

CRISTIANO CUPELLI

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

---

Isbn 9788828808961

*Estratto dal volume:*

**LA TUTELA DELLA PERSONA  
NELLA NUOVA RESPONSABILITÀ  
SANITARIA**

a cura di  
Giovanni Iudica

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

2019

CAPITOLO VIII

**I PROFILI PENALI DELLA LEGGE GELLI-BIANCO  
(ART. 590-SEXIES C.P.)**

di CRISTIANO CUPELLI

**Sommario:** 1. Introduzione. — 2. I risvolti penalistici della legge Gelli-Bianco: un primo inquadramento. — 3. Il ruolo delle « nuove » linee guida certificate. — 4. Una fattispecie ad hoc per la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria: il nuovo articolo 590-sexies c.p. e il contrasto sul perimetro applicativo. — 5. La soluzione delle Sezioni Unite e qualche perplessità che residua. — 5.1. Il metodo. — 5.2. La soluzione. — 5.3. Le perplessità. — 6. Per concludere: l'art. 2236 c.c. e i c.d. « fattori contestuali ».

## 1. Introduzione

Tra i molti spunti offerti, sul versante penalistico, dalla legge 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* », l'attenzione va necessariamente focalizzata sull'articolo 6, con il quale si introduce nel codice penale una specifica fattispecie, dedicata alla « *responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria* » (1).

---

(1) A prima lettura, 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; CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, *ivi*, 9 marzo, 2017; CENTONZE-CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1361 ss.; RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *La legislazione penale on line*, 5 giugno 2017; VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari"*, *ivi*, 7 dicembre 2017; DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"*, *ivi*, 17 gennaio 2018; D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 573 ss.; DI GIOVINE, *Mondi veri e Mondi immaginari di Sanità, modelli epistemologici di medicina e*

Il contesto nel quale l'intervento normativo si colloca è segnato, sul piano fattuale, dai significativi risvolti pratici dell'attuale tendenza alla iperpenalizzazione dell'attività medica, che porta alla diffusione della c.d. « medicina difensiva » (e cioè di quella pratica di misure diagnostiche o terapeutiche effettuate non già allo scopo precipuo di assicurare la salute del paziente, quanto piuttosto a garanzia del medico dalle possibili responsabilità seguenti alle cure mediche prestate) e, sul fronte normativo, dai fattori critici emersi nell'applicazione della legge n. 189/2012 (c.d. legge Balduzzi).

Quest'ultima, come si ricorderà, circoscriveva, all'art. 3, comma 1, la responsabilità penale del medico che si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche alle sole ipotesi di colpa grave — ravvisata ogni qualvolta fosse stata disattesa la necessità di discostarsi da tali fonti, nonostante essa, in ragione della peculiare situazione clinica del malato, fosse *macroscopica, immediatamente riconoscibile* da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato (2) — delineando un meccanismo di limite negativo alla tipicità colposa incentrato sulla valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico e sulla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva.

I profili problematici collegati a tale scelta, da subito emersi nella prassi, sono sinteticamente riconducibili ai limiti delle fonti individuate (linee guida e buone pratiche accreditate) rispetto alla valutazione del comportamento del medico, con riferimento al grado di vincolatività da poter attribuire loro, in considerazione della natura, del livello di affidabilità, dell'idoneità cautelare e della capacità di poter contemplare le molteplici peculiarità e sfumature del caso concreto (tra le quali anche la *variabile* del consenso informato); alla difficile definizione di un concetto penalmente rilevante di colpa grave, dal momento che una gradazione della colpa appare distante dall'idea storicamente e normativamente unitaria di colpa penale ed è presa in con-

---

*sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 2151 ss.; PAVICH, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria: cosa cambia con la legge Gelli-Bianco*, *ivi*, 2017, 2961 ss.; MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017, 1; PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 523 ss.; CEMBRANI, *Su alcuni snodi critici della legge 'Gelli-Bianco'*, *ivi*, 873 ss.; DE FRANCESCO, *Un ulteriore sviluppo normativo in tema di responsabilità penale del sanitario*, *ivi*, 1525 ss.; CIVELLO, voce *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. X, Torino, 2018, 700 ss.; a livello monografico, la riforma è ampiamente analizzata da CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 344 ss.

(2) Su questa norma si è sviluppata un'ampia letteratura, che ha accompagnato una altrettanto copiosa elaborazione giurisprudenziale; per un aggiornato compendio, da ultimo e per tutti, 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.

siderazione nel codice penale esclusivamente a fini di commisurazione della pena; alle oscillazioni in merito all'applicabilità del canone della colpa grave esclusivamente a condotte mediche connotate, pur nel rispetto di linee guida e buone pratiche, da imperizia (soluzione maggioritaria in giurisprudenza) ovvero anche da negligenza e imprudenza; ai dubbi di legittimità costituzionale di un'esclusione di responsabilità per colpa lieve per il solo settore sanitario, al cospetto di molte altre attività socialmente utili, particolarmente complesse e potenzialmente pericolose (dubbi fatti propri dal Tribunale di Milano con l'ordinanza 21 marzo 2013 (3) ed elusi dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 6 dicembre 2013, n. 295 (4)).

## 2. I risvolti penalistici della legge Gelli-Bianco: un primo inquadramento

Questo dunque lo scenario nel quale si è animata l'istanza riformista, tradottasi, in sede parlamentare, in un intervento fondato su una dettagliata disciplina delle linee guida all'interno delle quali individuare le raccomandazioni tendenzialmente vincolanti per gli esercenti le professioni sanitarie (art. 5) e sull'introduzione, nel codice penale, di un nuovo articolo, concernente la *responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario* (art. 590-sexies c.p.), improntato all'eliminazione della gradazione della colpa e alla limitazione alla sola condotta imperita, rispettosa di adeguate linee guida, della non punibilità (art. 6).

L'analisi delle due norme va affrontata congiuntamente, anche alla luce della più recente evoluzione giurisprudenziale, muovendo dal ricordare come, a tenore del nuovo art. 590-sexies c.p., nella ridisegnata cornice della responsabilità, la punibilità è oggi esclusa, senza più alcun riferimento testuale al fatto che si versi in colpa grave o lieve, qualora, nell'esercizio della professione sanitaria: *i*) l'evento si sia verificato a causa di imperizia; *ii*) siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge (sulla base di un procedimento di vero e proprio accreditamento gestito a livello centrale), ovvero, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali (le quali, dunque, assumono una posizione suppletiva nei confronti delle linee guida); *iii*) le raccomandazioni contenute nelle linee guida predette risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

---

(3) Trib. Milano, 21 marzo 2013 (ord.), in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013.

(4) Corte cost., 6 dicembre 2013, n. 295 (ord.), in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2013, con nota di GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano.*

### 3. Il ruolo delle « nuove » linee guida certificate

Il richiamo — sperimentato con alterne fortune già prima della legge Balduzzi — al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche ai fini di una possibile esclusione di responsabilità per colpa, conferma la tendenza a concretizzare, nel campo della responsabilità medica, quella più generale richiesta di veicolare la ricostruzione dell'imputazione colposa dal prevalente paradigma della colpa generica a quello della colpa specifica, positivizzando le regole della corretta pratica terapeutica; è a tutti evidente il tentativo, per tale via, di assecondare tanto l'esigenza di minimizzare i rischi connessi alle incertezze relative all'individuazione delle regole cautelari (con le conseguenti difficoltà di accertamento processuale della loro violazione), quanto la moderna prassi sanitaria, che tende ad affidarsi alla formalizzazione della gran parte delle regole operative.

In quest'ottica, le linee guida rappresentano il precipitato delle *leges artis* condivise dalla migliore scienza ed esperienza di *quella cerchia di soggetti*, specialisti del settore, che hanno maturato e codificato regole cautelari che pretendono di regolamentare l'arte medica. Si tratta di una tendenza che oggi, con la dettagliata disciplina di accreditamento delle linee guida all'interno delle quali individuare le raccomandazioni tendenzialmente vincolanti per gli esercenti le professioni sanitarie, contenuta all'art. 5 della legge Gelli-Bianco, appare viepiù rafforzata.

Non vi è dubbio che avere sottratto al singolo medico (ma anche al giudice) il vaglio preventivo di credibilità e affidabilità delle fonti cui doversi attenere rappresenti uno sforzo apprezzabile, tenuto conto delle ben note obiezioni relative al numero elevato di linee guida elaborate dalle innumerevoli società scientifiche che intervengono, sovente su posizioni contrapposte, nei singoli ambiti di competenza, alimentando il timore di *scelte postume*, e cioè di una selezione *ex post* delle fonti per giustificare, anzitutto in sede processuale, la condotta medica.

Per tale via potrà pure ridimensionarsi il timore che le stesse, in assenza di rigidi e formalizzati criteri selettivi, promanino da associazioni o società scientifiche la cui affidabilità non è sempre dimostrabile in termini di certezza e coerenza; ma potranno anche attenuarsi le distorsioni legate al fatto che i frequenti e irriducibili contrasti tra scuole e società scientifiche nei medesimi settori di competenza inevitabilmente si traducono nel proliferare di linee guida disomogenee, ambivalenti e talvolta persino antitetiche. Si potrà poi attenuare la risalente disputa sui possibili conflitti di interesse che legano ricercatori, editori e industrie (farmaceutiche in particolare) e l'incertezza di fondo circa le basi nosografiche in relazione alle quali vengono prodotte. Sul versante strettamente penalistico, inoltre, la scelta agevola la conoscenza, *prima che la condotta venga tenuta*, del discrimine tra lecito e

illecito e la fattispecie colposa ne guadagna — per quanto possibile — in termini di determinatezza.

Se dunque, per i motivi appena esposti, in linea astratta l'idea di una validazione istituzionale va condivisa, permangono intatte talune riserve di fondo sulla reale adeguatezza di strumenti per così dire generali e astratti — come tali non in grado di calarsi nel quadro patologico e nelle molteplici sfumature del singolo paziente — a ergersi a strumento d'imputazione colposa in sede penale; così come non può dirsi superato lo scoglio dell'effettiva natura cautelare delle regole ricavabili dalle buone pratiche e dalle raccomandazioni contenute nelle linee guida.

Le ragioni dello scetticismo sono legate principalmente all'ontologica impossibilità di formalizzare cautele (che così divengono doverose) in settori — un caso emblematico è quello psichiatrico — insofferenti a forme di standardizzazione. L'effetto che un'implementazione acritica e formalistica della tipizzazione delle cautele sul « terreno minato » della medicina rischia di ingenerare è quello di garantire maggiormente il medico di fronte al rischio penale *a discapito* delle esigenze di migliore cura del paziente, che richiedono, invece, un fisiologico adattamento alle caratteristiche personali, alle circostanze del caso e a una valutazione clinica quanto più possibile individualizzata.

Su tale profilo, però, non si può non rilevare come il riferimento alle *specificità del caso concreto* — richiamate all'art. 5 e al comma 2 dell'art. 6 della legge n. 24/2017 — possa, almeno in parte, attenuare i timori, « cristallizzando » il riferimento alle *specificità del caso concreto* e il relativo peso rispetto all'esigenza di discostarsi da regole pre-date. Si tratta, evidentemente, di quelle peculiarità del quadro clinico del singolo paziente — la cui imprescindibile considerazione era in qualche modo già emersa nell'applicazione della legge Balduzzi — che devono essere attentamente indagate dal sanitario e che, adeguatamente ponderate, possono indurlo a discostarsi dalle linee guida.

Pur a fronte degli aneliti a traghettare la responsabilità medica verso un modello di colpa specifica, rimane per tale via aperta la porta ai tradizionali canoni di accertamento della colpa generica; si ridimensiona il peso della medicina basata sulle evidenze, di cui le linee guida rappresentano il portato, e si valorizzano al contempo le peculiarità del paziente, sulla scia del percorso intrapreso dapprima dalla giurisprudenza pre-Balduzzi e successivamente dal legislatore del 2012.

Assai ampio infatti permane il margine discrezionale del giudice nella valutazione dell'adeguatezza delle linee guida rispetto al caso concreto e, con essa, altrettanto estesa la possibilità di una valutazione « autonoma » in termini di responsabilità. Per ristabilire le corrette coordinate della rimproverabilità per colpa — di fronte al timore di ricadere nei vizi tipici dell'accertamento colposo, e cioè che la valutazione sull'adeguatezza al caso concreto, 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) —, 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.

Non si può non segnalare, inoltre, come, sempre nell'art. 590-*sexies* c.p., si faccia riferimento al rispetto in via residuale delle c.d. « buone pratiche clinico-assistenziali » (5). Si tratta di un parametro che, evidentemente, richiama a pieno i tradizionali canoni della colpa generica per imperizia (senza l'ancoraggio all'adeguatezza alle specificità del caso concreto, unicamente riferito alle raccomandazioni previste nelle linee guida e non anche alle buone pratiche), vale a dire le regole cautelari desumibili dalle *leges artis* cui il medico modello deve attenersi nell'esercizio della sua attività, rinviando quindi — nei termini tradizionali — all'*homo eiusdem condicionis et professionis* per la stessa individuazione delle regole cautelari doverose coincidenti con le buone pratiche clinico-assistenziali.

#### **4. Una fattispecie *ad hoc* per la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria: il nuovo articolo 590-*sexies* c.p. e il contrasto sul perimetro applicativo**

La novità più rilevante sul fronte penalistico è contenuta all'art. 6 della legge n. 24/2017 e consiste nell'introduzione nel codice penale di un nuovo articolo (590-*sexies*), a tenore del quale — al di là del richiamo del primo comma all'applicazione delle pene previste per i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. se i fatti ivi previsti sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria — « *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* ».

La norma ha da subito dato luogo a profondi dubbi interpretativi, in particolare con riferimento alla difficoltà — immediatamente percepita — di ritagliarne uno spazio applicativo. Non è un caso, infatti, che le uniche

---

(5) Ricostruiscono il peso assunto dal riferimento alle buone pratiche, già a partire dalla legge Balduzzi, CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit., 24 ss.

certezze siano state enucleate, per così dire, *in negativo* e *per esclusione*, con riguardo cioè a tutte quelle ipotesi in cui la norma è destinata a non trovare applicazione. Ciò accadrà, in particolare, qualora manchino linee guida ovvero buone pratiche; laddove, pur esistendo linee guida accreditate o le richiamate buone pratiche, l'evento sia riconducibile, sulla base degli ordinari canoni di accertamento della responsabilità colposa, a una condotta connotata da negligenza o imprudenza; quando le linee guida « certificate » non siano adeguate al caso, in considerazione delle peculiarità, anche non rilevanti, del quadro clinico; allorquando le stesse linee guida siano pertinenti e adeguate, ma non vengano rispettate.

Nel momento in cui si è invece tentato di ricavare uno spazio di applicazione della norma, si è innescato, in sede giurisprudenziale, un significativo contrasto, per il rapido sovrapporsi — aggravato da un macroscopico deficit di comunicazione interna — di interpretazioni che, mosse dall'obiettivo comune di dare un significato pratico intelligibile al *rebus* racchiuso nell'infelice formulazione dell'art. 590-*sexies* c.p., hanno dato vita a un vero e proprio corto-circuito ermeneutico, il cui acme ha riguardato la punibilità (o meno) del c.d. *errore esecutivo* e i dubbi di legittimità costituzionale di un'interpretazione letterale della norma (6).

Va infatti ricordato — in via preliminare — come nelle prime letture l'unico spazio residuale di applicazione della fattispecie, stando al tenore letterale, fosse, almeno sulla carta, ravvisabile solo nella c.d. *fase esecutiva*: si erano immaginate condotte imperite del medico (non riconducibili a disattenzione o a un atteggiamento tecnico imprudente) nell'esecuzione di quanto contenuto nelle linee guida, precedute però da una corretta diagnosi della patologia, da una altrettanto corretta selezione delle linee guida (accreditate) riferibili alla terapia per quella patologia e da un caso concreto privo di peculiarità tali da costituire un'eccezione alla regola pre-data, ove potesse dunque trovare ingresso la causa di non punibilità (7).

Entrando nel contrasto sviluppatosi nella Quarta Sezione penale della Cassazione, da un lato, in una prima sentenza (*Tarabori*) del giugno 2017 (8),

---

(6) Sul contrasto in seno alla Quarta Sezione, si rinvia a CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2017, 244 ss., e a MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 12.

(7) In questo senso, ad esempio, CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, 1772 ss.

(8) Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile-7 giugno 2017, n. 28187, in *Dir. pen. cont.*, 2017, f. 6, 280 ss., con nota di CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, e PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, *ivi*, 4 luglio 2017; in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 713 ss., con nota di CAPUTO, *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'riman-*

dopo avere sottolineato un'intrinseca incompatibilità fra i requisiti della fattispecie (*come può l'evento essere causato da imperizia se vi è rispetto delle linee guida e queste sono pertinenti e adeguate alle specificità del caso concreto?*), i giudici, nell'intento di « salvare » la nuova fattispecie dai dubbi di compatibilità costituzionale alimentati da un'interpretazione letterale della norma, ne hanno prospettato una lettura talmente restrittiva da rendere problematica l'individuazione di un residuo margine di applicabilità.

Dall'altro lato, solo pochi mesi dopo, la medesima Sezione, in una diversa composizione, completamente ignorando il precedente, ha sposato, nella sentenza *Cavazza* (9), una ricostruzione della nuova causa di non punibilità del tutto differente e addirittura antitetica (10), orientata a una rigida aderenza alle intenzioni del legislatore e fondata su una estensione del regime di favore a tutte le ipotesi di imperizia nella fase esecutiva di linee guida pertinenti e adeguate, ritenendosi che una siffatta lettura non solo non si ponga in contrasto con l'art. 32 Cost. e con il sotteso diritto fondamentale alla tutela della salute (diritto che invece, secondo i giudici della sentenza *Tarabori*, risulterebbe compromesso dalla potenziale impunità di errori per imperizia anche grave nella fase esecutiva), ma addirittura possa rafforzarlo, tranquillizzando la classe medica e per tale via allontanando lo spettro della c.d. medicina difensiva.

La poco rassicurante alternativa venutasi a creare era quindi fra un'interpretazione dell'art. 590-sexies c.p. *costituzionalmente conforme ma sostanzialmente sterilizzante*, fatta propria dalla sentenza di giugno, e un'interpretazione fedele al tenore letterale della norma e alla volontà di favore per la classe medica ma indiziata di incostituzionalità, recepita dalla pronuncia più recente.

## 5. La soluzione delle Sezioni Unite e qualche perplessità che residua

Si è giunti così al cospetto delle Sezioni Unite, chiamate al non agevole compito di chiarire, « *in tema di responsabilità colposa dell'esercente la pro-*

---

*data a settembre' per i decreti attuativi*; in Cass. pen., 2017, 3152 ss., con nota di CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*; e in Dir. pen. proc., 2017, 1369 ss., con nota di CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*.

(9) Cass. pen., Sez. IV, 19 ottobre-31 ottobre 2017, n. 50078, in Dir. pen. cont., 7 novembre 2017.

(10) Ne dà conto, evidenziando le criticità della formulazione dell'art. 590-sexies c.p., LUPO, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario*, cit., 1 ss.

*fessione sanitaria per morte o lesioni, l'ambito applicativo della previsione di "non punibilità" prevista dall'art. 590-sexies c.p. » (§ 1) (11).*

### 5.1. Il metodo

Un primo segnale tangibile della specificità della situazione lo si ricava anzitutto dalla necessità, che i giudici hanno palesato apertamente, di uno sforzo ermeneutico peculiare per uscire dall'*impasse*, volto a contemperare, oltre al contributo della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, tanto la « lettera della legge » quanto le « circostanze anche non esplicitate ma necessariamente ricomprese in una norma di cui può dirsi certa la *ratio* » (§ 5).

A tal fine, viene richiamato il canone interpretativo posto dall'art. 12 delle preleggi; si enfatizza il fatto che, laddove esso prevede « la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della intenzione del legislatore », il divieto da esso ricavabile per l'interprete di « andare "contro" il significato delle espressioni usate », non implichi anche quello di andare "oltre" la letteralità del testo », soprattutto allorquando l'opzione ermeneutica prescelta rappresenti il « frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere a un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al "diritto vivente" nella materia in esame » (§ 5).

---

(11) Per un primo commento a Sez. Un. pen., 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018, n. 8770, cfr. LUPO, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente*, in *Dir. sal.*, 2018, f. 2, 1 ss.; CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, f. 4, 25 ss.; PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, *ivi*, 20 aprile 2018; BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, *ivi*, 24 maggio 2018; BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, *ivi*, 28 maggio 2018; BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 646 ss.; CAPUTO, *Le Sezioni unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 345 ss.; RISCATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 2018, 948 ss.; GAMBARDILLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*, in *Arc. pen., Spec. riforme 2018*; ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, fasc. 2/2018; DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane*, *ibidem*; volendo, anche CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 1470 ss.

Si aspira dunque a « una interpretazione costituzionalmente conforme », che consenta di « individuare il significato più coerente del dato precettivo, anche scegliendo tra più possibili significati e plasmando la regola di diritto la quale deve mantenere il carattere generale ed astratto », non ravvisandosi evidentemente un « *deficit* di tassatività della norma, non condividendosi il sospetto che la scelta sulla portata normativa dell'art. 6 sia sospinta dalla esistenza di connotati di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze del precetto, le quali, se ravvisate, avrebbero condotto alla sola possibile soluzione di sollevare, nella sede propria, il dubbio di costituzionalità » (§ 5).

Allo stesso tempo, peraltro, sempre sul fronte dei dubbi di legittimità costituzionale, si è ritenuto che le riserve avanzate in ordine alla possibile disparità di trattamento rispetto ad altri professionisti esposti alla gestione di non meno rilevanti rischi si riducano sensibilmente, in considerazione tanto della non irragionevolezza di tale scelta (anche grazie alla « delimitazione enucleata dallo stesso precetto »), coerente con l'orientamento manifestato dalla Corte costituzionale nella risalente sentenza n. 166/1973 e nella più recente ordinanza n. 295/2013, quanto della riduzione della platea dei soggetti che possono avvantaggiarsene, vista la limitazione « ai soli comportamenti che causano uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e 590 c.p. », e della stretta connessione con la *ratio* ispiratrice della riforma, l'esigenza cioè di arginare la medicina difensiva « e con essa il pericolo per la sicurezza delle cure » (§ 8.2).

Viene altresì chiusa la porta anche sul piano processuale alle questioni di legittimità costituzionale (prospettate dal Procuratore Generale), dichiarate irrilevanti nel giudizio *a quo*, ritenendo che, nella fattispecie in discussione, si verta in un'ipotesi di negligenza (§ 6.2) e provando a superare le ontologiche difficoltà della distinzione fra imprudenza, negligenza e imperizia sulla base degli « ordinari criteri sulla prova, sul dubbio e sulla ripartizione dell'onere relativo che, nella fattispecie in discussione, hanno condotto più che plausibilmente alla delineazione di un caso di negligenza, dal quale non vi è ragione di prescindere, anche per mancanza di specifiche contestazioni sul punto da parte dell'interessato » (§ 6.2).

## 5.2. La soluzione

Sulla base di queste premesse, si va dunque alla ricerca di un'interpretazione soddisfacente, muovendo dalla scomposizione del rapporto tra attività terapeutica e linee guida e isolando le fasi, distinte ma strettamente connesse, della individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida « certificate » e adeguate al caso concreto. Si tratta — secondo le Sezioni Unite — di fasi articolate e complesse, eppure intrecciate, « al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso giustifica ed è compatibile tanto con l'affermazione che le

linee guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con la contestuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva per la realizzazione di uno degli eventi » (§ 9).

Esclusa la non punibilità con riferimento al momento selettivo delle linee guida (dato il tenore inequivoco, sul punto, della novella), l'attenzione si focalizza sulla fase attuativa (§ 9), declinandosi una sorta di decalogo per l'esercente la professione sanitaria che, se rispettato, innalza il livello della colpa per imperizia punibile al verificarsi di eventi avversi (§ 9.1). Vengono per tale via disegnati i contorni di un potenziale agente modello, al cui cospetto può ragionevolmente impiegarsi la causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p.

Occorre dunque che il medico sia: *i*) accurato e prudente nel seguire la evoluzione del caso sottopostogli; *ii*) preparato sulle *leges artis*; *iii*) impeccabile nelle diagnosi (anche differenziali); *iv*) aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; *v*) capace di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino.

In queste evenienze, nel caso in cui « tale percorso risulti correttamente seguito e, ciononostante, l'evento lesivo o mortale si sia verificato con prova della riconduzione causale al comportamento del sanitario » — qualora cioè si siano rispettati siffatti accorgimenti e comunque l'evento si sia verificato a causa di imperizia — quella parte dell'atto medico che si sia discostata dalle linee guida in maniera marginale e di minima entità non sarà punibile, poiché ritenuta « ancora attestata nel perimetro delle linee guida » (§ 9.1).

Si pone a questo punto la necessità di « circoscrivere un ambito 0, se si vuole, un grado della colpa che, per la sua limitata entità », possa condurre il sanitario a beneficiare dell'esenzione dalla pena, giustificando l'affermazione che il medico abbia rispettato, « nel complesso, le raccomandazioni derivanti da linee guida adeguate al caso di specie » (§ 9.2). Si innesta qui il profilo « creativo » delle Sezioni Unite, che porta i giudici a ritenere che la nozione di colpa lieve, ad onta di una « mancata evocazione esplicita da parte del legislatore del 2017 », sia addirittura sottesa alla norma in esame (§ 10) o meglio « intrinseca alla formulazione del nuovo precetto » (§ 10.3).

Questa soluzione si fonda su plurimi argomenti (che a ben vedere oltre a non persuadere possono anche essere spesi per giungere a conclusioni opposte (12)): *a*) anzitutto, sulla residua valenza, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c., quale « principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia », evocato laddove il caso concreto im-

---

(12) Come ben messo in luce, fra gli altri, da PIRAS, *Un distillato di nomofilachia*, cit., 4 ss.; e BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore*, cit., 6 ss.

ponga la soluzione del genere di problemi di particolare complessità tecnica ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza (§ 10.1); *b*) ancora, sulla cospicua elaborazione giurisprudenziale che, con riferimento alla previgente disciplina, ha fissato criteri adeguati — e ancora oggi attuali — « per individuare preventivamente e, quindi, in sede giudiziaria riconoscere il grado lieve della colpa », incentrati su parametri di misurazione della colpa « sia in senso oggettivo che soggettivo » (§ 10.2); *c*) sulla drastica riduzione della discrezionalità del giudice, per il tramite del procedimento pubblicistico di formalizzazione delle linee guida rilevanti (§ 10.2); *d*) sulla scelta di circoscrivere lo spazio applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p. alla sola imperizia (§ 10.2); *e*) sulla valorizzazione, nel raffronto tra l'originario testo della legge licenziato dalla Camera e quello poi definitivamente approvato dopo le modifiche operate dal Senato, di taluni lavori parlamentari (§ 10.3).

La conclusione che se ne ricava è nel senso che, da una parte non è invocabile la nuova causa di esclusione della punibilità in alcuna ipotesi colposa connotata da negligenza o imprudenza (e in questo la norma appare chiara) e, dall'altra, nei casi d'imperizia, occorre distinguere casi e responsabilità. Così, si risponderà per imperizia *sia grave sia lieve* allorché quando manchino ovvero siano state individuate o scelte erroneamente linee guida o buone pratiche (inadeguate alle specificità del caso concreto); *nella sola fase esecutiva*, si risponderà *solo* per imperizia *grave* nel caso in cui l'errore nell'esecuzione sia accompagnato dalla corretta scelta e dal rispetto di linee guida o buone pratiche, adeguate al caso concreto, tenuto conto « del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico ».

Mutando prospettiva, e ragionando in termini di non punibilità, l'imperizia *lieve* non sarà punibile allorché quando il medico, come richiesto espressamente dall'art. 590-*sexies* c.p., « abbia rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali e sempre che le raccomandazioni risultino adeguate alle specificità del caso concreto » e « l'imperizia causativa dell'evento (morte o lesioni) si sia avuta nella esecuzione delle linee guida o delle buone pratiche, ma non nella individuazione e nella scelta delle stesse » (13).

Sul piano dei rapporti intertemporali, ciò ha portato le Sezioni Unite a ritenere, analizzando nel dettaglio i rapporti tra l'art. 590-*sexies* c.p. e l'abrogato art. 3, comma 1, della legge n. 189/2012, al fine di individuare, *ex art. 2, comma 4, c.p.*, la legge più favorevole (§ 12), che, « la nuova legge non è mai più favorevole della previgente disciplina, che pertanto continua ad appli-

---

(13) LUPO, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario*, cit., 4.

carsi a tutti i reati qui considerati, commessi sino alla data di entrata in vigore della legge n. 24/2017 » (14).

Schematizzando, infatti, con riferimento ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della nuova legge: 1) rispetto alle condotte mediche connotate da negligenza o imprudenza lieve, andrà considerata più favorevole la legge Balduzzi, che in caso di osservanza di linee guida o buone pratiche accreditate contemplava la non punibilità della colpa lieve; 2) rispetto alle condotte realizzate con imperizia, occorrerà distinguere: a) se l'errore — da imperizia lieve — ricade sul momento selettivo delle linee guida, e cioè su quello della valutazione della loro appropriatezza, ancora una volta sarà più favorevole la precedente normativa, ai sensi della quale tale errore non era punibile, a differenza di quanto previsto oggi dall'art. 590-*sexies*; b) se invece l'errore determinato da imperizia lieve si colloca nella sola fase attuativo/esecutiva, esso andrà esente da punibilità sia per la nuova che per la vecchia disciplina.

### 5.3. Le perplessità

Inevitabile interrogarsi sui possibili effetti e sulla « tenuta » della soluzione « costituzionalmente conforme » individuata dalle Sezioni Unite.

È evidente come l'elemento centrale e qualificante della pronuncia sia rappresentato dalla reintroduzione, in via interpretativa, della distinzione fra gradi della colpa (15). Si tratta di una soluzione alla quale può essere riconosciuto buon senso ed equilibrio e che consente di recuperare, in un'opera di raffinata mediazione tra posizioni contrapposte, un margine di operatività (almeno apparentemente) « ragionevole » all'art. 590-*sexies* c.p., assumendo peso e significatività (apparendo addirittura funzionale) proprio nella controversa ipotesi di errore esecutivo nel rispetto di linee guida e buone pratiche, terreno nel quale il contrasto si era manifestato in maniera frontale nella Quarta Sezione della Cassazione. Ciò riconosciuto, non possono tacersi alcune rilevanti perplessità, distinguendo due piani di valutazione: sostanziale e metodologico.

Partendo dal primo ambito, richiamando il metodo seguito dalle Sezioni Unite — ricerca di un'interpretazione costituzionalmente conforme attraverso un'ermeneusi che si spinga « oltre » (purché non « contro ») la literalità del testo — vi è da chiedersi se esso, con la conseguente lettura proposta (tesa a circoscrivere alle sole ipotesi di imperizia *lieve* la causa di non puni-

---

(14) LUPPO, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario*, cit., 6.

(15) La possibile *reviviscenza* in forma mascherata dell'oggi *recuperato* grado della colpa, *sul solo terreno dell'imperizia*, era stata scorta già in sede di primo commento; cfr., volendo, CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., 1773 ss.

bilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p.), rientri nei canoni interpretativi *consentiti* al giudice, sia pure di legittimità e nell'ambito dell'attività nomofilattica.

Il dubbio di fondo è cioè se possa una siffatta « interpretazione conforme a Costituzione » spingersi sino al punto di introdurre nel corpo di una fattispecie dal tenore letterale inequivoco (seppure di dubbia costituzionalità) un elemento nuovo e ulteriore (*la distinzione tra gradi di imperizia*) e per di più *in malam partem*, con effetti limitativi della non punibilità (visto che si finisce per estendere la punibilità a condotte di imperizia grave altrimenti esenti).

Vi è da chiedersi cioè se il giudice — « sperimentando un'interpretazione delle norme che consenta di darle concreta attuazione » (§. 9) — possa spingersi *oltre* un testo (l'art. 590-*sexies* c.p.), nel quale si è tradotta — seppure con formulazione tecnicamente infelice — la discutibile ma *precisa* scelta di riconoscere un trattamento di minore severità sanzionatoria alle condotte mediche connotate da imperizia, abbandonando qualsivoglia gradazione.

Venendo al piano del merito, la sensazione che se ne trae è che la *vicenda interpretativa* non sia chiusa, giacché rimangono ancora sul tappeto, irrisolti, non pochi aspetti problematici, con i quali, inevitabilmente, la stessa giurisprudenza dovrà, prima o poi, *fare i conti*, a partire dalla preliminare questione se ci si trovi al cospetto di una condotta connotata da imperizia, imprudenza o negligenza e se il rimprovero colposo possa ritenersi grave o lieve (16) e delle difficoltà, comunque, di siffatta distinzione; senza dimenticare come non appaiano del tutto dissipati i dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che — in un futuro che è facile immaginare non troppo lontano — ben potrebbe, in altro procedimento, analoga questione di legittimità ripresentarsi e appalesarsi, stavolta, come rilevante (oltre che non manifestamente infondata).

Tra le perplessità di merito, rimarcato ancora che la norma (così come la legge Balduzzi) trova applicazione solo laddove siano riscontrabili linee guida certificate o raccomandazioni ai sensi dell'art. 5 della legge n. 24/2017, non può tacersi il sospetto che non si sia colta sino in fondo la distinzione tra il profilo di valutazione dell'adeguatezza delle linee guida e quello del loro *rispetto*, anche in rapporto al contenuto.

Mentre infatti il giudizio di adeguatezza (e pertinenza) è fondato su una valutazione — *ex ante* — della corrispondenza alle esigenze che la specificità

---

(16) Per l'approfondimento di ulteriori profili problematici — dalla verifica se, nel caso concreto, sussistano linee guida *davvero* « accreditate » sulla base dei requisiti stabiliti all'art. 5 della legge n. 24/2017 e se queste siano state rispettate totalmente o solo in parte, sino al reale tasso di pertinenza di tali raccomandazioni alle specificità della situazione, oltre alla delimitazione del loro eventuale livello di distacco dalle esigenze e dalla patologia del paziente —, sia consentito rinviare ancora, per tutti, a CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., 1774.

del caso concreto impone, il rispetto delle linee guida, che prescinde e va distinto dalla scelta di quelle adeguate, è rappresentato dalla « corrispondenza della condotta medica alle raccomandazioni contenute nelle linee guida e prescinde dalla fase in cui ciò avviene » (17). Così, al cospetto di linee guida adeguate e pertinenti, che contemplino anche una regolamentazione della fase esecutiva, un errore — per imperizia, anche lieve — implicherà il loro *mancato rispetto* e dunque l'inapplicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p., non assumendo rilievo la circostanza che si versi in un'imperizia lieve (nella fase esecutiva). Dinanzi invece a linee guida — pur sempre pertinenti e adeguate — che non includano riferimenti alla fase esecutiva, non contenendo sul punto indicazioni specifiche, qualora venisse commesso un errore esecutivo per imperizia lieve, ugualmente non sarà invocabile la non punibilità (anche nella lettura offerta dalle Sezioni Unite), trovando invece applicazione gli ordinari criteri di cui all'art. 43 c.p., dal momento che ci si collocherà ugualmente al di fuori dello specchio applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p. (trattandosi di situazione analoga all'assenza di linee guida). Tutto ciò, come è evidente, può rimettere in discussione lo stesso criterio applicativo enucleato in via ermeneutica dalle Sezioni Unite.

Residuano perplessità anche sull'esclusione del ricordato innalzamento del grado di colpa punibile nel caso in cui il medico debba discostarsi da linee guida o buone pratiche « *quando la specificità del caso renda necessario lo scostamento* » (18): in siffatta ipotesi, invero, l'esistenza di fonti « qualificate » dovrebbe per lo meno indiziare per una sorta di presunzione di affidamento da parte del sanitario, che a sua volta implicherebbe che la necessità di discostarsi appaia evidente (se non addirittura « macroscopica »); era questa, del resto, la *ratio* sottesa alla previsione contenuta all'art. 3, comma 1, della legge n. 189/2012, che andrà dunque considerata, sul punto, certamente più favorevole.

Infine, rimane ancora aperta la questione, logicamente preliminare, se ci si trovi, nei singoli casi sottoposti all'esame dei giudici, al cospetto di condotte connotate da negligenza, imperizia o imprudenza. Sono state le stesse Sezioni Unite, del resto, a riconoscere l'estrema difficoltà della distinzione, segnalando peraltro come non si possa prescindere da siffatta distinzione, « in quanto richiesta dal legislatore del 2017 che, consapevolmente, ha regolato solo il secondo caso, pur in presenza di un precedente, articolato dibattito giurisprudenziale sulla opportunità di non operare la detta differenziazione quando non espressamente richiesta dalla lettera della legge (come avveniva per il decreto Balduzzi) per la estrema fluidità dei confini fra le dette nozioni » (§ 6.2).

---

(17) PIRAS, *Un distillato di nomofilachia*, cit., 6.

(18) CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, cit., 138.

Ciò richiama lo stridente contrasto dell'intervento normativo non solo con l'approdo che potremmo definire « garantista » dell'ultima giurisprudenza sulla legge Balduzzi (19), ma anche — e soprattutto — col fatto che, in termini più generali, nell'ambito della pratica medica, la stessa distinzione tende a sfumare (20). Nell'intenzione del legislatore del 2017, con tutta probabilità, la limitazione alla sola imperizia è stata pensata con riferimento a quelle macroscopiche forme di lassismo e di scelleratezza sanitaria, che invero rappresentano ipotesi assolutamente marginali; si è finito così per assurgere a regola l'eccezione, senza considerare peraltro che siffatte condotte sarebbero state in ogni caso punibili, poiché in alcun modo riconducibili a raccomandazioni contenute in linee guida o a buone pratiche.

Di contro, possono dirsi preponderanti i casi che, formalmente ascrivibili a negligenza o imprudenza, contengono una quota di imperizia, per così dire, fisiologica, ben potendo essere *riletti* quali scelte di merito — intrise di perizia — errate. Si pensi, a titolo esemplificativo, al sanitario che, per imperizia, non abbia preso in considerazione la condotta doverosa omessa o abbia erroneamente ritardato il necessario approfondimento diagnostico, ovvero ancora abbia frettolosamente dimesso il paziente o somministrato farmaci controindicati alla luce del (non adeguatamente e correttamente vagliato) quadro clinico del paziente: si tratta, a ben vedere, di fattispecie che hanno alla base quasi sempre un'errata diagnosi, per lo più riconducibile a una imperita lettura del quadro clinico.

Orbene, le segnalate difficoltà risultano ora viepiù aggravate dal fatto che la distinzione sul tipo di colpa è accompagnata dalla necessità di ulteriormente selezionare il grado dell'imperizia, ai fini della (non) punibilità, dovendosi ulteriormente verificare se il rimprovero colposo possa ritenersi grave o lieve. Tutto ciò porta con sé il rischio che, proprio in virtù della segnalata 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

---

(19) Approccio ribadito e, in qualche modo, perfezionato da Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio-6 giugno 2016, n. 23283, in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016, con nota di CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, con opportune precisazioni anche rispetto ai rapporti con l'art. 2236 c.c. e con riferimento al rispetto del canone di tassatività della fattispecie (in relazione al fatto che l'art. 3, comma. 1, non contiene alcun riferimento alla limitazione alla sola perizia e in più va valorizzato il riferimento soggettivo agli « esercenti le professioni sanitarie »). Una puntuale ricostruzione del dibattito, da ultimo e per tutti, in 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.

(20) Lo segnala, tra gli altri, DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi. Ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse medicina*, in *Arch. pen.*, 2014, 7.

responsabilità nelle ipotesi di ossequio alle linee guida (si tratta di un sospetto corroborato, ancora una volta, dall'esperienza maturata nella vigenza della legge Balduzzi e dalla peculiare *interpretatio abrogans* che ha condotto a sostituire il termine « colpa lieve » con « imperizia lieve »).

## 6. Per concludere: l'art. 2236 c.c. e i c.d. « fattori contestuali »

Sempre nella demarcazione *gravità/levità*, secondo i giudici, « rientra altresì la misurazione della colpa sia in senso oggettivo che soggettivo e dunque la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa » (§ 10.2).

Il richiamo al versante soggettivo della colpa riecheggia anche nel passaggio, sempre riferito al grado (e alla « gravità ») della colpa, in cui si sottolinea la necessità di tenere conto « *del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico* » nel vaglio dell'*imperizia esecutiva*.

I due passaggi in qualche modo rievocano e valorizzano la chiosa conclusiva della prima sentenza Tarabori, nella quale si richiamava l'applicabilità, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c., con particolare riguardo 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 ». In queste circostanze, si precisava, 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 ». Come riconosciuto esplicitamente in vari passi della pronuncia delle Sezioni Unite, tale lettura conserva attualità; si tratta indubbiamente di un passaggio logico significativo, che dovrà essere adeguatamente sviluppato e valorizzato e che torna a misurare la colpa medica sul « contesto », al quale va assegnato un ruolo, su un diverso piano, anche nell'interpretazione della nuova normativa.

Si apre così la via a considerare quelle ragioni di contesto/emergenza richiamate quale parametro di misurazione della colpa su un duplice piano: *oggettivo*, sul fronte della valutazione della perizia del medico nel caso oggetto di giudizio (oltre che su quello, altrettanto cruciale e collegato, del giudizio di rispondenza delle fonti pre-date alle peculiarità del caso concreto, in cui risiede il giudizio di adeguatezza delle raccomandazioni contenute

nelle linee guida accreditate); *soggettivo*, per vagliare il rilievo *scusante* di circostanze inerenti alla particolare situazione in cui ci si è trovati ad agire, circostanze che abbiano reso — se non impossibile — quanto meno *ardua* l'osservanza della diligenza doverosa, quali ad esempio il sovraccarico di lavoro (e la conseguenza stanchezza eccessiva) ovvero l'essersi trovato il medico ad agire in un momento di emergenza organizzativa, causato da un anormale afflusso di pazienti o da una transitoria carenza di personale. È in questo contesto che, in caso di errore (tanto *esecutivo* quanto *valutativo*), può rivestire rilievo decisivo — aprendo la porta ad una sorta di « *inesigibilità contingente* » (21) — l'attenta valutazione delle difficoltà tecniche e scientifiche delle prestazioni dovute, dell'urgenza indifferibile e della concitazione in cui il medico è chiamato ad agire, nonché del suo stato personale (ad esempio di particolare stanchezza).

A questo punto, tirando le fila del discorso, anche (ma non solo) alla luce delle residue problematicità appena segnalate, l'unica certezza che, al momento, si può ricavare è che il legislatore del 2017 abbia — nella sostanza — mancato l'obiettivo *manifesto* di garantire più certezze d'irresponsabilità, persino arretrando rispetto alle ultime acquisizioni della giurisprudenza maturate con riguardo alla legge Balduzzi, in termini di garanzia della classe medica e conseguentemente di argine alla medicina difensiva e di effettiva e piena attuazione del diritto alla salute. La sensazione è corroborata dalle stesse Sezioni Unite, le quali, riconoscendo la normativa previgente come più favorevole, hanno 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 o auspicare un ritorno del legislatore sul tema.

---

(21) Parla di « circostanze concomitanti rispetto alla condotta — spesso fattori contingenti o transeunti, come *condizioni di stanchezza o debolezza o di spavento o stress emotivo*, oppure legate a *inesperienza* — che, pur astrattamente prevedibili nel *mondo degli agenti modello* (...), si sono presentate, nel *mondo dell'agente concreto*, con caratteristiche situazionali tali da risultare "anomalie decisive" nel giudizio definitivo di responsabilità », D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 565 s. (ma v. anche 591 s.).