre la limitazione dell'addebito ai soli casi di colpa grave riguarda l'ambito della perizia e non, invece, quelli della prudenza e della diligenza. In tale visione si ritiene che la valutazione della colpa medica debba essere compiuta con speciale cautela nei soli casi in cui si richiedano interventi particolarmente delicati e complessi e che coinvolgano l'aspetto più squisitamente scientifico dell'arte medica.

La questione della compatibilità tra l'indirizzo "benevolo" della giurisprudenza ed il principio d'uguaglianza è stata posta, nell'anno 1973, all'attenzione della Corte costituzionale (sent. 28 novembre 1973, n. 166) che ha sostanzialmente recepito le linee dell'indicata dottrina, afferman-

do che dagli artt. 589, 42 e 43 c.p. e dall'art. 2236 c.c. è ricavabile una particolare disciplina in tema di responsabilità degli esercenti professioni intellettuali, finalizzata a fronteggiare due opposte esigenze: non mortificare l'iniziativa del professionista col timore d'ingiuste rappresaglie in caso d'insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso.

Tale particolare regime, che implica esenzione o limitazione di responsabilità è stato ritenuto applicabile ai soli casi in cui la prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e riguarda l'ambito della perizia e non quello della diligenza e della prudenza. Considerato che la deroga alla disciplina generale della responsabilità per colpa ha un'adeguata ragion d'essere ed è contenuta entro il circoscritto tema della perizia, la Corte ha ritenuto che non vi sia lesione del principio d'eguaglianza.

L'orientamento indulgente della giurisprudenza ha finito col coprire anche casi di grave leggerezza ed ha determinato una situazione di privilegio per la categoria, che è parsa ad alcuni giuristi anche in contrasto col principio costituzionale d'uguaglianza. Si è pure ritenuto che tanta comprensione verso comportamenti spesso gravemente censurabili fosse espressione della deteriore visione paternalistica della medicina.

Per effetto di tali critiche le cose sono ad un certo punto mutate.

Fattasi strada una visione relazionale del rapporto tra sanitario e paziente, a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo, si è affermata e consolidata una giurisprudenza radicalmente contrapposta, che esclude qualsiasi rilievo, nell'ambito penale, dell'art. 2236 c.c.; ed impone di valutare la colpa professionale sempre e comunque sulla base delle regole generali in tema di colpa contenute nell'art. 43 c.p. Si è considerato che la norma civile riguarda il risarcimento del danno, quando la prestazione professionale comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, e non può essere applicata all'ambito penale né in via estensiva, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale della colpa, né in via analogica, vietata per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi in materia. La gravità della colpa potrà avere eventualmente rilievo solo ai fini della graduazione della pena. Con tale approdo, occorre annotare, l'istanza di coerenza interna dell'intero ordinamento è stata sacrificata a quella di uniforme applicazione dell'imputazione colposa in ambito penale.

6. Tuttavia la questione della ponderazione in ordine alla gravità della colpa non si è esaurita. Espunto l'art. 2236 dal novero delle norme applicabili nell'ordinamento penale, esso vi è rientrato per il criterio di razionalità del giudizio che esprime. Questa suprema Corte ha così affermato (Sez. IV, n. 39592 del 21 giugno 2007, Buggè, rv. 237875) che la norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico, quando il caso specifico sottoposto al suo esame impone la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versa in una situazione emergenziale, sia quando il caso implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Questa rivisitazione della normativa civilistica appare importante, non solo perché recupera le ragioni profonde che stanno alla base del tradizionale criterio normativo di attenuazione dell'imputazione soggettiva, ma anche perché, in un breve passaggio, la sentenza pone in luce i contesti che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione benevola del comportamento del sanitario: da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall'altro (aspetto mai prima enucleato esplicitamente) le situazioni nelle quali il medico si trovi ad operare in emergenza e quindi in quella temperie intossicata dall'impellenza che rende quasi sempre difficili anche le cose facili. Quest'ultima notazione, valorizzata come si deve, apre alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa.

Il principio enunciato da tale sentenza è stato recentemente ribadito e chiarito più volte. In una pronunzia (Sez. IV, n. 16328 del 5 aprile 2011, Montalto, rv. 251941) si è posta in luce la connessione tra colpa grave ed urgenza terapeutica; e si è rimarcato che una attenta e prudente ana-

lisi della realtà di ciascun caso può consentire di cogliere le contingenze nelle quali vi è una particolare difficoltà della diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza; e di distinguere tale situazione da quelle in cui, invece, il medico è malaccorto, non si adopera per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omissivi, tanto più quando la sua specializzazione gli impone di agire tempestivamente proprio in emergenza. È stata quindi confermata la sentenza assolutoria di merito che aveva compiuto una ponderazione basata sull'ambiguità della sintomatologia e dell'esito degli esami ematochimici, nonché sulla necessità di avviare con prontezza il paziente alla struttura sanitaria che, nella situazione data, appariva ragionevolmente dotata delle competenze ed attrezzature più adeguate in relazione alla prospettata patologia neurologica.

In altra sentenza (Sez. IV, n. 4391/12 del 22 novembre 2011, Di Lella, rv. 251941) si è affermato che il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio o sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate. Da questo punto di vista, si è concluso, l'art. 2236 c.c. non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose.

In breve, quindi, la colpa del terapeuta ed in genere dell'esercente una professione di elevata qualificazione va parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli ed al contesto in cui esso si è svolto. Il principio è stato enunciato in un caso in cui si discuteva della responsabilità dello psichiatra di una casa di cura in cui era da tempo ricoverato un degente affetto da una grave patologia psichiatrica e che era precipitato al suolo, perdendo la vita, a causa della sua condizione, verosimilmente per la realizzazione di proposito suicidiario. Si è affermato che vi sono contesti, come quello psichiatrico, nei quali esiste una ineliminabile misura di rischio consentito; e che la linea di confine tra il lecito e l'illecito è spesso incerta, sicché la valutazione della colpa non può prescindere dalla considerazione di tale contingenza. La psichiatria mostra patologie che non di rado sono difficilmente controllabili completamente. Tale situazione è in gran parte connessa all'abbandono di deprecate pratiche di isolamento e segregazione. In breve, si cura e si protegge il paziente con terapie rispettose della sua dignità che, tuttavia, non possono eliminare del tutto il rischio di condotte inconsulte. Il rischio è insuperabile ma è accettato dalla scienza medica e dalla società: esso è dunque "consentito". Di tale situazione occorre consapevolmente prendere atto nel valutare la colpa: l'esistenza di una posizione di garanzia non basta di certo, da sola, a fondare l'imputazione, dovendosi esperire il giudizio di rimprovero personale che concretizza la colpevolezza, tenendo adeguatamente conto dei margini d'incertezza connessi all'individuazione dell'area di rischio socialmente accettato.

7. Gli spunti giurisprudenziali di cui si è dato conto si collocano prevalentemente sul versante soggettivo della colpa. Si tenta di valorizzare, sul piano del rimprovero personale, le categorie di rischio e le contingenze che rendono ardua la perfetta osservanza delle *leges artis*.

La nuova legge non incide su tale approccio, che resta dunque parte dell'attuale ordinamento normativo della colpa penale e fornirà nel prosieguo dell'esposizione qualche ulteriore utile indicazione proprio attorno ai problemi connessi all'interpretazione della riforma. La legge aggiunge a tale stato dell'arte qualcosa di nuovo.

Il primo dato importante è costituito dalla valorizzazione delle linee guida e delle affidabili pratiche terapeutiche, quando esse siano confortate dal consenso della comunità scientifica.

Come è noto, le linee guida costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche. Si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta. I vantaggi di tale sistematizzata opera di orientamento sono tanto noti quanto evidenti.

Tali regole, come sarà meglio chiarito nel prosieguo, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica. Esse, tuttavia hanno a che fare con le forti istanze di determinatezza che permeano la sfera del diritto penale. Tale enunciazione, assai utile alla comprensione del sistema e delle implicazioni di fondo connesse alla riforma, ha bisogno di un breve chiarimento.

Occorre partire dalla considerazione che la fattispecie colposa ha necessità di essere eterointegrata non solo dalla legge, ma anche da atti di rango inferiore, per ciò che riguarda la concreta disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo. La discesa della disciplina dalla sfera propriamente legale a fonti gerarchicamente inferiori che caratterizza la colpa specifica, contrariamente a quanto si potrebbe a tutta prima pensare, costituisce peculiare, ineliminabile espressione dei principi di legalità, determinatezza, tassatività.

La fattispecie colposa, col suo carico di normatività diffusa, è per la sua natura fortemente vaga, attinge il suo nucleo significativo proprio attraverso le precostituite regole alle quali vanno parametrati gli obblighi di diligenza, prudenza, perizia.

Questo stato delle cose traspare se guardiamo alla storia dell'istituto. Con la rivoluzione francese si afferma la signoria della legge come antidoto contro i privilegi dell'antico regime; e nello stesso contesto storico, nel codice napoleonico, la colpa cessa di essere generica imprudenza e diventa anche violazione di leggi, regolamenti, ordini. Questa stessa normativa noi ritroviamo nei codici preunitari, nel codice Zanardelli e, infine, nel codice Rocco: nulla è sostanzialmente mutato nelle moderne definizioni legali della colpa. Come la signoria della legge era l'antidoto contro radicati privilegi, la specificazione della norma cautelare era ed è ancora l'antidoto più forte contro l'imponderabile soggettivismo del giudice ed è quindi garanzia di legalità, imparzialità, prevedibilità delle valutazioni giuridiche.

Naturalmente, la fiducia che noi possiamo avere nella colpa specifica non può essere illimitata. Anche a questo proposito la storia è maestra. Essa ci mostra che per tutto l'ottocento e fino alla metà dello scorso secolo, prima che alcuni giuristi svelassero le sottili connessioni che si nascondono dietro questa fattispecie un po' oscura e misteriosa, la colpa specifica è stata intesa in guisa deteriore, essendo fondata sul disvalore d'azione, sulla violazione della regola cautelare. L'evento è stato visto come condizione obiettiva di punibilità e questo ha messo in ombra i valori costituzionali ai quali noi ora ci ispiriamo. La riflessione teorica ci ha spiegato che la colpa specifica non si radica nella sola violazione di una prescrizione ma implica anche la comprensione, con l'aiuto del sapere scientifico, dei molteplici intrecci causali che connettono la condotta all'evento. Noi, ora, parliamo tranquillamente di nesso di prevenzione, di nesso di rischio, di evitabilità in concreto dell'evento, di causalità della colpa. Queste sintetiche espressioni, con il loro carico di sofisticata teoria, valgono da sole a farci intendere quanto importante e sovente intricata sia la connessione tra l'evento illecito e la violazione della prescrizione cautelare: nell'evento, si afferma in breve ed efficacemente, si deve essere concretizzato il rischio che la cautela intendeva evitare.

Quest'ordine concettuale è penetrato nella giurisprudenza di legittimità e costituisce un'importante parte della teoria della colpa.

Sebbene la colpa specifica costituisca la forma più evoluta e determinata d'imputazione, della colpa generica, pur con il suo inevitabile carico di preoccupante vaghezza, non è proprio possibile fare a meno. Essa è parte vitale ma per certi versi inquietante dell'illecito colposo. Con la colpa generica dobbiamo in qualche modo fare i conti, perché è illusorio pensare che ogni contesto rischioso possa trovare il suo compiuto governo in regole precostituite e ben fondate, aggiornate, appaganti rispetto alle esigenze di tutela. Qui si annida un grande pericolo: il giudice prima definisce le prescrizioni o l'area di rischio consentito e poi ne riscontra la possibile violazione, con una innaturale sovrapposizione di ruoli che non è sufficientemente controbilanciata dalla terzietà. Di tale pericolo occorre avere consapevolezza.

Rispetto a tale quadro d'insieme l'ambito della responsabilità medica presenta alcune pecu-

liarità interessanti. Intanto, a parte la recente innovazione, si registra nel complesso un sostanziale vuoto normativo che enfatizza il ruolo della giurisprudenza. Al contempo, si è in presenza di un'attività davvero difficile e rischiosa che merita una speciale considerazione. Infine, l'attività medica non è di regola governata da prescrizioni aventi propriamente natura di regole cautelari, ma è fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire oggettività e determinatezza ai doveri del professionista e possono al contempo orientare le pur difficili valutazioni cui il giudice di merito è chiamato.

Per queste ragioni l'ambito del rischio terapeutico promette di far maturare la colpa sia sul versante della determinatezza che su quello del rimprovero soggettivo. Se ci si chiede dove il giudice, consumatore e non produttore di leggi scientifiche e di prescrizioni cautelari, possa rinvenire la fonte preconstituita alla stregua della quale gli sia poi possibile articolare il giudizio senza surrettizie valutazioni *a posteriori*, la risposta può essere una sola: la scienza e la tecnologia sono le uniche fonti certe, controllabili, affidabili. Traspare, così, quale interessante rilievo abbiano le linee guida nel conferire determinatezza a fattispecie di colpa generica come quelle di cui ci si occupa.

L'indicazione è semplice, lineare, ma non altrettanto lo è l'itinerario per il conseguimento della scientificità del giudizio.

Infatti, l'acquisizione al processo di informazioni scientifiche adeguatamente attendibili non è sempre agevole, tanto più quando si entra in ambiti complessi, controversi, caratterizzati da sapere in divenire. Il tema deve essere qui brevemente accennato per il rilievo che la questione della qualità delle informazioni scientifiche ha nell'ambito dell'applicazione delle linee guida.

Questa suprema Corte (Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, rv. 248943) ha già avuto modo di porre in luce i pericoli che incombono in questo campo: la mancanza di cultura scientifica dei giudici, gli interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali oppure occulte tra i membri di una comunità scientifica; la provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche; addirittura, in qualche caso, la manipolazione dei dati; la presenza di pseudoscienza in realtà priva dei necessari connotati di rigore; gli interessi dei committenti delle ricerche.

Tale situazione rende chiaro che il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico, ma deve svolgere un penetrante ruolo critico, divenendo (come è stato suggestivamente affermato) custode del metodo scientifico.

Si è pure posto in luce che il primo e più indiscusso strumento per determinare il grado di affidabilità delle informazioni scientifiche che vengono utilizzate nel processo è costituito dall'apprezzamento in ordine alla qualificazione professionale ed all'indipendenza di giudizio dell'esperto. Tuttavia, ciò può non bastare. Infatti non si tratta tanto di comprendere quale sia il pur qualificato punto di vista del singolo studioso, quanto piuttosto di definire, ben più ampiamente, quale sia lo stato complessivo delle conoscenze accreditate. Pertanto, per valutare l'attendibilità di una tesi occorre esaminare gli studi che la sorreggono; l'ampiezza, la rigosità, l'oggettività delle ricerche; il grado di consenso che l'elaborazione teorica raccoglie nella comunità scientifica.

Inoltre, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. Insomma, dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato.

Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esprire un'indagine siffatta: le informazioni relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti. Costoro, come si è accennato, non dovranno essere chiamati ad esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quan-

to piuttosto a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, vi sia conoscenza scientifica in grado di guidare affidabilmente l'indagine. Di tale indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto. Si tratta di indagine afferente alla sfera del fatto e dunque rimessa alla valutazione del giudice di merito; mentre il controllo di legittimità attiene solo alla razionalità ed alla rigorosità dell'apprezzamento compiuto.

Alla stregua di quanto precede risulta chiarito e nobilmente enfatizzato il ruolo di *peritus peritorum* tradizionalmente conferito al giudice. Nessuna rivendicazione di potere e di supremazia. Piuttosto, l'indicazione di un metodo. Il giudice, con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, metabolizzando la complessità e pervenendo ad una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione ed umanamente plausibile: il più alto ed impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio. Il perito non è più (non avrebbe mai dovuto esserlo) l'arbitro che decide il processo, ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito cui il giudizio si interessa, spiegando quale sia lo stato del dibattito nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati della scienza o della tecnologia. Tutto ciò ha a che fare con i temi della legalità, della determinatezza e della colpevolezza. Si vuol dire che l'ontologica "terzietà" del sapere scientifico accreditato è lo strumento a disposizione del giudice e della parti per conferire oggettività e concretezza al precetto ed al giudizio di rimprovero personale.

Tale ordine di idee trova puntuale applicazione nell'ambito di cui ci si occupa: il legislatore ha evidentemente colto l'importanza del sapere scientifico e tecnologico consolidatosi in forma agevolmente disponibile in ambito applicativo ed ha al contempo richiesto il sicuro, condiviso accreditamento delle direttive codificate.

Questo stato delle cose consente una provvisoria conclusione: il giudizio sull'imputazione soggettiva, nella responsabilità medica, non dà corpo alla colpa specifica in senso proprio, ma le istanze di determinatezza cui si è fatto cenno sopra possono essere soddisfatte attraverso lo strumento diffuso del sapere scientifico, anche nelle sue forme codificate costituite, tra l'altro, dalle linee guida. Il giudice, tuttavia, nei casi dubbi, dovrà prestare particolare attenzione all'accREDITAMENTO scientifico delle regole di comportamento che hanno guidato l'azione del terapeuta.

8. Diverse sono le ragioni per le quali le direttive di cui si discute non sono in grado di offrire *standard* legali precostituiti; non divengono, cioè, regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica: da un lato la varietà ed il diverso grado di qualificazione delle linee guida; dall'altro, soprattutto, la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della prescrittività propria di una regola cautelare, per quanto elastica.

Tali aspetti richiedono un chiarimento.

La generica definizione sopra proposta delle linee guida non rende conto del multiforme, eterogeneo universo che dà corpo alla categoria: diverse fonti, diverso grado di affidabilità, diverse finalità specifiche, metodologie variegate, vario grado di tempestivo adeguamento al divenire del sapere scientifico. Alcuni documenti provengono da società scientifiche, altri da gruppi di esperti, altri ancora da organismi ed istituzioni pubblici, da organizzazioni sanitarie di vario genere. La diversità dei soggetti e delle metodiche influenza anche l'impostazione delle direttive: alcune hanno un approccio più speculativo, altre sono maggiormente orientate a ricercare un punto di equilibrio tra efficienza e sostenibilità; altre ancora sono espressione di diverse scuole di pensiero che si confrontano e propongono strategie diagnostiche e terapeutiche differenti.

Tali diversità rendono subito chiaro che, come si è accennato, per il terapeuta come per il giudice, le linee guida non costituiscono uno strumento di precostituita, ontologica affidabilità. Si ripresenta nell'ambito della scienza applicata lo stesso rilevante problema che attiene all'utilizzazione della conoscenza generalizzante di cui si è già fatto cenno a proposito del metodo del-

l'indagine scientifica nel processo penale. Dunque, anche nell'ambito delle linee guida non è per nulla privo di interesse valutare le caratteristiche del soggetto o della comunità che le ha prodotte, la sua veste istituzionale, il grado di indipendenza da interessi economici condizionanti. Rilevano altresì il metodo dal quale la guida è scaturita, nonché l'ampiezza e la qualità del consenso che si è formato attorno alla direttiva. A tale riguardo è sufficiente rammentare sinteticamente che si è con ragione diffuso un orientamento che rapporta la qualità scientifica delle indagini e delle "istruzioni" che se ne traggono alle prove oggettive che le corroborano.

Il legislatore ha evidentemente inteso la delicatezza del problema e ne ha indicata la soluzione, rapportando le linee guida e le pratiche terapeutiche all'accreditamento presso la comunità scientifica. Il terapeuta, dunque, potrà invocare il nuovo, favorevole parametro di valutazione della sua condotta professionale solo se si sia attenuto a direttive solidamente fondate e come tali riconosciute.

Si tratta di una prima, importante enunciazione normativa. La legge propone un modello di terapeuta attento al sapere scientifico, rispettoso delle direttive formatesi alla stregua di solide prove di affidabilità diagnostica e di efficacia terapeutica, immune da tentazioni personalistiche. Tale responsabile, qualificato approccio alla difficile professione giustifica, nella valutazione del legislatore, l'attribuzione di rilievo penale alle sole condotte connotate da colpa non lieve. Naturalmente, quelle stesse accreditate direttive costituiranno, al contempo, la guida per il giudizio sulla colpa. Si tratta di una conclusione che, come si vede, pone in sintonia il legislatore con i più recenti approdi della giurisprudenza di questa Corte in tema di prova scientifica.

9. Tale prima indagine sull'attendibilità delle linee guida non esaurisce l'itinerario che conduce all'individuazione dell'approccio terapeutico appropriato. Sono infatti in questione la natura, la struttura e lo scopo delle direttive. Si entra qui in un ambito che riguarda la conformazione delle linee guida e che tocca da vicino la comprensione del significato della novella di cui ci si occupa.

Una prima lettura della norma induce a cogliervi una contraddizione: un terapeuta che rispetta le linee guida e che è al contempo in colpa. La contraddizione è in realtà solo apparente. Per risolverla occorre considerare che, come si è sopra esposto, le linee guida, a differenza dei protocolli e delle *check list*, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere, dunque, che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia e che, in alcuni casi, si trovi a dovervi addirittura derogare radicalmente. Il legislatore ha evidentemente tenuto conto di tale situazione, disciplinando l'evenienza di un terapeuta rispettoso delle "istruzioni per l'uso" e tuttavia in colpa.

10. Tale ricostruzione del ruolo non meccanicistico delle linee guida si rinviene nella giurisprudenza di questa suprema Corte. Da essa, nel complesso, emerge che l'osservanza o l'inosservanza delle guida terapeutica indizia soltanto la presenza o l'assenza di colpa, ma non implica l'automatica esclusione o affermazione dell'imputazione soggettiva. Le linee guida, in effetti, sono utilizzate frequentemente, con esiti tuttavia variabili sulla sorte del processo.

Il tema è stato recentemente colto riassuntivamente (Cass. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, Ingrassia), anche attraverso la lettura della giurisprudenza più recente. Si è considerato che le linee guida hanno un rilievo probatorio indubbio ma non esaustivo. Esse non possono fornire, infatti, indicazioni di valore assoluto: non si può pregiudizialmente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga, attese le particolarità del caso clinico, di dover coltivare una soluzione atipica. D'altra parte, le raccomandazioni possono essere controverse oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia. È evidente che i suggerimenti codificati contengono indicazioni generali riferibili al caso astratto, ma è altrettanto evidente che il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze

peculiari che caratterizzano ciascun concreto caso clinico. In ogni caso, i documenti devono essere in linea con il sapere scientifico accreditato e non possono essere improntati all'esclusivo soddisfacimento di esigenze di economia gestionale, trascurando le reali esigenze di cura.

11. La considerazione delle caratteristiche delle linee guida aiuta a comprendere la portata della nuova normativa ed risolverne l'apparente contraddittorietà.

Potrà ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore sia non lieve. Non solo. Potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determina strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura di discostarsi radicalmente dallo *standard*, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria. Anche in tale ambito trova applicazione la nuova normativa.

Nella logica della novella il professionista che inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali con riguardo ad una patologia e che, tuttavia, non persegua correttamente l'adeguamento delle direttive allo specifico contesto, o non scorga la necessità di disattendere del tutto le istruzioni usuali per perseguire una diversa strategia che governi efficacemente i rischi connessi al quadro d'insieme, sarà censurabile, in ambito penale, solo quando l'acritica applicazione della strategia ordinaria riveli un errore non lieve.

Evidentemente il legislatore ha divisato di avere speciale riguardo per la complessità e difficoltà dell'*ars* medica che, non di rado, si trova di fronte a casi peculiari e complessi nei quali interagiscono sottilmente e magari imponderabilmente diversi rischi o, comunque, specifiche rilevanti contingenze. In tali casi la valutazione *ex ante* della condotta terapeutica, tipica del giudizio sulla colpa, dovrà essere rapportata alla difficoltà delle valutazioni richieste al professionista: il terapeuta complessivamente avveduto ed informato, attento alle linee guida, non sarà rimproverabile quando l'errore sia lieve, ma solo quando esso si appalesi rimarchevole.

In conclusione, alla stregua della nuova legge, le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti. Tale disciplina, naturalmente, trova il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia.

12. La protezione offerta non è però illimitata. Si vuol dire che, alla stregua della logica della norma, la regola d'imputazione soggettiva della sola colpa non lieve non interviene in tutte le situazioni in cui, nel corso del trattamento, vi sia stata, in qualche frangente, l'attuazione di una direttiva corroborata. Al contrario, occorre individuare la causa dell'evento, il rischio che in esso si è concretizzato. Si richiede altresì di comprendere se la gestione di quello specifico rischio sia governata da linee guida qualificate, se il professionista si sia ad esse attenuto, se infine, nonostante tale complessivo ossequio ai suggerimenti accreditati, vi sia stato alcun errore e, nell'affermativa, se esso sia rimarchevole o meno. Naturalmente, si tratterà pure di valutare se una condotta terapeutica appropriata avrebbe avuto qualche qualificata probabilità di evitare l'evento, ma in ciò non vi è nulla di nuovo rispetto agli ordinari criteri di accertamento della colpa.

In conclusione, il paradigma di accertamento e valutazione della colpa che si è sinteticamente tratteggiato seguendo la *ratio* della riforma non è sempre pertinente: l'indagine sulla correttezza della condotta medica potrà esulare dall'ambito segnato da accreditate direttive scientifi-

che. Ciò potrà senz'altro accadere quando tali direttive manchino o quando la questione di cui si discute nel processo concerna comunque un aspetto del trattamento che esuli dal tema dell'aderenza alle ridette linee guida.

13. Resta, infine, da esaminare il tema più nuovo ed oscuro introdotto dalla nuova disciplina, quello della distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

È intanto da escludere senz'altro che si sia configurata un'esimente. Infatti, non si è in presenza di una giustificazione che trovi la sua base in istanze germinate in altre parti dell'ordinamento giuridico. Né può pensarsi ad una scusante, cioè ad una causa di esclusione della colpevolezza.

Il legislatore ha evidentemente utilizzato lo strumento costituito dal modellamento della colpa che, come si è visto, si rinviene nella tradizione penalistica italiana proprio in tema di responsabilità medica; e che si riscontra pure in molti ordinamenti stranieri. Si è quindi scelto di distinguere colpa lieve e colpa grave.

La nuova normativa non ha definito le due figure, né ha tratteggiato la linea di confine tra esse; e d'altra parte non vi sono elementi per ritenere che si sia voluto far riferimento a categorie estranee alla tradizione penalistica nazionale, quale si esprime nella già evocata giurisprudenza.

L'assenza di una definizione legale complica senza dubbio le cose.

L'esperienza giuridica insegna che, quando una categoria giuridica si scompone in distinte configurazioni, l'interprete si trova solitamente ad affrontare complesse questioni che riguardano il tratteggio dell'area di ciascuna figura e la collocazione nell'uno o nell'altro contenitore concettuale di comportamenti che si trovano in una sfumata zona grigia sita ai margini del metaforico segno di confine. Tale compito si annunzia particolarmente arduo in un ambito come quello di cui ora ci si occupa. Intanto, si è al cospetto del lato soggettivo del reato, quello che per sua natura maggiormente sfugge all'umana comprensione, che assai spesso non mostra clamorosi segni di sé e chiede al giudice l'immane compito di scorgere e ponderare segni, indizi impalpabili dai quali inferire l'atteggiamento interiore. La difficoltà diviene massima nell'ambito della colpa, figura soggettiva d'impronta marcatamente normativa, priva di contenuto psicologico: qui, in fin dei conti, tutto si risolve nella valutazione che il giudicante esprime. Dunque, il peso dell'apprezzamento tecnicamente "discrezionale" è massimo.

Naturalmente, il giudizio sulla gravità della colpa non è per nulla estraneo all'esperienza giuridica penalistica. Esso è imposto dall'art. 133 c.p. che prevede che la misura della pena debba essere commisurata anche al grado della colpa, ma non fornisce alcuna indicazione sui criteri che debbono presiedere a tale delicata valutazione. La graduabilità della colpa si desume altresì dall'art. 43 c.p. e art. 61, n. 3, c.p. che configurano la colpa cosciente come un grado particolare e non come una figura autonoma di colpa. La materia è scarsamente approfondita sia in dottrina che in giurisprudenza, soprattutto a causa dell'opinione diffusa che il giudizio sulla colpa e sulla graduazione della pena sfugga ad una analisi razionale fondata su basi logiche e sia alimentato prevalentemente da valutazioni su base intuitiva, che riguardano elementi emotivi, la personalità dell'agente e l'atteggiamento nei confronti degli interessi in gioco. Ciò nonostante nella riflessione dottrinale si rinvengono utili e sostanzialmente concordi indicazioni.

Si osserva che, poiché la colpa costituisce la violazione di un dovere obiettivo di diligenza, un primo parametro attinente al profilo oggettivo della diligenza riguarda la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere. Occorrerà cioè considerare di quanto ci si è discostati da tale regola. Così, ad esempio, occorrerà analizzare di quanto si è superato il limite di velocità consentito; o in che misura si è disattesa una regola generica di prudenza. Occorrerà altresì considerare quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell'evento, quanto fosse in concreto evitabile la sua realizzazione.

Vi è poi nel grado della colpa un profilo soggettivo che riguarda l'agente in concreto. Si tratta cioè di determinare la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente. Quanto più adeguato il soggetto all'osservanza della regola e quanto maggiore e fon-

dato l'affidamento dei terzi, tanto maggiore il grado della colpa. Il *quantum* di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari costituisce fattore importante per la graduazione della colpa. Ad esempio, per restare al nostro campo, l'inosservanza di una norma terapeutica ha un maggiore disvalore per un insigne specialista che per comune medico generico.

Per contro il rimprovero sarà meno forte quando l'agente si sia trovato in una situazione di particolare difficoltà per ragioni quali, ad esempio, un leggero malessere, uno *shock* emotivo o un'improvvisa stanchezza.

Altro elemento di rilievo sul piano soggettivo è quello della motivazione della condotta. Come si è già accennato, un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se compiuto per una ragione d'urgenza. Infine, un profilo soggettivo è costituito dalla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell'evento. Si tratta della colpa cosciente, che rappresenta la forma più prossima al dolo.

Peraltro, non sempre ed anzi di rado la valutazione della colpa è fondata su un unico indicatore. Ben spesso coesistono fattori differenti e di segno contrario. In tale caso si ritiene che il giudice debba procedere alla ponderazione comparativa di tali fattori, secondo un criterio di equivalenza o prevalenza non dissimile da quello che viene compiuto in tema di concorso di circostanze. L'analisi comparativa diviene ancora più complessa quando si presenti il concorso di colpa di più agenti o della stessa vittima.

Nella giurisprudenza non si rinvencono indicazioni analitiche circa i fattori di graduazione della colpa, ma solo riferimenti impliciti o appena accennati alla distanza tra la condotta tenuta e quella pretesa, alla misura della prevedibilità dell'evento.

14. La valutazione di cui si parla, normalmente altamente "discrezionale", assume ora, nell'ambito della responsabilità medica, un peso diverso, estremo. Essa segna l'essere o il non essere del reato. Dunque, non si tratta più di graduare, ma di tentare di definire con qualche precisione il cruciale confine che determina l'estensione dell'illecito. Si tratta di sfuggire, per quanto possibile, alla tentazione di ricorrere a sinonimi, ad artifici retorici, ad itinerari argomentativi circolari, tautologici; ed occorre provare ad aggiungere, per quanto possibile, qualcosa di definito, oggettivo e pertinente a ciò che l'idea di gravità del rimprovero intuitivamente implica.

Il panorama normativo non fornisce aiuto concreto. In diverse norme compare l'evocazione della colpa grave, senza che segua alcuna definizione che possa ritenersi anche solo limitatamente pertinente al contesto. Per contro, qualche indicazione può essere fornita propria dalla già evocata giurisprudenza di questa Corte suprema.

Come si è visto, per un lungo periodo si è ritenuto che la responsabilità colposa del sanitario potesse configurarsi solo in caso di macroscopica violazione delle regole più elementari dell'*ars* medica: la plateale ignoranza o l'altrettanto estrema assenza di perizia nell'esecuzione dell'atto medico. Naturalmente, in casi di tale genere non vi può essere dubbio sulla gravità della colpa.

Tuttavia tale definizione appare riduttiva. Essa si confronta con la marcata violazione delle regole basilari e traccia la figura di un terapeuta radicalmente inadeguato rispetto al suo ruolo. Tuttavia, occorre considerare che lo stato attuale della medicina appare assai più complesso e sofisticato: la valutazione sull'adeguatezza dell'approccio terapeutico non può essere realisticamente rapportata a poche, essenziali regole di base. Al contrario, si assiste al proliferare di complesse strategie diagnostiche e terapeutiche, governate da "istruzioni" articolate, spesso tipiche di ambiti specialistici o superspecialistici. In tali contesti sarebbe riduttivo discutere di gravità della colpa con riguardo alle sole regole basilari. Al contrario, l'entità della violazione delle prescrizioni va rapportata proprio agli *standard* di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base. Quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione. Attraverso tale raffronto la ponderazione demandata al giudice acquisisce una misura di maggiore determinatezza o, forse, solo di minore vaghezza.

Infatti non può essere taciuto che, per quanto ci si voglia sforzare di congegnare la valutazione rendendola parametrata a dati oggettivi, a regole definite, e quindi non solo intuitiva, resta comunque un ineliminabile spazio valutativo, discrezionale, col quale occorre fare i conti.

L'indicato criterio generale non appare incompatibile con la nuova normativa. La novella, infatti, come si è visto, si riferisce ad un terapeuta che si sia mantenuto entro l'area astrattamente, genericamente segnata dalle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative e tuttavia, nel corso del trattamento, abbia in qualche guisa errato nell'adeguare le prescrizioni alle specificità del caso trattato. Qui, verosimilmente, per misurare il grado della colpa sarà scarsamente concludente il raffronto con le regole standardizzate, con le linee guida, che si assumono rispettate nella loro complessiva, generica configurazione. Si può ragionevolmente affermare che, in tale situazione, la colpa assumerà rimarchevole, chiaro rilievo e non lascio residuo un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente.

Discorso non dissimile può esser fatto nel caso in cui il terapeuta si attenga allo *standard* generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti fattori di rischio o le contingenze che giustifichino la necessità di discostarsi radicalmente dalla *routine*. In tale situazione potrà parlarsi di colpa grave solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuo un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente.

È chiaro che la ponderazione sulla gravità della colpa, nelle situazioni descritte sopra in coerenza con la conformazione della nuova disciplina legale, tende ad allontanarsi dal piano delle regole oggettive e standardizzate per concentrarsi su differenti criteri di valutazione. Si tratta di compiere un apprezzamento basato sulle conoscenze scientifiche ed al contempo marcatamente focalizzato sulle particolarità del caso concreto.

Gli strumenti concettuali per muoversi su tale terreno sono quelli della tradizione. Invero non si potrà mancare di individuare le caratteristiche dell'atto medico, la sua complessità; e di definire la figura di professionista, l'agente modello cioè, adeguatamente qualificato per gestire lo specifico rischio terapeutico; e di comprendere se l'agente concreto si sia altamente discostato dallo *standard* di qualità dell'agire terapeutico che il professionista archetipico esprime regolarmente. Si tratta del classico modello dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, di un professionista, cioè, che opera al livello di qualificazione dell'agente concreto e che esprime un modo di operare appropriato, tipico. In breve, ci si sposta sul terreno della colpa propriamente generica e si utilizza lo strumento di analisi dell'agente modello, accreditato sia in dottrina che nella prassi. A tale riguardo occorre chiarire che questa Corte suprema non ha alcuna ragione per prender parte alla disputa teorica tra quanti preferiscono accreditare un modello di valutazione della condotta basato sulle regole e procedure scientifiche qualificate, nel segno delle oggettività e della determinatezza e quanti, invece, preferiscono concepire un giudizio basato sul raffronto con la figura archetipica e quindi inteso a valorizzazione le componenti più soggettive della colpa. L'enorme compito che grava sul giudice lo induce senza riserve o incertezze ad un approccio eclettico: si usano gli strumenti di analisi appropriati alla concreta situazione probatoria del processo.

A tali generali indicazioni di metodo si devono aggiungere altre più specifiche e forse anche più decisive. Per articolare un giudizio sulla colpa ispirato al canone del rimprovero personale si dovrà porre speciale attenzione alle peculiarità del caso concreto; ci si dovrà dedicare a considerare i tratti della specifica vicenda, in linea con le istanze che si sono espresse nella recente giurisprudenza di legittimità e che sono state prima sintetizzate.

Allora, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati, come si è esposto, rendono difficile anche ciò che

astrattamente non è fuori dagli *standard*. E quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del terapeuta che, pur uniformandosi ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e determini la negativa evoluzione della patologia.

15. Occorre infine chiarire quale influenza abbia la nuova normativa sul caso in esame. Si pone un problema di diritto intertemporale che trova piana regolamentazione alla luce della disciplina legale. Non pare dubbio, infatti, che la riforma abbia determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie ed, in particolare, per quel che qui interessa, di quella di cui all'art. 589 c.p.

Come si è visto, la restrizione della portata dell'incriminazione ha avuto luogo attraverso due passaggi: l'individuazione di un'area fattuale costituita da condotte aderenti ad accreditate linee guida; e l'attribuzione di rilevanza penale, in tale ambito, alle sole condotte connotate da colpa grave, poste in essere nell'attuazione in concreto delle direttive scientifiche. Insomma, nell'indicata sfera fattuale, la regola d'imputazione soggettiva è ora quella della (sola) colpa grave; mentre la colpa lieve è penalmente irrilevante. Tale struttura della riforma da corpo ad un tipico caso di *abolitio criminis* parziale. Si è infatti in presenza di norma incriminatrice speciale che sopravviene e che restringe l'area applicativa della norma anteriormente vigente. Si avvicendano nel tempo norme in rapporto di genere a specie: due incriminazioni di cui quella successiva restringe l'area del penalmente rilevante individuata da quella anteriore, ritagliando implicitamente due sottofattispecie, quella che conserva rilievo penale e quella che, invece, diviene penalmente irrilevante. Tale ultima sottofattispecie è propriamente oggetto di abrogazione. La valutazione non muta se, per controprova, si guardano le cose sul piano dei valori: il legislatore ha ritenuto di non considerare soggettivamente rimproverabili e quindi penalmente rilevanti comportamenti che, per le ragioni ormai più volte ripetute, presentano tenue disvalore.

Il parziale effetto abrogativo, naturalmente, chiama in causa la disciplina dell'art. 2, comma 2, c.p. e quindi l'efficacia retroattiva dell'innovazione. Tale ordine di idee trova conforto nella giurisprudenza delle Sezioni unite di questa suprema Corte: si è infatti condivisibilmente affermato che il fenomeno dell'abrogazione parziale ricorre allorché tra due norme incriminatrici che si avvicendano nel tempo esiste una relazione di genere a specie (Sez un., 27 settembre 2007, Magera, rv. 238197; Sez. un., 26 marzo 2003, Giordano, rv. 224607).

Invero, quando ad una norma generale subentra una norma speciale «ci si trova in presenza di un'abolizione parziale, perché l'area della punibilità riferibile alla prima viene ad essere circoscritta, rimanendone espunti tutti quei fatti che, pur rientrando nella norma generale venuta meno, sono privi degli elementi specializzanti. Si tratta di fatti che per la legge posteriore non costituiscono reato e quindi restano assoggettati alla regola dell'art. 2, comma 2, c.p., anche se tra la disposizione sostituita e quella sostitutiva può ravvisarsi una parziale continuità» (Sez. un., 26 marzo 2003, Giordano, cit.).

16. Ne discende che nel caso in esame la vicenda illecita dovrà essere nuovamente esaminata dalla corte d'appello. Infatti, come emerge esplicitamente dalla sentenza impugnata, il giudizio in ordine alla colpa si è incentrato proprio sul tema delle linee guida e delle prassi terapeutiche, nonché sulla loro osservanza da parte del C. Si è discusso se esistessero direttive scientificamente accreditate in materia, pertinenti alle modalità di esecuzione dell'intervento ed in particolare alla profondità dell'inserimento dello strumento chirurgico. Si è pure dibattuto se le prescrizioni in questione fossero rigide ovvero elastiche, tanto che la questione ha formato oggetto di specifico motivo di ricorso, incentrato sul ritenuto travisamento delle indicazioni espresse al riguardo in un documento scientifico.

Ne consegue che il giudice di merito dovrà stabilire se il fatto si collochi nella sottofattispecie abrogata o in quella ancora vigente.

L'indagine si muoverà con le cadenze imposte dalla riforma. Posto che l'innovazione esclude

la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve che si collochino all'interno dell'area segnata da linee guida o da pratiche mediche scientificamente accreditate, il caso dovrà essere riesaminato per determinare se esistano direttive di tale genere afferenti all'esecuzione dell'atto chirurgico in questione. Nell'affermativa, si dovrà accertare se l'intervento eseguito si sia mosso entro i confini segnati da tali raccomandazioni. In tale eventualità dovrà essere pure chiarito se nell'esecuzione dell'atto chirurgico vi sia stata colpa lieve o grave. Ne discenderà l'esistenza o meno dell'elemento soggettivo del reato alla stregua della normativa sopravvenuta.

I LIMITI DI UNA CODIFICAZIONE TERAPEUTICA. LINEE GUIDA, BUONE PRATICHE E COLPA GRAVE AL VAGLIO DELLA CASSAZIONE

The Limits to a Therapeutic Codification Guidelines, Good Practices and Misconduct The Screening of Appeals by the Cassazione

La sentenza in commento sottopone ad attento e costruttivo vaglio critico l'art. 3, comma 1, l. 8 novembre 2012, n. 189, risolvendo i primi e rilevanti problemi di diritto intertemporale che la novità ha stimolato e, prima ancora, tentando di sciogliere taluni nodi dogmatici della "rinnovata" colpa medica. In particolare, i profili rilevanti che vengono esaminati concernono: a) la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico; b) la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva.

Nel commento, evidenziate talune perplessità che il meccanismo di limite negativo di tipicità colposa, così come congegnato dalla riforma, suscita, viene proposto un possibile modello applicativo, che risulti utile tanto al medico nell'orientare le proprie scelte, quanto al giudice nel verificarne gli eventuali margini di responsabilità. Si delinea il percorso dell'imputazione colposa, che passa dapprima per la "costruzione" di regole cautelari che il medico, nella situazione concreta in cui si trova ad intervenire, è tenuto a considerare; e successivamente per la loro "ri-considerazione" ad opera del giudice, chiamato a sindacare, in relazione ad esse, la condotta dell'operatore sanitario. Per tale via, si ricava un ragionevole ed accettabile spazio per le linee guida e le buone pratiche, da intendersi solo eventualmente (ossia una volta superato il vaglio di attendibilità, di sostanza e di conformità) quali regole autenticamente cautelari.

Viene operato, poi, un riscontro di tale modello all'interno di uno dei settori della scienza medica maggiormente problematici, quello psichiatrico, vagliandosene conclusivamente anche le ricadute sul profilo dei rapporti intertemporali.

The sentence in question carefully and constructively critiques art. 3, comma 1 of Law 8 November 2012, No. 189, resolving the first and important problems of intertemporal law that the novelty has encouraged, and before that, trying to dissolve certain dogmatic nodes of 'renewed' medical negligence. In particular, the relevant profiles, which are assessed as follows: a) the development of guidelines and virtuous therapeutic practices, as long as they are corroborated by scientific knowledge; and b) the distinction between negligence and gross negligence, introduced for the first time as a part of the legal discipline of the subjective criminal charge.

Emphasizing certain concerns that the mechanism of a negative limit to typical manslaughter raises, which result from the manner of its construction by the reform, we propose a possible model of application useful both to the physician in guiding his choices, and to the court in its verification of the possible margins of accountability. It outlines the path of negligent accusation, pas-

sing first through the 'construction' of precautionary rules that the doctor, in specific situations in which he intervenes, is required to consider, and subsequently for the 're-consideration' of these rules by the court, called upon to criticize, in relation to them, the conduct of the health care professional. In this way, we obtain a reasonable and acceptable opportunity for guidelines and best practices, to be understood, if need be, (i.e., once they have passed the scrutiny of credibility, substance and compliance) as truly precautionary rules.

A finding of such a model, is then, in one of the most problematic areas of medical science, the psychiatric area, conclusively examining also the impact on the intertemporal relationships.

Sommario Premessa. — **1.** La sentenza. — **2.** Linee guida e buone pratiche tra novità, diffidenze e l'ondivaga giurisprudenza. — **3.** Osservanza delle linee guida e grado della colpa. — **4.** La strada per un possibile modello applicativo. — **5.** Una verifica nel campo della psichiatria. — **6.** Le ricadute sui profili intertemporali. — **7.** Un accenno di conclusione.

PREMESSA

di
Cristiano Cupelli

—
Ricercatore
di Diritto penale
Università di Roma
"Tor Vergata"

La sentenza in commento ha ad oggetto un caso "classico" di *medical malpractice*: l'erronea esecuzione di un intervento chirurgico di ernia discale recidivante, al cui esito la paziente decede a causa di una grave emorragia, provocata dalla lesione della vena e dell'arteria iliaca. La colpa è individuata nella violazione di regole precauzionali, enunciate in letteratura: non agire in profondità superiore a tre centimetri; non procedere ad una pulizia radicale del disco erniario, per evitare la complicità connessa alla lesione dei vasi che corrono nella zona dell'intervento.

Tra le righe del provvedimento aleggia un convitato di pietra. Non si giudica solo la legittimità della sentenza impugnata, ma soprattutto si sottopone ad attento e costruttivo vaglio critico l'art. 3, comma 1, l. 8 novembre 2012, n. 189, a tenore del quale «l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve». Un'occasione propizia, quindi, per risolvere i problemi di diritto intertemporale che la novella inevitabilmente ha stimolato, ma anche, e prima ancora, per tentare di sciogliere taluni nodi dogmatici della colpa medica.

1. LA SENTENZA

Come detto, è la lettura dell'innovazione legislativa a catalizzare l'attenzione della quarta sezione della Corte di cassazione, in un'opera di preziosa ricomposizione del quadro, tra istanze e pulsioni centrifughe che sempre più disorientano medici, pazienti ed interpreti. Per far ciò, a livello metodologico, va subito sgombrato il campo, ci dice la suprema Corte, da approcci puristi e assolutisti (§ 4): troppo facile indugiare sui molti aspetti negativi cui l'innovazione potrebbe andare incontro. Occorre invece misurarsi, privilegiando un approccio costruttivo, con l'esigenza di cogliere (e, se possibile, valorizzare) il senso dell'innovazione. Al compito, la Corte di cassazione non si sottrae, esplicitando subito i punti su cui occorre concentrarsi: «la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico» e «la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva».

È seguendo tale schema che ci si muoverà anche nelle presenti riflessioni, accom-

pagnando il percorso motivazionale della sentenza e la rilettura, alla luce del *novum* legislativo, della responsabilità colposa del medico, premettendo sin d'ora che la legge n. 189 del 2012, da un lato, sconta, anche nella sua anomala ed a tratti sorprendente genesi ⁽¹⁾, l'esigenza di arginare il fenomeno della c.d. 'medicina difensiva' e le relative ricadute disfunzionali, in termini di tutela della salute ed economico-organizzative; e, dall'altro, si inserisce su un terreno di «controverse letture della colpa professionale, maturate sia in ambito teorico che giurisprudenziale».

In questo settore di responsabilità colposa, il primo polo innovativo riguarda l'esplicitazione del ruolo di linee guida e buone pratiche accreditate. Le linee guida, si dice, «costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche», attraverso il quale «si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta». Evidente l'esigenza di politica del diritto sottesa, legata alle forti istanze di legalità che permeano la sfera del diritto penale; ciò nonostante, lo si chiarisce subito, esse «non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica» (§ 7).

Sull'ancoraggio in termini di determinatezza (ma anche di «imparzialità e prevedibilità delle valutazioni giuridiche»), ci si sofferma; è la via maestra della storia a confermare la natura «fortemente vaga» della fattispecie colposa, la quale, «col suo carico di normatività diffusa», attinge «il suo nucleo significativo proprio attraverso le precostituite regole alle quali vanno parametrati gli obblighi di diligenza, prudenza, perizia». Soprattutto, ci si focalizza sul peso assunto dalla giurisprudenza – nel «sostanziale vuoto normativo» che caratterizza il settore della responsabilità medica – e dal sapere scientifico; un rapporto sinergico, quello tra giudice e scienza, compendiato – nel solco delle acquisizioni della sentenza Cozzini ⁽²⁾ – dal ruolo critico attribuito al primo nei confronti della seconda, da esercitarsi individuando, con l'ausilio degli esperti, «il sapere accreditato che può orientare la decisione» e facendone poi un uso oculato, «metabolizzando la complessità e pervenendo ad una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione ed umana-mente plausibile».

Ebbene: in ambito medico, oggi, questo ausilio al giudice è offerto dallo «strumento diffuso del sapere scientifico, anche nelle sue forme codificate costituite, fra l'altro, dalle linee guida». Con l'avvertenza che le stesse possono solo contribuire a riavvicinare il giudizio sull'imputazione colposa alle richiamate aspirazioni di determinatezza, ma non possono allinearle a "standard legali precostituiti", ossia a vere e proprie

⁽¹⁾ Nessuno, probabilmente, si sarebbe aspettato un mutamento di rotta così repentino come quello riscontrabile tra la versione dell'art. 3, comma 1, contenuta nel d.l. 13 settembre 2012, n. 158 – per il quale «fermo restando il disposto dell'art. 2236 c.c., nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 c.c., tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle

buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale» – e il testo poi approvato, in sede di conversione, nel medesimo articolo della legge n. 189 del 2012, col passaggio da un (atteso) intervento sul versante della responsabilità civile del medico ad un (inatteso) intervento sul fronte penale.

⁽²⁾ Sez. IV, sent. 17 settembre 2010, Cozzini, in *questa rivista*, 2011, p. 1679 ss.

regole cautelari. Ciò, per via della loro varietà, del diverso grado di qualificazione, ma soprattutto per «la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della prescrittività propria di una regola cautelare, per quanto elastica» (§ 8). Per il terapeuta – prima ancora che per il giudice – «le linee guida non costituiscono uno strumento di precostituita, ontologica affidabilità»; il loro ruolo (assieme a quello delle buone pratiche terapeutiche) va rapportato ad un adeguato grado di accreditamento presso la comunità scientifica, cosicché il medico «potrà invocare il nuovo, favorevole parametro di valutazione della sua condotta professionale solo se si sia attenuto a direttive solidamente fondate e come tali riconosciute». Si delinea così un sanitario modello, «attento al sapere scientifico, rispettoso delle direttive formatesi alla stregua di solide prove di affidabilità diagnostica e di efficacia terapeutica, immune da tentazioni personalistiche».

Quale allora il rapporto tra terapeuta e linee guida che, seppure accreditate, «non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti»? Per superare l'apparente contraddizione di chi ravvisa una "colpa senza colpa" nel medico che, pur rispettando le linee guida, versi al contempo in colpa, la risposta non può che essere quella per cui esse «vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico» (§ 9). Il medico non è chiamato cioè ad una acritica osservanza, ma al contrario ad un continuo adattamento delle direttive al concreto atteggiarsi della patologia, e in talune ipotesi o stadi potrà trovarsi a doversi derogare anche radicalmente, disattendendole: in questo senso è ben possibile «l'evenienza di un terapeuta rispettoso delle "istruzioni per l'uso" e tuttavia in colpa».

In questo nuovo incrocio regolativo, potrebbe accadere che il terapeuta rispetti le linee guida, dovendole invece disattendere per le peculiarità del caso clinico; ovvero che, pur essendosi affidato correttamente alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, commetta poi qualche errore al momento del loro adattamento «alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico».

In entrambi i casi, secondo la Corte di cassazione, la rimproverabilità soggettiva dovrà essere ancorata ad una colpa non lieve: ad un errore che si appalesi "rimarcevole", tenendo conto della «complessità e difficoltà dell'ars medica che, non di rado, si trova di fronte a casi peculiari e complessi nei quali interagiscono sottilmente e magari imponderabilmente diversi rischi o, comunque, specifiche rilevanti contingenze». E si conclude, a mo' di prima massima, che «alla stregua della nuova legge, le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti».

Con riferimento poi al secondo profilo problematico – la distinzione tra colpa lieve e colpa grave – in assenza di una definizione legale ⁽³⁾ è inevitabile muovere dalle indi-

— — —
⁽³⁾ I giudici ripercorrono alcuni tratti della storia della colpa medica, nella sua complessità e ampiezza di sfumature, soffermandosi sui precedenti ten-

tativi di far penetrare il concetto di colpa grave nell'ordinamento penale, per il tramite dell'art. 2236 c.c., nel quadro dei tormentati rapporti tra art. 2236

cazioni provenienti da dottrina e giurisprudenza, con riferimento al giudizio sulla gravità della colpa, imposto dall'art. 133 c.p. Si rievocano così, sotto il profilo oggettivo, il canone classico della «misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere» e, sotto quello soggettivo, «la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente», e cioè il «*quantum* di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari» (§ 13).

Viene rimarcato il differente peso assunto dalla gradazione della colpa nel momento in cui, come imposto dalla nuova legge, da essa dipenda la linea di confine tra «l'essere o il non essere del reato». Non può bastare il riduttivo riferimento alla «macroscopica violazione delle regole più elementari dell'*ars medica*», tarato su un modello di medicina ormai superato: è con lo stato «assai più complesso e sofisticato» della medicina attuale che occorre oggi misurarsi. L'entità della violazione va rapportata «agli *standard* di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base»: «quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione» (§ 14).

Applicando lo schema richiesto dalla nuova disposizione, nel caso in cui l'operatore sanitario «si sia mantenuto entro l'area astrattamente, genericamente segnata dalle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative e tuttavia, nel corso del trattamento, abbia in qualche guisa errato nell'adeguare le prescrizioni alle specificità del caso trattato», la colpa assumerà connotati di gravità «solo quando l'erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente».

Laddove invece il medico si sia attenuto «allo *standard* generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti fattori di rischio o le contingenze che

c.c., colpa grave e ordinamento penale (§ 5-6). Come è noto, si è passati da un approccio indulgente verso la classe medica, ad uno più rigoroso, volto ad escludere l'applicabilità dell'art. 2236 c.c., sino a giungere (§ 6) a taluni recenti approdi che – recuperando un interessante precedente del 2007 (Sez. IV, sent. 21 giugno 2007, n. 39592, in *C.E.D. Cass.*, n. 237875; anche se, a dire il vero, la valorizzazione della colpa grave la si coglie già, seppur e sulla base di argomentazioni differenti, in Sez. IV, sent. 23 marzo 1995, Salvati, in *questa rivista*, 1996, p. 1835 ss. e in Sez. IV, sent. 29 settembre 1997, n. 1693, Azzini, in *Riv. pen.*, 1998, p. 350 ss.) e superando al contempo quella logica restrittiva che relegava il grado della colpa a mero criterio di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. – (ri)valorizzano l'art. 2236 c.c. quale «criterio di razionalità del giudizio» (in particolare, Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 4391, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1104 ss. e Sez. IV, 26 aprile 2011, n. 16328, in

Riv. it. med. leg., 2011, p. 859 ss.); criterio invocabile, cioè, «come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà». Si ricordano, poi, i contesti rilevanti: quelli «che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione "benevola" del comportamento del sanitario: da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall'altro (...) le contingenze nelle quali il medico si trova ad operare in emergenza e quindi in quella situazione intossicata dall'impellenza che, solitamente, rende quasi sempre difficili anche le cose facili». La casistica è riportata anche in BLAIOTTA, *La colpa nella responsabilità medica*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, p. 776 ss.

giustificano la necessità di discostarsi radicalmente dalla *routine*», l'entità della colpa sarà penalmente rilevante allorquando «i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente» (§ 14).

Tale indagine non potrà che avvalersi dei tradizionali strumenti di accertamento della colpa generica e della necessità di indagare con cura le peculiarità del caso concreto: «non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data», né «si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati (...) rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli *standard*». In definitiva, «quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del terapeuta che, pur uniformandosi ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e determini la negativa evoluzione della patologia».

Delineato lo scenario, le ricadute sul piano intertemporale sono consequenziali: i due passaggi esaminati, che hanno segnato «la restrizione della portata dell'incriminazione», conducono all'*abolitio criminis* parziale, che – in presenza di norma speciale che sopravviene e che restringe l'area applicativa della norma incriminatrice anteriormente vigente – chiama in causa la disciplina dell'art. 2, comma 2, c.p. e quindi l'efficacia retroattiva dell'innovazione (§ 15).

2. LINEE GUIDA E BUONE PRATICHE TRA NOVITÀ, DIFFIDENZE E L'ONDIVAGA GIURISPRUDENZA

Richiamati i momenti salienti della pronuncia e recuperando in questa sede quello spazio critico, volutamente accantonato dalla Corte di cassazione, si può tornare brevemente sul ruolo attribuito a linee guida e buone pratiche mediche e al *discrimen* tra colpa lieve e colpa grave, manifestando talune perplessità che il meccanismo di limite negativo di tipicità colposa⁽⁴⁾, così come congegnato dalla riforma, suscita.

Partendo dal primo, siamo ormai abituati a convivere con le spinte che tendono a spostare la ricostruzione dell'imputazione colposa dal paradigma della colpa generica (*sub specie imperizia*) a quello della colpa specifica⁽⁵⁾. Come è ben noto, a premere in questa direzione sono, da un lato, l'esigenza di minimizzare i rischi connessi alle incertezze relative all'individuazione delle regole cautelari – con le conseguenti difficoltà di accertamento processuale della loro violazione – e, dall'altro, la tendenza della moderna prassi sanitaria a formalizzare la gran parte delle regole operative, alla ricerca di una normatività della colpa penale⁽⁶⁾. In campo medico, la prospettiva è stata

(4) RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 199.

(5) Lo rileva, tra gli altri, VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. II. I delitti colposi*, Cedam, 2003, p. 184.

(6) Richiamando GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 86 ss. e successivamente MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani, Ets, 2009, p. 247 ss.

veicolata attraverso la valorizzazione di linee guida e protocolli⁽⁷⁾; fonti che, rappresentando almeno sulla carta l'esito di uno *standard* di garanzia (che si presume) colaudato, dovrebbero offrire, sempre sulla carta, «un'opportunità per migliorare la qualità dell'assistenza»⁽⁸⁾ e, sul versante penalistico, dischiudere positivi ancoraggi all'individuazione delle condotte cautelari dovute⁽⁹⁾.

Dal canto suo, la giurisprudenza ha assunto, nel tempo, una posizione ondivaga e talvolta contraddittoria. Se è vero che il percorso è stato intrapreso per ancorare l'accertamento della colpa a parametri scritti tendenzialmente più sicuri, si è nondimeno finiti molto spesso fuori strada, ritenendo che «il rispetto delle linee guida nulla può aggiungere o togliere al diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate né all'autonomia ed alla responsabilità del medico nella cura del paziente»⁽¹⁰⁾. In buona sostanza, sul ruolo delle linee guida nella valutazione della responsabilità colposa del medico la giurisprudenza appare orientata ad una "cauta diffidenza"⁽¹¹⁾, forse indotta anche dal carattere "autonormato" della regola cautelare, che crea una originale coincidenza tra produttore e destinatario finale della regola⁽¹²⁾ e porta a guardare con scetticismo alla loro reale idoneità rispetto allo scopo di garantire la migliore cura per il paziente.

Ciò per una molteplicità di ragioni, che restano sullo sfondo anche dell'attuale scelta normativa: *a)* per le note problematiche che, a monte, investono già la costruzione delle ricerche cliniche, oltre alla validazione e divulgazione dei relativi risultati⁽¹³⁾, e cioè il substrato che contribuisce alla costruzione delle linee guida; *b)* per la risalente disputa sui possibili conflitti di interessi che legano ricercatori, editori e industrie (far-

⁽⁷⁾ Sul tema, fra gli altri, DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 78 ss.; CASTRONUOVO, *L'evoluzione torica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1606 ss.; CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di Belvedere-Riondato, Giuffrè, 2011, p. 971 ss.; PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e diritto penale*, cit., p. 285 ss.; MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, *ivi*, p. 274 ss.; MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 91 ss.; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 179 ss.

⁽⁸⁾ M. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 882.

⁽⁹⁾ In questa prospettiva, ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Giuffrè, 2006, p. 1296; nello stesso senso, di recente, F. MANTOVANI, *Colpa medica e sue mutazioni*, in *Giur. pen.*, 2013, I, c. 9; GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, *ivi*,

2012, II, c. 583 ss., nonché MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 3.

⁽¹⁰⁾ Sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1223 ss.; più di recente, nello stesso senso, Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922, *ivi*, 2013, p. 191 ss.

⁽¹¹⁾ RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., p. 198; delinea i quattro possibili e distinti scenari che compaiono nella elaborazione giurisprudenziale M. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "Flauto magico"?, cit., p. 900 ss.; una sistematizzazione schematica degli orientamenti anche in DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Giappichelli, 2012, p. 11 ss.

⁽¹²⁾ Sui possibili effetti in sede di accertamento della violazione di regole cautelari autonormate, v. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi della responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Esi, 2012, p. 183 ss., nonché – a commento della segnalata diffidenza dei giudici di legittimità in ambito medico – DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, 2011, II, c. 426 ss.

⁽¹³⁾ M. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "Flauto magico"?, cit., p. 878.

maceutiche in particolare); c) per il sospetto che tali fonti possano promanare da associazioni o società scientifiche la cui comprovata affidabilità non è sempre dimostrabile in termini di certezza e coerenza; d) per il timore che frequenti ed irriducibili contrasti tra "scuole" si traducano nel proliferare di linee guida disomogenee, ambivalenti o antitetiche; e) per il rischio di incrementare il fenomeno della c.d. scelta postuma, vale a dire che vengano «scelte dopo, a danno avvenuto per il paziente, per giustificare processualmente la condotta medica oggetto di contestazione»⁽¹⁴⁾; f) per l'incertezza sulle basi nosografiche in relazione alle quali vengono prodotte; g) per la preoccupazione che – chiamate per necessità a contemperare i fattori di rischio tipici dell'attività medica con altre esigenze, in particolare attinenti l'organizzazione dell'attività e i costi del servizio sanitario⁽¹⁵⁾ – possano assumere un ruolo preminente nella loro formulazione spinte economicistiche (sempre più pressanti, anche in ambito sanitario)⁽¹⁶⁾; h) per la loro potenziale (e non infrequente) obsolescenza, genericità e addirittura inefficacia⁽¹⁷⁾.

La questione può dirsi solo in parte ridimensionata dalla portata (più o meno) innovativa dell'art. 3, comma 1, della l. 8 novembre 2012, n. 189⁽¹⁸⁾, che appare finalizzato a circoscrivere la responsabilità colposa del medico che abbia rispettato linee guida e *best practices*, ma solo nell'area derivante "da imperizia"⁽¹⁹⁾. L'osservanza delle linee guida potrà escludere la responsabilità, salvo il caso in cui il medico avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato; in tale evenienza, tuttavia, la responsabilità penale potrà essere affermata soltanto in caso di colpa grave, e cioè quando la necessità di dissentire fosse macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato⁽²⁰⁾.

⁽¹⁴⁾ PIRAS, In culpa sine culpa, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 4.

⁽¹⁵⁾ Da ultimo, GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 585.

⁽¹⁶⁾ Sulla tendenza a rapportare salute e medicina a problemi di economia sanitaria, da ultimo e per tutti, COSMACINI, *La scomparsa del dottore. Storia e cronaca di un'estinzione*, Raffaello Cortina, 2013, p. 53 ss.

⁽¹⁷⁾ Un recente ed accurato compendio di pregi e difetti dell'utilizzo di *guidelines*, in DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., p. 78 ss.

⁽¹⁸⁾ Primi commenti in CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee-guida", tra colpa grave e colpa lieve*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2013 (in *www.archivio-penale.it*); PIRAS, In culpa sine culpa, cit.; RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., p. 200 ss.; PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art. 3 legge n. 189/2012, in questa rivista*, 2013, p. 902 ss.; PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*; IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa*

medica dopo la c.d. legge Balduzzi, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 549 ss.

⁽¹⁹⁾ In altra recente pronuncia (Sez. IV, sent. 11 marzo 2013, n. 11493, in *Guida dir.*, n. 17/2013, p. 27 ss., con nota di BELFRANI, *La mancata considerazione delle regole di perizia non rappresenta una corretta soluzione dei casi*), di poco antecedente a quella in commento, si è esplicitamente circoscritta la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve «soltanto alle condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia», non estendendosi invece agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza, giacché «le linee guida contengono solo regole di perizia».

⁽²⁰⁾ In questo senso, ad esempio, PIRAS, In culpa sine culpa, cit., p. 2 e RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., p. 203, ma anche, in sede di primissimo commento, VIGANÒ, *Il medico che si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponderà più per colpa lieve e GATTA, Colpa medica e art. 3, comma 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, entrambi in *www.penalecontemporaneo.it*.

Tra le questioni sul tappeto, liquidate forse troppo velocemente dalla sentenza, vi è la riconducibilità delle linee guida nell'alveo delle "discipline", così da potere essere poste a pieno titolo a fondamento di una ipotesi di vera e propria colpa specifica ⁽²¹⁾; assimilazione che non appare pacifica e che comunque non può non tenere conto della differenza (anch'essa tralasciata dalla Corte di cassazione) tra linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Le prime, che «definiscono direttive generali per il compimento di una determinata operazione o per la conduzione di una determinata tipologia di atto diagnostico o terapeutico» ⁽²²⁾, come si è visto risultano in molte ipotesi prive dei caratteri strutturali e sostanziali tipici delle regole cautelari, proprio in virtù della segnalata poliedricità delle esigenze che ne sono a fondamento ⁽²³⁾; le seconde, soprattutto se intese alla stregua di veri e propri protocolli (ma sul punto la formulazione normativa non offre certezze ed anzi la vaghezza della dizione autorizza più di un dubbio) – e quindi «specificazione analitica delle stesse linee guida, indicando partitamente sequenze di comportamenti ben definiti da tenere in una attività diagnostica o terapeutica» ⁽²⁴⁾, ma anche «applicazione di un razionale scientifico o esperienziale rispetto a uno specifico fattore di rischio» – possono ritenersi maggiormente inclini a prescrivere comportamenti con funzione preventiva, che però non si riducono ad una mera sequenza di condotte, «perché tra il razionale scientifico e le sue applicazioni comportamentali vi è uno stretto nesso di derivazione», cosicché «l'efficacia liberatoria della condotta conforme al protocollo non discende da un dato formale, qual è l'esistenza del protocollo, ma dal suo perdurante valore scientifico» ⁽²⁵⁾.

3. OSSERVANZA DELLE LINEE GUIDA E GRADO DELLA COLPA

Quanto al secondo aspetto saliente della modifica, il riferimento alla figura della colpa lieve fa riemergere tutte le difficoltà che da sempre hanno affaticato la dottrina, allorquando – in assenza di una definizione normativa – è stata chiamata ad enucleare criteri certi e sufficientemente affidabili di demarcazione per pesare la colpa ⁽²⁶⁾.

⁽²¹⁾ In particolare, v. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., p. 3 e RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., p. 200 ss.

⁽²²⁾ CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, cit., p. 973.

⁽²³⁾ CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee-guida", tra colpa grave e colpa lieve*, cit., p. 13; VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 275 ss.

⁽²⁴⁾ CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, cit., p. 973; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 8 ss.

⁽²⁵⁾ Così, GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 584.

⁽²⁶⁾ Un punto di riferimento è rappresentato dal "Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione

del contenzioso legato al rischio clinico" elaborato dal Centro Studi "Federico Stella"; qui, prevedendo l'inserimento nel codice dell'art. 590-ter, a tenore del quale «l'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli artt. 589 e 590 solo in caso di colpa grave», si definisce per l'appunto grave la colpa, al secondo comma, «quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento»; su tale proposta, e più in generale sul Progetto, v. i contributi raccolti nel volume collettaneo *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, a cura di Forti-Catino-D'Alessandro-Mazzucato-Varraso, Ets, 2010, non-

Una prima obiezione può riguardare il rispetto del principio di uguaglianza: la scelta di limitare la responsabilità alle ipotesi di colpa grave solo per la professione sanitaria, svincolata da qualsiasi riferimento ai profili di speciale difficoltà tecnica richiamati all'art. 2236 c.c. ⁽²⁷⁾, potrebbe apparire non del tutto giustificata dalla peculiarità dell'attività in questione; soprattutto al cospetto tanto di attività sanitarie non connotate da particolare complessità e difficoltà della prestazione, quanto di «altre attività di oggi e di ieri» dotate di «un comparabile significato sociale», che «implichino a loro volta rischi altrettanto gravi per la vita o incolumità delle persone» ⁽²⁸⁾.

Un secondo interrogativo investe l'esatto ambito applicativo della responsabilità per colpa grave nel caso in cui siano state erroneamente osservate linee guida e buone pratiche formalizzate, mentre il medico avrebbe dovuto discostarsene: si è di fronte ad un rimprovero solo per imperizia ovvero anche per negligenza? Nel primo caso – imperizia, che come si è visto rappresenta il terreno di elezione della colpa medica – il sanitario sarà chiamato a rispondere solo in caso di colpa grave. L'omesso discostarsi derivante da un atteggiamento negligente determinerà, diversamente, che il medico risponderà anche in caso di colpa lieve.

Si badi, non si tratta di una mera questione astratta, essendo ben possibile ipotizzare un criterio di distinzione, fondato sull'atteggiamento del medico al cospetto delle linee guida: se questi non si è posto affatto il problema di valutarne la rispondenza alle esigenze del caso concreto, limitandosi ad un loro acritico recepimento (per sciatteria, menefreghismo, disinteresse, ecc.), il suo sarà un contegno qualificabile in termini di negligenza (e quindi risponderà anche per colpa lieve); se invece il medico le ha prese in esame, ma avendole erroneamente valutate o avendo sottovalutato la possibilità di discostarsene, giunge alla conclusione di seguirle alla lettera, ci si troverà invece dinanzi ad un'imperizia, come tale censurabile solo in caso di colpa grave. Ritenere pertanto che la preclusione della responsabilità per colpa lieve valga solo nelle ipotesi di una scelta imperita di rispettare le linee guida e le buone pratiche potrebbe innescare un ulteriore sospetto di irragionevole disparità di trattamento tra le due diverse tipologie di colpa, pur a fronte di un analogo atteggiamento formalmente osservante.

ché, più di recente, ROTOLO, *“Medicina difensiva” e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1259 ss.

⁽²⁷⁾ È proprio attraverso il riferimento ai “problemi tecnici di speciale difficoltà” che la Corte costituzionale, nella nota sent. 28 novembre 1973, n. 166 (in *Giur. cost.*, 1973, p. 1795 ss.), ha escluso una violazione del principio di eguaglianza nella possibile applicazione in sede penale dell'art. 2236 c.c., riferendone l'operatività alla sola perizia, la quale «presenta contenuto e limiti circoscritti» ed evidentemente va rapportata alla specifica prestazione medica da svolgere, valutata oggettivamente.

⁽²⁸⁾ M. ROMANO, *Tavola rotonda di presentazione e discussione del Progetto*, in *Il problema della medicina difensiva*, cit., p. 123 ss., il quale fa l'esempio dello «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».

Talune di queste preoccupazioni sono state fatte proprie dalla nona sezione penale del Tribunale di Milano, la quale, con ordinanza 21 marzo 2013 (in *www.penalecontemporaneo.it*, con commento di SCOLETTA), ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità dell'art. 3 in relazione agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost. In particolare, tra le varie questioni prospettate – oltre ai dubbi sulle diverse e confliggenti interpretazioni che la formula legislativa consente – viene evidenziata la violazione dell'art. 3 Cost.: da un lato, per l'indiscriminata applicazione a tutti gli operatori sanitari rispetto a qualsiasi reato colposo; dall'altro, per l'ingiustificata disparità di trattamento per quei soggetti, diversi dagli operatori sanitari, che con colpa lieve – e comunque adeguandosi alle linee guida – abbiano cooperato con il sanitario.

4. LA STRADA PER UN POSSIBILE MODELLO APPLICATIVO

Riprendendo lo sforzo interpretativo operato dalla Corte di cassazione nella sentenza in esame, si può provare a delineare un possibile modello applicativo, utile tanto al medico quanto al giudice.

Tornando al rilievo da attribuire a linee guida e buone pratiche, andrà subito operata un'imprescindibile selezione preliminare, volta a saggiarne, per così dire, la caratura cautelare; una volta escluse quelle di carattere meramente economicistico, andrà comunque accertata la precipua finalizzazione preventiva, connessa cioè all'evento *hic et nunc* da prevenire. Solo superato questo primo vaglio, linee guida e buone pratiche assumeranno i tratti di regole di condotta condivise, che traducono la diligenza (perizia) minima occorrente per governare una determinata patologia in astratto, senza comunque esaurire tutto il margine di diligenza necessario.

Diversi gli scenari che si prospettano:

a) il medico non si attiene a linee guida e buone pratiche, rimanendo sostanzialmente inerte: possibile una responsabilità per colpa (specifica), per violazione (almeno) delle prescrizioni scritte, sempre che l'evento sia del tipo di quelli che le norme miravano ad evitare; b) il medico non si attiene a linee guida e buone pratiche, ma fa altro; interviene cioè in maniera difforme rispetto alle fonti scritte, motivando la deroga con le necessità e le peculiarità del caso concreto, ma la scelta si rivela erronea; c) il medico si attiene a linee guida e buone pratiche, pur dovendo fare altro, in presenza di evidenti segni che lo avrebbero dovuto spingere a discostarsene.

A questo punto, la verifica dell'imputazione colposa andrà in ogni caso sottoposta al duplice vaglio della concretizzazione del rischio – e cioè che linee guida e buone pratiche violate fossero finalizzate a prevenire il verificarsi di quell'evento che in concreto si è poi verificato – e del comportamento alternativo lecito (l'effettiva capacità impeditiva dell'evento del comportamento doveroso omissivo, conforme alle fonti scritte). Appare, dunque, evidente che la standardizzazione in fonti scritte può formalizzare solo opzioni di prevedibilità in astratto; sulle circostanze del caso concreto, in grado di suggerire una situazione opposta e imporre la necessità di discostarsi, la valutazione spetta in via esclusiva al garante finale, e cioè al medico chiamato ad intervenire.

Linee guida e buone pratiche rappresentano, in quest'ottica, un modo per diffondere uno *standard* minimo, certamente non esaustivo, di perizia, ponendosi quali cautele generali e minime che possono portare ad escludere la colpa lieve: pur innalzando il livello di perizia, non lo esauriscono. In pratica, il legislatore pare aver normato ipotesi nelle quali la colpa specifica non esaurisce mai il *quantum* di diligenza – in questo caso di perizia – richiesto, occorrendo pertanto sempre richiamarsi ai criteri della colpa generica. Il riferimento normativo garantisce il medico solo con riferimento ad una porzione di colpa generica, che viene eliminata se lieve e residuerà invece se grave⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ Presupposto è che residui sempre un margine di colpa generica oltre la colpa specifica; in questa direzione, da ultimo, M. CAPUTO, "Filo d'Arianna"

o "Flauto magico"?, cit., p. 896 e ivi richiami bibliografici.

In via di prima approssimazione, può dirsi che il medico – al di là delle indicazioni di buona pratica consolidate in fonti scritte riferibili a casi inevitabilmente generali e astratti – è chiamato ad orientare le proprie scelte di cura ponderando: da un lato, le circostanze peculiari di ogni singolo e specifico caso concreto, enucleate dall'analisi del quadro clinico del paziente e dal confronto con quest'ultimo, tenendo conto – in una visione “sogettiva” e “individualizzante” del concetto di salute, che si riverbera sul contenuto della regola cautelare – anche delle aspettative di cura del malato; dall'altro lato, l'esistenza di linee guida e buone pratiche, da sottoporre ad un triplice vaglio circa la loro attendibilità, natura (cautelare, mercantile o mista) e conformità (*rectius*: praticabilità e adattabilità) al caso concreto.

Si delinea il percorso dell'imputazione colposa, che passa dapprima per la “costruzione” di regole cautelari che il medico, nella situazione concreta in cui si trova ad intervenire, è tenuto a considerare; e successivamente per la loro “ri-considerazione” ad opera del giudice, chiamato a sindacare, in relazione ad esse, la condotta dell'operatore sanitario ⁽³⁰⁾. Ecco ricavato, in questi termini, un ragionevole ed accettabile spazio per le linee guida e le buone pratiche, da intendersi solo eventualmente (ossia una volta superato il vaglio di attendibilità, di sostanza e di conformità) quali regole autenticamente cautelari ⁽³¹⁾.

Del resto, è solo su un corretto bilanciamento tra libertà, responsabilità e vaglio discrezionale che può fondarsi una deliberazione medica appropriata, nella quale il sanitario, formulata una diagnosi, conosca e prenda in considerazione – laddove vi siano – linee guida e buone pratiche accreditate, sottoponendole ad esame critico e, se del caso, ad un utilizzo plasticamente calibrato sulle individualità, univoche e non necessariamente ripetibili, del caso ⁽³²⁾. Così, fra l'altro, si evita quella sorta di “sublimazione”, che trasforma tali fonti da mezzi – utili e a disposizione, ma non imprescindibili – per una migliore salvaguardia della salute del paziente in fini, in obiettivi cioè che il medico deve ricercare e trovare a tutti i costi, così da innalzare il livello di colpa necessario a fondare una sua eventuale responsabilità.

5. UNA VERIFICA NEL CAMPO DELLA PSICHIATRIA

Se, come è evidente, presupposto della novità legislativa è che vi siano settori dell'attività medica alquanto complessi ove – per le peculiari temperie che lo specialista è chiamato ad affrontare ed evocando i parametri dell'art. 2236 c.c. – il livello di perizia richiesto è particolarmente elevato, è qui che la previsione appare destinata, quantomeno in via potenziale, ad una cospicua applicazione.

Può farsi il caso della psichiatria, uno degli ambiti nei quali è più difficile procedere ad un governo dei rischi clinici. Come è noto, si tratta di un settore nel quale le rego-

⁽³⁰⁾ In questa prospettiva, sostanzialmente, anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, 2013, p. 22.

⁽³¹⁾ VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, cit., p. 287; M. CAPUTO, “Filo d'Arianna” o “Flauto magico”?, cit., p. 894; imprescindibile il riferimento, per la distinzione tra norme rigide e norme elastiche in tema di colpa

per inosservanza di leggi, a MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, 1965, p. 236 ss.

⁽³²⁾ Parla di regole che arricchiscono di sfumature più specifiche la figura del medico modello, RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, 2013, p. 24.

le terapeutiche sono non solo aperte, incerte e discusse, ma anche chiamate a contemperare istanze centrifughe e talora persino antitetiche e nel quale il confine sulla scelta terapeutica assume contorni sempre sfumati e labili; il che porta a giustificare la possibilità, se non addirittura ad imporre la doverosità, di discostarsi da eventuali procedure predeterminate. Difficilmente, dunque, si potrà ritenere grave la colpa dello psichiatra, nel senso di una trascurata e macroscopica necessità di discostarsi da linee guida e buone pratiche. Permarrà peraltro per lo più irrisolto il dubbio sulla correttezza del suo operato, il che non può che condurre ad escludere una prognosi in termini di certezza della gravità della sua condotta colposa.

Così, l'effetto paradossale che un'implementazione acritica e formalistica della novità legislativa sul "terreno minato" della psichiatria rischia di ingenerare è quello di garantire maggiormente lo psichiatra rispetto al rischio penale, a discapito tuttavia del paziente e delle sue esigenze di migliore cura, stimolando gli operatori ad appiattirsi al rispetto delle fonti scritte, quando invece le peculiarità della malattia mentale richiederebbero cure in continuo adattamento alle caratteristiche personali, alle circostanze del caso concreto e ad una valutazione clinica quanto più possibile individualizzata.

L'esempio del settore psichiatrico conferma viepiù la necessità di valorizzare a pieno le distinzioni e le particolarità, sino alle sfumature, dei vari settori della medicina. Non si può cioè escludere che sia possibile cogliere ambiti clinici e specializzazioni – si pensi all'ortopedia, ma anche all'oncologia, all'anestesia, alla rianimazione o ad alcune indagini diagnostiche strumentali – ove l'impatto di una procedimentalizzazione dell'attività possa apparire meno traumatico e la sfiducia nella predeterminazione terapeutica attenuarsi; ma non può neanche fondarsi su questa ipotesi, invero residuale, una regola, valida per l'intera scienza medica.

6. LE RICADUTE SUI PROFILI INTERTEMPORALI

Orbene, gli effetti sul piano intertemporale si presentano appena più complessi rispetto a quanto prospettato in termini di sicura *abolitio criminis* dalla sentenza in commento.

Nessun dubbio nell'ipotesi di c.d. colpa per divergenza⁽³³⁾, ossia nel caso in cui non siano state rispettate quelle linee guida, alle quali invece ci si sarebbe dovuti attenere; nulla di nuovo rispetto al passato, e quindi si profila una sostanziale continuità normativa. L'unico aspetto eventualmente meritevole di approfondimento potrebbe riguardare la previa verifica sulla natura cautelare delle regole contenute in linee guida e buone pratiche.

Nell'ipotesi di c.d. colpa per adesione, invece, laddove cioè «nonostante autorevoli *guidelines* convalidino *prima facie* il contegno adottato dall'imputato, l'oggetto del rimprovero consista nel non aver agito altrimenti, nel non aver "ascoltato" con la dovuta attenzione le peculiarità della patologia e/o del paziente, che sospingevano per una presa di distanza dalla condotta "codificata"»⁽³⁴⁾, secondo la Corte di cassazione resi-

⁽³³⁾ Richiamando la nomenclatura proposta da M. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "Flauto magico"?, cit., p. 882.

⁽³⁴⁾ M. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "Flauto magico"?, cit., p. 882.

dua un margine di responsabilità solo in caso di colpa grave e dunque ci si trova al cospetto di una *abolitio criminis* parziale.

Invero, in quest'ultimo caso sono prospettabili diversi epiloghi, a seconda del punto di vista da cui si muove in merito ai rapporti tra colpa generica e colpa specifica, ed una volta ovviamente risolto in via preliminare il diverso, ma connesso profilo sulla sostanza cautelare delle regole:

i) adottando la prospettiva del diritto vivente, e quindi ammettendo sempre uno spazio di incriminazione a titolo di colpa generica oltre la colpa specifica (non esaurendo quest'ultima il livello di perizia richiesto), ci si troverà dinanzi ad un'ipotesi di *abolitio criminis*, giacché, come correttamente osservato dalla Corte di cassazione, l'area di responsabilità medica ascrivibile alla colpa lieve ha perso disvalore penale⁽³⁵⁾;

ii) ritenendo invece – in coerenza con quell'impostazione dottrinale che pone in termini di alternatività/incompatibilità colpa specifica e colpa generica⁽³⁶⁾ – che l'adeguarsi alle linee guida potesse prima della legge n. 189 del 2012 escludere *ex se* la responsabilità penale, si prospetterà una nuova incriminazione, in quanto tale irretroattiva, nella misura in cui oggi si viene ad incriminare, oltre l'osservanza delle linee guida, anche una porzione di colpa generica (grave).

Ad analoghe conclusioni, con esiti differenziati a seconda del punto di partenza, si giunge anche nel caso di quella che potremmo definire colpa oltre l'adesione, nella quale cioè il medico, oltre al rispetto delle linee guida, avrebbe dovuto ulteriormente attivarsi per la migliore tutela della salute del paziente.

7. UN ACCENNO DI CONCLUSIONE

Avvicinandoci ad una prima conclusione, e facendo tesoro anche delle indicazioni della giurisprudenza sin qui intervenuta, in termini generali va detto che il rispetto di linee guida e buone pratiche non basta a liceizzare una prassi medica e ad escludere ogni possibile addebito per colpa, nel caso in cui il medico avrebbe potuto (anzi, dovuto) fare di più o altro: calare cioè nel caso concreto l'asettica indicazione scritta, vagliarne l'attendibilità e la rispondenza alle esigenze della specifica situazione patologica da fronteggiare, anche in relazione alle istanze personalistiche del paziente. Sembra non potersi prescindere dunque da parametri cautelari generici, che colmino ed integrino quelli di fonte scritta, ineliminabili nella connotazione "aperta" delle regole dell'arte medica ed insuscettibili di essere cristallizzati una volta per tutte.

Come è stato rilevato, il vizio genetico delle linee guida – quale portato di un modello di medicina basato sulle evidenze, che proviene da studi condotti su un ampio campione della popolazione – è quello di «riflettere situazioni distanti dal singolo paziente e dal consulto personale, spostando l'asse valutativo-decisionale, in ambito clinico,

⁽³⁵⁾ Sull'estensione di una valutazione dei profili intertemporali anche al diritto vivente, con riferimento alla recente riforma dei delitti di corruzione, v., da ultimo, GAMBARDILLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in *Arch. pen.*, fasc. 1, 2013 (in www.archiviopenale.it), p. 15.

⁽³⁶⁾ Per tutti, di recente, PIERGALLINI, *Il volto e la*

'formalizzazione' delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato, in *Responsabilità penali e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di Bartoli, Firenze University Press, 2010, p. 541; con specifico riferimento alla l. n. 189 del 2012, PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., p. 2.

più sul medico che sul paziente stesso», con una consequenziale «svalutazione dell'importanza della relazione umana e del ruolo del *partner* insostituibile del consulto medico – il paziente»⁽³⁷⁾. Così come, seppure il ricorso a linee guida e buone pratiche può innescare un movimento virtuoso, stimolando la redazione di «indicazioni più precise circa la forza obbligatoria delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, circa l'esistenza di eccezioni alla loro applicazione, nonché circa il possibile rifiuto delle linee guida stesse da parte di diverse, comunque ammesse, scuole di pensiero, in favore di forme alternative di trattamento»⁽³⁸⁾, non v'è dubbio che è solo la concretizzazione di cura rispetto al singolo, unico e sempre diverso caso clinico sottoposto al medico che riesce ad assolvere davvero l'obbligo di cura, in una moderna lettura del ruolo e dell'autonomia del medico nella valutazione clinica⁽³⁹⁾; e l'unicità del caso richiama e presuppone un giudizio individualizzante ontologicamente non sostituibile, una volta per tutte, in via generale e preventiva.

In quest'ottica, si può inquadrare anche l'esigenza di valorizzare quei contesti «che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione "benevola" del comportamento del sanitario». Si tratta indubbiamente di un passaggio logico significativo che, come ricorda la sentenza in esame nella parte dedicata alla ricostruzione storica della responsabilità colposa (§ 5), apre a «valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa», e porta a parametrare la colpa del terapeuta «alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli ed al contesto in cui esso si è svolto»⁽⁴⁰⁾. Una colpa medica misurata sul "contesto", al quale va assegnato un ruolo, su un diverso piano, anche nell'interpretazione della nuova normativa.

In sostanza, ci si interroga sulla possibilità di considerare quelle ragioni di conte-

⁽³⁷⁾ DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 155.

⁽³⁸⁾ DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 168.

⁽³⁹⁾ Come ricorda la Corte costituzionale (nella sent. 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, p. 131 ss.), «poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»; ed allora «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni».

⁽⁴⁰⁾ Tra i contributi più recenti sulla tematica, senza pretesa di esaustività, DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di Donini-Orlandi, Bonomia University Press, 2013, p. 255 ss.; FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per*

colpa": una ricognizione interdisciplinare, ivi, p. 117 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa "penale": misura soggettiva e colpa grave*, ivi, p. 183 ss.; CASTRONUOVO, *L'evoluzione torica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1610 ss.; CASTRONUOVO-RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, cit., p. 1010 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, p. 541 ss.; PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *questa rivista*, 2010, p. 1237 ss.; FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, cit., p. 185 ss.; DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, 2009, p. 83 ss.; sul tema, ancora imprescindibili i contributi di CRESPI, *I recenti orientamenti giurisprudenziali nell'accertamento della colpa professionale del medico-chirurgo: evoluzione o involuzione?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 1477 ss. e CRESPI, *La colpa grave nell'esercizio dell'attività chirurgica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 255 ss. e, in termini più generali, di PADOVANI, *Il grado della colpa*, ivi, 1969, p. 819 ss.

sto/emergenza richiamate quale parametro di misurazione (anche) oggettiva della colpa⁽⁴¹⁾: ragioni idonee ad escludere la punibilità oltre che per l'inesigibilità, anche per il mancato raggiungimento della soglia colposa di rilevanza penale⁽⁴²⁾. Così, a merito della riforma, va riconosciuta la possibilità che a quelle stesse ragioni siano attribuiti effetti su un duplice piano: della misura soggettiva della colpa, escludendo l'esigibilità; del livello di colpa punibile, se del caso ascrivendo il fatto all'area di tipicità della colpa lieve, come tale non (più) penalmente rilevante. In quest'ultima ipotesi, non si sarebbe poi così distanti da quanto, *mutatis mutandis*, il legislatore ha già sperimentato in altre occasioni, introducendo filtri di rilevanza penale circa il grado di intensità della colpevolezza richiesta (si pensi, per tutti, al dolo intenzionale nell'abuso d'ufficio).

⁽⁴¹⁾ Secondo PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., p. 15, «la nuova disposizione di favore, a differenza dell'art. 2236 c.c., ha un ambito d'applicazione non limitato ai casi di speciale difficoltà; ma delle caratteristiche del caso concreto si dovrà ovviamente tenere conto nel giudizio sulla misura dell'eventua-

le colpa».

⁽⁴²⁾ Rappresenta questa, ad avviso di PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., p. 3 ss., una delle possibili collocazioni dogmatiche della novità legislativa, non escludendo peraltro l'A. che si possa parlare di scusante soggettiva.

