

**UN DISTILLATO DI NOMOFILACHIA:
L'IMPERIZIA LIEVE INTRINSECA
QUALE CAUSA DI NON PUNIBILITÀ DEL MEDICO (*)**

di Paolo Piras

SOMMARIO: 1. La manifestazione del contrasto. – 2. La definizione nomofilattica. – 3. Ragioni dell'esclusione dell'imperizia grave. – 4. L'imperizia lieve intrinseca alla legge. – 5. Il limite della fase esecutiva. – 6. Quando si ha imperizia? – 7. Valutazione del grado della colpa. – 8. Diritto intertemporale. – 9. Una sentenza *praeter legem*? – 10. Che fare in futuro?

1. La manifestazione del contrasto.

È calata notte fonda sulla colpa medica. C'è stato un blackout di origine legislativa con l'introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p.

Dopo la Sezione Quarta anche le Sezioni Unite della Cassazione cercano di riparare il cortocircuito per riportare luce sui palcoscenici giudiziari. E anche questa volta spicca la generosità dello sforzo¹.

Per comodità del lettore, il testo di legge:

590-*sexies*. «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario. - Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

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».

Come si è manifestato il contrasto giurisprudenziale che ha portato all'intervento di nomofilachia?

(*) Si tratta del testo, con alcune modifiche, della relazione al convegno "Attualità sostanziale e processuale della colpa medica", tenutosi presso l'Università di Sassari il 23 marzo 2018.

¹ In dottrina, in termini generali sull'argomento v. da ultimo: M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017. Per uno spaccato completo delle questioni sollevate dalla legge Gelli, v. L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.lalegislazionepenale.eu, 5 giugno 2017.

La lettera della legge indica quali requisiti costitutivi della causa di non punibilità:

- a) la verifica dell'evento a causa d'imperizia;
- b) il rispetto di linee guida;
- c) l'adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto.

Secondo una prima pronuncia (c.d. Tarabori) c'è incompatibilità fra i requisiti della causa di non punibilità².

Secondo una seconda pronuncia (c.d. Cavazza) c'è invece compatibilità³.

La Tarabori afferma l'incompatibilità fra i requisiti, qualificandola addirittura *drammatica*: l'evento non può essere causato da imperizia, se c'è rispetto di linee guida e se le stesse sono adeguate alla specificità del caso concreto. Ad es., per assalire un certo quadro infettivo viene somministrata una cefalosporina secondo linee guida, che risultano adeguate alla specificità del caso concreto, perché non vi è alcuna controindicazione alla somministrazione di quel farmaco. Se nonostante ciò non si riesce ad impedire l'evento, non si potrà mai dire che questo si è verificato a causa d'imperizia: la condotta è perita e l'evento si è verificato per l'evoluzione della storia naturale della malattia, seppure correttamente contrastata.

La Tarabori conclude che tuttavia l'incompatibilità del testo legislativo può essere superata. L'unico modo è quello di ritenere che nell'art. 590-*sexies* c.p. il legislatore ha usato un'espressione *lessicalmente infelice* quando ha scritto: "*Qualora l'evento si sia verificato a causa d'imperizia...*", non volendosi riferire ai casi nei quali c'è un nesso causale fra l'imperizia e l'evento, ma ai casi nei quali si fa questione d'imperizia, perché di tale forma di colpa il medico è stato chiamato o potrebbe essere chiamato a rispondere.

Il principio interpretativo della Tarabori è pertanto:

- si ha non punibilità se in giudizio si fa questione d'imperizia, se il sanitario ha rispettato le linee guida e se nel caso concreto non vi erano ragioni per discostarsene.

Con la Cavazza si è invece sostenuto che c'è compatibilità fra i requisiti della fattispecie, che va riferita all'imperizia che si manifesta nella fase esecutiva delle linee guida. Quindi: c'è rispetto delle linee guida, per la corretta scelta d'intervenire in base alle stesse, ma allo stesso tempo imperizia nell'esecuzione, nell'applicazione delle raccomandazioni. Non imperizia *in eligendo* le linee guida, ma *in executivis*; ancora più semplice: linee guida scelte bene, ma applicate male. Ad es., secondo linee guida il

² Sez. IV, n. 28187/17, ric. Tarabori, est. Montagni e Blaiotta, con nota di C. CUPELLI, [La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio](#), in *questa Rivista*, fasc. 6/2017, p. 280 ss., e di M. FORMICA, [La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice](#), in *questa Rivista*, fasc. 11/2017, p. 57 ss.; v. anche G. AMATO, *Psichiatra condannato per condotta "leggera" con paziente psicotico*, in *Guida al Diritto*, 17, fasc. 28, p. 72; M. CAPUTO, *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 724 ss.

³ Sez. IV, 50078/17, ric. Cavazza, est. Piccialli, 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](#), in *questa Rivista*, fasc. 11/2017, p. 250 ss.

medico decide, senza controindicazioni cliniche, di procedere ad intervento chirurgico di escissione di un tratto canceroso del colon trasverso, ma perde il paziente per un'emorragia causata da un'imperizia intraoperatoria. La Cavazza motiva che in questi casi sussistono tutti i requisiti posti dalla lettera dell'art. 590-*sexies* c.p. e precisa che la non punibilità si produce anche se l'imperizia è grave, dal momento che la legge non distingue fra i gradi della colpa. Sotto il profilo della *ratio* ritiene che la non punibilità si giustifichi, anche in ipotesi d'imperizia grave, per il fine del legislatore di ridurre la medicina difensiva, mediante allentamento della morsa repressiva⁴.

Il principio interpretativo della Cavazza è pertanto:

- si ha non punibilità quando l'evento è causato da imperizia, lieve o grave, nella fase esecutiva delle linee guida.

Lo scontro frontale incompatibilità-compatibilità rende così necessario l'intervento delle Sezioni Unite, che vengono investite della seguente questione:

- quando si ha non punibilità ex art. 590-*sexies* c.p.?

2. La definizione nomofilattica.

Le Sezioni Unite, con la c.d. sentenza Mariotti⁵, prendono le distanze da entrambe le dette pronunce, sostenendo:

- la Tarabori giunge ad un'interpretazione abrogatrice, perché non assegna alcuno spazio applicativo rispetto a quanto già da tempo affermato in giurisprudenza⁶ e ciò in collisione con l'*intentio legis* innovatrice;
- la Cavazza assegna una portata impropriamente lata alla causa di non punibilità: troppo spazio applicativo, con ipotizzabilità di violazione dei principi costituzionali della parità di trattamento rispetto ad altre categorie di professionisti e della tutela della salute.

Le Sezioni Unite risolvono la questione con questo principio:

⁴ Sul tema della medicina difensiva, v. A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano 2012; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, p. 3 ss.; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, *ivi*, 2011, p. 1085 ss.; R. BARTOLI, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, *ivi*, 2011, p. 1107 ss.; G. ROTOLO, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1259 ss.; C. GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 22 ss.

⁵ Sulla sentenza si segnalano le note: 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 marzo 18; G.M. CALETTI – M.L. MATTHEUDAKIS, [La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite tra 'nuovi' spazi di graduazione dell'imperizia e 'antiche' incertezze](#), in questa Rivista, 9 aprile 18; G. MARRA, *La rilevanza della colpa grave nella causa di non punibilità prevista per il sanitario dalla legge Gelli-Bianco*, in *il Penalista*, 27 febbraio 18.

⁶ *Ex plurimis* Sez. IV, 8254/11, Grassini, est. Foti, Rv 249750; Sez. IV, 38774/11, Causo, est. Foti, non massimata.

- si ha non punibilità quando l'evento è causato per imperizia lieve nella fase esecutiva delle linee guida.

Quindi: *tertium datur*.

Il principio svela che la Mariotti ritiene la compatibilità fra i requisiti della fattispecie. Questo principio s'innesta su quello posto dalla sentenza Cavazza, restringendone la portata applicativa. Avviene così:

per la Cavazza:

- si ha non punibilità quando l'evento è causato da imperizia, lieve o grave, nella fase esecutiva delle linee guida;
- da questo principio la sentenza Mariotti amputa l'aggettivo grave e quindi:
- si ha non punibilità quando l'evento è causato da imperizia lieve nella fase esecutiva delle linee guida.

Per ulteriore dovuta chiarezza, l'imperizia nella fase esecutiva:

- non scusa mai – Tarabori: interpretatio abrogans
- scusa sempre – Cavazza: interpretatio latissima
- scusa se lieve – Mariotti: interpretatio stricta

O anche, senza che muti la sostanza, ma presi dalla liceale nostalgia:

- imperitia in executivis non excusat – Tarabori
- imperitia in executivis semper excusat – Cavazza
- imperitia in executivis excusat si levis – Mariotti

3. Ragioni dell'esclusione dell'imperizia grave.

Perché la Mariotti esclude l'imperizia grave dalla non punibilità?

Per due ragioni: la non punibilità anche dell'imperizia grave ipotizzerebbe la violazione del principio costituzionale della parità di trattamento con riferimento ad altre categorie di professionisti (p. 18 della sentenza) e sarebbe incompatibile con la tutela della salute (p. 27). Vengono quindi in considerazione gli artt. 3 e 32 Cost.

Ma è facile obiettare che il testo di legge non distingue e quindi include letteralmente sia l'imperizia lieve che quella grave. La prospettata violazione di principi costituzionali avrebbe dovuto portare a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 590-*sexies* c.p. nella parte in cui letteralmente include anche l'imperizia grave. Invece s'interpreta il testo includendovi l'aggettivo *lieve* o meglio si riscrive il testo aggiungendovi quell'aggettivo.

4. L'imperizia lieve intrinseca alla legge.

Come giunge la Mariotti ad enunciare un principio che dà rilievo al grado lieve d'imperizia nonostante sul punto la legge taccia?

Si afferma che l'imperizia lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto (p. 28).

Nel diffuso impianto motivazionale si pongono tre ragioni giustificanti questa conclusione, che suona come la quintessenza dell'elaborazione dogmatica della colpa medica negli ultimi anni: l'imperizia lieve intrinseca.

Prima ragione giustificante.

Si richiama l'art. 2236 c.c., per il quale, nei casi di speciale difficoltà, la responsabilità civile si ha solo per dolo o colpa grave. E si richiama quella giurisprudenza⁷ che ne inibisce la diretta applicabilità nel giudizio penale, ma che ne consente comunque l'utilizzabilità quale criterio di razionalità e regola di esperienza (p. 23-25). Giurisprudenza preceduta dalla sentenza n. 116/73 della Corte Costituzionale, che aveva ritenuto implicitamente applicabile l'art. 2236 c.c. nel giudizio penale. Si pone quindi in evidenza che sull'*an* della responsabilità penale già da tempo è riconosciuta in giurisprudenza la distinzione del grado della colpa medica⁸.

Si tratta di considerazione non probante. Che da tempo sia in auge una certa giurisprudenza, non significa che il legislatore l'abbia fatta propria. Anzi, parrebbe proprio il contrario, dal momento che il testo di legge prescinde completamente dal grado della colpa. E senza contare che la giurisprudenza messa in rilievo non è unanime⁹.

Seconda ragione.

La Mariotti trae la conclusione che l'imperizia lieve è intrinseca all'art. 590-*sexies* c.p. anche dall'art. 3 l. 189/12 (c.d. legge Balduzzi), che *aveva espressamente utilizzato e disciplinato la colpa lieve* (p. 25-26).

Effettivamente la legge Balduzzi prevedeva la non punibilità del sanitario quando si atteneva a linee guida ed era in colpa lieve¹⁰, quando cioè, secondo consolidata giurisprudenza, il sanitario si era attenuto a linee guida e non avrebbe dovuto attenersi, ma comunque nel caso concreto non vi erano ragioni macroscopiche per discostarsi dalle linee guida¹¹.

Tuttavia va posto in rilievo con l'art. 6 della legge Gelli è stato abrogato l'art. 3 I co. della Balduzzi e con lo stesso art. 6 è stato introdotto l'art. 590-*sexies* c.p. E questo prova l'esatto contrario di quanto preteso dalla Mariotti e cioè se la legge successiva non contiene più nulla sul grado della colpa è perché il legislatore ne ha prescisso.

Non quindi continuità di disciplina, ma soluzione di continuità.

Terza ragione.

⁷ Sez. IV, 39592/07, Buggè, est. Bartolomei, Rv 237875; Sez. IV, 16328/11, Montalto, est. Blaiotta, Rv. 251960; Sez. IV, 4391/12, Di Lella, est. Blaiotta, Rv 251941.

⁸ In argomento: F. BASILE, [Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi \(aspettando la riforma della riforma\)](#), in questa Rivista, fasc. 2/2017, pp. 159 ss.

⁹ Sez. IV, 9391/11, Ciccarelli, est. Montagni, non massimata.

¹⁰ Questo il testo dell'art. 3 I co. della Balduzzi: "L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve".

¹¹ Fra le tante: Sez. IV, 27185/15, Bottino, est. Piccialli.

L'intrinsicità dell'imperizia lieve deriverebbe, secondo la Mariotti, anche dai lavori parlamentari: l'originario testo approvato dalla Camera differenziava l'imperizia grave da quella lieve¹², ma la scomparsa di tale differenziazione non dovrebbe essere intesa come ripudio legislativo della stessa, non risultando in tal senso esplicitata la volontà del legislatore in alcun passo dei lavori preparatori (p. 27-28).

Viene però da chiedersi come la volontà del legislatore possa essere resa più esplicita, tutte le volte in cui ad un primo testo approvato che contiene una distinzione, ne segue un altro che non contiene più quella distinzione¹³.

5. Il limite della fase esecutiva.

Perché la Mariotti limita la rilevanza dell'imperizia lieve nella sola fase esecutiva delle linee guida? Perché non anche in una fase antecedente?

Si afferma che l'art. 590-*sexies* c.p. richiede il rispetto delle linee guida, che dipende *dalla scelta di quelle "adeguate"* e quindi *la sola possibilità interpretativa residua non può che indirizzarsi nella fase attuativa delle linee guida* (p. 20-21).

Questo ragionamento fa sparire il requisito del rispetto delle linee guida coprendolo con quello dell'adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto. Infatti, affinché si possa ritenere il rispetto delle linee guida, non basta che esse siano adeguate. Non basta, ad es., accertarsi delle buone condizioni cliniche del paziente prima dell'aggressione chirurgica, raccomandata dalle linee guida, che risultano adeguate in ragione del caso concreto. Questo integra solo il requisito dell'adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto.

Il rispetto delle linee guida è altro. Non dipende, lo si ripete, *dalla scelta di quelle "adeguate"*. Ma è dato dalla corrispondenza della condotta medica alle raccomandazioni contenute nelle linee guida. E a prescindere dalla fase nella quale ciò avviene. Ad es., il paziente presenta una sindrome aortica acuta. Vengono correttamente scelte le relative linee guida e altrettanto correttamente in base ad esse, viene deciso di posizionare uno *stent* nell'aorta discendente, perché in questa sede si è rilevata una lesione a rischio di dissecazione. In fase esecutiva, durante il posizionamento dello *stent*, non viene indotta ipotensione, contrariamente a quanto raccomandato dalle linee guida per facilitare il posizionamento, con successivi danni al paziente. Qui non c'è rispetto delle linee guida. La non punibilità va esclusa per

¹² Il testo precedente era il seguente:

«Art. 590-ter. - (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario) - L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave.

Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge».

¹³ Per la lettura del parere della Commissione Giustizia del Senato che ha proposto la sostituzione del testo originario: [clicca qui](#).

l'assenza del requisito del rispetto e non può fondarsi su un'imperizia, in ipotesi lieve, nella fase esecutiva.

Di questo c'è consapevolezza nella motivazione della sentenza, perché si scrive che *può dirsi che si rimanga nel perimetro del "rispetto delle linee guida" quando lo scostamento da esse è marginale e di minima entità* (p. 20).

La considerazione può suscitare smarrimento. Siamo abituati a pensare che il rispetto di una regola cautelare non dipende dal quantum d'inosservanza, ma dall'aderenza della condotta concreta alla regola cautelare. Non è una questione di quantità d'inosservanza, ma di qualità della condotta, in termini appunto di osservanza. Se ad es., le linee guida raccomandano di non superare i 40 mg. nel dosaggio di un farmaco, il superamento di quel limite, anche di poco, segna comunque l'inosservanza.

Si tratta peraltro una questione di carattere generale, che riguarda tutti i settori della colpa. Se in centro abitato si guida a 60 Km/h anziché a 50, la relativa regola cautelare non è rispettata, anche se lo scostamento è di minima entità.

6. Quando si ha imperizia?

Fedele alla lettera della legge, la Mariotti esclude la negligenza e l'imprudenza dall'ambito della causa di non punibilità. Dunque rileva solo l'imperizia. Perché solo imperizia e non anche negligenza e imprudenza?

Si scrive che il legislatore *consapevolmente ha regolato* solo l'imperizia (p. 16).

Ma quando si ha imperizia?

La sentenza ribadisce *l'estrema difficoltà* di distinguere fra le forme di colpa (p. 15), ma non offre una nozione d'imperizia. Cita il caso dell'*omessa valutazione del sintomo e della conseguente omessa o ritardata diagnosi*, che riporta all'imperizia, a meno che non vi sia *indifferenza, scelleratezza o comunque assoluta superficialità e lassismo* (p. 16).

Come si supera quindi la difficoltà di distinguere fra le forme di colpa?

Si supera *mediante il ricorso agli ordinari criteri sulla prova, sul dubbio e sulla ripartizione dell'onere relativo* (p. 16). E si afferma che nel caso di specie plausibilmente si è ritenuta negligenza, *anche per mancanza di specifiche contestazioni sul punto da parte dell'interessato* (p. 16).

Anche qui ci troviamo di fronte ad un *novum* assoluto: la mancata eccezione della difesa che influisce sulla qualificazione della forma di colpa. Ma questa qualificazione è di carattere sostanziale, non processuale. Viene svolta *in primis* dal pubblico ministero con l'imputazione e poi valutata dal giudice indipendentemente dall'agire difensivo. Come fa l'imperizia a diventare negligenza o imprudenza solo perché il difensore nulla eccepisce sulla qualificazione data nell'imputazione?

D'altra parte, quali possono essere i dubbi da superare con gli ordinari criteri di prova? Si può solo discutere della correttezza o meno del parametro di qualificazione che viene usato. Il dubbio ha ad oggetto il fatto, non la sua qualificazione giuridica. Ci può essere dubbio sulla data della diagnosi, se si disponesse o no di un certo dato anamnestico quando la diagnosi è stata posta, ecc.

Il caso di specie della Mariotti era e rimane un caso d'imperizia, a prescindere dalla condotta difensiva. Si assume che l'imputato, neurochirurgo, avesse diagnosticato con ritardo di diversi giorni una sindrome della *cauda equina*, cioè la perdita acuta della funzione del plesso lombare. Si chiama *cauda equina* perché l'innervazione del plesso lombare ricorda la coda del cavallo. La sindrome si manifesta con disturbi sensitivi e motori dal plesso lombare a valle di esso fino agli arti inferiori.

Ebbene la valutazione di questi sintomi richiede perizia e anche specialistica, neurologica o neurochirurgica. L'errata valutazione è quindi imperizia. Non può diventare negligenza perché il difensore tace.

7. Valutazione del grado della colpa.

Come si valuta il grado della colpa: grave o lieve?

La Mariotti cita e richiama taluni precedenti (p. 25-26) e ribadendoli per la valutazione indica: 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; l'impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa.

A rifletterci un po' ci accorgiamo che si tratta di dati di valutazione, ai quali peraltro se ne potrebbero aggiungere anche altri, ad es., la scarsità di presidi a disposizione. Ma non si tratta di parametri. L'alternativa grave/lieve rimane ancora aperta.

Tanto è vero che subito dopo si offre il parametro, stabilendo che la valutazione debba essere effettuata "*in concreto*", tenendo conto del parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, che è quello del modello dell'agente operante in concreto, nelle specifiche condizioni concretizzate (p. 26).

In definitiva per la Mariotti il grado della colpa si valuta con il parametro dell'agente modello¹⁴ e quindi del medico modello.

Appare però contraddittorio invocare il medico modello per lo spartiacque fra l'imperizia grave e quella lieve. Per l'ovvia ragione che il medico modello non è mai imperito, neppure lievemente. Non può esserlo per definizione. Non sbaglia mai, neppure di poco. Non esiste un medico modello umano.

In realtà il parametro del medico modello lascia ai pratici la difficoltà di distinguere il grado dell'imperizia.

¹⁴ In argomento: C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, Milano 2017, p. 305 ss.; F. BASILE, [Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica](#), in *questa Rivista*, 13 marzo 2012. Critici nei confronti della figura dell'agente modello: F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. Pen.*, 2012, n. 12, II, p. 577; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa 2009, p. 274.

Si potrebbe però recuperare quella giurisprudenza che in vigore della Balduzzi faceva perno sulla “macroscopicità” dell’imperizia per affermarne la gravità, nel senso dell’immediata riconoscibilità dell’imperizia da parte di qualunque altro al posto dell’imputato¹⁵. Ad es., viene somministrata ad un paziente adulto una dose di farmaco pediatrica, senza beneficio terapeutico.

8. Diritto intertemporale.

Quale disciplina applicare ai fatti pregressi all’entrata in vigore dell’art. 590-*sexies* c.p.? Quest’ultima disposizione o l’art. 3 I co. della Balduzzi?

L’art. 3 I cit. prevedeva la non punibilità del sanitario che si si atteneva a linee guida ed era in colpa lieve. Il principio interpretativo della giurisprudenza era:

- si ha non punibilità quando nel caso concreto il sanitario si è attenuto a linee guida e non doveva, ma non vi erano ragioni macroscopiche per discostarsi dalle linee guida.

Con la Mariotti il principio interpretativo dell’art. 590-*sexies* c.p. è:

- si ha non punibilità quando l’evento è stato causato da imperizia lieve nella fase esecutiva delle linee guida.

Nel par. 12 della motivazione la Mariotti si occupa dell’intertemporalità e giunge alla conclusione che la Balduzzi era più favorevole e che quindi trova applicazione ai fatti pregressi *ex art. 2 IV co. c.p.*

Sostiene infatti che la Balduzzi abbracciava tutte le forme di colpa, mentre la novella esclude la negligenza e l’imprudenza e che abbracciava anche la fase di selezione delle linee guida, mentre la novella si riferisce alla sola fase esecutiva.

Ritiene invece ininfluyente la qualificazione giuridica della non punibilità in ipotesi d’imperizia lieve nella fase esecutiva, essendo un’ipotesi da ritenere non punibile in base ad entrambe le discipline¹⁶.

Emerge contraddittorietà fra questa opinione e quanto prima sostenuto in sentenza in ordine alla sussistenza del requisito del rispetto delle linee guida anche quando *lo scostamento da esse è marginale e di minima entità* (p. 20).

Infatti anche la Balduzzi poneva come requisito espresso l’attenersi a linee guida, che era una vera e propria *forca caudina* attraverso la quale bisognava passare per usufruire la non punibilità. Per giurisprudenza incontrastata qualunque non attenersi escludeva la non punibilità¹⁷.

¹⁵ Sez. IV, 27185/15, Bottino, est. Piccialli.

¹⁶ Con la Gelli l’area di non punibilità della colpa medica si è quindi evidentemente ristretta. La Balduzzi invece l’aveva allargata rispetto alla disciplina precedente, v. 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.

¹⁷ *Ex plurimis*: Sez. V, n. 11804/14, R.S., est. Fumo.

9. Una sentenza *praeter legem*?

Poniamo per un attimo a confronto il testo dell'art. 590-*sexies* c.p. con il principio di diritto della Mariotti.

Per il testo dell'art. 590-*sexies* c.p.:

- si ha non punibilità quando l'evento si verifica a causa d'imperizia, sono rispettate le linee guida e risultano adeguate alle specificità del caso concreto.

Per la Mariotti:

- si ha non punibilità quando l'evento è causato per imperizia lieve nella fase esecutiva delle linee guida.

Ancora più semplice: si legge il testo di legge come segue: non è punibile il sanitario, che ha scelto bene le linee guida, ma le ha applicate non molto male.

Si ha la netta sensazione si sia andati oltre i confini legali della fattispecie e che si sia fatta effrazione nel testo legislativo. Chiarissime le parole del Sostituto Procuratore Generale nella sua requisitoria d'udienza: *l'attività esegetica non può fare miracoli, non può arrivare a coprire tutto*¹⁸.

Invero, secondo l'art. 12 delle preleggi *“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore”*.

E la forzatura interpretativa non è in fondo negata dalla Mariotti, ma viene giustificata, perché si scrive che dall'art. 12 prel. *si evince un solo vincolante divieto per l'interprete, che è quello riguardante l'andare “contro” il significato delle espressioni usate* (p. 14).

L'affermazione suona sorprendente, perché consente un'interpretazione *praeter legem* purché non sia *contra legem*. Ma l'art. 12 prel. è esplicito nel richiedere un'interpretazione *secundum legem*.

In realtà con l'interpretazione della Mariotti il testo di legge viene riscritto. E viene riscritto *in malam partem*, perché viene cancellata l'imperizia grave, che invece letteralmente rientra nell'area di non punibilità.

A conti fatti un'interpretazione *contra legem*.

Lo sforzo delle Sezioni Unite è generoso, ma la “mela marcia” contaminante tutti i ragionamenti è nel testo di legge.

L'incompatibilità fra i requisiti c'era ed è rimasta: l'evento non può essere causato da imperizia, se c'è rispetto di linee guida e adeguatezza delle stesse alla specificità del caso concreto. L'incompatibilità non è superabile.

Per superarla bisognerebbe riformare il principio aristotelico di non contraddizione. Il che è ovviamente improponibile: sarebbe un costo troppo elevato per salvare una legge.

È da tempo ormai che si sta cercando un modo per superare l'incompatibilità. Ma con risultati obiettivamente non decisivi.

¹⁸ Cfr. Requisitoria del Sost. P.G. Fulvio Baldi, § 3.

È stato usato il pensiero conscio e volere o no anche quello subconscio, sperando che da questo emergesse un'idea interpretativa. Einstein diceva che nessun problema può essere risolto allo stesso livello di pensiero che l'ha generato. Ma contro la logica aristotelica non ci può far nulla nessun livello di pensiero.

L'art. 590-*sexies* c.p. è nato affetto da schizofrenia neonatale e non è guarito nonostante tutte le cure, prestate anche in *équipe* nomofilattica.

Purtroppo la schizofrenia si è cronicizzata.

10. Che fare in futuro?

Si possono avanzare alcune ipotesi.

a) Rimettere la questione alle Sezioni Unite *ex* art. 618 c.p.p. Questo è ben ipotizzabile se si pensa che la Mariotti ha contraddetto entrambe le pronunce in contrasto. E che dopo la riforma dell'art. 618 c.p.p., la Sezione Semplice che non condivide il principio di diritto già posto dalle Sezioni Unite è tenuta a rimettere a queste ultime la decisione del ricorso.

b) Sollevare questione di legittimità costituzionale, come già condivisibilmente aveva chiesto alle Sezioni Unite il Procuratore Generale d'udienza¹⁹.

c) Prendere atto che con la Mariotti si è posto il sigillo sulla già vista giurisprudenza che consente indirettamente l'applicazione nel giudizio penale del principio di cui all'art. 2236 c.c., quale criterio di razionalità e regola di esperienza. E quindi:

- in casi di speciale difficoltà si ha non punibilità se l'evento è causato per imperizia lieve.

Questo principio prescinde dalla fase di scelta o di esecuzione delle linee guida, dall'esistenza o no delle stesse nella materia interessata ecc.

Mancando il presupposto della speciale difficoltà del caso, l'imperizia lieve preclude ancora la punibilità, se si manifesta nella fase esecutiva delle linee guida. E questo per il principio interpretativo dell'art. 590-*sexies* c.p. non ancorato alla speciale difficoltà del caso e cioè:

- si ha non punibilità quando l'evento è causato da imperizia lieve nella fase esecutiva delle linee guida.

Sul piano della pratica giudiziaria, l'imperizia lieve si presenta quindi attualmente come una carta con due facce giocabili: quella del caso di speciale difficoltà e della fase esecutiva delle linee guida.

Con rispettive aree di non punibilità.

¹⁹ Per le relative ragioni: Requisitoria del Sost. P.G. Fulvio Baldi, § 4.