

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LVII - settembre 2017, n° 09

09

20
17

| **estratto**

LA LEGGE GELLI-BIANCO IN CASSAZIONE:
UN PRIMO PASSO VERSO LA
CONCRETIZZAZIONE DEL TIPO

con nota di **Cristiano Cupelli**

385.5 LA RESPONSABILITÀ DEL SANITARIO DOPO LA LEGGE GELLI-BIANCO

SEZ. IV - UD. 20 APRILE 2017 (DEP. 7 GIUGNO 2017), N. 29187 - PRES. BLAIOTTA - REL. MONTAGNI - P.M. ANIELLO (CONCL. CONF.)

REATO COLPOSO - Colpa professionale - L. 8 marzo 2017, n. 24 - Disciplina intertemporale.

(C.P. ARTT. 2, 590-SEXIES; L. 8 MARZO 2017, N. 24, ART. 6; L. 8 NOVEMBRE 2012, N. 189)

L'abrogazione della l. 8 novembre 2012, n. 189 implica la reviviscenza della previgente, più severa normativa che non consentiva distinzioni connesse al grado della colpa; infatti la l. 8 marzo 2017, n. 24 non contiene alcun riferimento alla gravità della colpa. Peraltro, ai sensi dell'art. 2 c.p., il nuovo regime si applica solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma. Per i fatti anteriori può trovare applicazione, invece, quando pertinente, la normativa del 2012, che appare più favorevole con riguardo alla limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave.

[Massima redazionale]

RITENUTO IN FATTO - 1. Il G.i.p. del Tribunale di Pistoia con la sentenza ex art. 425 c.p.p., indicata in epigrafe dichiarava non luogo a procedere nei confronti di D.L.L., perché il fatto non sussiste.

Al prevenuto si contesta, quale medico psichiatra responsabile dell'ufficio salute mentale (*Omissis*), che aveva in cura il paziente L.G., nonché quale psichiatra di riferimento del piano riabilitativo redatto per il richiamato paziente, di avere colposamente posto in essere, ai sensi dell'art. 589 c.p., una serie di condotte attive ed omissive, da qualificarsi come condizioni necessarie perché il L. ponesse in essere il gesto omicidiario nei confronti di T.M., che unitamente all'imputato, era stato inserito nella struttura residenziale (*Omissis*), dell'Associazione "(*Omissis*)", a bassa soglia assistenziale. L. infatti, in data (*Omissis*), ebbe a sferrare numerosi colpi al capo e al collo del T., con un'ascia lasciata incustodita presso la richiamata struttura, solo perché infastidito dal comportamento della persona offesa.

Il giudicante effettua primieramente considerazioni di ordine critico sulla stessa ammissibilità del concorso del reato colposo in quello doloso, pure considerando che tale configurazione trova cittadinanza nel diritto vivente.

Ciò posto, il g.i.p. ripercorre dettagliatamente il vissuto clinico del L. dal mese di (*Omissis*) sino alla notte del (*Omissis*) in cui venne compiuto il gesto omicidiario, osservando che le scelte effettuate dallo psichiatra D.L., in ordine al passaggio dal regime di internamento del L. a quello della libertà vigilata ed alla riduzione del trattamento farmacologico, appaiono immuni da errori di diagnosi. Il giudice considera che *a posteriori* le scelte effettuate dall'odierno imputato sono risultate oggettivamente inadeguate a contenere la perdurante pericolosità del L., soggetto che sedici anni prima aveva commesso un altro omicidio. Non di meno, in sentenza si rileva che nella condotta dell'imputato non emergono profili di rimproverabilità colposa e che l'azione dello psichiatra non può considerarsi come causa scatenante dell'imprevedibile gesto omicidiario.

2. Avverso la citata sentenza ha proposto ricorso per cassazione T.M., parte civile costituita, a mezzo del difensore.

Il ricorrente si sofferma sulla storia clinica del L., caratterizzata da abuso di sostanze stupefacenti, esplosioni di rabbia e da un fallito gesto suicidiario, in esito al quale ebbe a riportare gravi lesioni. L'esponente richiama poi le motivazioni e le efferate modalità dell'uccisione della fidanzata G.S. perpetrata dal L. nel 1998, sulla base delle lucide dichiarazioni rese dallo stesso al consulente del pubblico ministero. Ciò posto, l'esponente propone considerazioni sull'ambito funzionale della sentenza liberatoria di cui all'art. 425 c.p.p. Quindi, con il primo motivo, la parte denuncia la violazione di legge. Al riguardo, il

ricorrente rileva che il G.i.p. di Pistoia ha effettuato valutazioni che esulano dalla natura processuale della decisione di cui si tratta.

Con il secondo motivo la parte civile deduce l'inosservanza della legge penale, con riferimento al punto della sentenza in cui viene esclusa la configurabilità del concorso colposo nel reato doloso. Osserva che la giurisprudenza ha chiarito che risulta configurabile la responsabilità a titolo colposo dello psichiatra nel reato doloso del paziente, in riferimento alla posizione di garanzia assunta dal medico.

Con il terzo motivo l'esponente individua un ulteriore errore nella applicazione della legge penale, in relazione ai profili di colpa commissiva ed omissiva.

Con il quarto motivo viene denunciato il vizio motivazionale in ordine alla rilevanza della riduzione della terapia farmacologica. L'esponente osserva che il percorso argomentativo posto a fondamento della sentenza impugnata risulta manifestamente illogico, laddove il giudicante effettua affermazioni sulla incidenza da assegnare alla riduzione del farmaco antipsicotico.

Con ulteriore motivo il deducente censura la valutazione effettuata dal g.i.p. rispetto ai profili di colpa ascrivibili al D.L.

Sotto altro aspetto, la parte civile osserva che il giudicante ha sviluppato considerazioni di natura politica, piuttosto che giuridica, sulle possibilità riabilitative del malato di mente.

Infine, viene denunciato vizio motivazionale in ordine alla ritenuta imprevedibilità del gesto omicida-rio. La parte sottolinea che dal vissuto del L. emergono plurimi indici premonitori al riguardo. E rileva che D.L. effettuò specifiche scelte terapeutiche, dopo aver estromesso altri professionisti che andavano di contrario avviso, riducendo la terapia farmacologica a fronte di un enorme aumento degli stimoli esterni ai quali il paziente veniva sottoposto. Si considera, infine, che l'espletamento di perizia, in sede dibattimentale, ben potrebbe contribuire a chiarire l'incidenza da assegnare alla riduzione del farmaco antipsicotico, rispetto all'azione omicida-ria.

CONSIDERATO IN DIRITTO - 1. Il ricorso è fondato, nei sensi di seguito espressi.

2. Procedendo all'esame del primo motivo di ricorso, deve considerarsi che il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Pistoia ha posto a fondamento della decisione oggi impugnata valutazioni sulla conducenza del compendio probatorio a sostenere l'accusa nel giudizio di merito, che risultano eccentriche rispetto alla regola di valutazione espressa dall'art. 425 c.p.p., propria dell'udienza preliminare, come delineata dal diritto vivente. A tale riguardo è sufficiente rammentare brevemente che l'originaria formulazione della norma prevedeva che potesse essere adottata sentenza di non luogo a procedere solo nelle situazioni di evidenza probatoria per le formule di proscioglimento in fatto. Si trattava di regola di giudizio eccessivamente restrittiva, che inibiva al giudice un reale controllo sulla plausibilità dell'accusa; e che non era coerente con quella ben più ampia prevista per l'archiviazione. La l. n. 479 del 1999, ha quindi ampliato significativamente la regola di giudizio: tra l'altro, può essere emessa sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio. Il lessico dell'art. 425 c.p.p., nuovo comma 3, evidenzia che il legislatore ha voluto rendere omogenee le regole di giudizio sottese all'archiviazione ed alla sentenza di non luogo a procedere. Dunque, la sentenza di non luogo a procedere può essere adottata quando si è in presenza di una situazione probatoria pacifica (esistenza della prova dell'innocenza; mancanza della prova della colpevolezza); quando il quadro probatorio è insufficiente o contraddittorio; infine quando non vi sono elementi sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio. Tale ultima situazione individua un *tertium genus* rispetto alle due precedenti; ed implica una penetrante sintesi prognostica e valutativa che attiene alla potenzialità espansiva degli elementi di prova disponibili. Si tratta quindi di una norma di chiusura, che impone una ampia lettura critica circa la plausibilità dell'ipotesi accusatoria. Tale valutazione prognostica circa l'esito del giudizio dovrà rapportarsi anche alle più ampie riserve della formazione della prova nel dibattimento; e particolarmente alle potenzialità dell'accertamento giudiziale condotto con le regole del contraddittorio.

Su tale nuova regola di giudizio è intervenuta ripetutamente questa Corte rimarcando che la insufficienza o contraddittorietà delle acquisizioni probatorie va parametrata sull'inutilità del dibattimento (Sez. VI, sentenza n. 45275 del 16/11/2001, Acampora, Rv. 221303). Anche le Sezioni unite hanno affermato che

L'obiettivo arricchimento qualitativo e quantitativo dell'orizzonte prospettico del giudice non gli attribuisce il potere di giudicare in termini di anticipata verifica dell'innocenza/colpevolezza, poiché la sua valutazione critica è sempre diretta a determinare, all'esito di una deliberazione di tipo prognostico, la sostenibilità dell'accusa in giudizio e l'utilità della fase dibattimentale (Sez. un., sentenza n. 39915 del 30/10/2002, Vottari, Rv. 222602). La giurisprudenza successiva ha ribadito il delineato ambito funzionale dell'udienza preliminare, affermando che la regola di valutazione che deve osservare il giudice consiste nella prognosi di non evoluzione del materiale probatorio: lo scrutinio "del merito" demandato al giudice della udienza preliminare, cioè, volgendo a soddisfare un ruolo processuale – tale essendo, infatti, la natura dell'epilogo decisorio (sentenza che, per l'appunto, si definisce di "non luogo a procedere", ovvero decreto che dispone il giudizio) che contrassegna l'esito al quale tende l'udienza preliminare – deve raccordarsi con l'implausibilità di connotazioni evolutive del materiale di prova raccolto (Sez. II, sentenza n. 14034 del 18/3/2008, D'Abramo, Rv. n. 239514; conforme Sez. II, sentenza n. 45046 del 11/11/2008, Corona, Rv. 242222). Si è pure chiarito che, in sede di legittimità, il controllo sulla motivazione della sentenza di non luogo a procedere, ex art. 606 c.p.p., comma 1, lett. d) o lett. e), non può avere per oggetto gli elementi acquisiti dal pubblico ministero ma solo la giustificazione adottata dal giudice nel valutarli e, quindi, la riconoscibilità del criterio prognostico adottato per escludere che l'accusa sia sostenibile in giudizio (Sez. VI, Sentenza n. 35668 del 28/3/2013, Abbamonte, Rv. 256605).

E bene, nel caso di specie, il giudicante ha dato atto del fatto che le parti avevano chiesto l'espletamento di perizia nelle forme garantite, proprio al fine di chiarire la conferenza, rispetto agli approdi offerti dalla letteratura clinica di settore, delle scelte terapeutiche effettuate dal sanitario, con riguardo al quadro patologico presentato dal L. In sentenza, sul punto, si afferma che l'espletamento della perizia deve ritenersi inutile, sia rispetto al tema della individuazione di profili di ascrivibilità colposa nella condotta dell'imputato, sia rispetto all'accertamento della riferibilità causale dell'evento all'azione del garante.

Tale valutazione deve essere censurata, giacché non tiene conto dell'insegnamento espresso dal diritto vivente rispetto all'apprezzamento della prova scientifica nel giudizio penale; e contraddice l'ambito cognitivo assegnato al giudice dell'udienza preliminare, qualificato dalla valutazione prognostica circa la possibile evoluzione del materiale di prova raccolto, come sopra chiarito. La sentenza, infatti, sebbene mossa dal commendevole proposito di valorizzare l'accresciuto ruolo decisorio dell'udienza preliminare, non si confronta in modo risolutivo con le molte questioni problematiche presenti nel giudizio ed esposte diffusamente dal ricorrente a proposito della lunghissima storia clinica dell'imputato e dei suoi drammatici vissuti; della prevedibilità della condotta omicidiaria alla luce di tale storia personale; della appropriatezza delle scelte in ordine alla collocazione residenziale del L. ed alla modulazione del trattamento farmacologico.

La pronunzia, inoltre, trascura di considerare l'importanza di una approfondita valutazione scientifica di casi problematici come quello in esame; e soprattutto non esprime una motivata e concludente valutazione in ordine all'utilità della sede dibattimentale, cui l'ordinamento processuale attribuisce una particolare valenza euristica, sia in considerazione dell'importanza del contraddittorio, sia in virtù dei poteri officiosi del giudice, particolarmente nella gestione della peculiare indagine costituita dalla perizia.

Le considerazioni ora svolte, di ordine dirimente, conducono all'annullamento della sentenza impugnata, vulnerata dalle evidenziate aporie argomentative, rispetto all'ambito funzionale dell'udienza preliminare, con rinvio al Tribunale di Pistoia, per l'ulteriore corso.

3. In vista delle rinnovate valutazioni demandate al Tribunale, non si può fare a meno di prendere in esame alcune ulteriori questioni problematiche agitate nel ricorso, alle quali il giudice dovrà prestare nuovamente attenzione.

In particolare, quanto ai temi affidati al secondo motivo di ricorso, occorre considerare che le perplessità espresse dal giudicante, in ordine alla stessa ammissibilità del concorso del reato colposo in quello doloso, non appaiono giustificate, alla luce della elaborazione giurisprudenziale.

Invero, ad una ormai risalente posizione critica assunta dalla giurisprudenza di legittimità rispetto alla configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso (Sez. IV, Sentenza n. 9542 del 11/10/1996, De Santis, Rv. 206798), hanno fatto seguito ripetuti, condivisi arresti, ove si è ritenuto che il concorso colposo risulta configurabile anche rispetto al delitto doloso, purché il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche

nella forma colposa e nella condotta siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa. In tale ambito ricostruttivo, si è chiarito che la regola cautelare violata deve essere necessariamente diretta a prevenire anche il rischio dell'atto doloso del terzo e che quest'ultimo deve risultare prevedibile per l'agente che risponde a titolo di colpa (Sez. IV, Sentenza n. 10795 del 14/11/2007, dep. 2008, Pozzi, Rv. 238957; Sez. IV, Sentenza n. 4107 del 12/11/2008, dep. 2009, Calabrò, Rv. 242830; Sez. IV, sentenza n. 34385 del 14.7.2011, Costantino, Rv. 251511; Sez. IV, n. 9855 del 27/1/2015, Chiappa, Rv. 262440). Come si vede, secondo diritto vivente, risulta astrattamente configurabile il concorso colposo nel delitto doloso; e pertanto, la valutazione prognostica circa la possibile evoluzione del materiale di prova raccolto, tale da giustificare il rinvio a giudizio dell'imputato, dovrà essere effettuata tenendo concretamente presente tale approccio interpretativo.

4. Il giudizio si muove problematicamente pure attorno al ruolo ed alla responsabilità del professionista psichiatra. Anche a tale riguardo questa Corte è tenuta ad indicare gli approdi della nomofilachia, per evitare ulteriori fraintendimenti nella delicata materia, anche alla luce delle peculiarità del caso.

Occorre ricordare che la giurisprudenza si è sovente occupata della posizione di garanzia che grava sul medico psichiatra e sul contenuto dei conseguenti obblighi di protezione e controllo, rispetto alle condotte autolesive o lesive del paziente verso terzi (ad es. Sez. IV, Sentenza n. 48292 del 27/11/2008, Desana, Rv. 242390). Si tratta di un caso in cui la Corte regolatrice ha confermato l'affermazione di responsabilità del primario e dei medici del reparto di psichiatria di un ospedale pubblico per omicidio colposo in danno di un paziente che, ricoveratosi volontariamente con divieto di uscita senza autorizzazione, si era allontanato dal reparto dichiarando di volersi recare al piano superiore ed ivi giunto si era suicidato gettandosi da una finestra.

Il tema si intreccia con quello del concorso colposo nel delitto doloso sopra ricordato. La Corte regolatrice, infatti, ha affermato che è configurabile il concorso colposo nel delitto doloso proprio in riferimento al caso di un medico psichiatra, il quale, sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto il paziente ricoverato in una comunità, ne aveva determinato lo scompenso psichico, ritenuto la causa della crisi nel corso della quale lo stesso paziente, poi ritenuto non imputabile, aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori che lo accudivano (Sez. IV, n. 10795 del 14/11/2007 - dep. 2008, Pozzi, Rv. 238957, cit.).

Ai fini di interesse, giova ricordare che la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'obbligo giuridico che grava sullo psichiatra risulta potenzialmente qualificabile al contempo come obbligo di controllo, equiparando il paziente ad una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante avrebbe il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e di protezione del paziente medesimo, soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per se stesso (Sez. IV, n. 14766 del 4/2/2016, De Simone, Rv. 266831).

In argomento, non si è mancato di rilevare che il contenuto della posizione di garanzia assunta dallo psichiatra deve essere circoscritto, tenendosi nel dovuto conto la contemporanea presenza di vincoli protettivi e pretese di controllo, unitamente alla particolare complessità della situazione rischiosa da governare: tra il perimetro della posizione di garanzia e il rischio consentito esiste infatti uno stretto collegamento, nel senso che è proprio l'esigenza di contrastare e frenare un determinato rischio per il paziente (o realizzato dal paziente verso terzi) che individua e circonda, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari del medico. In questo quadro, peculiare rilevanza assume la selezione delle regole tecniche, delle raccomandazioni, che orientano l'attività medica nella scelta del percorso terapeutico; selezione che si pone in termini ancor più problematici con specifico riferimento alla scienza psichiatrica, giacché le manifestazioni morbose a carico della psiche sono ritenute tendenzialmente meno evidenti e afferrabili delle malattie fisiche, per cui l'individuazione del trattamento appropriato può in certi casi diventare ancora più incerta che non nell'ambito della attività medica genericamente intesa (Sez. IV, n. 14766 del 4/2/2016, De Simone, cit.). Come sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità, in tali casi la regola cautelare delinea l'area dell'obbligo di garanzia, che a sua volta definisce la condotta omissiva tipica, alla quale assegnare idoneità salvifica, rispetto all'impedimento dell'evento, come in concreto verificatosi.

Deve in questa sede ribadirsi l'insegnamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, laddove si è evidenziato: che la moderna psichiatria mostra patologie che non di rado sono difficilmente controllabili completamente, anche in ragione dell'abbandono di deprecate pratiche di isolamento e segregazione del

paziente psicotico, a favore di terapie rispettose della dignità umana che, tuttavia, non eliminano del tutto il rischio di condotte inconsulte; che, in tali casi, il giudice deve verificare, con valutazione *ex ante*, l'adeguatezza delle pratiche terapeutiche poste in essere dal sanitario a governare il rischio specifico, pure a fronte di un esito infausto sortito dalle stesse; che, in tale percorso valutativo, che involge la delimitazione del perimetro del rischio consentito insito nella pratica medica, vengono in rilievo le raccomandazioni contenute nelle linee guida, in grado di offrire indicazioni e punti di riferimento, tanto per il medico nel momento in cui è chiamato ad effettuare la scelta terapeutica adeguata al caso di specie, quanto per il giudice che deve procedere alla valutazione giudiziale di quella condotta (Sez. IV, sentenza n. 4391 del 22/11/2011, dep. 2012, Di Lella, Rv. 251941).

5. I cenni che precedono, circoscritti all'esame strutturale della posizione di garanzia assunta dallo psichiatra nell'ambito della relazione terapeutica, rendono evidente la peculiare rilevanza che, nel caso di specie, assume la verifica del rispetto, da parte dell'imputato, di eventuali codificate procedure formali ovvero di protocolli o linee guida: si tratta di parametri che possono svolgere un ruolo importante, quale atto di indirizzo per il medico e quindi nel momento della verifica giudiziale della correttezza del suo operato (Sez. IV, Sentenza n. 35922 del 11/7/2012, Ingrassia, Rv. 254618). Come si vede, l'analisi delle linee guida che risultino adeguate al caso concreto, assume certa rilevanza, nell'orizzonte del giudice chiamato a celebrare nuovamente l'udienza preliminare, in sede di giudizio di rinvio. Le linee guida, invero, offrono al giudice un estrinseco parametro di riferimento, che garantisce maggiore tassatività nella valutazione degli eventuali profili di colpa del sanitario. E d'altra parte alle linee guida affida uno speciale, riconosciuto ruolo il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, che, come sarà meglio esposto nel prosieguo, pur essendo stato abrogato, trova ancora applicazione ai sensi dell'art. 2 c.p., essendo più favorevole rispetto alla normativa sopravvenuta.

6. Infine, sempre nell'ottica delle rinnovate valutazioni richieste al giudice, posto che il quadro normativo di riferimento, rispetto al tema della responsabilità per colpa del sanitario è stato interessato da plurimi interventi da parte del legislatore, nell'arco dell'ultimo lustro, occorre soffermarsi sulla portata della recente novellazione, anche al fine di dirimere le questioni di diritto intertemporale derivanti dalla intervenuta successione di leggi penali nel tempo.

La questione è altamente problematica, come sarà meglio esposto nel prosieguo sicché occorre ripercorrere, sia pure in estrema sintesi, gli snodi concettuali che hanno attraversato l'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni, rispetto al tema di interesse.

Sino agli anni ottanta del secolo scorso la giurisprudenza limitava la responsabilità penale del medico, rispetto ai delitti di omicidio colposo e di lesioni colpose, alle ipotesi di colpa grave, in conformità a quanto previsto, in tema di responsabilità civile, dall'art. 2236 c.c., in riferimento alle prestazioni professionali comportanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà (Sez. IV, sentenza n. 6650 del 27/1/1984, Ricolizzi, Rv 165329; Sez. IV, sentenza n. 9410 del 25/5/1987, Tomei, Rv. 176606; Sez. II, sentenza n. 11695 del 23/08/1994, Leone, Rv. 199757). Il limite della colpa grave veniva solitamente riferito alla sola imperizia (quella cioè derivante dalla violazione delle *leges artis*), mentre rispetto alla negligenza e all'imprudenza si riteneva che la valutazione dell'attività del medico dovesse essere improntata a criteri di normale severità.

Sul punto, occorre rilevare che la Corte costituzionale, chiamata a stabilire se tale orientamento fosse compatibile con il principio di uguaglianza, ha affermato in una risalente pronuncia che la richiamata deroga alla disciplina generale della responsabilità penale per colpa, nei casi previsti dalla disposizione di cui all'art. 2236 c.c., aveva una adeguata ragione d'essere, dovendo essere applicata solo ai casi in cui la prestazione professionale comportava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ed essendo contenuta entro il circoscritto tema della perizia (C. cost., sentenza n. 166 del 1973).

Tale indirizzo è stato però messo in discussione, successivamente, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale ha negato l'applicabilità del principio di cui all'art. 2236 c.c., al diritto penale, affermando che nella materia devono trovare esclusivo accoglimento gli ordinari criteri di valutazione della colpa di cui all'art. 43 c.p., secondo il parametro consueto dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, arricchito dalle eventuali maggiori conoscenze dell'agente concreto (Sez. IV, sentenza n. 11733, del 2/6/1987, Fora Boschi, Rv. 177085; Sez. IV, sentenza n. 11007, del 28/4/1994, Archilei, Rv. 200387). La giurisprudenza

successiva ha quindi costantemente rilevato che nella valutazione in ambito penale della colpa medica non trova applicazione la richiamata disciplina di favore di cui all'art. 2236 c.c. La graduazione della colpa assume eventuale rilievo solo ai fini della determinazione della pena (Sez. IV, sentenza n. 46412, 28/10/2008, Rv. 242251).

La distinzione tra *culpa levis* e *culpa lata* ha acquisito una nuova considerazione alla luce della disposizione, in tema di responsabilità sanitaria, contenuta nel d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1, conv., con modif. dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, ove era tra l'altro stabilito: «L' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve». Si tratta di disposizione oggi abrogata, come subito si vedrà.

Secondo la Corte regolatrice, la citata novella del 2012 aveva escluso la rilevanza penale della colpa lieve, rispetto alle condotte lesive coerenti con le linee guida o le pratiche terapeutiche mediche virtuose, accreditate dalla comunità scientifica. In particolare, si era evidenziato che la norma aveva dato luogo ad una *abolitio criminis* parziale degli artt. 589 e 590 c.p., avendo ristretto l'area penalmente rilevante individuata dalle predette norme incriminatrici, alla sola colpa grave (Sez. IV, sentenza n. 11493 del 24/1/2013, Pagano, Rv. 254756; Sez. IV, sentenza n. 16237 del 29/1/2013, Cantore, Rv. 255105; Sez. IV, sentenza n. 47289 del 9/10/2014, Stefanetti, Rv. 260739). La modifica normativa aveva riportato, quindi, all'attualità i concetti di colpa lieve e di colpa grave, destinati ad intrecciarsi con l'ulteriore questione posta dalla novella del 2012, afferente all'impiego, in sede giudiziaria, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Nell'ermeneusi della riferita disposizione, la giurisprudenza di legittimità era giunta all'approdo in base al quale il terapeuta complessivamente avveduto ed informato, attento alle raccomandazioni contenute nelle linee guida, potesse ritenersi rimproverabile solo nel caso in cui fosse incorso in colpa grave nell'adeguarsi a tali direttive. In tale ambito ricostruttivo, le linee guida accreditate assumevano valenza di direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituiva uno "scudo protettivo" contro istanze punitive non giustificate.

7. Il tema della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, per i reati di omicidio colposo e di lesioni colpose è stato oggetto di un ulteriore intervento normativo, con il quale il legislatore ha posto mano nuovamente alla materia della responsabilità sanitaria, anche in ambito penale. Il riferimento è alla l. 8 marzo 2017, n. 24, recante Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, pubblicata in *G.U.* serie generale n. 64 del 17 marzo 2017, entrata in vigore in data 1° aprile 2017.

Ai fini di interesse, viene in particolare rilievo la citata l. n. 24 del 2017, art. 6, che ha introdotto l'art. 590-*sexies* c.p., rubricato Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario.

L'art. 590-*sexies* c.p., stabilisce: «Se i fatti di cui agli artt. 589 e 590, sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal comma 2.

Qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

L'art. 6, comma 2, citato, dispone l'abrogazione del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 novembre 2012, n. 189.

La novella manifesta la volontà di una rifondazione della disciplina penale della responsabilità in ordine ai reati di omicidio e lesioni colpose in ambito sanitario, come plasticamente si desume dalla creazione di una nuova incriminazione.

Tuttavia la lettura della nuova norma suscita alti dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili, subito messi in luce dai numerosi studiosi che si sono cimentati con la riforma. Si mostrano, in effetti, incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo. Ancor prima, si ha difficoltà a cogliere la *ratio* della novella.

Si legge che non è punibile l'agente che rispetta le linee guida accreditate nei modi che si vedranno in appresso, nel caso in cui esse risultino adeguate alle specificità del caso concreto. L'enunciato, come è stato

da più parti sottolineato, attinge la sfera dell'ovvietà: non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l'autore che, avendo rispettato le raccomandazioni espresse da linee guida qualificate e pertinenti ed avendole in concreto attualizzate in un modo che "risulti adeguato" in rapporto alle contingenze del caso concreto, è evidentemente immune da colpa. Da questo punto di vista, dunque, nulla di nuovo.

La disciplina, tuttavia, risulta di disarticolante contraddittorietà quando l'ovvio enunciato di cui si è detto si ponga in connessione con la prima parte del testo normativo. Vi si legge, infatti, che il *novum* trova applicazione «quando l'evento si è verificato a causa di imperizia». La drammatica incompatibilità logica è lampante: si è in colpa per imperizia ed al contempo non lo si è, visto che le codificate *leges artis* sono state rispettate ed applicate in modo pertinente ed appropriato («risultino adeguate alle specificità del caso concreto») all'esito di un giudizio maturato alla stregua di tutte le contingenze fattuali rilevanti in ciascuna fattispecie.

La contraddizione potrebbe essere risolta sul piano dell'interpretazione letterale, ipotizzando che il legislatore abbia voluto escludere la punibilità anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento tipico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata.

Un esempio tratto dalla prassi può risultare chiarificatore. Un chirurgo imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un'arteria con effetto letale. In casi del genere, intuitivamente ed al lume del buon senso, non può ritenersi che la condotta del sanitario sia non punibile per il solo fatto che le linee guida di fondo siano state rispettate. Una soluzione di tale genere sarebbe irragionevole, vulnererebbe il diritto alla salute del paziente e quindi l'art. 32 Cost., si porrebbe in contrasto con i fondanti principi della responsabilità penale. Tali ragioni che rendono impraticabile la letterale soluzione interpretativa di cui si discute devono essere debitamente, analiticamente chiarite.

7.1. Il diritto penale è nel presente profondamente permeato e modellato dal principio costituzionale di colpevolezza. L'adeguamento ad esso costituisce impresa cui la giurisprudenza attende, consapevole dell'alta posta in gioco. Si tratta di connettere la sfera punitiva ad un ben ponderato rimprovero, in primo luogo attraverso il rimodellamento delle figure del dolo, della colpa e della preterintenzione.

Non è qui il caso di proporre una compiuta analisi della vasta materia. È sufficiente richiamare l'approdo ultimo (Sez. un., sentenza n. 38343 del 24/4/2014, Espenhahn, Rv. 261105) che, in accordo con precedenti arresti giurisprudenziali e con i contributi di autorevole dottrina, ha inteso ridefinire i distinti connotati della colpevolezza dolosa e di quella colposa.

In particolare, per ciò che riguarda la colpa, si è chiarito che si tratta di una forma di colpevolezza che non si estende a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione di una prescrizione, ma è limitata ai risultati che la regola mira a prevenire. Prevedibilità e prevenibilità hanno un importante ruolo nell'individuazione delle norme cautelari alla cui stregua va compiuto il giudizio. Si tratta di identificare una norma specifica posta a presidio della verifica di un altrettanto specifico evento, sulla base delle conoscenze che all'epoca della creazione della regola, consentivano di porre la relazione causale tra condotte e risultati temuti; e di identificare misure atte a scongiurare o attenuare il rischio. L'individuazione di tale nesso consente di sfuggire al pericolo di una connessione meramente oggettiva tra regola violata ed evento; di una configurazione dell'evento stesso come condizione obiettiva di punibilità. Si richiede, altresì, la evitabilità dell'evento; cioè che il comportamento diligente abbia apprezzabili, significative possibilità di scongiurare il danno. Tali ineludibili coordinate della colpa si atteggiano con sfumature diverse in relazione ai diversi contesti ed alle differenti caratteristiche delle regole imposte; ma, nel loro nucleo, costituiscono espressione del principio costituzionale di colpevolezza, giacché racchiudono i tratti tipici del rimprovero che fonda l'affermazione di responsabilità. Tutto ciò si rinviene sotto le insegne del principio della "causalità della colpa" fatto proprio da questa Corte nella citata sentenza delle Sezioni unite ed in numerose altre pronunzie.

Tali considerazioni rendono chiaro che non è consentita l'utilizzazione di direttive non pertinenti rispetto alla causazione dell'evento, non solo per affermare la responsabilità colpevole, ma neppure per escluderla.

Per esemplificare nel modo più triviale, il conducente di un'auto che impegni un incrocio con semaforo rosso determinando un incidente mortale non potrebbe invocare l'esonero da responsabilità per il solo fatto di aver rispettato il limite di velocità vigente in quel tratto di strada. Ed un atto normativo che prevedesse una disciplina del genere si esporrebbe a censure ben evidenti, sul piano della razionalità, della coerenza con le fondamentali esigenze di difesa della vita e della salute, del rispetto del principio di colpevolezza.

7.2. I principi indicati, naturalmente, trovano applicazione, con tutti gli adattamenti del caso, anche nel contesto in esame, in cui le regole si presentano come "raccomandazioni" da modellare su ciascun caso concreto. Il tema richiede qualche chiarificazione a proposito delle linee guida e della loro utilizzazione.

Questa Corte ha ripetutamente avuto modo di chiarire che le linee guida – alla stregua delle acquisizioni ad oggi consolidate – 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, di solito, 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. Infatti, 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 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.

Dunque, le linee guida hanno contenuto orientativo, esprimono raccomandazioni; e vanno distinte da strumenti di "normazione" maggiormente rigidi e prescrittivi, solitamente denominati "protocolli" o *check list*. Esse non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti; e, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere 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 doversi addirittura derogare radicalmente.

Chiarito il ruolo delle linee guida, va aggiunto che esse non esauriscono la disciplina dell'*ars medica*. Da un lato, infatti, vi sono aspetti della medicina che non sono per nulla regolati da tale genere di direttiva. Dall'altro, pure nell'ambito di contesti che ad esse attingono, può ben accadere che si tratti di compiere gesti o di agire condotte, assumere decisioni che le direttive in questione non prendono in considerazione, come evidenziato dall'esempio del chirurgo che si è sopra proposto (par. 7). In tali situazioni la considerazione della generica osservanza delle linee guida costituisce – si confida sia ormai chiaro – un aspetto irrilevante ai fini della spiegazione dell'evento e della razionale analisi della condotta ai fini del giudizio di rimproverabilità colposa. Insomma, razionalità e colpevolezza ergono un alto argine contro l'ipotesi che voglia, in qualunque guisa, concedere, sempre e comunque, l'impunità a chi si trovi in una situazione di verificata colpa per imperizia.

7.3. Peraltro, anche ulteriori ragioni militano contro l'ipotesi interpretativa prospettata. Occorre rammentare che le incriminazioni di cui si discute costituiscono un primario, riconosciuto strumento di protezione dei beni della vita e della salute. È ben vero che l'ambito terapeutico è un contesto che giustifica, nell'ambito della normazione e dell'interpretazione, un peculiare governo del giudizio di responsabilità, anche in chiave limitativa. Ne sono testimonianza l'art. 2236 c.c., la richiamata sentenza costituzionale n. 166 del 1973, la giurisprudenza di questa Corte, da ultimo il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1, convertito, con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189. E pure in ambito internazionale si mostrano

soluzioni differenziate, prevalentemente caratterizzate dalla limitazione della responsabilità alla colpa grave o dal favore per strumenti propri del diritto civile. A tali esperienze non è estranea l'esigenza di scoraggiare la cosiddetta medicina difensiva. Un'istanza sottolineata dalla già evocata sentenza costituzionale, secondo cui 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, però, 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.

Per contro la soluzione interpretativa sin qui esaminata, implicando un radicale esonero da responsabilità, è priva di riscontri in altre esperienze nazionali. Essa rischierebbe di vulnerare l'art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse dichiarate finalità della legge, di protezione del diritto alla salute di cui si dirà anche in appresso. Tale soluzione, inoltre, stabilirebbe uno statuto normativo irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili.

7.4. Il tema del diritto punitivo impone di allargare l'orizzonte agli aspetti civilistici della nuova disciplina. Qui si rinviene una norma che alimenta ulteriormente e radicalizza i dubbi in ordine alla praticabilità dell'interpretazione di cui si discute. La L. n. 24 del 2017, art. 7, comma 3, recita che «... il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'art. 590-*sexies* c.p. ...».

Dunque, per effetto di tale richiamo della disciplina civile a quella penale, il solo fatto dell'osservanza di una linea guida, anche quando non rilevante ai fini del giudizio di responsabilità, non solo escluderebbe la responsabilità penale, ma limiterebbe pure la quantificazione del danno. Insomma, neppure l'ambito civilistico consentirebbe alla vittima di ottenere protezione e ristoro commisurati all'entità del pregiudizio subito; e l'esonero da responsabilità si amplierebbe ulteriormente. È ben vero che già la citata l. n. 189 del 2012 recava una norma analoga, ma nell'ambito di quella disciplina il rinvio alla materia penale aveva implicazioni ben più ristrette e ragionevoli: l'applicabilità, in ambito risarcitorio, dei criteri per la graduazione della colpa, alla stregua della fondamentale distinzione tra colpa lieve e grave.

Insomma, la soluzione che qui si critica colliderebbe frontalmente con l'istanza di tutela della salute che costituisce il manifesto della nuova normativa.

7.5. L'impraticabilità dell'interpretazione sin qui esaminata induce questa Corte a percorrere un itinerario alternativo. Sovviene la considerazione delle finalità della nuova legge: sicurezza delle cure «parte costitutiva del diritto alla salute», corretta gestione del rischio clinico, utilizzo appropriato delle risorse. Funzionale a tali finalità è l'art. 5, che reca un vero e proprio statuto delle modalità di esercizio delle professioni sanitarie: «Gli esercenti le professioni sanitarie ... si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida» accreditate, espresse cioè da istituzioni individuate dal Ministero della salute. Tali linee guida sono sottoposte a verifica dell'Istituto superiore di sanità in ordine alla conformità a *standard* predefiniti ed alla rilevanza delle evidenze scientifiche poste a supporto delle raccomandazioni. In mancanza di tali raccomandazioni, i professionisti si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Le coordinate e le finalità di tale disciplina emergono nitidamente. Da un lato, è chiara la consapevolezza che si tratta di direttive di massima, che devono confrontarsi con le peculiarità di ciascuna situazione concreta, adattandovisi. Dall'altro, emerge la recisa volontà di costruire un sistema istituzionale, pubblico, di regolazione dell'attività sanitaria, che ne assicuri lo svolgimento in modo uniforme, appropriato, conforme ad evidenze scientifiche controllate. Tale istituzionalizzazione vuole senza dubbio superare le incertezze manifestatesi dopo l'introduzione della legge n. 189/2012 a proposito dei criteri per l'individuazione delle direttive scientificamente qualificate. La disciplina intende stornare il pericolo di degenerazioni dovute a linee guida interessate o non scientificamente fondate; e favorire, inoltre, l'uniforme applicazione di direttive accreditate e virtuose.

La normativa assicura all'Istituzione sanitaria il governo dell'attività medica; ma ha un altrettanto rilevante impatto sul professionista, che è tenuto ad attenersi alle raccomandazioni, sia pure con gli adattamenti propri di ciascuna fattispecie concreta. Lo stesso professionista, per converso, ha la legittima, coerente pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli.

Questo quadro d'insieme chiarisce il significato della l. n. 24 del 2017, art. 6, e della nuova fattispecie incriminatrice. Tale disciplina penale fornisce un inedito inquadramento precettivo, focalizzato sulle modalità di svolgimento dell'attività sanitaria e di accertamento della colpa; e dunque reca pure precise indicazioni al giudice in ordine all'esercizio del giudizio di responsabilità.

8. Entrando nei dettagli.

8.1. La normativa si riferisce ad eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate nei modi che si sono sopra riferiti. Perché sia esclusa la responsabilità si richiede, altresì, che le linee guida siano appropriate rispetto al caso concreto; e cioè che non vi siano ragioni, dovute solitamente alle comorbidità, che suggeriscono di discostarsene radicalmente. Chiara, in tal senso la formulazione dell'art. 5: «Gli esercenti le professioni sanitarie ... si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida ...».

Insomma, quando le linee guida non sono appropriate e vanno quindi disattese, l'art. 590-*sexies* cit. non viene in rilievo e trova applicazione la disciplina generale prevista dagli artt. 43, 589 e 590 c.p.

8.2. Ancora, la novella trova applicazione quando le raccomandazioni generali siano pertinenti alla fattispecie concreta. Qui si tratterà di valutare se esse "risultino adeguate" e siano cioè state attualizzate in forme corrette, nello sviluppo della relazione terapeutica, avuto naturalmente riguardo alle contingenze del caso concreto. Entro queste coordinate, l'agente ha diritto a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione. Si tratta di una novità di non poco conto, se si considerano le divergenze di opinioni e di valutazioni solitamente espresse dagli esperti nei giudizi di merito, alimentate solitamente proprio da differenti approcci tecnico-scientifici ad una medesima questione. Insomma, il professionista si troverà ad agire in una situazione di ben maggiore determinatezza rispetto al passato; e sarà giudicato alla stregua dei medesimi, definiti parametri che hanno regolato la sua attività.

8.3. Il nuovo paradigma non dispiega i suoi effetti in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo. Sovviene nuovamente, a tale riguardo, l'esempio dell'errore del chirurgo sopra esposto (par. 7).

9. Tale ricostruzione dà conto anche dell'espressione "a causa di imperizia" di cui è stata sopra mostrata la potenziale incoerenza con la restante parte dell'art. 590-*sexies* c.p. Il legislatore, con scelta sovrana, ma con espressione lessicalmente infelice, ha ritenuto di limitare l'innovazione alle sole situazioni astrattamente riconducibili alla sfera dell'imperizia, cioè al profilo di colpa che involge, in via ipotetica, la violazione delle *leges artis*. Si sono volute troncane le discussioni e le incertezze verificatesi nelle prassi, anche quella di legittimità, in ordine all'applicabilità della l. n. 189 del 2012, alle linee guida la cui inosservanza conduce ad un giudizio non di insipienza tecnico-scientifica ma di trascuratezza, e quindi di negligenza. A tale riguardo è sufficiente rammentare che questa Corte, dapprima contraria, aveva da ultimo ritenuto che la l. n. 189 del 2012, potesse riferirsi pure ad aree diverse da quelle dell'imperizia (Sez. IV, n. 23283 del 11/5/2016, Denegri, Rv. 266904).

In breve, la nuova norma tronca in radice i dubbi: si è voluto mettere in chiaro che l'art. 590-*sexies* si applica solo quando sia stata elevata o possa essere elevata imputazione di colpa per imperizia.

10. Il nuovo assetto, naturalmente, si riverbera considerevolmente sulla configurazione della colpa in ambito sanitario. Questa Corte ha avuto occasione di porre in luce le peculiarità di tale forma dell'imputazione soggettiva: figura vuota ed umbratile, dalla forte impronta normativa, bisognosa di eterointegrazione. E, come si è accennato, si è pure rimarcata la grande importanza del sapere tecnico-scientifico per colmare i vuoti e per conferire maggiore determinatezza al precetto. Al contempo, sono stati enunciati i pericoli connessi all'utilizzazione di raccomandazioni provenienti da soggetti non indipendenti o non sufficiente-

mente qualificati. In tale quadro risalta, nella riforma, l'importante progetto di "codificazione" ed "istituzionalizzazione", nonché di continuo adeguamento delle direttive a tutela della "sicurezza delle cure" e dei giudizi a ciò pertinenti.

Va aggiunto, per ulteriore chiarificazione, che il catalogo delle linee guida non può esaurire del tutto i parametri di valutazione. È ben naturale, infatti, che il terapeuta possa invocare in qualche caso particolare quale metro di giudizio anche raccomandazioni, approdi scientifici che, sebbene non formalizzati nei modi previsti dalla legge, risultino di elevata qualificazione nella comunità scientifica, magari per effetto di studi non ancora recepiti dal sistema normativo di evidenza pubblica delle linee guida di cui al richiamato art. 5. Si tratta di principio consolidato nella scienza penalistica: le prescrizioni cautelari ufficiali possono essere affiancate da regole non codificate ma di maggiore efficienza nella prospettiva della ottimale gestione del rischio.

D'altra parte, il legislatore ha stornato il pericolo di stallo nell'applicazione delle novella, ponendo in campo, in via residuale, le buone pratiche clinico-assistenziali. Anche in questo campo è stato perseguito un progetto di emersione, codificazione e monitoraggio delle buone pratiche attraverso l'istituzione di un Osservatorio nazionale (art. 3).

Tuttavia, è ragionevole prevedere ed auspicare che il catalogo delle linee guida accreditate sarà rapidamente attuato, in conformità all'alto interesse ed alla centralità del tema nel quadro della riforma voluta dalla legge. Dunque, in questa prima analisi della riforma è sufficiente soffermarsi sul nucleo della novella, costituito, appunto, dal regime delle raccomandazioni "ufficiali".

Tutto quanto esposto, naturalmente, ha rilevanti ricadute nella gestione del giudizio penale. Come si è rilevato, già la l. n. 189 del 2012, aveva posto in luce l'importanza delle direttive consacrate dalla comunità scientifica, ma la doverosa attenzione alla volontà del legislatore impone di sottolineare, valorizzare e tradurre in chiave operativa l'istanza di determinatezza, chiarezza, prevedibilità che promana dalla riforma. Ciò implica che nel futuro le valutazioni demandate agli esperti dovranno muoversi precipuamente attorno ai nuovi parametri di cui si è detto. Si tratterà di un passaggio ineludibile che dovrà rifluire nella finale ponderazione demandata al giudice.

10.1. La soluzione interpretativa indicata appare l'unica possibile, dopo ben ponderata riflessione, alimentata anche dai preziosi contributi dottrinali che, come si è accennato, non hanno mancato di porre in luce le difficoltà proposte dal testo normativo. Essa, in breve, coglie nella riforma il virtuoso impulso innovatore focalizzato sulla selezione e codificazione di raccomandazioni volte a regolare in modo aggiornato, uniforme, affidabile, l'esercizio dell'*ars medica*; e, al contempo, ad ancorare il giudizio di responsabilità penale e civile a costituti regolativi precostituiti, con indubbi vantaggi in termini di determinatezza delle regole e prevedibilità dei giudizi.

Tale lettura che, in fin dei conti, scorge nella riforma una nuova regola di parametrizzazione della colpa non è vulnerata dal fatto che il testo allude all'osservanza delle linee guida come causa di esclusione della punibilità. Occorre al riguardo considerare che tale espressione si rinviene in molti testi normativi ed anche nel codice con significati diversi e non di rado atecnici; cioè non riconducibili propriamente alla sfera dell'esclusione della pena pur in presenza di un reato, per ragioni istituzionali, personali, di opportunità.

Basti considerare la disciplina dell'imputabilità di cui all'art. 85 c.p. ss. La non imputabilità esclude la punizione e per converso, nella visione del codificatore, l'imputabilità è capacità di pena, in aderenza al noto modello del doppio binario di sanzione e misura di sicurezza. Orbene, la teoria del reato ha da allora subito un così profondo rimodellamento che l'imputabilità viene ora riconosciuta senza incertezze, sia in dottrina che in giurisprudenza, come parte o presupposto del principio di colpevolezza normativa e dunque è collocata all'interno del reato.

Discorso non dissimile può esser fatto, sempre in via esemplificativa, quanto ai casi di non punibilità previsti dall'art. 388 c.p., nell'ambito dei delitti contro l'amministrazione della giustizia. Tali ipotesi sono ricondotte, sia in dottrina che in giurisprudenza, ad un peculiare stato di necessità o ad una causa di esclusione della colpevolezza per inesigibilità; e dunque sicuramente fuori dalla sfera della mera punibilità.

Del resto, la stessa l. n. 189 del 2012, art. 3, parlava di esclusione della responsabilità: espressione atecnica che questa Corte, come si è visto, ha collocato nella dogmatica della colpa.

Parimenti, nel caso in esame l'evocazione della punibilità va intesa come un atecnico riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla parametrizzazione della colpa di cui si è detto sopra.

11. La proposta ricostruzione della novella implica problemi di diritto intertemporale con riferimento ai fatti commessi in epoca anteriore. Anche a tale fine, occorre sintetizzare i passaggi di maggior rilievo dell'analisi sin qui prospettata.

Dunque, la nuova disciplina non trova applicazione negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee guida; e neppure nelle situazioni concrete nelle quali tali raccomandazioni debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate.

Inoltre, il *novum* non opera in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo. Nuovamente, per semplificazione, si richiama il caso dell'errore di esecuzione dell'atto chirurgico (par. 7).

Il metro di valutazione costituito dalle raccomandazioni ufficiali è invece cogente, con il suo già indicato portato di determinatezza e prevedibilità, nell'ambito di condotte che delle linee guida siano pertinente estrinsecazione.

Occorre pure tener conto dell'abrogazione del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1, convertito, con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, che aveva operato la nota distinzione tra colpa lieve e colpa grave. Questa Corte, come si è accennato (par. 6), aveva interpretato tale riforma nel senso più ampiamente aderente al principio di colpevolezza; ritenendo che, nei contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, si fosse verificata la decriminalizzazione delle condotte connotate da colpa lieve. In conseguenza, si è ravvisato che, sempre nell'ambito indicato, residuasse la responsabilità colpevole solo per colpa grave: interpretazione aderente alle movenze della riflessione dottrinale e consonante con l'orientamento di altre normative nazionali.

L'abrogazione della legge del 2012 implica la reviviscenza, sotto tale riguardo, della previgente, più severa normativa che, per l'appunto, non consentiva distinzioni connesse al grado della colpa. Infatti la novella del 2017 non contiene alcun riferimento alla gravità della colpa. Naturalmente, ai sensi dell'art. 2 c.p., il nuovo regime si applica solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma.

Per i fatti anteriori, come quello in esame, sempre in applicazione dell'art. 2 c.p., può trovare applicazione, invece, quando pertinente, la ridetta normativa del 2012, che appare più favorevole con riguardo alla limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave.

Il giudice, in conseguenza, pur nell'ambito della già indicata regola di giudizio dell'udienza preliminare, potrà ben prendere in considerazione le problematiche afferenti alle linee guida (come disciplinate dalla ridetta legge del 2012) che, come si è sopra esposto, hanno un pregnante rilievo nell'ambito del delicato tema della responsabilità dello psichiatra per i fatti commessi da soggetti in cura.

11.1. Per completezza, nel tentativo di ricomporre i frammenti della disciplina, conviene infine rammentare ancora che nel recente passato questa Corte si è nuovamente confrontata con il risalente tema dell'applicabilità, in ambito penale, della disciplina dell'art. 2236 c.c., pervenendo alla conclusione che tale norma, sebbene non direttamente esportabile nel diritto penale, sia comunque espressione di un principio di razionalità: situazioni tecnico scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall'urgenza implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione. In tale ambito ricostruttivo, si è infatti considerato che il principio civilistico di cui all'art. 2236 c.c., che assegna rilevanza soltanto alla colpa grave, può trovare applicazione in ambito penalistico come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà (da ultimo cfr. Sez. IV, Sentenza n. 12478 del 29/11/2015, dep. 2016, Barberi, Rv. 267814; Sez. IV, Sentenza n. 4391 del 22/11/2011, dep. 2012, Di Lella, Rv. 251941). Tale giurisprudenza ha ancora attualità e, si confida, potrà orientare il giudizio in una guisa che tenga conto delle riconosciute peculiarità delle professioni sanitarie.

12. Per tutte le considerazioni svolte, si impone l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio, per nuovo esame, al Tribunale di Pistoia.

LA LEGGE GELLI-BIANCO IN CASSAZIONE: UN PRIMO PASSO VERSO LA CONCRETIZZAZIONE DEL TIPO

The Gelli-Bianco Law Before the Supreme Court: a First Step Towards the Materialisation of Actus Reus

La sentenza in commento, muovendo dalla necessità di risolvere i primi problemi di diritto intertemporale innescati dalla legge n. 24 del 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco), propone un contributo chiarificatore su taluni nodi dogmatici 'oscuri' della rinnovata colpa medica, a partire da quello, estremamente controverso, dell'esatta delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 590-sexies c.p.

The judgement in question, in order to address the specific issues of intertemporal law related to the Law No. 24 of 2017 (the so called "Gelli-Bianco"), offers a clarifying contribution about some problematical aspects of the renewed criminal negligence in the healthcare sector: in particular, the exact delimitation of the field of application of Art. 590-sexies of the Italian Criminal Code.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

di **Cristiano Cupelli**

Professore associato di Diritto penale - Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

Sommario Premessa. — **1.** Il caso. — **2.** L'incompatibilità logica e i dubbi di costituzionalità. — **3.** L'itinerario alternativo. — **4.** I profili intertemporali. — **5.** Le questioni ancora aperte. — **6.** Incostituzionalità vs *interpretatio abrogans*? Una possibile terza via.

PREMESSA

Il dibattito sul nuovo statuto penale della colpa medica delineato dalla legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24), da subito oggetto di attenta riflessione da parte della dottrina ⁽¹⁾, si arric-

⁽¹⁾ Sulla legge Gelli-Bianco, v., con differenti sfumature critiche, POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2017; PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590-sexies c.p.*, ivi, 1° marzo 2017; PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, ivi, 4 luglio 2017; CALETTI - MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, ivi, 9 marzo, 2017; IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge cd. Gelli-Bianco)*, ivi, 13 giugno 2017; CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in questa rivista, 2017, p. 1765 ss.; CENTONZE - CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1361 ss.; AMATO, *Professionisti "salvi" se l'evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, n. 15/2017, p. 51 ss.; ISOLABELLA - QUATRARO, *Così l'osservanza delle pratiche cliniche diventa tassativa*, ivi, p. 56 ss.; DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica, e recenti riforme*, in *Legislazione penale on line*, 2 maggio 2017; RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, ivi, 5 giugno 2017; D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 573 ss.; DI FLORIO, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590-sexies, c.p.)*, come introdotta dalla legge Gelli-Bianco, in *Arch. pen.*, 2/2017; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, ivi; G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, ivi; CAPUTO, *La responsabilità*

chisce del contributo interpretativo della Cassazione ⁽²⁾, atteso con impazienza sin dalla preliminare diffusione, nello scorso mese di aprile, della relativa 'notizia di decisione' (la n. 3 del 2017), con annesso comunicato esplicativo ⁽³⁾.

L'aspettativa non è stata delusa e i giudici della Quarta sezione, muovendo dalla necessità di risolvere i primi problemi di diritto intertemporale innescati dalla novella, offrono, attraverso una pronuncia ampiamente motivata e attentamente calibrata (addirittura 'a doppia firma'), un contributo chiarificatore su taluni nodi dogmatici 'oscuri' della rinnovata colpa medica, a partire da quello, estremamente controverso, dell'esatta delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 590-sexies c.p.

1. IL CASO

L'occasione è offerta da un classico caso di responsabilità colposa di un medico psichiatra, dirigente di un centro di salute mentale, per atti etero-aggressivi, risalenti al gennaio del 2014, di un paziente nei confronti di altro malato inserito nella medesima struttura residenziale.

Dopo avere richiamato in alcuni passaggi preliminari le specifiche vicende processuali ⁽⁴⁾, la configurabilità del concorso colposo nel fatto doloso del terzo (a condizione che il delitto commesso sia espressamente previsto e punito anche a titolo di colpa e che la regola cautelare violata sia diretta a prevenire anche il rischio dell'atto doloso del terzo) e le peculiarità che da sempre accompagnano, in termini generali, l'accertamento della responsabilità colposa degli operatori psichiatrici – a partire dall'esatta delimitazione del perimetro della posizione di garanzia e del contenuto dei conseguenti obblighi ⁽⁵⁾ (§§. 3 e 4) –, la riflessione si focalizza sul rilievo assunto, nel caso di specie, dalla verifica del rispetto, da parte dell'imputato, «di eventuali codificate procedure formali ovvero di protocolli o linee guida, (...) parametri che possono

penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la l. n. 24 del 2017 ... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi, in *Danno e responsabilità*, 2017, p. 293 ss.; Di GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, retro, n. 271.4.

⁽²⁾ La sentenza è pubblicata anche in *Guida dir.*, n. 28/2017, p. 72 ss.

Va segnalato che, già prima dell'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017, la questione intertemporale, relativa ai rapporti tra il nuovo art. 590-sexies e l'art. 3 comma 1 della legge n. 189 del 2012, n. 189, era stata in qualche modo impostata dalla medesima quarta sezione nell'udienza del 16 marzo 2017 (Sez. IV, 16 marzo 2017, n. 16140, Pres. Romis, Rel. Montagni). Si legge nella motivazione della sentenza, depositata lo scorso 30 marzo, che l'entrata in vigore della nuova legge «assume rilievo nell'ambito del giudizio di rinvio, posto che la Corte di appello, chiamata a riconsiderare il tema della responsabilità dell'imputato, dovrà verificare l'ambito applicativo della sopravvenuta normativa sostanziale di riferimento, disciplinante la responsabilità colposa per morte o lesioni personali provocate da parte del sanitario. E lo scrutinio dovrà specificamente riguardare l'individuazione della legge ritenuta più favorevole, tra quelle succedutesi nel tempo, da applicare al caso di giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 4, c.p., secondo gli alternativi criteri della irretroattività della modificazione sfavorevole ovvero della retroattività della nuova disciplina più favorevole» (§. 4).

⁽³⁾ Per un breve commento a prima lettura alla notizia di decisione, v. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco approda in Cassazione: prove di diritto intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2017.

⁽⁴⁾ Ai sensi dell'art. 425 c.p.p., il G.u.p. del Tribunale di Pistoia ha pronunciato nei confronti dello psichiatra sentenza di non luogo a procedere, sul presupposto che le scelte da questi effettuate, in ordine al passaggio dal regime di internamento del paziente-omicida a quello della libertà vigilata ed alla riduzione del trattamento farmacologico, apparivano immuni da errori di diagnosi, considerato che solo a posteriori esse sono poi risultate oggettivamente inadeguate a contenere la perdurante pericolosità del soggetto, che sedici anni prima aveva commesso altro omicidio, non emergendo nella condotta dell'imputato profili di rimproverabilità colposa, non potendo considerarsi la condotta dello psichiatra causa scatenante dell'imprevedibile gesto omicida.

⁽⁵⁾ Sui quali sia consentito rinviare, da ultimo, a CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra: nuovi spunti, diverse prospettive, timide aperture*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 370 ss.

svolgere un ruolo importante, quale atto di indirizzo per il medico e quindi nel momento della verifica giudiziale della correttezza del suo operato» (§. 5).

In questa prospettiva, ampio spazio è dedicato all'accurata ricostruzione del cammino giurisprudenziale degli ultimi anni, che va dall'approccio indulgente verso la classe medica, prevalente negli anni '70 e in qualche misura avallato dalla stessa Corte costituzionale – che nel 1973 aveva escluso la violazione del principio di eguaglianza nella possibile applicazione in sede penale dell'art. 2236 c.c., riferendone l'operatività ai soli casi in cui la prestazione professionale comportasse la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, contenuta quindi nel circoscritto terreno della perizia ⁽⁶⁾ – a quello, più rigoroso, che escludeva l'applicabilità della norma civilistica in materia penale, relegando il grado della colpa a mero criterio di commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p. ⁽⁷⁾, sino all'art. 3, comma 1, della legge n. 189 del 2012, in base al quale, nella lettura fornita dalla giurisprudenza ⁽⁸⁾, il terapeuta complessivamente avveduto e informato, attento alle raccomandazioni contenute nelle linee guida, poteva ritenersi rimproverabile solo nel caso in cui fosse incorso in colpa grave nell'adeguarsi a tali direttive ⁽⁹⁾ (§. 6).

Il percorso culmina nella nuova considerazione da riservare oggi alla questione, a seguito della legge n. 24 del 2017 e del nuovo art. 590-*sexies* c.p., a tenore del quale – come è noto – la punibilità è esclusa, senza alcun riferimento testuale al fatto che si versi in colpa grave o lieve, qualora, nell'esercizio della professione sanitaria: a) l'evento si sia verificato a causa di imperizia; b) siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge (all'art. 5), ovvero, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali (le quali, dunque, rispetto alla legge Balduzzi assumono una posizione suppletiva nei confronti delle linee guida); c) le raccomandazioni contenute nelle linee guida predette risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

2. L'INCOMPATIBILITÀ LOGICA E I DUBBI DI COSTITUZIONALI-TÀ

Approfondendo i contorni applicativi della fattispecie, i giudici rilevano tratti di «ovvietà» accompagnati da una «incompatibilità logica»: da un lato, «non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l'autore che, avendo rispettato le raccomandazioni espresse da linee guida qualificate e pertinenti ed avendole in concreto attualizzate in un modo che 'risulti adeguato' in rapporto alle contingenze del caso concreto, è evidentemente

⁽⁶⁾ C. cost., sent. 28 novembre 1973, n. 166, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1795 ss.

⁽⁷⁾ Vanno altresì ricordati alcuni più recenti approdi che – recuperando un 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.) – (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».

⁽⁸⁾ Per prima e in particolare, Sez. IV, sent. 9 aprile 2013, n. 16237, Cantore in *questa rivista*, 2013, p. 2984 ss.

⁽⁹⁾ Nell'ampia letteratura sviluppatasi su tale norma, si segnala, anche per un aggiornato compendio dell'altrettanto copiosa elaborazione giurisprudenziale, da ultimo e per tutti, F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2017; per approfondimenti, in chiave problematica, su taluni aspetti controversi, cfr., volendo, anche CUPELLI, *Colpa medica*, in *Il libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani, 2017, p. 114 ss.

immune da colpa»; dall'altro, si coglie una «marcata incompatibilità logica» nel riferimento all'esclusione della punibilità nelle sole ipotesi in cui l'evento si sia verificato *a causa di imperizia*, giacché, a stretto rigore, «si è in colpa per imperizia ed al contempo non lo si è, visto che le codificate *leges artis* sono state rispettate ed applicate in modo pertinente ed appropriato (...) all'esito di un giudizio maturato alla stregua di tutte le contingenze fattuali rilevanti in ciascuna fattispecie» (§. 7).

Per uscire dall'*impasse*, una prima soluzione potrebbe essere quella di un'interpretazione letterale della fattispecie, che porti all'esclusione della punibilità del sanitario «che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata». Il riferimento sembra essere alla fase esecutiva dell'intervento terapeutico; il che trova conferma nell'esempio, proposto in sentenza, di un chirurgo che «imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un'arteria con effetto letale» (§. 7).

Senonché, secondo la Cassazione, «in casi del genere, intuitivamente ed al lume del buon senso, non può ritenersi che la condotta del sanitario sia non punibile per il solo fatto che le linee guida di fondo siano state rispettate». Una soluzione siffatta, oltre che vulnerare il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e palesare seri dubbi di legittimità costituzionale, si porrebbe in contrasto con i principi che governano la responsabilità penale, a partire da quello di colpevolezza, declinato nelle ineludibili coordinate dell'accertamento colposo (prevedibilità ed evitabilità dell'evento e causalità della colpa) che non consentono «l'utilizzazione di direttive non pertinenti rispetto alla causazione dell'evento, non solo per affermare la responsabilità colpevole, ma neppure per escluderla» (§. 7.1). Così, l'interpretazione letterale, «implicando un radicale esonero da responsabilità», rischierebbe di compromettere – anche sul versante civilistico, per le ricadute in termini di quantificazione del danno (§. 7.4.) – il diritto alla salute tutelato all'art. 32 Cost., stabilendo un regime normativo «irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili» (§. 7.3) e fortemente a rischio d'incoerenza istituzionale.

3. L'ITINERARIO ALTERNATIVO

Preso atto dell'impraticabilità di tale soluzione, i giudici tracciano un itinerario alternativo, partendo dalle coordinate normative (in particolare dall'art. 5) e dalle finalità della legge Gelli-Bianco in tema di linee guida.

In questo contesto, è inevitabile tornare a riflettere – sulla scia di precedenti elaborazioni maturate con riferimento alla legge Balduzzi (a partire dalla ricordata sentenza Cantore del 2013) – su natura, contenuto e limiti delle linee guida. Rispondendo a fondamentali istanze di determinatezza della fattispecie colposa, esse – viene ribadito – mantengono un «contenuto orientativo, esprimono raccomandazioni» e «non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti; e, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico» (§. 7.2). Ancora, e soprattutto, «non esauriscono la disciplina dell'*ars medica*», giacché, «da un lato, vi sono aspetti della medicina che non sono per nulla regolati da tale genere di direttiva» e, dall'altro, «pure nell'ambito di contesti che ad

esse attingono, può ben accadere che si tratti di compiere gesti o di agire condotte, assumere decisioni che le direttive in questione non prendono in considerazione». In queste situazioni, dunque, «la considerazione della generica osservanza delle linee guida costituisce (...) un aspetto irrilevante ai fini della spiegazione dell'evento e della razionale analisi della condotta ai fini del giudizio di rimproverabilità colposa», precludendo, in ultima istanza, la possibilità che si possa «concedere, sempre e comunque, l'impunità a chi si trovi in una situazione di verificata colpa per imperizia» (§. 7.2).

Sottolineata la loro natura di «direttive di massima, che devono confrontarsi con le peculiarità di ciascuna situazione concreta, adattandovisi», si evidenzia allora «la volontà di costruire un sistema istituzionale, pubblicistico, di regolazione dell'attività sanitaria, che ne assicuri lo svolgimento in modo uniforme, appropriato, conforme ad evidenze scientifiche controllate», finalizzato a «superare le incertezze manifestatesi dopo l'introduzione della legge n. 189/2012 a proposito dei criteri per l'individuazione delle direttive scientificamente qualificate» (§. 7.5).

Tutto ciò fa sorgere nel medico, tenuto ad attenersi alle raccomandazioni (sia pure con gli adattamenti propri di ciascuna fattispecie concreta), la coerente «pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli»; al contempo, contribuisce a chiarire il significato della nuova fattispecie incriminatrice, fornendo «un inedito inquadramento precettivo, focalizzato sulle modalità di svolgimento dell'attività sanitaria e di accertamento della colpa», che offre al giudice «precise indicazioni in ordine all'esercizio del giudizio di responsabilità» (§. 7.5).

Schematizzando al massimo, dunque, ai fini del nuovo art. 590-*sexies*:

a) occorrerà riferirsi ad eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate sulla base di quanto stabilito all'art. 5 ed appropriate rispetto al caso concreto, in assenza di plausibili ragioni che suggeriscano di discostarsene radicalmente (§. 8.1);

b) le raccomandazioni generali dovranno essere «pertinenti alla fattispecie concreta», previo vaglio di adeguatezza, e cioè della loro corretta attualizzazione nello sviluppo della relazione terapeutica, con particolare riguardo alle contingenze del caso concreto: è infatti entro queste coordinate che «l'agente ha diritto a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione» (8.2);

c) non assumeranno invece rilievo (c1) condotte che, «sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo» (§. 8.3) ovvero (c2) siano connotate da negligenza o imprudenza e non da imperizia, avendo il legislatore del 2017 voluto «troncare le discussioni e le incertezze verificatesi nelle prassi, anche quella di legittimità, in ordine all'applicabilità della legge n. 189/2012 alle linee guida la cui inosservanza conduce ad un giudizio non di insipienza tecnico-scientifica ma di trascuratezza, e quindi di negligenza» (§. 9).

Il discorso è accompagnato dalla consapevolezza che «il catalogo delle linee guida non può esaurire del tutto i parametri di valutazione», ben potendo il terapeuta «invocare in qualche caso particolare quale metro di giudizio anche raccomandazioni, approdi scientifici che, sebbene non formalizzati nei modi previsti dalla legge, risultino di elevata qualificazione nella comunità scientifica, magari per effetto di studi non ancora recepiti dal sistema normativo di evidenza pubblica delle linee guida di cui al richiamato art. 5» (§. 10). Consapevolezza, del resto, ben presente anche nel legislatore, che, lo si è visto, nell'art. 590-*sexies* c.p. fa esplicito riferimento, seppure in via sussidiaria, al rispetto delle "buone pratiche clinico-assistenziali".

Ribadendosi come la lettura proposta sia «l'unica possibile» – in grado di cogliere «il virtuoso impulso innovatore focalizzato sulla selezione e codificazione di raccomandazioni volte a regolare in modo aggiornato, uniforme, affidabile, l'esercizio dell'*ars medica*» e, al contempo, di «ancorare il giudizio di responsabilità penale e civile a costituiti regolativi precostituiti, con indubbi vantaggi in termini di determinatezza delle regole e prevedibilità dei giudizi» (§. 10.1) – si precisa infine come essa non sia messa in discussione dal riferimento testuale all'osservanza delle linee guida quale «causa di esclusione della punibilità»; si ricorda anzi – attraverso un puntuale richiamo esemplificativo agli artt. 85 e 388 c.p. – come nel codice penale (e nella legislazione complementare) la medesima espressione sia riscontrabile «con significati diversi e non di rado atecnici, cioè non riconducibili alla sfera dell'esclusione della pena pur in presenza di un reato, per ragioni istituzionali, personali, di opportunità». E proprio nel caso della responsabilità medica «l'evocazione della punibilità va intesa come un atecnico riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla parametrizzazione della colpa» (§. 10.1).

4. I PROFILI INTERTEMPORALI

Nella parte finale della pronuncia (§. 11), prima di sciogliere i nodi del rapporto tra vecchia e nuova disciplina, i giudici compendiano gli approdi interpretativi, escludendo che la nuova disciplina trovi applicazione: *i)* negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee guida; *ii)* nelle situazioni concrete nelle quali tali raccomandazioni debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate; *iii)* in relazione a quelle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo.

A questo punto, per dipanare i problemi di diritto intertemporale, è necessario individuare, nonostante la formale abrogazione della precedente normativa, la legge in concreto più favorevole rispetto ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017 (1 aprile 2017). Orbene, da un raffronto strutturale, la legge Balduzzi – nell'elaborazione maturata nei pochi anni di vigenza – si presenta in termini senza dubbio di maggiore favore rispetto al nuovo articolo 590-*sexies* c.p., quantomeno riguardo alla limitazione di responsabilità ai soli casi di colpa grave; di talché, la precedente disciplina, ove pertinente, troverà ancora applicazione, *ex art. 2, c.p.*, rispetto ai fatti anteriori ⁽¹⁰⁾, quale norma più favorevole (§. 11).

5. LE QUESTIONI ANCORA APERTE

Seppure l'impressione suscitata dalla lettura delle motivazioni sia nel complesso positiva, rimangono aperti taluni *fronti problematici* ⁽¹¹⁾, con i quali, inevitabilmente, la stessa giurisprudenza sarà chiamata, primo o poi, a *fare i conti*.

In particolare, non riconoscendosi alcuna presunzione assoluta d'irresponsabilità connessa all'applicazione delle linee guida, residua, per il giudice, un'ampia finestra discrezionale in ordine all'adeguatezza delle linee guida rispetto al caso concreto: il fulcro della punibilità,

⁽¹⁰⁾ Il principio trova applicazione, ovviamente, anche nel caso oggetto di giudizio; la Cassazione infatti opta per l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio, per nuovo esame, ad altro giudice, finalizzato proprio ad approfondire le problematiche afferenti alle linee guida (come disciplinate dalla legge del 2012), che assumono particolare significatività nell'ambito della responsabilità dello psichiatra (§. 11).

⁽¹¹⁾ Già segnalati in CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 1772 ss.

ancor più che in passato, finisce per essere affidato a una valutazione giudiziale autonoma, di 'adeguatezza' delle raccomandazioni osservate alla specificità del caso concreto, con tutte le relative incertezze e in assenza di un esplicito *binario gradualistico* della colpa grave (concetto sul quale, fra l'altro, era maturata una convergenza giurisprudenziale).

Ancora, pur al cospetto della soppressione del riferimento al discusso grado della colpa, non è affatto certo che, nella sostanza, non sia comunque residuata – *sul solo terreno dell'imperizia* – un'implicita gradazione: si sia cioè ritagliato uno spazio di punibilità comunque legato a un'imperizia grave, con riferimento alle ipotesi di scelta inadeguata delle raccomandazioni contenute nelle linee guida accreditate ovvero addirittura alla mancata individuazione delle linee guida pertinenti, riservando, di contro, il beneficio della non punibilità alle ipotesi di *imperizia non grave*, invero residuali, nelle quali l'evento si sia verificato nonostante l'osservanza delle linee guida contenenti raccomandazioni ritenute in astratto adeguate al caso concreto.

Risulta poi alquanto problematico, anche ai fini della comparazione intertemporale, il riferimento, nell'art. 590-*sexies* c.p., al rispetto, in via residuale, delle c.d. buone pratiche clinico-assistenziali, a un parametro cioè che, a prima vista, sembra richiamare a pieno i tradizionali canoni della colpa generica per imperizia, vale a dire le regole cautelari desumibili dalle *leges artis* cui il medico-modello deve attenersi nell'esercizio della sua attività.

Infine, circoscritta la limitazione di responsabilità alle sole condotte rispettose delle linee guida contenenti regole di perizia, in controtendenza rispetto alle aperture della più recente giurisprudenza di legittimità in relazione ai margini applicativi della legge Balduzzi⁽¹²⁾, è forte il rischio che, in virtù dell'estrema labilità del confine tra le varie ipotesi di colpa, in chiave accusatoria si tendano a trasformare casi di imperizia in imputazioni per negligenza e imprudenza, rispetto alle quali non valgono i profili di esenzione della responsabilità nelle ipotesi di ossequio alle linee guida.

Orbene, per quanto riguarda la valutazione sull'adeguatezza al caso concreto, si è segnalato, da subito, il rischio che essa, anziché essere effettuata *ex ante*, finisca per essere attratta in un giudizio *ex post*, visto che il presupposto applicativo generale è che l'evento si sia verificato a causa di imperizia e dunque, dal punto di vista diagnostico-terapeutico, non si sia trattato di una scelta corretta (salvifica o curativa)⁽¹³⁾. La giurisprudenza, di fronte alla verifica di un evento morte o lesioni 'a causa di imperizia', potrebbe infatti essere tentata di concludere *sempre* per l'inadeguatezza della scelta operata e dunque per la rimproverabilità della condotta.

Per ristabilire le corrette coordinate della colpevolezza colposa, si dovrà sensibilizzare l'interprete ad operare il *giudizio di adeguatezza* in una prospettiva rigorosamente *ex ante*, tenendo conto cioè delle specifiche circostanze del caso concreto, conosciute o conoscibili dal medico curante all'atto della presa in carico del paziente e alla luce del quadro clinico esistente in quel momento, sulla base delle quali ha ritenuto la rispondenza delle linee guida⁽¹⁴⁾. Resta

⁽¹²⁾ Tra le quali, in particolare, Sez. IV, 11 maggio - 6 giugno 2016, n. 23283, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2016, con nota di CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imprudenza, imperizia e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*.

⁽¹³⁾ CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 1773.

⁽¹⁴⁾ CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 1774.

il rischio, tuttavia, che si rievochi l'orientamento giurisprudenziale antecedente al 2012, nel quale il ruolo delle linee guida nella valutazione della responsabilità colposa appariva improntato a una *cauta diffidenza*, sul presupposto che è indubbio che esse contengano attendibili indicazioni riferibili al caso astratto, ma il medico è sempre tenuto a esercitare *liberamente* le proprie prerogative di scelta, vagliando le peculiari circostanze della vicenda concreta e discostandosi, se necessario, da regole cristallizzate in linee guida e protocolli.

Pur superate attraverso la procedura di accreditamento e validazione riconosciuta dalla stessa legge le perplessità sull'affidabilità delle linee guida, spetta in ogni caso al giudice l'ultima parola, residuando a suo carico il compito di vagliarne l'adeguatezza, in concreto, alle esigenze e alle peculiarità del singolo paziente. Il che – seppure può apparire da un certo punto di vista convincente – vanifica (o quantomeno ridimensiona sensibilmente) gli sforzi e gli obiettivi della riforma, tesi a dare comunque centralità (attraverso la validazione centrale) alle linee guida.

6. INCOSTITUZIONALITÀ VS INTERPRETATIO ABROGANS? UNA POSSIBILE TERZA VIA

Abbozzando una chiosa, va senza dubbio reso merito allo sforzo compiuto dai giudici nel delineare, in un'opera di preziosa ricomposizione del quadro, un percorso interpretativo in grado di risolvere il *rebus* racchiuso nell'infelice formulazione dell'art. 590-*sexies* c.p.

Probabilmente troppo preoccupati di 'salvare' la nuova fattispecie dai dubbi di legittimità costituzionale alimentati, sotto vari profili, da un'interpretazione letterale che depotenzierebbe il diritto alla salute, gli stessi giudici hanno finito per prospettare una lettura 'alternativa' talmente restrittiva da rendere problematica l'individuazione del residuo margine di applicabilità del nuovo articolo; una volta esclusa l'ipotesi dell'errore esecutivo, è inevitabile chiedersi quali siano i residui ed effettivi spazi di imperizia non punibile per il medico che si sia attenuto a linee guida 'qualificate' e 'adeguate' al caso concreto. Si appalesa così una poco rassicurante alternativa tra un'interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p. costituzionalmente conforme ma sostanzialmente sterilizzante e un'interpretazione fedele al tenore letterale della norma e alla volontà di favore per la classe medica del legislatore (dunque estensibile alle ipotesi di errore esecutivo lieve) ma fortemente indiziata di incostituzionalità.

Richiamando le righe finali della sentenza, una possibile strada per provare a «ricomporre i frammenti della disciplina» è quella dell'applicabilità, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c., con particolare riferimento a quelle «situazioni tecnico scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall'urgenza», che «implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione» (§. 11.1.). In queste circostanze, si precisa, il principio civilistico, che assegna rilevanza solo alla colpa grave, può continuare a trovare applicazione come «regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà». Tale lettura giurisprudenziale, secondo la Cassazione, conserva attualità e «potrà orientare il giudizio in una guisa che tenga conto delle riconosciute peculiarità delle professioni sanitarie» (§. 11.1).

Provando a dare concretezza all'assunto, va ribadito che ancora oggi, a seguito dell'intervento del legislatore del 2017, l'osservanza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida non basta, in termini generali, a rendere lecita una prassi medica e ad escludere ogni possibile addebito per colpa, a fronte dell'esigenza di *fare i conti* col caso concreto, indagando l'attendibilità e la rispondenza di tali fonti pre-date alle esigenze della specifica situazione patologica

da fronteggiare. Proprio in ciò, in fondo, come si è visto, risiede il giudizio di adeguatezza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida accreditate rispetto al caso concreto; requisito, espressamente richiamato dall'art. 590-*sexies* c.p., che non potrà prescindere dal ricorso all'armamentario per l'accertamento della colpa generica. Ebbene, in questa prospettiva si può inquadrare anche l'esigenza di valorizzare quei *contesti* che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione 'benevola' del comportamento del sanitario. Se pure è innegabile che, in situazioni di particolare impellenza, il ricorso a linee guida *già pronte* possa essere di ausilio al sanitario chiamato ad intervenire, è altresì inevitabile che la medesima condizione emergenziale possa incidere sulla capacità di valutazione dell'adeguatezza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida rispetto alle peculiarità del caso concreto.

Si tratta indubbiamente di un passaggio logico significativo, che torna a misurare la colpa medica sul 'contesto', al quale va assegnato un ruolo oltre che sul versante della misura soggettiva della colpa (comunque da preferire rispetto al richiamo alla disciplina civilistica dell'art. 2236 c.c.), su un diverso piano, anche nell'interpretazione della nuova normativa. Si apre la via a *ri-considerare* le ragioni di contesto/emergenza quale parametro di misurazione (anche) oggettiva della colpa, sul fronte della valutazione della perizia del medico nel caso concreto oggetto di giudizio, ma anche su quello, altrettanto cruciale e collegato, del giudizio di rispondenza delle fonti pre-date alle peculiarità del caso concreto.

Anche questa soluzione, in definitiva, finisce per *affidarsi* alla giurisprudenza; alla discrezionalità del giudice è infatti rimessa – oltre, come s'è visto, alla qualificazione della condotta medica come imperita e al giudizio di adeguatezza delle linee guida – la prognosi sulla complessità del caso, potendo questi stabilire se applicare o no il criterio di razionalità di cui all'art. 2236 c.c., limitando la responsabilità del sanitario alle sole ipotesi di colpa grave.

Ciò nonostante, a fronte delle perduranti difficoltà interpretative, proprio questa potrebbe essere la strada per attenuare la diffusa sensazione che il legislatore del 2017, nel delineare una *presunzione relativa di non punibilità*, abbia non solo schiuso nuovi e non meno rilevanti scenari problematici rispetto alla precedente disciplina, ma anche – e soprattutto – mancato l'obiettivo di garantire più certezze d'irresponsabilità, persino arretrando rispetto alle ultime acquisizioni della giurisprudenza maturate con riguardo alla legge Balduzzi, in termini di garanzia della classe medica e conseguentemente di effettiva e piena attuazione del diritto alla salute e di contrasto alla medicina difensiva; sensazione invero corroborata dalla stessa Cassazione, che, riconoscendo la normativa previgente come più favorevole, ha sancito *expressis verbis* il fallimento della riforma, con l'effetto che i medici, per essere 'tranquillizzati', potranno solo sperare di avere commesso i fatti *prima* dell'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco.

