

## LA FISIONOMIA DELL'ART. 590-SEXIES C.P. DOPO LE SEZIONI UNITE TRA "NUOVI" SPAZI DI GRADUAZIONE DELL'IMPERIZIA E "ANTICHE" INCERTEZZE

di Gian Marco Caletti e Matteo Leonida Mattheudakis (\*)

**Abstract.** *A quasi un anno dall'entrata in vigore, è dunque finalmente dato conoscere il significato dell'enigmatica disposizione contenuta all'art. 590-sexies c.p.*

*La sentenza delle Sezioni unite sancisce il ritorno sulla scena, per via implicita, della graduazione della colpa, limitata però ai casi di imperizia maturati negli errori esecutivi.*

*Gli Autori illustrano i tratti salienti della motivazione della pronuncia, segnalando, in particolare, le modalità ermeneutiche attraverso le quali si è giunti alla soluzione finale, spesso in aperto dialogo con la dottrina.*

*L'analisi della sentenza delle Sezioni unite consente anche di riflettere nuovamente su alcune criticità sollevate dalla riforma "Gelli-Bianco", come l'esplicito riferimento all'imperizia e la nuova distinzione tra errori diagnostici ed esecutivi, nonché sulle prossime sfide che attendono l'interprete.*

SOMMARIO: 1. Il contrasto interno alla IV Sezione penale della Corte di cassazione sull'art. 590-sexies c.p. – 2. I principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite. – 3. La crisi d'identità dell'imperizia. – 4. La labile distinzione tra linea guida "adeguata" ed "adeguamento" della linea guida, ovvero tra errore diagnostico ed errore esecutivo/attuativo. – 5. Le considerazioni di "politica criminale" della Cassazione: verso nuovi orizzonti per la colpa grave? – 6. Riflessioni finali. Tra statuizioni di principio e imminenti nuove "sfide" interpretative.

### 1. Il contrasto interno alla IV Sezione penale della Corte di cassazione sull'art. 590-sexies c.p.

Come è noto, il percorso della IV Sezione penale della Cassazione ha fatto registrare oscillazioni, precisazioni e assestamenti rispetto alla (previgente) disciplina penale dell'art. 3 del d.l. "Balduzzi" (13 settembre 2012, n. 158); riguardo all'interpretazione del nuovo art. 590-sexies c.p., introdotto dall'art. 6 della l. 8 marzo

---

(\*) Il lavoro è frutto della riflessione comune degli Autori. Sono, tuttavia, da attribuirsi a GIAN MARCO CALETTI i §§ 4, 5, 6, mentre a MATTEO LEONIDA MATTHEUDAKIS i §§ 1, 2, 3.

2017, n. 24 (“Gelli-Bianco”), è stato invece subito contraddistinto da una netta contrapposizione.

A fronte di due sole sentenze della Cassazione soffermatesi sull’interpretazione della recente disciplina della responsabilità penale colposa del sanitario, si è evidenziato un contrasto talmente pronunciato da rendere opportuna, senza indugi, la sollecitazione dell’intervento delle Sezioni unite, analogamente rispetto a quanto avvenuto, ad esempio, in materia di false comunicazioni sociali<sup>1</sup>.

La prima presa di posizione è quella della sentenza “Tarabori” (n. 28187 del 20 aprile 2017)<sup>2</sup>, dal cognome della parte civile ricorrente nel procedimento a carico dello psichiatra De Luca. Questa sentenza non ha risparmiato critiche alla formulazione dell’art. 590-*sexies* c.p., ritenuta in grado di suscitare «alti dubbi interpretativi», in quanto viziata da profili di «drammatica incompatibilità logica», quindi «incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo». A fronte di queste premesse, la scelta della Corte di sviluppare l’esegesi *a contrario*, trovando cioè più opportuno esprimersi solo su alcune ipotesi in cui tale disciplina non potrebbe applicarsi, se non al costo di frustrare diversi valori di rango costituzionale<sup>3</sup>, non poteva risultare del tutto chiarificatrice, lasciando infatti l’interprete in una condizione di disorientamento, alimentato peraltro anche dalla precisazione, leggibile in più passaggi delle motivazioni, per cui il legislatore non avrebbe tipizzato una vera e propria causa di esclusione della punibilità: nonostante il testo legale disponga che «la punibilità è esclusa» ricorrendo il rispetto di linee guida (o buone pratiche clinico-assistenziali) adeguate alle specificità del caso concreto, si dovrebbe

---

<sup>1</sup> Anche in tal caso, in particolare riguardo al c.d. falso valutativo, si era formato un contrasto interno ad una sola sezione della Cassazione, la quinta, che aveva fatto registrare una contrapposizione su due fronti diversi, ancorché per effetto di tre pronunce. Le Sezioni unite erano state chiamate in causa in tempi rapidissimi, con una pronuncia le cui motivazioni sono state depositate nel giorno del primo anniversario della riforma, datata 27 maggio 2015 (l. n. 69): [Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474](#), in *questa Rivista*, 30 maggio 2016.

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *questa Rivista*, 13 giugno 2017, con nota di C. CUPELLI, [La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio](#); nonché, ad esempio, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 713 ss., con nota di M. CAPUTO, ‘Promossa con riserva’. *La legge Gelli-Bianco passa l’esame della Cassazione e viene ‘rimandata a settembre’ per i decreti attuativi*, 724 ss. (si veda anche ID., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 382 ss.); in *Giur. it.*, 2017, 2199 ss., con nota di L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, 2201 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1369, con nota di G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, 1369 ss.

<sup>3</sup> La Corte si sofferma, in particolare, su un esempio, prendendo come riferimento la condotta del «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». In tal caso – si legge in sentenza – le linee guida devono ritenersi «estrane al momento topico» di realizzazione dell’imperizia, quindi applicare lo stesso la nuova disciplina, pur essendo ciò apparentemente consentito dal tenore letterale della disposizione codicistica, darebbe luogo ad esiti considerati in contrasto con diversi canoni costituzionali che incidono sulla materia penale, tra cui, soprattutto, i principi di ragionevolezza e colpevolezza. Allo stesso tempo, si rischierebbe di «vulnerare l’art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse dichiarate finalità della legge».

ritenere di essere in presenza, piuttosto, di una «regola di parametrizzazione della colpa» per imperizia.

In questo quadro, la conferma di una sostanziale sterilizzazione degli intenti deflativi perseguiti dalla riforma emerge nel momento in cui la sentenza si pronuncia sui profili intertemporali, ritenendo l'art. 590-*sexies* c.p. applicabile solo ai casi successivi alla sua entrata in vigore: in confronto, la disciplina dell'art. 3 d.l. "Balduzzi" sarebbe praticamente sempre più favorevole, anche e soprattutto perché limitava esplicitamente la responsabilità penale alle sole ipotesi di colpa grave (*rectius*: non lieve).

Data la composizione del Collegio, che riuniva gli estensori di larga parte delle sentenze più in vista tra quelle rese sul previgente art. 3 del d.l. "Balduzzi", non sembrava fuori luogo pensare che la IV Sezione avesse voluto pronunciarsi da subito a "Sezioni unite", onde (opportunamente) prevenire la formazione di contrasti interni in sede di legittimità, che, oltre a generare generale incertezza, discriminano di fatto gli imputati giudicati secondo gli orientamenti più severi, i quali, ad oggi, non avrebbero rimedi per far valere in loro favore una successiva evoluzione giurisprudenziale in senso più indulgente. Probabilmente l'intento era proprio questo, ma le aspettative di stabilità della sentenza "Tarabori" non hanno trovato riscontro. Pochi mesi dopo, infatti, la sentenza "Cavazza" (n. 50078 del 19 ottobre 2017)<sup>4</sup>, le cui motivazioni recano la firma di una componente del Collegio del caso "Tarabori", ha bruscamente cambiato rotta, tracciando una linea interpretativa indubbiamente più esplicita nell'indicare l'ambito applicativo della nuova disciplina, ma di dubbia compatibilità con i principi costituzionali che la prima sentenza aveva invece avuto particolare premura di salvaguardare.

Questa seconda sentenza è esplicita nel ritenere che la nuova previsione codicistica tipizzi una «causa di esclusione della punibilità», applicabile alle sole ipotesi di imperizia e a condizione che si tratti di una erronea messa in pratica di linee guida o buone pratiche adeguatamente scelte. Sarebbe l'errore in fase "esecutiva" (non nella selezione della linea guida), dunque, a porsi fuori dall'area della punibilità; ciò a prescindere dal grado della colpa, che potrebbe dunque pure essere grave.

Data la «radicale diversità delle interpretazioni», si è avvertito «necessario l'urgente intervento delle Sezioni unite»<sup>5</sup>.

Come si avrà modo di dire meglio a breve, le Sezioni unite, mostrandosi attente anche al dibattito dottrinale su diversi aspetti, hanno prospettato una lettura intermedia, partendo dalle «moltissime osservazioni condivisibili» di entrambe le sentenze e cercando di pervenire ad «una sintesi interpretativa complessiva capace di restituire l'effettiva portata della norma in considerazione»<sup>6</sup>. Il tenore "di compromesso" della

---

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, in *questa Rivista*, 7 novembre 2017, con nota di C. CUPELLI, [Quale \(non\) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite](#) e di P. PIRAS, [La non punibilità dell'imperizia medica in executivis](#), 5 dicembre 2017.

<sup>5</sup> Così la lettera del 7 novembre 2017, firmata dal Cons. Blaiotta in qualità di Presidente di Sezione, in [www.quotidianosanita.it](#), 15 novembre 2017.

<sup>6</sup> Per un primo commento delle motivazioni, già C. CUPELLI, [L'art. 590-\*sexies\* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica \(ancora\) punibile](#), in *questa Rivista*, 1°

soluzione era prevedibile. Da un lato, infatti, la sentenza “Tarabori”, preoccupata di sviluppare un’interpretazione costituzionalmente conforme della nuova disciplina, in definitiva, non riusciva del tutto a chiarire quando, esattamente, tale disciplina potrebbe applicarsi; per le Sezioni unite, a questa prima pronuncia sarebbe addirittura rimproverabile di aver dato al 2° c. dell’art. 590-*sexies* c.p. una «interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare». Dall’altro lato, la sentenza “Cavazza” ha cercato di valorizzare al massimo il dato letterale, attribuendo però alla disciplina codicistica di cui si sta trattando «portata applicativa impropriamente lata», in particolare ritenendo plausibile la non punibilità anche di ipotesi di colpa grave, peraltro evitando del tutto – si era detto: «per difetto di rilevanza nel caso di specie» – di misurarsi con le premure di costituzionalità ampiamente argomentate nella pronuncia precedente, considerata, più in generale – non passa inosservato – *tamquam non esset*<sup>7</sup>.

Il fatto che il caso presentatosi alle Sezioni unite<sup>8</sup> (come quelli alla base delle sentenze “Tarabori” e “Cavazza” e molti altri portati in sede di legittimità nel periodo di vigenza del d.l. “Balduzzi”) non fosse caratterizzato dall’osservanza di linee guida, ha contribuito a precludere il ricorso alla Corte costituzionale, pur invocato dal P.G. di Cassazione e, in via subordinata, dal difensore dell’imputato ricorrente. Oltre ad evidenziare un difetto di rilevanza della questione, la Corte ha pure ritenuto possibile pervenire ad un’interpretazione costituzionalmente conforme, condensata nei principi di diritto che ci si accinge ad esporre.

## 2. I principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite.

Per poter sviluppare approfondimenti sulla posizione delle Sezioni unite, pare proficuo richiamare da subito le conclusioni a cui la sentenza è pervenuta; conclusioni talmente articolate da rendere opportuno esprimersi al plurale, parlando cioè di

---

marzo 2018.

<sup>7</sup> Evidenzia bene la differente metodologia ermeneutica delle due pronunce V. MANES, [Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”](#), in *questa Rivista*, 17 gennaio 2018, 9, nota 43.

<sup>8</sup> Ad un medico specialista in neurochirurgia era stata contestata l’integrazione del delitto di lesioni personali colpose, in particolare per l’omessa diagnosi di una sindrome da compressione della “cauda equina”. Tale omissione, attuata in parte anche attraverso il prolungato rinvio della visita da parte del sanitario (il quale, in un’occasione, non si era nemmeno presentato all’appuntamento col paziente), aveva avuto l’effetto di differire nel tempo l’urgente intervento chirurgico necessario per fronteggiare la predetta sindrome. L’esecuzione tardiva dell’operazione aveva quindi determinato un «rilevante deficit sensitivo-motorio con implicazioni dirette sul controllo delle funzioni neurologiche concernenti l’apparato urogenitale e di quelle motorie del piede destro» (§ 1.1 della parte «ritenuto in fatto»). Il Tribunale di Pistoia aveva condannato il medico, con una sentenza confermata poi in sede di appello. Nella ricognizione degli esiti dei giudizi di merito, le Sezioni unite danno opportunamente conto dell’esclusione, in primo grado, dell’applicabilità dell’art. d.l. “Balduzzi”: «l’imputato non si era attenuto alle linee-guida o alle *best practices* che gli avrebbero imposto una diagnosi tempestiva e la sollecitazione di un intervento chirurgico non ulteriormente procrastinabile» (§ 1.3 della parte «ritenuto in fatto»).

«principi di diritto», a fronte di un'indicazione legislativa (dei recenti commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 618 c.p.p.) che ritiene "normale" che la speciale composizione della Cassazione maturi «il principio di diritto». Ciò evidenzia, ancora una volta, la complessità dello sforzo ermeneutico che la recente disciplina esige.

Nel rispondere al quesito posto alle Sezioni unite, impostato in modo da ottenere una risposta in grado di illuminare direttamente «l'ambito applicativo della previsione di "non punibilità" prevista dall'art. 590-*sexies* c.p.», la Corte ha rovesciato la prospettiva, preferendo elencare le ipotesi in cui «l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica».

Alla luce dell'art. 590-*sexies*, 2° c., c.p., la responsabilità penale colposa del sanitario sarebbe quindi possibile:

«a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nell'individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico» (§ 11).

Rispetto al ragionamento *a contrario* sviluppato dalla sentenza "Tarabori", qui, tramite la logica (e il confronto con le motivazioni della stessa sentenza), risulta più agevole mettere a fuoco l'esatto perimetro applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p., quantomeno a livello astratto, perché poi procedere a delle concrete e plausibili esemplificazioni del meccanismo sussuntivo rimane particolarmente problematico. Non è un caso che anche in dottrina, sin dall'entrata in vigore della riforma, sia assai raro trovare riferimenti a casi specifici (o anche di fantasia) al fine di ricondurli entro l'ambito applicativo della nuova disciplina.

Mantenendo aderenza alla linea interpretativa delle Sezioni unite, si evidenzia una preliminare presa di posizione piuttosto evidente nel senso di ritenere possibile distinguere concettualmente, in ambito sanitario, l'imperizia dalla negligenza e dall'imprudenza, ponendo queste ultime due forme di colpa al di fuori dell'ambito di quella che la Corte, concordando con la sentenza "Cavazza", considera una «inedita causa di non punibilità», espressione di una scelta legislativa «esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile», che opera un «bilanciamento degli interessi in gioco» (§§ 8 e 8.2).

Sulla problematicità dell'imperizia ci sarà modo di soffermarsi più avanti dettagliatamente, così come la qualificazione della previsione dell'art. 590-*sexies*, 2° c.,

c.p. in termini di causa di esclusione della punibilità potrà apparire opportuna o meno<sup>9</sup> soltanto una volta completata la profilatura della disposizione stessa. In questa panoramica dedicata ai «principi di diritto» formulati dalla sentenza, pare opportuno, piuttosto, far subito emergere che la sentenza in commento si schiera apertamente “in favore” dell’errore «nell’esecuzione» di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali pertinenti rispetto al caso concreto. La contrapposizione tra errori a monte ed errori a valle, tra errori nella scelta ed errori nell’attuazione delle raccomandazioni scientifiche oppure, come ha preferito esprimersi (anche) chi scrive<sup>10</sup>, tra adempimenti inopportuni e adempimenti imperfetti è stata così chiaramente risolta concludendo che solo i secondi (di ogni bipartizione) possano rendere operativa la clausola di esclusione della responsabilità penale, appunto «ritenendo l’ordinamento di non punire gli adempimenti che si rivelino imperfetti» (§ 10.3). Del resto, l’esplicitazione nel testo legale del requisito dell’adeguatezza non sembra consentire una diversa soluzione<sup>11</sup>.

Se si deve quindi trattare di profili di imperizia riconducibili alla attuazione della linea guida (o della buona pratica), risulta di centrale importanza l’analisi del requisito del *rispetto* (delle relative raccomandazioni), richiamato dalla norma come necessaria condizione per la propria applicazione. Sul punto, la sentenza sembra in piena sintonia con alcuni spunti sviluppati in dottrina, anche da parte di chi scrive. Commentando la sentenza “Tarabori”, vi è infatti già stato modo di argomentare in merito alla possibilità di ritenere *comunque* rispettate le linee guida a fronte di lievi inefficienze nella loro messa in pratica: se l’errore, «pur risultando decisivo per la verifica dell’evento, consiste in una minima divergenza dal miglior paradigma attuativo della linea guida alla quale opportunamente è comunque rimasto idealmente fedele il sanitario, quest’ultimo non dovrebbe essere giudicato con estrema severità, potendosi ugualmente ritenere rispettata la linea guida»<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Nel senso che si tratti di una causa di esclusione della tipicità, ad esempio, F. D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 576; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *Leg. pen.*, 2 maggio 2017, 8.

<sup>10</sup> G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, [Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2017, 90 e 91, in particolare nota 20.

<sup>11</sup> In nessuna delle tre sentenze della Cassazione qui prese in esame, infatti, è stata accreditata la lettura della nuova disciplina come applicabile nei casi di errore nella scelta della linea guida (o della buona pratica). In dottrina, per una posizione volta a ritenere più plausibile l’esclusione della responsabilità penale del sanitario proprio in tali casi, ancorché a determinate condizioni (escludendosi, ad esempio, i più grossolani errori di “sussunzione”), A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un’interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell’art. 590 sexies cp*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017, in particolare 24 ss.: in ragione dell’affidamento che genera ogni linea guida che abbia raggiunto l’accreditamento statutale, anche laddove la stessa si riveli inadatta nel caso concreto, «lo Stato si astiene dal punire il medico che a quella linea guida abbia dato credito», essendo tale medico stato in qualche misura «sviato da contenuti delle raccomandazioni stesse» (p. 28). La prospettiva in esame esprime un punto di vista raffinato e non privo di spunti effettivamente ragionevoli, ma pare incontrare nel requisito dell’adeguatezza, esplicitato nel testo legale, un ostacolo difficilmente superabile.

<sup>12</sup> G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 1373 e 1374, da cui si ricava il passaggio citato testualmente; di diverso avviso, sulla base di un’interpretazione più strettamente letterale del requisito del rispetto, A.R. DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell’operatore sanitario dal decreto*



Le Sezioni unite ritengono le linee guida «nel loro complesso osservate» anche quando vi sia la «mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso» oppure un «errore parziale» (§ 9), mentre resta insostenibile che siano rispettate quando il difetto attuativo sia significativo – sembra potersi dire – tanto in termini quantitativi che qualitativi<sup>13</sup>. Dunque, a fronte di un sanitario «preparato sulle *leges artis* e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali», non dovrà punirsi «il residuo dell’atto medico che appaia connotato da errore colpevole per imperizia», quando «può dirsi che si rimanga nel perimetro del “rispetto delle linee guida”, quando cioè lo scostamento da esse è marginale e di minima entità» (§ 9.1).

È evidente come, seguendo questa strada, si pervenga a riportare all’attualità la graduazione della colpa, facendola filtrare attraverso un approccio (inevitabilmente) “flessibile” al requisito del rispetto della linea guida: «viene di nuovo in considerazione, per tale via, la necessità di circoscrivere un ambito o, se si vuole, un grado della colpa che, per la sua limitata entità, si renda compatibile con la attestazione che il sanitario in tal modo colpevole è tributario della esenzione della pena per avere rispettato, nel complesso, le raccomandazioni derivanti da linee-guida adeguate al caso di specie» (§ 9.2).

Nello sviluppo del proprio ragionamento, anche alla luce dell’evoluzione dei lavori parlamentari (a cui di solito si fa riferimento per sostenere esattamente il contrario,

---

“Balduzzi” alla l. “Gelli-Bianco”, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2018, p. 5: «Il verbo “rispettare”, laddove utilizzato in un contesto normativo, in italiano sembra avere il significato univoco di «osservare, eseguire, con cura fedele e attenta», sicché appare incompatibile con una deviazione dalla direttiva di comportamento in questione, ovvero con un’applicazione “imperita” della linea guida o della buona pratica (ove la linea guida non disciplini nel dettaglio gli aspetti prettamente esecutivi del trattamento sanitario, soccorrerà infatti la buona pratica clinico-assistenziale, nel suo ruolo sussidiario): l’applicazione “imperita” della linea guida o della buona pratica pare costituire uno scostamento, e non già un “rispetto” della direttiva di comportamento in questione».

Tra coloro che, prima delle Sezioni unite, pur in altri termini rispetto a quelli qui riproposti, prospettavano la reviviscenza di una gradazione «mascherata» della colpa professionale del sanitario, si può richiamare anche C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1774. Si veda, in seguito, anche L. RISICATO, *Vecchi e nuovi circoli viziosi in tema di colpa penale del medico*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2017, 1523, che evidenzia un’ampia convergenza della dottrina «per vie diverse, verso il recupero di un grado quanto meno elevato di colpa del sanitario come necessario presupposto per una sua responsabilità (anche) penale».

<sup>13</sup> La tendenziale inconciliabilità tra colpa grave e rispetto della linea guida era stata sostanzialmente riconosciuta anche dalla sentenza “Cavazza”, che però aveva poi liquidato la questione opponendo «il concorrente rilievo della lettera e della finalità della legge» (§ 7 di tale sentenza), asseritamente in grado di rendere non punibile anche ipotesi di colpa grave. Beninteso, un sanitario può anche essere rispettoso al 100% delle indicazioni di una linea guida e, nell’ambito del trattamento, manifestare una colpa grave di tipo «parallelo» – l’espressione si deve al Prof. Massimo Donini, che si è espresso in questi termini nel convegno «La responsabilità penale del medico dopo la riforma Gelli/Bianco», tenutosi a Ferrara il 16 novembre 2017 – rispetto al percorso principale (quello sì ben eseguito) della linea guida. In tali casi, potrebbe forse conservare validità il ragionamento sviluppato dalla sentenza “Tarabori”, preoccupata di precisare che «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» (§ 8.3 di tale sentenza); ragionamento al quale anche le Sezioni unite sembrano aderire (§§ 4.1 e 7.1).

ciò che, in definitiva, sia stata superata la rilevanza del grado della colpa), la Corte ritiene di poter concludere che «la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto, posto che la costruzione della esenzione da pena per il sanitario complessivamente rispettoso delle raccomandazioni accreditate in tanto si comprende in quanto tale rispetto non sia riuscito ad eliminare la commissione di errore colpevole non grave, eppure causativo dell'evento» (§ 10.3).

Sul grado della colpa, più in generale, ci sarà modo di tornare più avanti. Si è voluto qui subito fare emergere come il tentativo di mediazione tra i due orientamenti giurisprudenziali in contrasto abbia trovato, tramite le Sezioni unite, accettabile punto di equilibrio nel valorizzare l'interdipendenza tra grado della colpa e requisito del rispetto (soprattutto) della linea guida.

### 3. La crisi d'identità dell'imperizia.

Alcuni particolari aspetti, in parte già accennati, meritano indubbiamente qualche considerazione di approfondimento, ad esempio i passaggi in cui la sentenza in commento si dedica alla messa a fuoco dell'imperizia, considerandola l'unica tipologia di colpa (generica) in grado di rendere applicabile la disciplina dell'art. 590-*sexies*, 2° c., c.p.

Per le Sezioni unite, il legislatore del 2017 avrebbe fatto una scelta netta, quindi ben riconoscibile ed ineludibile in tal senso, prendendo posizione «consapevolmente», poiché la menzione esplicita dell'imperizia, che avrebbe l'effetto di “separarla” da negligenza ed imprudenza, è maturata in parallelo rispetto allo sviluppo di un «articolato dibattito giurisprudenziale» recente che pur aveva evidenziato «la estrema fluidità dei confini fra le dette nozioni», soprattutto – precisa la Corte – tra imperizia e negligenza (§ 6.2).

Come è noto, la dottrina penalistica si è disinteressata a lungo della (opportunità di una) distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza, ribadendo regolarmente l'importanza, nel giudizio di colpa, di riscontrare una violazione cautelare a prescindere dalla sua qualificazione, essendo quest'ultima praticamente ininfluente. La mancanza di precisi punti di riferimento, non reperibili nemmeno in giurisprudenza, ha evidentemente “contaminato” anche i capi di imputazione per reati colposi (pure al di fuori dell'ambito sanitario), nei quali, puntualmente, si trovava scritto che la responsabilità, anche quando incentrata su una sola condotta, era dovuta a «negligenza, imprudenza e imperizia», esprimendo così una formula tralatizia che è la più chiara testimonianza di una consolidata incertezza di fondo: il richiamo cumulativo pare proprio maturare “nel dubbio”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> In argomento, si vedano, in particolare, E. MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 330 ss.; D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3843 ss.; M. CAIANIELLO, *Imputazione e garanzie: la contestazione e la qualificazione del fatto colposo*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 341 ss.



Poco prima della riforma “Gelli-Bianco”, la giurisprudenza, anche in sede di legittimità, si era spesso espressa nel senso che il d.l. “Baduzzi” si applicasse solo nelle ipotesi di imperizia, intendendo quest’ultima non già come la semplice declinazione professionale di negligenza ed imprudenza, ma come una tipologia di colpa a sé stante. Due aspetti, esplicitamente o implicitamente, venivano posti a supporto di questa conclusione. Da un lato, appariva evidente il tentativo di affrontare la novità (di allora, cioè la disciplina penale del d.l. “Balduzzi”) partendo dalla tradizione: doversi cimentare con la graduazione della colpa ha fatto affiorare il retaggio del dibattito sull’applicabilità diretta o indiretta in sede penale dell’art. 2236 c.c.<sup>15</sup>, sortendo comunque l’effetto di far assumere come punto di riferimento privilegiato, già a livello terminologico, l’imperizia, ricalcando così i contorni di un assetto già giudicato razionale dalla Corte costituzionale nel 1973. Inoltre, si riteneva che le linee guida, baricentro della disciplina penale del d.l. “Balduzzi”, disciplinino pressoché esclusivamente profili di perizia (aprendo al più qualche spazio all’ambito della diligenza), ma si trattava di ragionamenti sviluppati senza mai definire fino in fondo i confini di questa accezione “diversificata” della nozione di perizia e quindi in grado di condurre a risultati la cui coerenza rispetto alla premessa appariva viziata in partenza, rendendosi pressoché incontrollabile.

Accadeva peraltro che il d.l. “Balduzzi” rimanesse inapplicato, perché, puntualmente, il caso sotto giudizio veniva qualificato come “macchiato” da profili di negligenza o imprudenza. Ad esempio, l’errore diagnostico, assai frequente nella casistica di “colpa medica” (cioè *tipico* della responsabilità professionale del sanitario), tendeva ad essere qualificato in termini di negligenza e le inopportune dimissioni dello stesso paziente fondate su tale errore si traducevano spesso in una contestazione di imprudenza<sup>16</sup>.

Nel 2016, la Corte di legittimità ha finalmente messo a fuoco tutti i punti critici di una disciplina basata sul riferimento esplicito all’imperizia con la sentenza “Denegri”: in primo luogo, si è ribadita l’arbitrarietà di un’argomentazione volta a stabilire una corrispondenza necessaria tra linee guida e profili di perizia, intesa come forma di colpa diversa da negligenza e imprudenza; si è poi finalmente preso atto, soprattutto (e con valenza assorbente rispetto al punto precedente), che «la scienza penalistica non offre indicazioni di ordine tassativo, nel distinguere le diverse ipotesi di colpa generica, contenute nell’art. 43 c.p., comma 3»<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Ampiamente sul punto, anche per opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 399 ss., in particolare, 401 ss.

<sup>16</sup> P. PIRAS, [Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la Legge Balduzzi](#), in *questa Rivista*, 24 aprile 2015; G.M. CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia gli orizzonti applicativi della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1147 ss. Con uno sguardo già al testo della legge “Gelli-Bianco” inizialmente approvato dalla Camera, C. CUPELLI, [La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione \(e i rischi della riforma alle porte\)](#), in *questa Rivista*, 27 giugno 2016; da ultimo, poco prima dell’approvazione della nuova riforma, 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.*, 2, 2017, 159 ss., in particolare 173 ss.

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in *questa Rivista*, 27 giugno 2016, con nota di C. CUPELLI, *La*

La riforma del 2017 ha ignorato questi moniti della Corte di legittimità, inserendo il requisito dell'imperizia nel testo di legge ed è così che le Sezioni unite ritengono ora che a questo riferimento testuale vada dato rispetto in sede ermeneutica.

Come è fin troppo chiaro, questo requisito rischia di risultare eccessivamente selettivo, con l'effetto collaterale di rendere spesso inapplicabile la recente disciplina: in dottrina è stato efficacemente detto che potrebbe fungere da «cavallo di Troia»<sup>18</sup>, in grado di boicottare gli intenti deflativi della riforma, come del resto ha fatto col d.l. «Balduzzi».

Preso atto che la giurisprudenza si sta orientando proprio nel senso di attribuire all'imperizia un significato e un perimetro applicativo diversi rispetto a quelli di negligenza e imprudenza, la dottrina può percorrere principalmente due strade: assecondare l'impostazione di fondo di questo orientamento, cercando di dialogare con la stessa giurisprudenza nella messa a fuoco dei confini reciproci tra le tre diverse forme di colpa in questione oppure impegnarsi per non sconfessare una propria diffusa posizione, la quale avrebbe qui l'effetto, «in bonam partem», di non confinare l'operatività dell'art. 590-sexies, 2° c., c.p. entro spazi troppo angusti. Si tratterebbe semplicemente di riaffermare quanto già sostenuto da autorevoli voci e da significativa parte della manualistica e cioè che l'imperizia potrebbe ben concepirsi come la versione «tecnica», «professionale» di negligenza ed imprudenza (a loro volta distinte per lo più in via meramente convenzionale) e non un vero e proprio *tertium genus*<sup>19</sup>.

Non si può nascondere che il secondo approccio ermeneutico appena richiamato tenderebbe a sterilizzare la selettività del riferimento all'imperizia e che, al contrario, il tenore letterale della disposizione codicistica sembri effettivamente invitare a ritenere

*colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza*, cit.

<sup>18</sup> O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità. Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 2163, nota 28.

<sup>19</sup> Senza pretese di esaustività, M. GALLO, *Colpa penale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, VII, 1960, 641; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 216; F. SCUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 159; F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 308; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84<sup>3</sup>, Milano, 2004, 461, il quale, concependo tutte e tre le forme di colpa generica come caratterizzate da un «difetto di diligenza», precisa che, nel caso dell'imperizia, si tratterebbe di «difetto di diligenza riferita a un settore professionale»; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*<sup>7</sup>, Bologna, 2014, 572; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*<sup>6</sup>, Assago, Padova, 2015, 366; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*<sup>5</sup>, Assago, 2016, 280, i quali considerano l'imperizia «una forma qualificata di imprudenza»; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>2</sup>, Bologna, 2017, 479. Tra i recenti contributi in ambito sanitario, si vedano, ad esempio, O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2014, 7; R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1481 (ss.): «privo di fondamento epistemologico e di gittata euristica, al termine imperizia non si può attribuire alcun contenuto di senso che possa ontologicamente distinguerlo da quelli affidati ai termini «negligenza» e «imprudenza»; A. 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. (web)*, 3, 2017, in particolare 13 ss., a cui si rinvia anche per ricchissimi riferimenti bibliografici, in grado di testimoniare il fallimento dei tentativi di distinguere, all'interno dell'ambito sanitario, tra le tre forme di colpa generica: «più gli esempi si moltiplicano, più l'impressione è quella di avventurarsi in ingestibili bizantinismi classificatori» (19).

che in ambito sanitario si possano anche dare casi di colpa non qualificabili in termini di imperizia: lo indizierebbe, in particolare, il ricorso alla congiunzione condizionale «qualora», che anticipa l'ipotesi (e quindi non la indefettibile certezza) che «l'evento si sia verificato a causa di imperizia». Tuttavia, tali argomenti non paiono sufficienti per liquidare l'interpretazione "estensiva" dell'imperizia come *contra legem* e, (anche) per questo, come incostituzionale.

A favore di questa lettura, si potrebbe notare come il legislatore abbia fatto ricorso ad un concetto già presente nell'ordinamento, ove se c'è un'interpretazione "tassativizzante" è proprio quella che ritiene di poter parlare di imperizia a fronte di qualsiasi violazione delle *leges artis* tipiche di un contesto tecnico-professionale, come quello sanitario. Ci si riferisce, in altre parole, a tutte quelle situazioni in cui la colpa del soggetto possa essere sensatamente (cioè con pertinenza) misurata in relazione al comportamento che avrebbero tenuto le specifiche figure di sanitario modello. Per quanto, per coincidenza, questa lettura sia la più "espansiva" tra quelle semanticamente possibili, a ben vedere, è l'unica tra quelle fino ad oggi proposte che pare poggiare su un criterio sufficientemente chiaro: il contesto, appunto. In tale ambito, nel quale i profili di colpa hanno spesso una fisionomia complessa, plasmata da più di una condotta, con l'intreccio di azioni ed omissioni, ogni tentativo di vedere nell'imperizia un'ontologia radicalmente diversa da quelle di negligenza ed imprudenza pare "imprudentermente" – sia consentito il ridondante gioco di parole – avventurarsi in una "selva oscura"; allegoria qui di un "peccato" ben preciso, proprio quello che le istanze di legalità a cui ora si guarda mirerebbero ad arginare: l'arbitrio.

Le stesse Sezioni unite, che pure ritengono di dover attribuire un significato autonomo all'imperizia, sembrano, in un passaggio, avvicinarsi alla prospettiva fino a qui presa in esame con interesse. Riferendosi esemplificativamente alla casistica dell'omessa o ritardata diagnosi, si dice: «una ipotesi da iscrivere, di regola, all'imperizia per inosservanza delle *leges artis* che disciplinano tale settore dell'attività sanitaria, salvo il caso che il comportamento del sanitario sia improntato ad indifferenza, scelleratezza o comunque assoluta superficialità e lassismo, sicché possa escludersi di essere nel campo della negligenza propria dell'agire del sanitario o specifica di esso e dunque della imperizia» (§ 6.2)<sup>20</sup>. Ben presto, però, si capisce che si tratta di un'apertura destinata a non trovare concreto riscontro. Nel momento in cui si relaziona con la vicenda che ha originato il ricorso in Cassazione, infatti, la sentenza finisce per accreditare la scelta della giurisprudenza di merito, che aveva ravvisato una negligenza "non imperita", chiudendo così ogni possibile spazio all'art. 590-*sexies* c.p. (§§ 6.2 e 13.2).

Se non si vuole che l'imperizia rimanga a lungo vittima della crisi d'identità che sta attraversando, per responsabilità del legislatore e della giurisprudenza, sembra opportuno che da crisi di identità resti immune almeno la dottrina, alla quale, come detto, basterebbe soltanto "ricordarsi" le proprie parole già spese in argomento.

---

<sup>20</sup> Questa chiave di lettura dei limiti dell'imperizia era stata prospettata da C. CUPELLI, [Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2017, 210.

#### 4. La labile distinzione tra linea guida “adeguata” ed “adeguamento” della linea guida, ovvero tra errore diagnostico ed errore esecutivo/attuativo

Ribadita la possibile portata deflagrante del riferimento normativo all'imperizia e, nello specifico, di una sua interpretazione in termini di “autonomia” rispetto alle altre due forme di colpa elencate dall'art. 43 c.p., conviene segnalare un'altra criticità propria dell'assetto delineato dalla sentenza annotata, che pare centrale in relazione alle concrete possibilità applicative dell'art. 590-*sexies* c.p.

Nei principi di diritto le Sezioni unite tracciano una netta linea di demarcazione tra errore nella *scelta* della linea guida ed errore nella sua *esecuzione*. Come noto, non si tratta di una novità: essa risale quantomeno alla sentenza “Cantore”, che aveva lucidamente suddiviso il perimetro applicativo dell'art. 3 del d.l. “Balduzzi” in una doppia casistica, successivamente richiamata secondo diverse nomenclature, ma rispetto alla quale può ben essere individuata una continuità con l'odierna distinzione<sup>21</sup>.

Si valutava così sulla base del criterio di imputazione della colpa grave non solo la condotta del sanitario che, orientatosi correttamente in ambito diagnostico, commetteva un «errore pertinente all'*adattamento* delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità dello specifico caso clinico» (“adempimenti imperfetti”), ma anche del professionista che non riconosceva l'esigenza di discostarsi dalle raccomandazioni cliniche in realtà incompatibili – sarebbe forse meglio dire *inadeguate* – rispetto alla situazione del paziente in cura (“adempimenti inopportuni”)<sup>22</sup>.

Il confine tra le due ipotesi pare tuttavia molto più sottile di quanto non sia stato descritto nella sentenza in commento e nella giurisprudenza precedente<sup>23</sup>. Il tema meriterebbe ben altro spazio, ma che dire, ad esempio, di un sanitario che pone in essere i primi adempimenti di una linea guida che, almeno inizialmente, pare adeguata e si rivela, strada facendo, inadatta alle esigenze del paziente (quantomeno con riguardo ad uno o più dei suoi passaggi)? In casi del genere non sarà affatto semplice stabilire se le conseguenze infauste siano derivate da un errore nell'*adeguare* la linea guida o, *in radice*,

<sup>21</sup> Chi scrive – si vedano i riferimenti indicati a nota 10 – ha privilegiato le espressioni “adempimenti imperfetti”-“adempimenti inopportuni”. Distingue tra «errore nella scelta» ed «errore nell'adattamento» M. CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. LOVO, L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, E-Book del 13 febbraio 2017, 21 ss.

<sup>22</sup> Il passaggio è tratto testualmente dalla sentenza “Cantore”: Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *questa Rivista*, 11 aprile 2013, con presentazione di F. VIGANÒ, [Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione](#). In relazione alla stessa sentenza, si vedano anche le «considerazioni a margine» di G.L. GATTA, [Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis \(parziale\) per i reati commessi con colpa lieve](#), in *questa Rivista*, 4 febbraio 2013; nonché la nota di A. ROIATI, [Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2013, 99 ss. Il passaggio è ripreso testualmente anche dalla stessa sentenza in commento, precisamente al § 9.

<sup>23</sup> Con riguardo alla giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del 2017 ciò è perfettamente comprensibile, dal momento che il più favorevole criterio della colpa “non lieve” era, a differenza di oggi, utilizzabile in entrambi i frangenti e, quindi, non si poneva l'esigenza di distinguere in modo tassativizzante le due ipotesi.

nella originaria *scelta* della stessa, che conteneva indicazioni – talvolta, persino una soltanto – *inadeguate* per lo specifico caso clinico.

Sul punto, le considerazioni sviluppate dalla sentenza non valgono a dissipare i dubbi. Se da un lato, infatti, le Sezioni unite precisano – in modo molto opportuno – che la valutazione del giudice sul requisito della adeguatezza delle linee guida va effettuata in una prospettiva *ex ante*, ovvero «alla luce della situazione e dei particolari conosciuti o conoscibili dall'agente all'atto del suo intervento»<sup>24</sup>, dall'altro, però, puntualizzano che tale «sindacato *ex ante* non potrà giovare di una soglia temporale fissata una volta per sempre, atteso che il dovere del sanitario di scegliere linee-guida “adeguate” comporta, per il medesimo, il continuo aggiornamento della valutazione rispetto alla evoluzione del quadro e alla sua conoscenza o conoscibilità» (§ 6.1).

Un giudizio di adeguatezza così “dinamico”, da aggiornare ad ogni passo prescritto dalla linea guida, però, oltre a rischiare nella prassi di scivolare facilmente verso un accertamento fondato sul “senno del poi”, potrebbe finire anche per assorbire quello – invero diverso – relativo alle modalità con le quali il sanitario ha adattato le linee guida alle peculiarità del caso specifico. Per riprendere nuovamente il lessico della sentenza “Cantore”, il giudizio sull'«errore pertinente all'*adattamento* delle direttive di massima». Perché proprio questo – non va dimenticato – sono le linee guida: il riferimento teorico dal quale prende le mosse il medico, che, con senso critico, non solo deve valutarne l'*appropriatezza* rispetto al caso specifico, ma anche calibrarne le “elastiche” indicazioni a seconda delle peculiarità del paziente “in carne ed ossa”<sup>25</sup>.

Chiaramente, l'intersecazione tra questi due piani – quello del giudizio di *adeguatezza* e quello del giudizio sull'*adeguamento* – tende a verificarsi più spesso rispetto a trattamenti più complessi, quando la linea guida si compone di numerose istruzioni (pensiamo ad un parto), oppure nelle situazioni di maggiore incertezza diagnostica,

---

<sup>24</sup> Il giudizio di “adeguatezza” delle linee guida deve svolgersi *ex ante* in modo da evitare il c.d. “*hindsight bias*”, ovvero, semplificando, la tendenza a riconoscere solo *ex post* un evento come prevedibile. Sul tema, rimangono attualissime le considerazioni di Ombretta Di Giovine in diversi scritti. Per tutti, O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico. Dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 61 ss.

<sup>25</sup> Nonostante le novità sembrano conferire alle linee guida «connotati pubblicitari», le Sezioni unite si uniformano, con riguardo al loro statuto giuridico, a quanto già messo in luce dalle sezioni semplici e, nella specie, proprio dalla sentenza “Tarabori” (§ 3). Le linee guida presentano indubbi vantaggi (tra i quali, per la prima volta, viene annoverato anche quello di ridurre i costi clinici), ma è sempre bene avere chiaro che, per le note ragioni, «non si tratta di veri e propri precetti cautelari», così come va escluso che «il nuovo sistema introdotto, pur sembrando formalmente sollecitare alla esatta osservanza delle linee guida, anche al fine di ottenere il beneficio previsto in campo penale, possa ritenersi agganciato ad automatismi» (§ 3).

La dottrina medico-legale sulle linee guida è estremamente ampia e ha poco senso richiamarla in questa sede. Si veda per tutti il recentissimo e approfondito lavoro di C. SCORRETTI, *Le linee guida nella medicina moderna e nella recente normativa italiana*, in G.M. CALETTI, I. CAVICCHI, C. SCORRETTI, L. VENTRE, P. ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida. Riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, Udine, 2017, 23 ss. A livello penalistico, invece, chiariscono bene la struttura, le finalità ed i difetti delle *Guidelines* la monografia di A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 62 ss. ed il saggio di M. CAPUTO, [Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica](#), in questa *Rivista*, 16 luglio 2012.



nelle quali il sanitario procede “per tentativi” (esami, prescrizioni, ecc.) al fine di meglio individuare l’esatta patologia del paziente e le più adeguate contromisure<sup>26</sup>.

Diversamente, nei casi in cui la raccomandazione clinica si esaurisce, ad esempio, in un’unica prescrizione farmacologica, *adeguatezza* ed *adeguamento* rimangono meglio distinti: la linea guida risulta *adeguata se*, alla luce del quadro clinico conosciuto o conoscibile dall’agente al momento della prescrizione, essa non era in contrasto con particolari esigenze del paziente; mentre va considerata ben *adattata se*, all’interno del *range* posologico da essa individuato, il sanitario ha scelto la dose più idonea in relazione alle effettive condizioni del paziente.

La distinzione tra errore nella *scelta* ed errore *esecutivo* sembra però pensata soprattutto in relazione all’ambito chirurgico. Le diverse sentenze di legittimità che hanno coltivato questa classificazione sino ad oggi (ed in particolare, la sentenza “Tarabori”, che esplicitava anche un esempio in tal senso, v. nota 3), sembrano sempre avere davanti il caso di un chirurgo che sceglie correttamente la linea guida da “seguire”, programma in modo inappuntabile i vari passaggi dell’intervento, ma nel concreto farsi dell’operazione commette, ad esempio, un errore manuale. In effetti, è proprio la pianificabilità delle fasi dell’attività chirurgica a fare sì che essa si presti bene ad integrare la bipartizione, secondo una rigorosa separazione tra individuazione della linea guida, programmazione dei passaggi dell’intervento da essa suggeriti e fase attuativa.

«Ove – invece – ci si opponga alla visione, tanto naturale quanto fuorviante, di una medicina fatta di sintomi auto-evidenti ed inequivoci, di situazioni patologiche nitide e di algoritmi decisionali in punto di diagnosi e di terapia»<sup>27</sup>, va ammesso che non sempre è possibile programmare in anticipo come muoversi all’interno della “cornice” del sapere scientifico codificato.

Pensiamo al caso in cui un medico abbia prescritto un farmaco a rilascio prolungato sulla base di una linea guida individuata correttamente in relazione alla patologia o al trattamento che si voleva porre in essere. Se nel corso della somministrazione, dopo diverse ore e a rilascio quasi ultimato, si porrà l’esigenza di interrompere l’assunzione del farmaco in ragione di una complicanza inizialmente imprevedibile, non si potrà dire che la *scelta* della linea guida sia stata errata (tanto più se, come spesso accade, la stessa linea guida annoverava la complicanza tra le cause di interruzione del rilascio), semmai che il sanitario non si è reso conto di dover interrompere il trattamento prima di quando non stabilisse la linea guida, in tal modo rivelandosi mancante nell’*adattare* la linea guida al suo paziente, non nel *sceglierla*. Al contempo, qualora invece questi si sia accorto di dovervi deviare, non sarà inficiato il “rispetto”, posto che è la stessa (e ormai arcinota) natura elastica delle linee guida a consentire un’interpretazione meno rigorosa di tale requisito<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Sulla «insondabilità *a priori*» di molti scenari terapeutici, specie in fase diagnostica, si vedano le considerazioni di G. DE FRANCESCO, *Un ulteriore sviluppo normativo in tema di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. dir. med. leg. dir. san.*, 2017, 1530 e 1531.

<sup>27</sup> Cfr. O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 21.

<sup>28</sup> Ciò, peraltro, è stato ribadito anche dalle stesse Sezioni unite, laddove affermano che «le fasi della



In linea con questo esempio, allora, una soluzione per preservare, anche nelle ipotesi di trattamenti costituiti da più passaggi o contraddistinti da incognite diagnostiche, l'autonomia del giudizio di *adeguamento/adattamento* – e, di conseguenza, una certa vitalità dell'errore esecutivo, oggi cardine della causa di non punibilità individuata dalle Sezioni unite – potrebbe essere quella di valutare *ex ante*, al momento della scelta, l'adeguatezza della linea guida. Se, già in quel momento, una (o più) delle raccomandazioni apparivano in probabile e radicale contrasto con il caso specifico del paziente, tale da suggerire a priori un approccio terapeutico diverso da quello codificato, allora la linea guida non può dirsi *adeguata*<sup>29</sup>. Se, al contrario, l'esigenza di sospendere un farmaco, saltare un passaggio della linea guida (magari perché non ve n'è il tempo), o comunque discostarsi da una delle prescrizioni, diviene evidente per il sanitario soltanto nella fase «attuativa», allora, se egli non ha ottemperato a tale esigenza si tratta di un errore di *adattamento*, da valutare come errore esecutivo e quindi, secondo i principi di diritto sanciti dalle Sezioni unite, sulla base della colpa grave.

Ragionando diversamente, non rimarrebbe alcun margine per l'«adempimento imperfetto», relegato alle residuali ipotesi di errore «manuale» (come detto, il caso del chirurgo che, cercando di attenersi alla linea guida, sbaglia e recide un'arteria descritto dalla sentenza «Tarabori»). Infatti, rinnovando costantemente il giudizio di adeguatezza ad ogni momento di osservanza della linea guida, l'effetto paradossale che viene a crearsi è quello per cui se la necessità di discostarsi dalla prescrizione può essere avvertita dal sanitario, allora questi versa in un errore *nella scelta* (anche a trattamento inoltrato), mentre, se tale necessità non può in nessun modo essere colta dal professionista sulla base delle sue conoscenze, allora, a rigor di logica, questi non va neppure considerato in colpa. Allo stesso tempo, un'indagine sulla prevedibilità *ex ante* del possibile contrasto tra una (o più) istruzioni della linea guida ed il caso specifico consente di evitare l'equazione, come noto da sempre (correttamente) ritenuta non valida in giurisprudenza, *linea guida adeguata per la patologia/trattamento = linea guida adeguata per il paziente*.

Nelle ipotesi in cui risulta impossibile prevedere all'inizio della terapia una deviazione dalla codificata evoluzione della stessa e dai diversi passaggi prescritti – in sostanza: come reagirà il paziente all'attuazione della linea guida – sta al medico *adattare* poi il percorso suggerito dalle linee guida al caso. Quel sanitario ha però dimostrato di sapersi orientare correttamente dal punto di vista diagnostico, scegliendo la «cornice» *adeguata* entro la quale muoversi e di meritare, in fondo, di essere ritenuto penalmente responsabile, qualora poi non sia risultato impeccabile, solo per colpa grave secondo l'indicazione delle Sezioni unite.

---

individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate sono, infatti, articolate 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» (§ 9).

<sup>29</sup> Così, ovviamente, anche nell'ipotesi in cui, pur avendo gli elementi conoscitivi per formulare una corretta diagnosi, il sanitario ha optato per linee guida inerenti ad una diversa patologia.

Va infine sottolineato che molte delle osservazioni qui abbozzate trovano fondamento nel fatto che, quasi sempre, le linee guida – perlomeno quelle di un certo pregio scientifico – segnalano talune circostanze che, anche a trattamento in corso, impongono di abbandonare il loro tracciato e rivolgersi altrove. Cosicché, se già inizialmente la linea guida sembrava inappropriata, allora si tratta certamente di un problema di *adeguatezza*, ma nella maggior parte dei casi in cui l'esigenza di discostarsi dalla linea guida si manifesta soltanto a trattamento inoltrato, allora ad essere in discussione, se il sanitario non lo ha fatto, è lo stesso *rispetto* della linea guida.

Si tratta, ad ogni modo, di questioni estremamente complesse, che nondimeno si ritiene opportuno segnalare prima che, nella prassi, finiscano per circoscrivere l'area di applicabilità dell'art. 590-*sexies* c.p. che è stata individuata dalle Sezioni unite. Del resto, anche una sentenza “chirurgica” sul piano argomentativo come la “Tarabori” aveva confuso i due piani in ben due passaggi della motivazione<sup>30</sup>. È chiaro che l'evidenziata ambiguità della distinzione tra linea guida *adeguata* e suo *adeguamento* non può che riproporsi anche nelle decisioni delle Corti di merito, col rischio di tramutare in *diagnostici* molti errori *esecutivi*.

Di tutto ciò, sia chiaro, non si può fare una colpa alla sentenza oggi annotata. Ancora una volta, a distanza di un anno dal primo commento della norma da parte di chi scrive, lo sguardo va rivolto nella direzione del legislatore: la labile linea di demarcazione tracciata dalla riforma tra l'errore nella scelta e l'errore nell'esecuzione della *Guideline*, attraverso l'infelice esplicitazione della “clausola di adeguatezza”, porta oggi a queste nuove incertezze applicative, sconosciute quand'era in vigore il d.l. “Balduzzi” che permetteva di estendere il criterio di imputazione della colpa grave ad entrambe le ipotesi di osservanza delle linee guida e delle buone pratiche.

Come noto, l'illusione era quella per cui, mettendo al centro della responsabilità penale medica le linee guida si sarebbe conferita più *prevedibilità* – sotto i diversi canoni della determinatezza e tassatività – all'accertamento dell'illecito colposo<sup>31</sup>. Si è ottenuto sin qui, esattamente l'opposto: un intervento a Sezioni unite in tempi *record* e l'affermarsi di concetti “fluidi” ed inafferrabili come “*adeguatezza*”, “*adeguamento*”, “*adattamento*”, “*rispetto*”<sup>32</sup>.

A prescindere dalle “tecnicità” sin qui affrontate, nonché dalla rinnovata critica di un simile uso delle linee guida, più in generale va rilevato – ma anche questo non

---

<sup>30</sup> Al § 7 di tale sentenza, la “clausola di adeguatezza” delle linee guida contenuta dall'art. 590-*sexies* c.p. viene intesa in termini di “*adeguamento*” delle linee guida, quindi di concreta e corretta trasposizione da parte del sanitario delle istruzioni nel caso specifico e non già di idoneità in astratto delle raccomandazioni rispetto al paziente “in carne ed ossa”. L'equivoco è riproposto anche al § 8.2. Per un maggiore approfondimento, G. IADECOLA, [Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 \(legge c.d. Gelli-Bianco\)](#), in questa Rivista, 6, 2017, 58 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 1372.

<sup>31</sup> Recentemente, sul tema V. TORRE, *Linee guida e tassatività*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 309 ss.

<sup>32</sup> Per una recente critica, sviluppata in modo interdisciplinare, all'utilizzo delle linee guida quale principale parametro di valutazione della responsabilità penale e civile del sanitario, G.M. CALETTI, I. CAVICCHI, C. SCORRETTI, L. VENTRE, P. ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida*, cit.

dipende certo dalla equilibrata pronuncia delle Sezioni unite – come, alla luce dei principi di diritto sanciti dalla sentenza in commento, rischi di rimanere sprovvisto di un regime di responsabilità di favore l'errore diagnostico. Questa esclusione, oltre a dare adito alle esaminate criticità, lascia perplessi proprio da un punto di vista della *ratio* della nuova norma, posto che la fase diagnostica costituisce un terreno molto fertile per la *malpractice* medica e, forse, anche il momento di maggiore difficoltà dell'attività sanitaria.

Proprio per questo, forse, la lacuna potrebbe essere colmata attraverso il richiamo all'art. 2236 c.c., specie alla luce delle considerazioni delle Sezioni unite in tema di colpa grave che conviene, allora, mettere subito sotto la lente di ingrandimento.

## 5. Le considerazioni di “politica criminale” della Cassazione: verso nuovi orizzonti per la colpa grave?

Paradossalmente, una pronuncia chiamata ad affrontare una questione interpretativa così delicata verrà ricordata anche (e, forse, persino di più) per le sue considerazioni di “politica criminale”.

Per quanto, infatti, la sentenza in commento si inserisca in un percorso già da tempo intrapreso dalla quarta Sezione, mai la Corte si era sbilanciata in modo così netto in favore di un regime differenziale di responsabilità per l'attività medica e, soprattutto, mai aveva individuato così esplicitamente lo strumento giuridico per pervenire a tale “differenziazione”: la colpa grave<sup>33</sup>.

Oltretutto, la necessità di formulare un'interpretazione conforme dell'art. 590-*sexies* c.p. ha indotto le Sezioni unite ad interrogarsi in modo approfondito sulla bontà, anche costituzionale, del proprio approdo ermeneutico, fondato, come detto, su una causa di non punibilità per le ipotesi di colpa lieve nel rispetto di linee guida adeguate. Ed anzi, va evidenziato come sia proprio in virtù di un'indagine sistematica che la Cassazione abbia ritenuto ammissibile, seppur apparentemente non aderente al tenore letterale della norma, la riviviscenza della graduazione della colpa.

Le considerazioni sul tema sono articolate all'interno della motivazione in due parti, la prima nella quale vengono prese le difese di uno statuto di responsabilità diverso (e più favorevole) per chi esercita la professione sanitaria, ed una seconda nella quale tale statuto viene declinato in termini di graduazione della colpa.

Un primo riferimento si trova già nelle pagine iniziali, in cui viene messa a fuoco la *ratio* delle recenti riforme, individuata nell'edificazione di un limite alle responsabilità penali, spesso dilatate da un «panorama giurisprudenziale sempre più severo» (§ 2.1). Dopo questa presa di coscienza, il ragionamento delle Sezioni unite inizia stabilendo che «la previsione di una causa di non punibilità è esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile» (§ 8.2). Essa appare alla Corte anche pienamente giustificabile sul piano

---

<sup>33</sup> Per un approfondimento della tendenziale differenziazione della colpa penale a seconda dei settori di rischio, A. ROIATI, [L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione](#), in *questa Rivista*, 1 giugno 2016.



4/2018

della ragionevolezza (e della possibile «disparità di trattamento» che viene a configurare rispetto ad altri professionisti), atteso che essa ha la duplice finalità di contrastare la medicina difensiva e promuovere la sicurezza delle cure garantendo al sanitario un margine di maggiore «serenità». Peraltro, a giudizio delle Sezioni unite, la disparità risulta «in linea con uno schema già collaudato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 166/1973; ord. n. 295/2013)».

Come emerge dall'intreccio argomentativo della motivazione, tuttavia, ciò che davvero giustifica la previsione di una causa di non punibilità riservata agli operatori sanitari è che questi «si confrontano con la necessità della gestione di un rischio del tutto *peculiare* in quanto collegato alla *mutevolezza* e *unicità* di ognuna delle situazioni patologiche da affrontare» (§ 8.2)<sup>34</sup>. A tanto non si era spinta neppure la sentenza “Tarabori”, la quale aveva comunque sottolineato che «l’ambito terapeutico è un contesto che giustifica, nell’ambito della formazione e dell’interpretazione, un peculiare governo del giudizio di responsabilità, anche in chiave limitativa» (§ 7.3).

Il grado della colpa rispunta, invece, quando si tratta di dare forma alla causa di non punibilità prevista dall’art. 590-*sexies* c.p. Proprio perché non richiamato espressamente dalla nuova norma, il criterio della colpa grave viene desunto dalla Corte secondo una lettura sistematica, che presenta notevoli profili di interesse: la tutela civilistica del paziente già apprestata dalla riforma, la continuità con il d.l. “Balduzzi”, l’incentivo a pratiche di prevenzione degli incidenti *ex art.* 16 della legge, il timore di un ritorno ai fin troppo repressivi orientamenti giurisprudenziali del passato.

Non convincono la Corte le obiezioni che di solito vengono addotte contro questa soluzione e, nella specie, l’argomento – a dire il vero, prevalentemente dottrinale – per cui sarebbe sufficiente un rigoroso accertamento dei requisiti della prevedibilità e dell’evitabilità per risolvere, nella direzione di una mancata responsabilità per colpa, i «casi liminari»<sup>35</sup>.

Una simile impostazione non darebbe problemi nemmeno sul piano della tassatività, dal momento che un *deficit* di determinatezza è proprio dell’illecito colposo (e si materializza principalmente a monte nella valutazione sull’esigibilità della condotta) e che, comunque, il grado della colpa non è più da tempo materia sconosciuta all’ordinamento italiano, vista «la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi decenni» proprio in tema di responsabilità medica (§ 10). Questo valore “sistematico” della graduazione porta a ritenere che «la mancata evocazione esplicita della colpa lieve da parte del legislatore del 2017 non precluda una ricostruzione della norma che ne tenga conto» (§ 10).

---

<sup>34</sup> Anche questo sembra costituire un argomento piuttosto inedito in giurisprudenza, ma molto ben conosciuto dalla dottrina, e dimostra ancora una volta l’atteggiamento “dialogante” della sentenza in commento. Sul punto, soprattutto O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 6. Recentemente anche S. CANESTRARI, *Criminal Liability in a Medical Context: the Italian Law’s Approach*, in P. MISTRETTA (a cura di), *French Law from a Comparative Law Perspective: for an Overhaul of Medical Criminal Law?*, Bayonne, 2017, 131 e 132.

<sup>35</sup> Così in dottrina O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità*, cit., 2163; G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l’art. 590-*sexies* c.p.*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2017, 21 ss.

I due paragrafi successivi della sentenza sono così diretti a riepilogare le occasioni nelle quali il grado della colpa è stato già protagonista in senso deflativo: l'art. 2236 c.c., da ultimo rilanciato anche dalla sentenza "Tarabori" (§ 10.1) e l'art. 3 del d.l. "Balduzzi" (§ 10.2). La giurisprudenza maturata sotto la vigenza del decreto, peraltro, offre dei validi criteri per differenziare i gradi di colpa<sup>36</sup>. Le Sezioni unite hanno così precisato che la valutazione sulla gravità della colpa va effettuata «in concreto»: «nella demarcazione gravità/lievità 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)<sup>37</sup>.

Infine (§ 10.3), come già rilevato, la motivazione esclude un'incongruenza tra la soluzione adottata e l'eliminazione del grado della colpa avvenuta nel corso dei lavori parlamentari, dall'analisi dei quali, le Sezioni unite non ravvisano un «ripudio *tout court*», potendo invece ammettersi «che la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto».

La ricognizione sistematica della Corte dice molto più di quanto non sembri e, soprattutto, scolpisce principi rilevanti almeno quanto quelli «di diritto» poi enucleati nella massima.

Essa chiude il cerchio rispetto ad un percorso già avviato dalla quarta Sezione della Cassazione, incline da tempo ad individuare nella colpa grave il "grimaldello", la tecnica normativa per addivenire ad un illecito colposo più selettivo e realmente improntato al canone della colpevolezza<sup>38</sup>. La Corte, nella sentenza annotata, anche attraverso i numerosi richiami ad un eccessivo rigorismo giurisprudenziale – ebbene sì, sembra a tratti di leggere un articolo di dottrina! – spiega che, nella prospettiva del giudicante, non è sufficiente richiamare la teoria della colpa ed i suoi più raffinati sviluppi. Occorre, invece, laddove si voglia davvero delimitare l'area del penalmente rilevante, innalzare il grado di colpa punibile.

Non è il caso di appropriarci di un'idea che nella dottrina italiana circola da moltissimi anni, al punto da essere stata definita «perennemente *de lege ferenda*»<sup>39</sup>, e che ha visto anche una vera e propria proposta codificatoria<sup>40</sup>, ma anche chi scrive, in sede

---

<sup>36</sup> Il richiamo è (ancora una volta) soprattutto alla sentenza "Cantore", che, in effetti, ad oggi rimane la pronuncia di legittimità che ha tematizzato in modo più completo l'argomento della distinzione tra colpa grave e colpa lieve.

<sup>37</sup> Per un catalogo ancora più ampio di criteri per la distinzione, cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723 ss.

<sup>38</sup> Così, seppure in via "dottrinale" R. BLAIOTTA, [La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa](#), in *questa Rivista*, 5 novembre 2012. Più in generale, sul tema il riferimento obbligato è a D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, specialmente 462 ss.

<sup>39</sup> Espressione utilizzata da M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto pen.*, Torino, 1999, 221 ss., e ripresa, in riferimento al tema del grado della colpa, da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 529.

<sup>40</sup> In proposito la proposta di legge formulata dal Centro Studi Federico Stella. Cfr. G. FORTI, M. CATINO, F.



di primo commento della riforma, aveva, proponendo un parallelo anche statistico con l'esperienza inglese, da sempre restia a sanzionare penalmente la c.d. "civil negligence"<sup>41</sup>, indicato questa impostazione come l'alternativa più semplice ed efficace – ancorché legittima – per conseguire gli obiettivi perseguiti dal legislatore<sup>42</sup>.

Se quello di una generale depenalizzazione della colpa lieve in ambito sanitario è scenario che appartiene, forse, solo alla dimensione del "migliore dei mondi possibili", occorre invece prospettare alcune possibili ricadute sul piano pratico delle riflessioni della Cassazione nella sua massima composizione.

Come noto, da tempo è in corso all'interno della quarta Sezione della Corte una sorta di "battaglia" culturale per uno stabile ritorno sulla scena penalistica con la veste di "regola di esperienza" dell'art. 2236 c.c., ovvero quella disposizione civilistica secondo la quale il professionista che affronta un caso di speciale difficoltà risponde solo dei danni che ha cagionato per dolo o colpa grave<sup>43</sup>. Il suo culmine è stato la sentenza "Tarabori", la quale nel suo paragrafo conclusivo, dopo aver preso atto del passo indietro compiuto dal legislatore con la nuova disciplina della riforma "Gelli-Bianco" in riferimento alla graduazione della colpa, ha "rilanciato" l'applicabilità della disposizione civilistica anche in sede penale.

Commentando tale sentenza si era, in effetti auspicato che la "patente" di "speciale difficoltà" potesse essere concessa in ambito sanitario con più tolleranza, date le peculiarità dell'*ars medica*, costretta a confrontarsi con una volubilità delle situazioni che non trova equivalenti in altre discipline, nonché in ragione delle difficili condizioni strutturali ed organizzative nelle quali spesso si trovano ad agire i sanitari<sup>44</sup>.

---

D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO (a cura), *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010.

<sup>41</sup> I numeri inglesi sono raccolti ed analizzati da R.E. FERNER, S.E. MCDOWELL, *Doctors charged with manslaughter in the course of medical malpractice, 1795-2005: a literature review*, in (2006) 99 *Journal of the Royal Society of Medicine*, 309 ss. In Italia, un simile lavoro statistico è stato svolto da C. BRUSCO, [Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica](#), in questa Rivista, 14 luglio 2016.

<sup>42</sup> Anche sotto questo profilo, la Corte si era già mostrata favorevole nella sentenza "Tarabori" alla ricerca di nuove soluzioni, dando persino atto che «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» (§ 7.3). Concordi con l'impostazione all'epoca proposta in G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit., 107; anche L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 7 giugno 2017, 1 ss. ed E. PALERMO FABRIS, *La responsabilità penale del professionista sanitario tra etica del diritto ed etica della medicina*, in *Responsabilità medica, Diritto e pratica clinica*, 2, 2017, 211.

<sup>43</sup> Il filone giurisprudenziale in oggetto è stato inaugurato dal Consigliere Dott. Rocco Blaiotta. Si registrano, negli ultimi anni, affermazioni del principio anche da parte di altri Consiglieri della quarta (ad es., recentemente, Cass. pen., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, in *Foro it.*, 2017, 3, II, 149 ss., con nota di C. BRUSCO; Cass. pen., Sez. IV, 23 maggio 2014, n. 36347, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1317 ss.

<sup>44</sup> Cfr. G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, cit., 1377: «a giudizio di chi scrive, le peculiarità dell'*ars medica* e la volubilità di ogni situazione clinica – le stesse che impongono di ritenere che le linee guida non esauriscono l'orizzonte cautelare – potrebbero ben giustificare una concessione della "patente" di speciale difficoltà meno rigida rispetto ad altri settori. Del resto, la ricerca di uno statuto speciale per la colpa medica si fonda anche e soprattutto sul fatto che ogni paziente "in carne ed ossa" è diverso dall'altro, nonché sulla non perfetta



Ebbene, queste risultano oggi anche le indicazioni delle Sezioni unite, secondo le quali l'art. 2236 c.c. sarebbe «un precetto che mostra di reputare rilevante, con mai perduta attualità, la considerazione per cui l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili». In questi casi «vuoi sotto un profilo della non rimproverabilità della condotta in concreto tenuta in tali condizioni, vuoi sotto quello della mera opportunità di delimitare il campo dei comportamenti soggetti alla repressione penale, sono richieste misurazioni e valutazioni differenziate da parte del giudice» (§ 10.1).

È chiaro che, qualora queste “linee guida” sull'uso dell'art. 2236 c.c. dovessero davvero trovare riscontro nella futura giurisprudenza di merito e di legittimità, potrebbero avere un impatto statistico persino maggiore dell'art. 590-*sexies* c.p. interpretato conformemente alla Costituzione.

In questa prospettiva, non si vede ad esempio perché tanti dei casi che sotto la vigenza del d.l. “Balduzzi” sarebbero stati inquadrati come “adempimenti inopportuni” – quindi, in sostanza, errori diagnostici – non possano oggi essere trattati alla luce dell'art. 2236, perlomeno laddove la diagnosi si sia rivelata – caso non raro – particolarmente difficile. A suggerire questa impostazione è anche una necessità di ragionevolezza, posto che il sanitario che si rende conto che deve discostarsi dalla linea guida – ipotesi “dimenticata” dalla riforma – può, per certi versi, anche essere considerato più diligente di quello che ha avuto la fortuna di potersi “adagiare” su linee guida adeguate.

## **6. Riflessioni finali. Tra statuizioni di principio e imminenti nuove “sfide” interpretative.**

A quasi un anno dall'entrata in vigore, è dunque finalmente dato conoscere il significato dell'enigmatica disposizione contenuta all'art. 590-*sexies* c.p.

Quella adottata dalle Sezioni unite costituisce, probabilmente, la soluzione più ragionevole concessa dal dato legale, l'unica che garantisca alla norma un margine applicativo, senza tuttavia incappare nei legittimi sospetti di costituzionalità che avvolgevano la ricostruzione della sentenza “Cavazza”. Sotto questo profilo, sembra giusto ribadire come la ricerca di un'interpretazione conforme a Costituzione fosse una strada quasi obbligata per le Sezioni unite, specie in forza dell'evidente irrilevanza della nuova disciplina nel caso esaminato (nel quale, addirittura, si contestava una violazione delle linee guida).

---

riproducibilità delle reazioni fisiologiche alle terapie. Si ritiene, inoltre, che a rendere il caso di “speciale difficoltà” potrebbero concorrere anche le condizioni ambientali” nelle quali il sanitario ha operato: può ben darsi, ad esempio, che un intervento del tutto *routinario* risulti complesso in forza della particolare urgenza con cui viene svolto o, caso più frequente di quanto non si creda, in ragione di carenze organizzative o strutturali».

Nella prospettiva di un ridimensionamento della responsabilità penale sanitaria, già da tempo si era compreso come l'introduzione della nuova disciplina avrebbe fatto "rimpiangere" quel (allora) criticatissimo paradosso ermeneutico consegnato dal legislatore agli interpreti nel 2012, il d.l. "Balduzzi". Il cauto ottimismo per il futuro non può, invece, che derivare dal lavoro che dottrina e giurisprudenza di legittimità stanno portando avanti – talvolta, insieme, come nel caso dell'esaminata interpretazione conforme dell'art. 590-*sexies* c.p. – per delimitare i contorni di una sovraesposizione giudiziaria che, negli ultimi anni, si era espansa fino a livelli sconosciuti a tante altre giurisdizioni.

I pregevoli ragionamenti della sentenza annotata in tema di colpa grave, da affiancare a quelli della sentenza "Tarabori" sull'art. 2236 c.c., potrebbero segnare un cambiamento culturale che, almeno in parte, sopperisca a quello che non è avvenuto a livello normativo. E, forse, la combinazione applicativa tra questa interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p. per quanto riguarda gli errori esecutivi e l'applicazione dell'art. 2236 in caso di quelli diagnostici, potrebbe sorprendentemente farci rivivere i "fasti" del post-Balduzzi.

Eppure, le sfide restano tante. C'è curiosità, ad esempio, di capire se, specularmente a quanto avvenuto durante la vigenza del d.l. "Balduzzi", la Cassazione rivedrà i propri orientamenti in tema di imperizia (come noto rilevante anche sul piano dell'art. 2236 c.c.). Bisognerà anche osservare come le Corti di merito assimileranno le difficoltà applicative proposte dalla labile distinzione tra linea guida *adeguata* ed *adeguamento* della linea guida. C'è, poi, anche un'altra questione cruciale fino a cui non si è spinto lo sforzo ermeneutico delle Sezioni unite, ovvero l'accreditamento delle linee guida che è ancora in corso di attuazione<sup>45</sup>. Per i fatti avvenuti nelle more dei decreti attuativi, sarà sufficiente considerare le linee guida non (ancora) accreditate, o accreditate quantomeno dalla comunità scientifica, come buone pratiche<sup>46</sup>?

Le stesse buone pratiche costituiscono un altro dei nodi da chiarire del nuovo testo di legge<sup>47</sup>, mentre sullo sfondo, infine, resta la sicurezza delle cure, vero epicentro dell'intera legge n. 24, e la sua declinazione in termini di *Risk Management*<sup>48</sup>.

Insomma, forse, l'art. 590-*sexies* c.p. era davvero solo l'inizio.

---

<sup>45</sup> In argomento, si rimanda all'aggiornamento di C. CUPELLI, [L'eterointegrazione della legge Gelli-Bianco in tema di linee guida "certificate" e responsabilità penale in ambito sanitario](#), in *questa Rivista*, 31 ottobre 2017. In proposito, peraltro, occorre segnalare la recentissima approvazione del D.M. 27 febbraio 2018 (GU n. 66 del 20 marzo 2018), che compie un ulteriore passo in avanti nella creazione del sistema di accreditamento delle linee guida.

<sup>46</sup> Secondo lo spunto meglio sviluppato in G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit., 104.

<sup>47</sup> Tra i penalisti se ne occupa soprattutto A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2017, 1 ss.

<sup>48</sup> Su questi argomenti ha già avviato una riflessione M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., in particolare 5 ss.