



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
5/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



5/2019

LA PERSISTENTE IMPREVEDIBILITÀ DELLE PRONUNCE SULLA COLPA MEDICA A DUE ANNI DALL'ENTRATA IN VIGORE DELL LEGGE GELLI-BIANCO

Nota a [Cass., sez. IV, 15 novembre 2018 \(dep. 23 gennaio 2019\), n. 3206](#),
e a [Cass., sez. IV, 22 giugno 2018 \(dep. 6 agosto 2018\), n. 37794](#)

di Marika Schiavo

Abstract. *Con le sentenze 3206/2019 e 37794/2018, la Cassazione è tornata ad occuparsi della colpa medica dopo l'intervento delle Sezioni unite e dopo più di un anno dall'entrata in vigore dell'ultima riforma. Il presente contributo tenta di dare atto, attraverso un'analisi delle due pronunce, delle diverse tendenze riscontrabili in giurisprudenza sul tema e si sofferma sulla necessità che l'interprete imbocchi una strada quanto più possibile univoca a beneficio del principio di prevedibilità della decisione, che ha ormai acquistato un ruolo centrale anche nell'ordinamento interno.*

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza precedente e successiva alla sentenza Mariotti: due pronunce emblematiche. – 2. La prevedibilità delle decisioni tra i corollari del principio di legalità. – 3. La condotta attendista come condotta colposa e colpevole. – 4. L'errore diagnostico e la sua esclusione dalla disciplina a tutela del medico. – 5. Le linee guida e il rapporto con il sapere scientifico. – 6. La colpa grave: una nozione dai labili confini. – 7. Possibili scenari.

1. La giurisprudenza precedente e successiva alla sentenza Mariotti: due pronunce emblematiche.

Dopo l'entrata in vigore della l. 8 marzo 2017, n. 24, meglio nota come legge Gelli-Bianco¹, il panorama giurisprudenziale è apparso nell'immediato particolarmente

¹ Sulla riforma, tra gli altri: M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017, 344 ss.; C. CUPELLI, [Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità](#), in questa *Rivista*, fasc. 1/2017, 195 ss.; P.F. POLI, [Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?](#), ivi, fasc. 2/2017, 67 ss.; P. PIRAS, [Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.](#), ivi, fasc. 3/2017, 269 ss.; 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, 84 ss.; G. AMATO, *Professionisti "salvi" se l'evento dannoso*

attento alle presunte novità che stavano investendo la comunità medica o, più precisamente, quella degli esercenti una professione sanitaria². Com'è noto, infatti, la Corte di Cassazione si è da subito confrontata con il testo del nuovo art. 590-sexies c.p., frutto dell'aggiunzione operata dall'art. 6 della legge, in Cass., sez. IV, 20 aprile 2017 - 7 giugno 2017, n. 28187, Tarabori³, in cui, seppur a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore, ha esaminato la portata applicativa della nuova norma, manifestando i primi dubbi sulle interpretazioni prospettabili, soprattutto nei confronti di un'interpretazione letterale, e, di fronte alla difficoltà di delineare un ambito di applicazione, ha prediletto, infine, un'interpretazione restrittiva volta a chiarire quando la disposizione non potesse essere applicata, ossia nell'ipotesi di errore esecutivo. Tuttavia, a distanza di pochi mesi, si è configurato un contrasto giurisprudenziale in seno alla quarta sezione, poiché con Cass., sez. IV, 19 ottobre 2017 - 31 ottobre 2017, n. 50078, Cavazza⁴, i giudici di legittimità sono pervenuti a conclusioni diametralmente opposte, individuando come terreno dell'ipotesi di non punibilità proprio l'errore esecutivo verificatosi nel rispetto delle linee guida. L'ormai celebre sentenza delle Sezioni unite, 21 dicembre 2017 - 22 febbraio 2018,

è dovuto a imperizia, in *Guida dir.*, 15/2017, 51 ss.; L. ISOLABELLA - A. QUATRARO, *Così l'osservanza delle pratiche cliniche diventa tassativa*, ivi, 56 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 573 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *La legislazione penale on line*, 2 maggio 2017; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, ivi, 5 giugno 2017; M. DI FLORIO, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590-sexies c.p.), come introdotta dalla Gelli-Bianco*, in *Arch. pen.*, 2/2017; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, ivi; B. ROMANO, *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in G. Alpa (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, Pacini giuridica, Pisa, 2017, 189 ss.; C. CIVELLO, *Responsabilità colposa per morte o lesioni per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, Utet, Torino, 2018, 700 ss. Più recentemente: C. CUPELLI, *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali*, in B. Romano (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, 75 ss.; B. ROMANO, [La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi](#), in questa *Rivista*, 16 novembre 2018, e in B. Romano (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, cit., 1 ss.

² La legge 8 marzo 2017, n. 24, utilizza ben quaranta volte la locuzione «esercente la professione sanitaria» e solo due volte il termine «medico», ampliando così il contesto di riferimento. Per un'analisi approfondita di tale profilo: M. CAPUTO, *L'esercente una professione sanitaria*, in B. Romano (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, cit., 17 ss.

³ La sentenza si può leggere in questa *Rivista*, fasc. 6/2017, 280 ss., con nota di C. CUPELLI, [La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio](#), e, ivi, 4 luglio 2017, con nota di P. PIRAS, [Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica](#); 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*; in *Cass. pen.*, 2017, 3152 ss., con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*; in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1369 ss., con nota di G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*; in *Giur. it.*, 2017, 2199 ss., con nota di L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*.

⁴ La sentenza è consultabile in questa *Rivista*, fasc. 11/2017, 250 ss., 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](#); ivi, fasc. 12/2017, 139 ss., con nota di P. PIRAS, [La non punibilità dell'imperizia medica in executivis](#).

n. 8770, Mariotti⁵, è intervenuta a risolvere il ricordato contrasto a meno di un anno dall'entrata in vigore del nuovo quadro normativo e ha, in definitiva, scolpito un'ipotesi di non punibilità dell'errore esecutivo per colpa lieve in presenza del rispetto di tutti gli altri requisiti imposti dalla disposizione, enucleando, più precisamente, la punibilità solo per colpa grave da imperizia qualora l'evento si sia verificato «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.).

Ma, da quel momento, le attenzioni della giurisprudenza verso l'ultima legge sembrano essere lentamente venute meno, al contrario di quanto si sarebbe potuto prevedere alla luce dello scenario percepibile all'indomani della riforma. In particolare, tra le altre⁶, due sentenze, Cass., sez. IV, 15 novembre 2018 - 23 gennaio 2019, n. 3206, e Cass., sez. IV, 22 giugno 2018 - 6 agosto 2018, n. 37794, sembrano essere indicative dell'attuale andamento della giurisprudenza.

⁵ La sentenza si può leggere in questa *Rivista*, fasc. 3/2018, 246 ss., con nota di C. CUPELLI, [L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica \(ancora\) punibile](#). Per ragioni di sintesi si rinvia ai primi commenti sulla pronuncia: S. ALEO, *Responsabilità penale per colpa professionale medica tra Legislatore e Corte di Cassazione*, in *Rivista responsabilità medica*, 2018; 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*, fasc. 4/2018, 25 ss.; P. PIRAS, [Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico](#), ivi, 20 aprile 2018; R. BARTOLI, [Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica](#), ivi, fasc. 5/2018, 233 ss.; R. BLAIOTTA, [Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica](#), ivi, 28 maggio 2018; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 646 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 345 ss.; C. CUPELLI, [L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica \(ancora\) punibile](#), in *Cass. pen.*, 2018, 1470 ss.; A.R. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2/2018; M. GAMBARDELLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen.*, Spec. riforme, 2018; E. LUPO, *Le Sezioni Unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente*, in *Diritto e salute*, 2/2018, 1 ss.; L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 2018, 948 ss.; A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, 2/2018.

⁶ Cass., sez. IV, 15 novembre 2018 - 29 novembre 2018, n. 53453, in *C.E.D. Cass.*, n. 274499; Cass., sez. IV, 15 novembre 2018 - 28 novembre 2018, n. 53349, in *C.E.D. Cass.*, n. 274573; Cass., sez. IV, 5 ottobre 2018 - 19 ottobre 2018, n. 47801, in *C.E.D. Cass.*, n. 273993; Cass., sez. IV, 20 luglio 2018 - 6 dicembre 2018, n. 54573, in *C.E.D. Cass.*, 274502; Cass., sez. IV, 26 aprile 2018 - 30 maggio 2018, n. 24384, in *C.E.D. Cass.*, n. 273536; Cass., sez. IV, 13 aprile 2018 - 18 luglio 2018, n. 33405, in *C.E.D. Cass.*, n. 273422; Cass., sez. IV, 23 gennaio 2018 - 18 maggio 2018, n. 22007, in *C.E.D. Cass.*, n. 272744; Cass., sez. IV, 12 gennaio 2018 - 5 aprile 2018, n. 15178, in *C.E.D. Cass.*, n. 273012. Per un approfondimento complessivo delle principali pronunce di legittimità si rinvia a P. PIRAS, [L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti](#), in questa *Rivista*, 18 gennaio 2019, ove è possibile leggere il testo di queste ulteriori sentenze: Cass., sez. IV, 16 novembre 2018 - 12 dicembre 2018, n. 55521; Cass., sez. IV, 16 novembre 2018, n. 412 - 8 gennaio 2019; Cass., sez. IV, 4 luglio 2018 - 23 luglio 2018, n. 34835; Cass., sez. IV, 22 giugno 2018 - 19 ottobre 2018, n. 47748; Cass., 30 maggio 2018 - 24 settembre 2018, n. 40923; Cass., sez. IV, 19 aprile 2018 - 31 luglio 2018, n. 36723; Cass., sez. IV, 30 gennaio 2018 - 7 marzo 2018, n. 10396.



5/2019

Nella prima pronuncia, Cass., sez. IV, 15 novembre 2018 - 23 gennaio 2019, n. 3206, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso proposto avverso una sentenza di appello che, confermando quella di primo grado, aveva riconosciuto la responsabilità di un medico pediatra in ordine al reato di omicidio colposo⁷. Si è addebitata al medico la morte di un piccolo paziente di 17 mesi per avere omesso di visitarlo con immediatezza, per non avere formulato la corretta diagnosi, per non avere notato la comparsa di esantema petecchiale sul corpo durante una visita domiciliare effettuata nelle ore successive e per avere omesso di suggerire un accertamento maggiormente approfondito. Secondo quanto emerge dalle pronunce di merito, durante le operazioni compiute e omesse dal medico, il bambino continuava a mostrare febbre elevata, seguita poi da un improvviso abbassamento della temperatura. La sentenza di appello, pertanto, aveva ritenuto la condotta dell'esercente la professione sanitaria gravemente colposa per aver sottovalutato il quadro complessivo che gli si prospettava telefonicamente e al momento della visita. Il ricorso si fondava sulla nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 603 c.p.p., ossia per la mancata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, e deduceva, altresì, la contraddittorietà della motivazione con particolare riguardo alla ricostruzione del nesso causale dal momento che la sentenza di appello riteneva sussistente la responsabilità del pediatra, pur riconoscendo le difficoltà di inquadramento diagnostico del caso concreto. I giudici di legittimità, rigettando il ricorso, hanno rilevato che le contestazioni mosse all'imputato fossero riconducibili all'atteggiamento attendista del medico⁸; pertanto, le prove in relazione alle quali veniva chiesta la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale non potevano essere considerate decisive e, d'altro canto, per quanto attiene al secondo motivo di ricorso, l'omessa osservazione clinica, concretatasi prevalentemente nella omessa auscultazione tempestiva e poi nella omessa misurazione della temperatura corporea e della frequenza cardiaca e respiratoria, avrebbe impedito la formulazione della corretta diagnosi; sul punto, i giudici di legittimità hanno ricavato da taluni studi scientifici l'esistenza di un rapporto statistico secondo cui il rischio morte si riduce in misura considerevole nei pazienti sui quali si interviene tempestivamente a livello terapeutico. Da ultimo, la Suprema Corte ha ritenuto soddisfattiva la motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso l'esistenza di una colpa lieve qualificando la condotta attendista del pediatra come "notevole divergenza tra la condotta tenuta e quella cui sarebbe stato tenuto".

Nella seconda pronuncia, Cass., sez. IV, 22 giugno 2018 - 6 agosto 2018, n. 37794 (cronologicamente anteriore), invece, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di appello che aveva condannato un medico di Pronto soccorso *ex art. 590 c.p.* per lesioni personali gravissime a seguito dell'omissione della corretta diagnosi e di una condotta non conforme alle necessità richieste dal caso di specie⁹. In particolare, il paziente era

⁷ App. Milano, 21 febbraio 2018.

⁸ Più precisamente al § 2.4. si legge: "Di fondo, è stato dunque correttamente e congruamente addebitato alla pediatra un atteggiamento ingiustificatamente 'attendista' e di generale sottovalutazione del quadro clinico del paziente".

⁹ App. Lecce, 7 giugno 2017. Anche in questo caso, peraltro, si trattava di doppia conforme.



5/2019

stato indirizzato dal medico della Guardia medica verso il Pronto soccorso per una consulenza chirurgica, ma il medico di turno presso il Pronto soccorso lo aveva dimesso nelle ore successive con indicazione di paziente asintomatico e con prescrizione di controllo da effettuare presso il medico generico. Una volta recatosi da quest'ultimo, il paziente si vedeva prescrivere esame ecografico, dal cui esito, nei giorni successivi, emergeva la torsione del testicolo e, a quel punto, si procedeva con un'operazione urgente. A detta della Corte di Appello, dunque, l'indebolimento permanente dell'organo era imputabile alla condotta omissiva del medico del Pronto soccorso, tradotta nell'omissione della corretta diagnosi e della richiesta tempestiva di consulenza approfondita. Il ricorrente lamentava, in questo caso, la mancata considerazione del comportamento attendista del paziente e una confusione dei protocolli, con riguardo a quello che regola il sospetto di torsione del funicolo con quello che disciplina, invece, la torsione del funicolo; in secondo luogo, deduceva l'omissione di un'adeguata valutazione della condotta alla luce delle linee guida come previsto dall'art. 6 della l. 8 marzo 2017, n. 24, e, per questi motivi, lamentava la carenza complessiva dell'apparato argomentativo. I giudici di legittimità sono giunti, in quest'occasione, a definire non soddisfacente una motivazione che tralasci di accertare la forma di colpa (ossia se generica o specifica e, qualora generica, se inquadrabile entro l'alveo dell'imperizia, della negligenza o dell'imprudenza) e, insieme a questo, se e in che misura la condotta si sia discostata dalle linee guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali.

Gli esiti cui è pervenuta la Suprema Corte nelle due sentenze appena riassunte sembrano rivelare due percorsi differenti: in Cass. 3206/2019 maggiormente legato a un approccio tradizionale alla materia della responsabilità medica, che si esprime in una valutazione ancorata a un mero cenno degli studi scientifici, nell'inquadramento della condotta entro il profilo della negligenza quale frutto di una definizione statica dei profili di colpa generica e nel rinvio alla nozione storicamente nota di colpa grave; invece, in Cass. 37794/2018, ispirato al tentativo di cogliere la *ratio* dell'ultimo intervento normativo, che si manifesta nell'attenzione verso il sapere scientifico racchiuso in linee guida e buone pratiche, nello sforzo di individuare nuovi limiti garantistici nel giudizio di responsabilità dell'operatore sanitario, nell'approfondimento dei parametri sui quali fondare la graduazione della colpa.

Complessivamente, nelle pronunce successive alla sentenza Mariotti, non sembra potersi cogliere una linea unitaria volta a proseguire il percorso intrapreso dalle Sezioni unite; preme evidenziare che queste ultime, oltre a dirimere il contrasto interpretativo in punto di errore esecutivo, hanno offerto numerosi suggerimenti affidati, per lo più, alla prassi giurisprudenziale successiva, che, però, come si cercherà di fare emergere nel prosieguo, talvolta si è limitata a conformarsi quasi acriticamente al loro dettato, non cogliendo i potenziali risvolti degli spiragli lasciati aperti dalla sentenza Mariotti e, soprattutto, il motivo conduttore che l'ha animata, ossia quello di favorire interpretazioni che, pur allontanandosi talvolta dal dato letterale, potessero consentire un'applicazione pratica dell'art. 590 *sexies* c.p. in linea con la *ratio*, quantomeno dichiarata, della riforma.



5/2019

Quanto fin qui tratteggiato offre l'occasione per riflettere sulla posizione dell'esercente la professione sanitaria a due anni dall'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco e a un anno dalla sentenza Mariotti.

2. La prevedibilità delle decisioni tra i corollari del principio di legalità.

In una società che quotidianamente perviene a nuove scoperte medicoscientifiche muovendo numerosi passi verso la migliore cura del paziente, molteplici passi indietro sembra si siano fatti per quanto concerne la migliore tutela di chi il paziente è tenuto a curarlo; questo, se non altro, perché, a prescindere dall'orientamento sposato circa la portata innovativa o meno dell'ultima riforma e su quale sia la legge più favorevole al reo tra la Gelli-Bianco e il precedente decreto Balduzzi¹⁰, il risultato è l'attuale carenza in termini di certezza del diritto, specificamente sotto il profilo della prevedibilità delle decisioni. Il quadro, infatti, si presenta confuso agli occhi degli operatori del diritto, della comunità dei pazienti e soprattutto della categoria stessa degli esercenti la professione sanitaria.

Ormai da tempo, ha acquisito centralità un principio che costituisce un portato di quello di legalità ed è, pertanto, accostabile ai suoi tradizionali corollari: alla riserva di legge, al principio di irretroattività, a quello di sufficiente determinatezza e al divieto di analogia si aggiungerebbe il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali¹¹. Più precisamente, tale principio si sostanzia nella necessità che il cittadino sia in grado di prevedere se la propria condotta potrà essere ritenuta penalmente rilevante attraverso una prognosi che dovrebbe essere resa possibile non solo dalla chiarezza e dalla precisione del dato normativo, ma anche dalle interpretazioni della giurisprudenza con la conseguenza che, qualora entrambe o una sola di esse non fossero in grado di fornirgli indicazioni sulle conseguenze della sua condotta, la prevedibilità verrebbe meno. La decisione giudiziale è così chiamata a soggiacere ai medesimi requisiti della disposizione legislativa poiché solo in questo modo sarà in grado di guidare le future decisioni e soprattutto assolverà il compito di orientare i consociati, che è il fine ultimo e primario del principio di prevedibilità.

L'affermazione del principio discende dal venir meno della legge come sufficiente garanzia di prevedibilità a causa degli ultimi risvolti del *drafting* legislativo e del dilagare dell'uso del diritto penale in chiave simbolica al punto che gli stessi testi legislativi richiedono un'intensa opera di interpretazione, la quale, inevitabilmente,

¹⁰ D.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modifiche, in l. 8 novembre 2012, n. 189. Tale decreto introduceva la prima disciplina in materia di colpa penale del medico, prevedendo all'art. 3, al cospetto di una condotta conforme a linee guida e buone pratiche, un'ipotesi di non punibilità per colpa lieve.

¹¹ Più ampiamente: A. CADOPPI, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice pen.*, 2014, 23 s.; ID., *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Utet, Torino, 2016, 407 ss.; F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in questa *Rivista*, 19 dicembre 2016. Specificamente, sulle implicazioni dei mutamenti giurisprudenziali: A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014, 108 ss.

finisce per essere particolarmente incisiva¹². Proprio il testo dell'art. 590-*sexies* c.p. costituisce un chiaro esempio di disposizione particolarmente articolata. Altra ragione sottesa alla sua affermazione è il ruolo sempre più protagonista della giurisprudenza, che ha preso campo anche nell'ordinamento interno. Con una partecipazione progressivamente più incedente, la giurisprudenza contribuisce a ridefinire il quadro normativo, ragion per cui dalla continua interazione tra *law in the books* e *law in action* può scaturire una certa tensione tra principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale, soprattutto dal punto di vista della conoscenza del diritto¹³.

Allora, poiché il fondamento del principio di legalità, nel suo nucleo essenziale, è la prevedibilità delle conseguenze penali di una condotta, la legalità tutta ne risulterà vulnerata se il diritto vivente è incerto¹⁴. Pertanto, il principio di prevedibilità della decisione, plausibilmente, è sempre stato oggetto del patrimonio conoscitivo interno, benché, sino a tempi recenti, ad esso non si sia mai attribuita autonoma rilevanza e lo si sia relegato, il più delle volte, a mero attributo del *nullum crimen sine lege*.

Oggi è, in primo luogo, il quadro sovranazionale a non accontentarsi della prevedibilità delle conseguenze discendenti dalla legge e a pretendere la prevedibilità di quelle discendenti dalla decisione. Tale obbligo, infatti, non è codificato espressamente in nessuna norma del nostro ordinamento, ma è frutto di forti impulsi sovranazionali, tant'è vero che è stato elaborato dalla Corte EDU a partire dall'art. 7 della omonima Convenzione¹⁵, sebbene il suo embrione possa essere rintracciato, a livello di

¹² Sull'uso del diritto penale con funzione simbolica e, più ampiamente, sulle moderne istanze che guidano taluni interventi del legislatore: M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004; F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1693 ss.; C. SOTIS ET AL., [La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista](#), in questa *Rivista*, 21 dicembre 2016; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

¹³ Sul punto: B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2016, 94 s., 106 s.

¹⁴ A. CADOPPI, *Giudice penale e giudice civile*, cit., 24.

¹⁵ È sufficiente sottolineare che, nell'enunciare il principio del *nulla poena sine lege*, il testo dell'art. 7 Cedu usa il termine "*law*" che va tradotto con "diritto", segno della portata più ampia del principio di legalità. In argomento: A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, in S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 249 ss.; ID., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2009, 37 ss.; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, Napoli, 2011, 2197 ss.; V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 34 ss.; ID., *Commento all'art. 7*, in S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, 258 ss.; F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 411 ss.; A. CADOPPI, *Giudice penale e giudice civile*, cit., 24 s.; ID., *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., 418 s.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Zanichelli, Bologna, 2014, 62 ss.; A.F. MASIERO, [L'adesione dell'Unione europea alla Cedu: profili penali](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2018, 45 ss. Si veda, inoltre, sul punto Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, in questa *Rivista*, 4 maggio 2015, con nota di S. CIVELLO CONIGLIARO, [La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada](#): la posizione della Corte EDU, in occasione di questa vicenda, risulta particolarmente

normazione interna, nell'art. 5 c.p. quale risultato della sentenza Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364¹⁶, che attribuisce concreta rilevanza al principio della conoscibilità della legge penale con la non punibilità per ignoranza inevitabile. Non è possibile, in questa sede, un maggiore approfondimento della sua portata, ma l'esigenza di osservarlo è frutto di una strada obbligata con cui Strasburgo richiama l'attenzione sulla responsabilità della giurisprudenza e sui costi di interpretazioni ondivaghe¹⁷. Più precisamente, si impone ad ogni giudice comune, anche al cospetto di casi "nuovi", come quello della più recente disciplina della colpa medica, di essere consapevole della propria responsabilità, concependo la propria decisione come un potenziale precedente per rafforzare la prevedibilità di successive decisioni di casi simili da parte di altri giudici e contribuendo alla formazione del futuro diritto vivente¹⁸. E tale compito spetta in massima parte alla giurisprudenza di legittimità in nome della funzione nomofilattica attribuitale¹⁹.

La materia della colpa medica va collocata, chiaramente, su questo sfondo corredato delle peculiarità del settore che incidono più marcatamente sulla rilevanza dell'operato giurisprudenziale. In questo ambito, la giurisprudenza ha assolto un compito essenziale sin dalle origini, tanto che fino al 2012, in assenza di un'apposita disciplina, le si doveva l'individuazione di un regime che prendesse in considerazione

chiara nell'attribuire centralità alla prevedibilità della decisione tanto da fondare su tale aspetto la violazione dell'art. 7 della Costituzione. In argomento: G. MARINO, [La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?](#), in questa *Rivista*, 3 luglio 2015, 10 s.; F. VIGANÒ, [Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU](#), ivi, 26 aprile 2016; P. MAGGIO, *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze Cedu e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 2016, 3445. Già Corte EDU Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ha delineato il diritto dell'imputato ad essere tutelato da mutamenti *in peius* della giurisprudenza; la sentenza può essere letta in questa *Rivista*, 30 ottobre 2013, con nota di F. MAZZACUVA, [La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli](#).

¹⁶ La sentenza è consultabile in [giurcost.org](#). Per ragioni di sintesi, si omette in tale sede il riferimento ai numerosi commenti, rinviando per ulteriori richiami a: R. BRICCHETTI - G. CANZIO, *Art. 5*, in M. Ronco - B. Romano (a cura di), *Codice penale ipertestuale commentato*, 4ª ed., Utet, Torino, 2012; F. GIUNTA - D. GUERRI, *Art. 5*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2014; V. PUSATERI, *Art. 5*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, 4ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2015; e, ivi, ulteriore bibliografia.

¹⁷ Va precisato che la prospettiva della Corte EDU non è protesa all'affermazione della regola del precedente vincolante, ma è tutta improntata alla massima estensione del principio di legalità, che in quel sistema nasce come principio rivolto al diritto tutto, e quindi è finalizzata alla sola pretesa che eventuali mutamenti giurisprudenziali siano prevedibili per i destinatari.

¹⁸ F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità](#), cit., 26.

¹⁹ In questa direzione si pone, ad esempio, l'introduzione, ad opera dell'art. 1, comma 66 della l. 23 giugno 2017, n. 103, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (c.d. riforma Orlando), del comma 1-bis all'art. 618 c.p.p. che prevede l'obbligo della sezione semplice non concorde con un principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite di rimettere a queste ultime la decisione, confermando così la tendenza al rafforzamento del formante giurisprudenziale anche negli ordinamenti di *Civil law* («se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso»). Sulle attuali tendenze ed esigenze della funzione nomofilattica nel settore penale: A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 246 ss.

le peculiari esigenze della materia²⁰. Negli anni successivi, essa ha mantenuto un ruolo centrale a fronte di una prima disciplina che lasciava residuare molte perplessità, ma questo è divenuto ulteriormente determinante dall'entrata in vigore dell'ultima riforma.

L'elevata responsabilità dell'interprete si coglie dalla difficoltà, da subito evidente, di individuare l'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p. ed è confermata, successivamente, dall'esito della sentenza Mariotti, non solo per il dato formale di essere giunti a una pronuncia a Sezioni unite, ma anche per quello sostanziale in quanto a questa pronuncia si deve la possibilità di applicare l'ultima disciplina; la lettura della Suprema Corte, infatti, ha confermato, a parere di chi scrive, l'assenza di un'autonoma portata innovativa della legge Gelli-Bianco, almeno sul piano penalistico, dal momento che, per poter dirimere il contrasto giurisprudenziale in atto, la Corte si è trovata costretta a recuperare elementi non presenti nel testo²¹.

Così, a seguito dell'impronta delle Sezioni unite, il testimone è passato alla giurisprudenza di merito e di legittimità: da una parte il compito dovrebbe essere più semplice in quanto la sentenza Mariotti ha tracciato la via da percorrere, dall'altra ciò che è accaduto e che accadrà dopo quella pronuncia è il vero oggetto dell'incarico della giurisprudenza.

La decisione delle Sezioni unite, infatti, non ha esaurito – né avrebbe potuto farlo – tutti gli aspetti dubbi e questi ultimi risultano disseminati nella prassi delle Corti di cui le due sentenze in commento sono espressione. Specularmente, si sta assistendo a una più che cospicua produzione scientifica in argomento, dato che induce a riflettere sull'importanza che tale sforzo chiarificatore veicoli nella giurisprudenza.

Si tenga presente, tra l'altro, che, se di norma l'efficacia giudiziaria può essere valutata sulla base del rapporto numerico tra notizie di reato e condanne definitive, tale criterio è estremamente deleterio nel settore sanitario in cui, più di altri, si pone l'esigenza di decisioni affidabili, siano esse di condanna o di proscioglimento²².

²⁰ Ci si riferisce agli orientamenti più risalenti, di cui il primo che ricavava dall'art. 2236 c.c. la necessità che il medico fosse in colpa grave per individuarne una responsabilità e il secondo che riteneva sufficiente la colpa lieve o colpa *tout court*. Per approfondimenti sul punto: E. BATTAGLINI, *La colpa professionale dei sanitari*, in *Giust. pen.*, 1953, 503 ss.; A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico chirurgico con esito infausto*, Priulla, Palermo, 1955; ID., *Medico-chirurgo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, 113 ss.; P. AVECONI, *La responsabilità penale del medico*, Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, Padova, 1981; A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Giuffrè, Milano, 1984; D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 171 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 573 ss.; G. DE SALVATORE, "Culpa levis sine imperitia non excusat": *epilogo di un dogma giurisprudenziale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1631 ss.; B. ROMANO, *Diritto penale*, cit., 94; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 10^a ed., Wolters Kluwer, Milano, 2017, 345 ss.; G. CIVELLO, *Responsabilità colposa*, cit., 705 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Giuffrè, Milano, 2018, 373 ss., 393.

²¹ Sebbene le Sezioni unite abbiano individuato nell'art. 590-*sexies* c.p. un'ipotesi di non punibilità dell'errore esecutivo per colpa lieve, dal testo dell'articolo emerge un caso di non punibilità che prescinde dal grado della colpa e, quindi, presumibilmente, riconoscibile anche in presenza di colpa grave. Qualora l'art. 590-*sexies* c.p. fosse idoneo ad essere applicato anche senza il rinvio al grado della colpa, allora quella operata dalle Sezioni unite sarebbe un'interpretazione *in malam partem* volta a ridurre l'ambito di applicazione della nuova disciplina; pertanto, proprio dall'introduzione della colpa lieve parrebbe discendere il riconoscimento da parte della Suprema Corte della mancata portata innovativa della disposizione.

²² Sul punto: M. ARDIGÒ, *L'affidabilità delle decisioni giudiziarie nella prospettiva della legge n. 24 del 2017*, in

A conferma dell'odierno rilievo del suddetto principio, nel testo della sentenza Mariotti il rinvio alla prevedibilità è ricorrente: ad esempio, nel capo relativo all'*excursus* sui canoni ermeneutici *ex art. 12 disp. prel.*, i giudici di legittimità sottolineano che all'interprete non è vietato andare oltre il significato letterale quando l'opzione ermeneutica sia preferibile o addirittura l'unica plausibile e in linea con il principio della prevedibilità del comando e ribadiscono, poco dopo, l'inaccettabilità di una lettura dell'art. 6 dettata da connotati di incertezza e imprevedibilità (§5).

Dunque, quello che occorre domandarsi è se un esercente la professione sanitaria, ad oggi, sia in grado di prevedere le conseguenze giudiziarie della sua condotta e, insieme a questo, se sia definita l'area di non punibilità, se sia chiaro cosa debba intendersi per colpa grave, se l'obbligo di conformarsi alle linee guida sia al riparo da equivoci.

3. La condotta attendista come condotta colposa e colpevole.

Nella prima pronuncia in commento (Cass. 3206/2019), le contestazioni mosse all'imputato vengono ricondotte dalla Suprema Corte al ritardo dell'intervento del medico che, sottovalutando il quadro clinico, avrebbe dapprima rimandato il suo controllo e, poi, dopo la visita domiciliare, temporeggiato per un accertamento più accurato. Allo stesso modo, nella seconda sentenza (Cass. 37794/2018), al medico è imputata la condotta attendista concretizzatasi nell'aver rimandato l'accertamento al medico curante anziché disporre il ricovero d'urgenza finalizzato a un trattamento tempestivo.

La condotta attendista, che si traduce nella sottovalutazione dell'urgenza, è estremamente difficile da valutare per due ordini di considerazioni: è complesso accertare in sede processuale sia che l'assenza del ritardo avrebbe impedito l'evento sia che il caso richiedesse un intervento tempestivo e, d'altro canto, al momento del fatto è altrettanto problematico per il medico rilevare l'urgenza del caso concreto. Quanto al primo profilo, il rischio è, innanzitutto, quello di dare luogo a un accertamento *ex post* in cui è evidente che la responsabilità colposa risulterebbe sempre sussistente; la colpa, invece, richiede di essere accertata *ex ante*, cioè dal punto di vista del patrimonio conoscitivo del soggetto al momento in cui ha agito o omesso di agire.

Inoltre, una verifica avente ad oggetto siffatta condotta è connessa alla delicata questione dell'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito, il cui inquadramento dogmatico è fortemente discusso e rispetto al quale proprio il settore dell'attività medica risulta paradigmatico. Si distinguono, in particolare, due orientamenti, di cui uno che colloca tale versante solamente entro la sfera della causalità, escludendo, dunque, la responsabilità penale in mancanza della certezza o elevata probabilità che la condotta alternativa avrebbe impedito l'evento e così riducendo macroscopicamente l'area del penalmente rilevante; e l'altro secondo cui il suddetto

Questione giustizia, 31 maggio 2017.

profilo opererebbe in sede di accertamento della colpa cosicché si combinerebbe con il parametro dell'aumento del rischio e, per riscontrarlo, sarebbero sufficienti canoni di possibilità o mera probabilità²³. Nei reati omissivi colposi, categoria nella quale rientrano i fatti qui considerati, la linea di confine si attenua in misura notevole in quanto i due accertamenti finiscono naturalmente per sovrapporsi al punto che si è sempre ritenuto²⁴, per scongiurare eccessive dilatazioni, che il riconoscimento della responsabilità debba presupporre pressoché la certezza dell'idoneità della condotta doverosa ad impedire l'evento²⁵.

In ambito sanitario il ricorso al parametro del comportamento alternativo lecito (*rectius*: comportamento alternativo corretto) ha comportato talune peculiari difficoltà, soprattutto perché ci si è chiesti in cosa debba tradursi²⁶. Andrebbe scongiurato che questo possa manifestarsi in mere *chances* con il rischio conseguente di addivenire a sentenze di condanna in cui la colpa medica possa derivare persino dalla sottrazione di una *chance* che il comportamento alternativo avrebbe concesso al paziente, pur non conoscendo cosa sarebbe accaduto qualora la diagnosi fosse stata tempestiva.

Quanto all'atteggiarsi della Corte nelle due pronunce: nel primo caso (Cass. 3206/2019), si ritiene che il comportamento alternativo corretto si incardinerebbe nella auscultazione del bambino che avrebbe consentito di cogliere i segni idonei a rivelare un interessamento polmonare da cui poi sarebbe dovuta/potuta discendere la prescrizione di ulteriori accertamenti e si considera plausibile che le condotte omissive contestate abbiano determinato le condizioni dell'evento con alto o elevato grado di probabilità logica (§ 2.6.). Nella seconda sentenza (Cass. 37794/2018), più volte ci si sofferma espressamente sul comportamento alternativo corretto, che, nel caso di specie, sarebbe stato quello di disporre il ricovero di urgenza, e lo si fa, innanzitutto, sottolineando che

²³ Il dubbio è se la c.d. causalità della colpa riguardi la causalità, la colpa o entrambe: la questione, oltre ad essere dogmatica, ha importanti conseguenze pratiche, soprattutto ai fini del coefficiente di efficacia impeditiva dell'evento riconducibile al comportamento alternativo lecito; ci si interroga in dottrina se la causalità della colpa vada esclusa solo quando è certo o anche quando è soltanto probabile che il comportamento alternativo avrebbe impedito l'evento. Per un approfondimento dei due orientamenti e delle loro diverse implicazioni: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 591 ss.; v. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 339 s. Inoltre, per un'impostazione che riconduce l'accertamento di questo interamente all'ambito dogmatico della colpa cfr.: F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.; al contrario, per una ricostruzione orientata a ricondurlo al versante della causalità cfr.: G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, 945 ss.

²⁴ Fra gli altri: M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per aumento del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32 ss., per l'ambito sanitario spec. 49 ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in M. Donini - R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013, 993 ss.

²⁵ Nei reati omissivi il giudizio controfattuale su cui si fonda l'applicazione della teoria condizionalistica si traduce in un accertamento dell'efficacia impeditiva della condotta attiva.

²⁶ Con particolare riguardo all'ambito sanitario: P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, 1224 ss., spec. 1337 ss. Inoltre, per un approfondimento sulle criticità della materia con riguardo a profili strettamente connessi a questo versante: A. PALMA, *La responsabilità colposa nelle attività in équipe*, in B. Romano (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, cit., 177 ss.; D. ZINGALES, *Le condotte penalmente rilevanti*, ivi, 39 ss.

i nuovi passaggi argomentativi imposti dall'ultima legge attengono anche alla verifica di tale aspetto (§ 1.1.); è da segnalare, poi, che qui i giudici di legittimità sganciano tale profilo dall'errore diagnostico, riconoscendo che il comportamento alternativo avrebbe dovuto essere quello di disporre il ricovero di urgenza sia nel caso di diagnosi di sospetta torsione del funicolo che nell'ipotesi di torsione (§ 3.).

Dunque, entrambe le sentenze sembrano ricondurre la questione al piano della causalità, con la differenza che nel primo caso il comportamento alternativo attiene ad un gesto prodromico che avrebbe attivato la catena causale corretta e nel secondo, invece, riguarda specificamente l'intervento tempestivo; quest'ultima ipotesi desta maggiori dubbi sul rispetto delle garanzie della professione sanitaria viste le difficoltà di introdurre nel decorso causale una condotta non attendista.

L'impiego di questo criterio cela intrinsecamente il pericolo di un grave *vulnus* alle garanzie costituzionali, in primo luogo a quella di cui ci si sta occupando, ossia il principio di legalità nella veste di prevedibilità della decisione. Poiché ancora oggi non esistono ragioni di teoria generale che consentano di escludere radicalmente uno dei due orientamenti esposti, ne discende che anche qui il ruolo della giurisprudenza sia fondamentale e molto dipende dalle esigenze politico-criminali da cui è guidata, esigenze che in materia dovrebbero essere in mutamento²⁷.

Atteso che quella attendista è una condotta di inquadramento intrinsecamente complesso, va da sé che le difficoltà aumentano quando si osserva che nelle sentenze in esame la medesima condotta è qualificata diversamente in relazione ai profili di colpa generica.

Il ritardo dell'intervento del pediatra, infatti, è ricondotto a negligenza (Cass. 3206/2019, § 2.1.); quanto al comportamento attendista del medico del Pronto soccorso, questo è definito dapprima «colpa specifica per negligenza» e poi «colpa per imprudenza, negligenza ed imperizia» tanto che è la stessa sentenza a parlare di «un'oscura sovrapposizione terminologica» (Cass. 37794/2018, § 7.1.).

Tale profilo non è secondario dal momento che l'art. 590-*sexies* c.p. limita la sua sfera di intervento alle condotte imperite e, poiché le stesse Sezioni unite non hanno ritenuto di superare questo limite, la disposizione non opererebbe nei casi di negligenza e imprudenza.

L'imperizia è sempre stata ancillare al tema della colpa medica dal momento che già la giurisprudenza che precedeva il decreto Balduzzi aveva tentato di circoscriverne l'ambito di estensione a questa²⁸; tuttavia, è naturale che la questione abbia acquistato

²⁷ Da un criterio improntato unicamente alla tutela del paziente si sta lentamente transitando verso la consapevolezza di dover garantire adeguata tutela all'esercente la professione sanitaria per la miglior tutela del diritto alla salute. Sul punto, tra gli altri: A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 374 ss. Inoltre, per un sguardo allo sfondo dell'ultima riforma: C. CUPELLI, *La responsabilità colposa*, cit., 77 s.

²⁸ La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 2236 c.c. in ambito penalistico, aveva affermato che, ai fini di non configurare violazioni del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. rispetto ad altre professioni, la limitazione di responsabilità potesse riconoscersi in ambito sanitario nel solo caso di violazione di regole di perizia in Corte cost., 29 novembre 1973, n. 166, consultabile in *giurcost.org*. La tesi era stata poi rafforzata dalla giurisprudenza, segnatamente, in Cass., sez. IV, 24 gennaio 2013, n.

maggiore rilevanza da quando il legislatore ha codificato tale limite. Mentre, in precedenza, ci si domandava se ricondurre l'esenzione di responsabilità alla sola imperizia o meno e si registravano orientamenti discordi²⁹, oggi, avendo il legislatore sciolto tale dubbio, ci si interroga circa i significati del riferimento all'imperizia.

La difficoltà di delinearne una nozione discende dal dettato codicistico dell'art. 43 c.p. che si limita ad accostare i tre profili di colpa generica senza dare luogo a distinzione alcuna. Per tradizione, essa è stata definita la violazione di regole tecniche o *leges artis* così da rappresentare l'ipotesi di colpa generica più prossima all'esercizio di una professione³⁰, ma le perplessità principali si sono annidate intorno al rischio di concedere un eccessivo potere discrezionale all'organo giudicante dato il carattere elastico di una siffatta nozione. La più pericolosa degenerazione, infatti, è che l'imperizia finisca per divenire una sorta di elemento normativo strumentale da cui far dipendere la volontà di riconoscere o meno l'esenzione di responsabilità per il medico; a tal proposito, si è parlato, ad esempio, di imperizia mascherata per indicare tutti quei casi – non pochi – in cui condotte imperite sono ricondotte a negligenza o imprudenza³¹. Ebbene, oggi questo timore appare più che fondato.

La logica della nuova disposizione risiede nell'idea che il rischio connaturato alla professione medica sia più facilmente governabile nei casi di negligenza e imprudenza e, in subordine, che un errore relativo a questi profili non possa essere giustificabile; tra le numerose obiezioni opponibili a tali considerazioni, va dato peso, in particolar modo, alla circostanza che spesso, in concreto, i tre profili si presentano combinati tra loro, come nei casi in esame. Del resto, persino nella vicenda sottoposta alle Sezioni unite, 21 dicembre 2017 - 22 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti, l'imputazione atteneva a una condotta attendista che veniva contestata in quanto comportamento congiuntamente negligente, imprudente e imperito³².

11493, Pagano, in *C.E.D. Cass.*, n. 254756, e poi anche da Corte cost., ord. 6 dicembre 2013, n. 295, che si può leggere in *Cass. pen.*, 2014, 862 ss.

²⁹ Cfr.: T. CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e applicazione delle "linee guida" e responsabilità penale del medico*, in *Cass. pen.*, 2012, 547 ss., spec. 552 s.; S. BELTRANI, *La mancata considerazione delle regole di perizia non rappresenta una corretta soluzione dei casi*, in *Guida dir.*, 17/2013, 27 ss.; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2013, 2999 ss., spec. 3006 s.; G.M. CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia gli orizzonti applicativi della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1147 ss. In giurisprudenza le prime aperture orientate a superare il limite dell'imperizia si sono registrate, tra le altre, in *Cass.*, sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri, in questa *Rivista*, 27 giugno 2016, con nota di C. CUPELLI, [La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione \(e i rischi della riforma alle porte\)](#), e in *C.E.D. Cass.*, n. 266904; *Cass.*, sez. IV, 16 novembre 2015, n. 45527, in *C.E.D. Cass.*, n. 264897. Si segnalano, inoltre, *Cass.*, 8 maggio 2015, n. 22405, Piccardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 263736, e *Cass.*, 20 marzo 2015, n. 16944, Rota, in *C.E.D. Cass.*, n. 233389, per constatare la relatività della definizione di condotta imperita.

³⁰ Sul punto, a titolo esemplificativo: M. GALLO, *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, 641; F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, Torino, 1988, 308; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, 461; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 572; B. ROMANO, *Diritto penale*, cit., 359.

³¹ C. CUPELLI, [La colpa lieve del medico](#), cit., 4.

³² Il fatto riguardava un neurochirurgo, in servizio presso un ambulatorio, al quale veniva addebitata la condotta omissiva tradottasi nell'omissione della diagnosi tempestiva della sindrome da compressione della

Questo punto, allora, offre l'occasione per tornare a soffermarsi sul dettato complessivo della l. 8 marzo 2017, n. 24; dall'introduzione del limite all'imperizia potrebbe desumersi una portata innovativa dell'ultima riforma, ma, se così fosse, il *novum* dell'ultimo intervento sarebbe individuato in contrasto con le intenzioni stesse del legislatore dal momento che l'imperizia – così intesa – riduce l'ambito di applicazione dell'esenzione di responsabilità rispetto alla disciplina precedente e, al contrario, è ben noto che l'intenzione dichiarata fosse quella di una riforma che potesse finalmente dare un'adeguata tutela agli esercenti la professione sanitaria.

Pertanto, ci si chiede se interpretare alla lettera questo requisito sia la soluzione da preferire: un'alternativa prospettabile potrebbe essere quella di intendere la suddetta mobilità dei profili di colpa generica a beneficio dell'operatore sanitario, interpretando l'imperizia in chiave evolutiva quale mero riferimento all'attività professionale e richiamo alle regole dell'arte in senso ampio³³. Del resto, se si evolvono concetti come quello di "buon costume"³⁴, può supporre che i decennali dibattiti in materia abbiano condotto a un nuovo significato di "imperizia". A tale esito le Sezioni unite non sarebbero potute pervenire, innanzitutto perché mosse dal tentativo di individuare una benché minima portata innovativa della disposizione e, in secondo luogo, perché era necessario, ai fini di dirimere il contrasto interpretativo, soffermarsi su aspetti che apparivano di maggiore importanza; d'altra parte, non si leggono nella sentenza Mariotti specifiche ragioni sull'interpretazione della nozione e il modo in cui questa debba essere letta è dato, in qualche misura, come presupposto.

Alla luce di quanto detto, allora, alla giurisprudenza successiva non erano posti vincoli per approfondimenti del versante, né soprattutto essa era esentata dall'individuazione di un orientamento comune sul suo inquadramento. Con riguardo alla condotta attendista questo passo non sembra essere avvenuto.

Dunque, sarebbero due le vie percorribili: la prima è quella di avallare l'idea di un'interpretazione evolutiva secondo cui con "imperizia" il legislatore avrebbe inteso solo sottolineare che si ha riguardo a un'attività professionale; la seconda, qualora si volesse proseguire lungo la via più tradizionale, davanti al dispiegarsi di intensi dibattiti su cosa sia l'imperizia, è quella della ricerca volta a individuare quali siano le condotte imperite, quantomeno a beneficio della prevedibilità.

cauda equina con il conseguente differimento di un intervento chirurgico che, invece, sarebbe dovuto avvenire di urgenza ai fini di impedire gli effetti negativi manifestatisi sul paziente.

³³ 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.*, 2/2017, 15, sostiene che il legislatore potrebbe avere dato luogo a una metonimia così da includere anche la negligenza e l'imprudenza entro l'imperizia.

³⁴ È uno degli esempi classici di nozione che il giudice deve ricavare in via interpretativa cercando di cogliere la sensibilità della comunità di riferimento. Sul punto: G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Cedam, Padova, 1984; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2016.



5/2019

4. L'errore diagnostico e la sua esclusione dalla disciplina a tutela del medico.

Nelle due sentenze analizzate l'errore medico si concreta, oltre che in una condotta attendista, nell'errata diagnosi, derivante in un caso dall'omessa individuazione del quadro clinico di polmonite in atto (Cass. 3206/2019) e nell'altro dall'aver dimesso il paziente omettendo accertamenti doverosi (Cass. 37794/2018).

Anche il concetto di "errore diagnostico" è di difficile inquadramento in quanto include non solo l'ipotesi in cui il medico – per la presenza di più sintomi – giunga ad una lettura erronea della patologia, ma anche quella in cui non riesca a tradurre il caso clinico in una patologia nota alla comunità scientifica oppure ometta di disporre o eseguire accertamenti doverosi per una corretta formulazione della diagnosi; quest'ultima eventualità, che attiene ad entrambe le pronunce, fa ben comprendere quanto il campo dell'errore diagnostico si presenti potenzialmente vasto e ricco di implicazioni.

Nella prassi, non è raro che ad un errore di tal genere consegua l'addebito all'esercente la professione sanitaria dell'evento dannoso, in specie morte o lesioni personali, ritenendo sussistente la responsabilità di questi anche quando l'omissione si limiti a contribuire alla progressione del decorso della patologia. Del resto, si tratta di uno dei risultati della sentenza Franzese – determinante in tema di nesso causale e non a caso relativa anch'essa all'ambito sanitario – nella quale le Sezioni unite ritengono configurabile il nesso causale anche quando si accerti che l'evento sarebbe avvenuto in un momento significativamente posteriore o con minore intensità³⁵.

L'errore diagnostico, dal punto di vista della veste giuridica rispetto all'ultima riforma, è un errore sulla scelta delle linee guida; a riguardo, la realtà delle professioni sanitarie con cui il quadro normativo è chiamato a confrontarsi fa emergere che l'individuazione delle *guidelines* cui conformarsi spesso presenta un carattere dinamico che richiede di verificare – caso per caso, momento per momento – i riscontri provenienti dal paziente e, talvolta, persino le linee guida stesse suggeriscono un cambiamento di percorso in presenza di talune circostanze. Nel caso in cui il medico, ad esempio, abbia prescritto un farmaco secondo una linea guida correttamente selezionata e, nel corso del trattamento, si ponga l'esigenza di interrompere la somministrazione a causa di una

³⁵ Cass., S.U., 10 luglio 2002 - 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, in *Cass. pen.*, 2003, 1176 ss., con nota di R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*. Per una definizione dell'errore diagnostico: Cass., sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 46412, in *C.E.D. Cass.*, n. 242250. Segnatamente, in Cass., sez. IV, 19 luglio 2017 - 8 novembre 2017, n. 50975, in *Quotidiano giuridico*, 17 novembre 2017, con nota di A. SCARCELLA, *Colpa medica: responsabile il medico che ritarda la diagnosi o fa perdere chances terapeutiche*, i giudici di legittimità sostengono che non possa escludersi la responsabilità del medico che non si attivi colposamente e che contribuisca così con il suo errore diagnostico a che il paziente non venga prima possibile a conoscenza di una patologia tumorale, qualora alla luce di un giudizio controfattuale vi è l'elevata probabilità logica che il ricorso a taluni rimedi terapeutici e chirurgici avrebbe comportato un allungamento della vita, pur a fronte della morte ritenuta inevitabile. Peraltro, tale ampia lettura dell'errore diagnostico è stata confermata anche più recentemente in Cass., sez. IV, 22 giugno 2018 - 19 ottobre 2018, n. 47748, § 4, che si può leggere in P. PIRAS, [L'accertamento della colpa medica](#), cit.

complicazione *ab origine* imprevedibile, la linea di confine tra errore esecutivo, oggi oggetto dell'esenzione, ed errore diagnostico, oggi privo di copertura normativa, parrebbe estremamente sottile³⁶.

Malgrado le criticità suddette, le attenzioni si sono focalizzate sull'errore esecutivo sin dai primi dibattiti in materia; inizialmente, tale tendenza era dovuta al maggiore interesse per l'ambito chirurgico, ambito da cui trae origine il tema della colpa medica e rispetto al quale l'errore più ricorrente è proprio quello esecutivo. Tuttavia, quello dell'errore diagnostico è un campo che è rimasto scoperto anche in tempi più prossimi, poiché l'ambito di applicazione del decreto Balduzzi è stato ricondotto in via interpretativa al solo profilo dell'imperizia e la legge Gelli-Bianco opta espressamente per questo limite, finendo così per riguardare il solo errore esecutivo.

Il dibattito giurisprudenziale sull'art. 590-*sexies* c.p., poi, si è concentrato meramente su quest'ultimo fronte, per di più restrittivamente inteso come errore sui mezzi di esecuzione; tant'è che, come già anticipato, la Cassazione aveva, con la sentenza Tarabori, escluso la non punibilità dell'errore esecutivo ravvisando in questa eventualità un profilo di illegittimità costituzionale *ex art. 32 Cost.* e con la sentenza Cavazza era giunta a leggere nella nuova disposizione un'ipotesi di non punibilità proprio dell'errore esecutivo. Considerato l'oggetto del contrasto tra le sezioni semplici, le Sezioni unite non avrebbero potuto fare altrimenti che pronunciarsi solo su tale aspetto e così avevano chiuso il cerchio occupandosi, ancora una volta, dell'errore esecutivo e ritagliando, a partire da questo, la sfera di non punibilità per colpa lieve. Da questi presupposti è maturata l'idea (giustificata) secondo cui la legge intendesse introdurre una possibile esenzione di responsabilità unicamente per tale profilo.

Ricondurre l'esenzione di responsabilità del medico al solo errore esecutivo comporta, innanzitutto, l'impiego di una categoria sfumata e, dunque, significa affidare l'esito *in toto* alla giurisprudenza con il rischio che errori esecutivi siano tramutati in diagnostici e viceversa; tra l'altro, si introdurrebbe nella fattispecie dell'art. 590-*sexies* c.p. un ulteriore elemento di *discrimen* apparentemente non presente e idoneo a sovraccaricare una disposizione già articolata.

A ben vedere, la l. 8 marzo 2017, n. 24, a parere di chi scrive, si presta in minor misura all'individuazione di questo limite in quanto, a chiusura dell'art. 590-*sexies* c.p., pone la clausola di adeguatezza alle specificità del caso concreto con cui può offrire l'occasione di aprirsi per la prima volta anche all'errore diagnostico. A tal proposito, in Cass. 37794/2018, merita un cenno la circostanza che, pur in presenza di un errore diagnostico, tecnicamente esterno all'ambito di applicazione dell'esenzione, la Cassazione ritiene comunque necessario il raffronto con le linee guida e l'esatto

³⁶ Sul punto: G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, [La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni unite](#), cit., 28. Di questo limite sono ben consapevoli anche le Sezioni unite, come si legge dal § 9 della sentenza Mariotti: «Le fasi della 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, con valenza addirittura decisiva [...]».



5/2019

inquadramento approfondito della condotta secondo i passaggi imposti dall'attuale disciplina.

Da ultimo, ma non per importanza, occorre considerare che il soggetto da tutelare non dovrebbe essere l'esercente la professione sanitaria in quanto tale, bensì quello che svolge la professione affrontando i rischi che questa gli riserva con capacità e professionalità; prevedere la non punibilità del solo errore esecutivo lascia privo di tutele il professionista che opera in scienza e coscienza e che, anche nel tentativo di ricercare la miglior cura, è quello che incorre o può incorrere più probabilmente in errori diagnostici.

5. Le linee guida e il rapporto con il sapere scientifico.

Il *leitmotiv* del decreto Balduzzi, prima, e della legge Gelli-Bianco, poi, è rappresentato dalla centralità delle linee guida, ossia le raccomandazioni di comportamento clinico a cui il medico dovrebbe attenersi nell'esercizio della professione e su cui si è modellata, in entrambi i casi, l'esenzione di responsabilità. Il decreto Balduzzi le introduceva per la prima volta nel dato normativo all'art. 3 e faceva dipendere dalla conformità ad esse, insieme alla colpa lieve, la non punibilità dell'esercente la professione sanitaria. La legge 8 marzo 2017, n. 24, oltre ad averle menzionate, pur senza conferirvi la centralità della disciplina anteriore³⁷, ne ha innalzato il livello di attendibilità mediante l'introduzione di un *iter* di accreditamento ministeriale; l'art. 6 della legge, infatti, va letto contestualmente all'art. 5 che stabilisce che le linee guida devono essere elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati, da società scientifiche e associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco, i cui parametri per la creazione sono indicati al comma successivo, e prosegue incaricando il Sistema nazionale delle linee guida di funzioni di monitoraggio e indicando le modalità di pubblicazione. Inoltre, l'art. 590-*sexies* c.p. attribuisce un ruolo sussidiario alle buone pratiche clinico-assistenziali alle quali il medico dovrà conformarsi in mancanza delle prime³⁸.

Il ruolo delle linee guida, tuttavia, è un altro punto sul quale la giurisprudenza non è univoca: nella pronuncia relativa al pediatra (Cass. 3206/2019), si leggono solo generici riferimenti agli studi scientifici (§ 2.6.) e in numerosi passaggi è come se il riscontro con quanto stabilito dalla comunità scientifica venisse dato per scontato, ragion per cui si tralascia di indicare espressamente le regole dell'arte rilevanti e addirittura non si menzionano mai le linee guida (§§ 2.1., 2.4.).

Molto diverso è l'approccio dell'altra decisione (Cass. 37794/2018), nella quale il mancato approfondimento delle linee guida è tra le principali ragioni per cui si giunge

³⁷ A causa della presenza della suddetta clausola di adeguatezza alle specificità del caso concreto.

³⁸ Oggi si ritiene che siano proprio le buone pratiche a consentire l'applicazione della nuova disposizione vista la pubblicazione in corso d'opera delle linee guida «come definite e pubblicate ai sensi di legge», secondo quanto stabilito dall'art. 6 della l. 8 marzo 2017, n. 24. Da qui in poi, pertanto, quando si parlerà di "linee guida" si intenderà fare riferimento anche a queste.

a cassare la sentenza impugnata. Qui, la Suprema Corte sostiene che sarebbe ravvisabile un vizio di motivazione qualora una sentenza in materia si limitasse a richiamare affermazioni dei periti prive di rinvii a linee guida e protocolli; le linee guida vanno non solo prese in considerazione quale parametro del giudizio colposo, ma devono essere citate esplicitamente quelle che rilevano per il caso concreto. Si legge: «Una motivazione che tralasci di indicare se il caso concreto sia regolato da linee guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, di valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri [...] non può, oggi, essere ritenuta satisfattiva né conforme alla legge» (§ 1.2.). I *considerata* proseguono, peraltro, con un ampio approfondimento sulle *guidelines* al punto che i giudici di legittimità accennano anche alla mancata pubblicazione di quelle ufficiali (§ 8.). Ancora in questa sentenza, la Suprema Corte precisa che all'epoca dei fatti di causa, sebbene non ci si trovasse ancora sotto la vigenza della legge Gelli-Bianco, era già in vigore la disciplina Balduzzi e, dunque, la decisione di appello avrebbe dovuto dare atto comunque della valutazione della condotta in relazione alle linee guida (§ 6.1.). Quest'ultima osservazione cela un potenziale importante in quanto è indicativa dell'obbligo, ormai inderogabile, di attribuire rilievo alle linee guida in ogni caso e soprattutto di darne contezza in motivazione.

Il risultato cui si perviene in entrambe le sentenze è quello di valutare la condotta del medico alla luce del dato scientifico, ma è differente il percorso seguito e questo diverso *modus procedendi*, in un settore così delicato, può fare la differenza, soprattutto per quanto riguarda il punto da cui si è preso avvio, ossia la prevedibilità delle decisioni giudiziarie; è chiaro che una cosa è che la decisione si soffermi sulle linee guida prese in considerazione e su quelle che si assumono essere state violate o meno, altra è che alluda semplicemente alle risultanze scientifiche. Non è incontrovertibile che l'esito del primo percorso argomentativo sia preferibile, ma quantomeno pone il destinatario nelle condizioni di comprendere il perché delle conseguenze della sua condotta³⁹.

La centralità delle linee guida fa emergere, tra l'altro, che nei procedimenti per responsabilità medica occorre sempre fare i conti con il rapporto tra processo e scienza.

Una vicenda sanitaria, infatti, non rappresenta solo un caso giudiziario, ma un "caso clinico-giudiziario"⁴⁰. Si tratta, evidentemente, di procedimenti in cui il giudice deve misurarsi con un sapere extragiuridico; basti pensare che per poter valutare la conformità della condotta alle linee guida occorre, prima di tutto, accostarsi ai testi che le contengono, i quali sono già documenti specialistici. Per queste ragioni, egli dovrà avvalersi di esperti e la l. 8 marzo 2017, n. 24, compie il tentativo di costruire solide basi in tal senso all'art. 15 in cui regola la nomina dei periti in tali giudizi, prevedendo un

³⁹ Si segnala, sebbene si tratti di una sentenza pronunciata nell'ambito di un giudizio civile, Trib. Tivoli, 14 febbraio 2019, spec. § 2.3., che recentemente ha assunto un approccio critico nell'affermare che le linee guida non esonerano il giudice dal verificare se le circostanze del caso concreto esigessero una condotta differente, dando prova di un'attenta analisi dello strumento in questione. La sentenza può essere letta nel sito dell'Associazione medici e dirigenti SSN www.anaao.it; sul punto, inoltre, *Il rispetto delle linee guida va sempre rapportato al caso concreto*, in *Rivista Responsabilità medica*, 19 marzo 2019.

⁴⁰ Per questa espressione: M. ARDIGÒ, *L'affidabilità delle decisioni giudiziarie*, cit.

incarico collegiale, indicando in maniera precisa i requisiti di cui questi devono essere in possesso e incidendo anche sulla revisione dei relativi albi professionali ai fini di consentire un'accurata verifica della loro competenza ed evitare la concentrazione di incarichi⁴¹. Peraltro, si segnala che il 24 maggio 2018 è stato sottoscritto un protocollo di intesa tra il Consiglio Superiore della Magistratura, il Consiglio Nazionale Forense e la Federazione Nazionale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri per l'armonizzazione dei criteri di formazione degli albi alla luce del suddetto articolo⁴². L'obiettivo è quello di limitare la discrezionalità del giudice su tale fronte e di elevare la dignità del sapere scientifico-processuale, ma ciò non fa venir meno che la prova scientifica soggiace alle comuni regole del processo penale e, pertanto, la decisione finale spetta comunque al giudice. Quest'ultimo è chiamato a svolgere, oltre alle sue tradizionali funzioni, anche quella di *peritus peritorum*, ossia è tenuto a effettuare delle verifiche che gli consentano di selezionare la buona scienza alla luce dei criteri provenienti dalla giurisprudenza statunitense *Daubert* e recepiti da quella italiana nella sentenza Cozzini⁴³; per l'espletamento di tale funzione gli si richiede una competenza di secondo grado che si sostanzia nella valutazione dei metodi e dei criteri adoperati dal perito, il quale, invece, deve essere titolare di competenze specialistiche⁴⁴. L'organo giudicante assurge così al ruolo di *gate keeper*, guardiano del processo, poiché, selezionando l'ingresso dei saperi specialistici, stabilisce a quali dati aprire la porta del processo penale.

Nella sentenza relativa alla condotta del pediatra (Cass. 3206/2019), dal primo motivo di ricorso, cioè la nullità della sentenza a seguito della mancata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, sembra volersi contestare una sorta di pregiudizio della

⁴¹ In argomento: D. ASCHERO, *La perizia nei giudizi di colpa medica*, 2017, in www.corteappello.genova.it; S.E. ALIFEROPULOS - A. DE COSMO, *Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti*, in G. Alpa (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, cit., 492 ss.

⁴² Il protocollo è consultabile in www.csm.it.

⁴³ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, in *Politeia*, 2003, 84 ss., con nota di M. TALLACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile*; Cass., sez. IV, 17 settembre 2010 - 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini, in *Cass. pen.*, 2011, 1679 ss., con nota di R. BARTOLI, *Le condizioni per l'affermazione della responsabilità penale per le morti e le malattie professionali per esposizione ad amianto*. Per l'attendibilità di un'ipotesi di carattere scientifico, alla luce dei criteri riconosciuti, si richiede che questa: abbia superato tentativi falsificazione; sia stata oggetto di riscontri empirici; ne sia nota la percentuale di errore; sia stata oggetto di divulgazione nella comunità scientifica di riferimento; abbia un diffuso consenso nella medesima comunità scientifica. Particolarmente attente alla valutazione della prova scientifica si mostrano, di recente, Cass., sez. IV, 16 novembre 2018, n. 412, e Cass., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 47748, che si possono leggere in P. PIRAS, [L'accertamento della colpa medica](#), cit.

⁴⁴ In argomento: O. DI GIOVINE, *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza (con particolare riguardo alla responsabilità medica)*, in *Indice pen.*, 2004, 1115 ss.; C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 29 ss.; G. CANZIO, *I nuovi confini del diritto alla salute e della responsabilità medica*, in *Giur. it.*, 2014, 2082 ss.; G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè, Milano, 2019; G. DI CHIARA, *Il contributo peritale e il ruolo dell'esperto*, in B. Romano (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, cit., 275 ss. Specificamente sulla funzione del giudice: G. CARLIZZI, [Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2017, 27 ss. Per una prospettiva medico-legale circa il ruolo della prova scientifica nel processo penale: P. PROCACCIANTI - E. VENTURA SPAGNOLO - C. SORTINO, *Una riflessione medico-legale sulle linee guida di cui alla c.d. "Balduzzi": la metodologia nell'accertamento del nesso causale in penale. Ruolo della perizia nel processo penale*, in *Il valore dell'uomo*, 2014, 1 ss.

pronuncia di appello in quanto si dice che «i giudici di merito hanno fondato il giudizio di colpevolezza su proprie deduzioni prive di riscontro atto a dimostrare che la condotta positiva diversa avrebbe avuto efficacia salvifica»; secondo il ricorrente, solo una perizia medico-legale avrebbe consentito di superare i dubbi rilevati dai consulenti di parte relativamente allo stato dell'infante al momento della visita, con particolare riguardo all'incertezza della temperatura corporea e alla presenza delle manifestazioni petecchiali⁴⁵. I giudici di legittimità definiscono, invece, superflua e comunque non decisiva un'ulteriore perizia e, quindi, qui tale aspetto è esaurito sul piano della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. Tale tipo di approccio sembra rientrare in una delle variabili possibili del rapporto giudice-perito, ossia quella che più si lega all'idea storica per cui la perizia in ambito medico «si colloca in un'area di confine che interseca, frequentemente, l'area di spettanza del magistrato. Questa tipologia di attività spesso finisce per “fare sentenza”. Infatti non vi è dubbio che fornire ai giudici, [...], anche elementi valutativi in termini di condotta del sanitario [...] significa penetrare nell'intimo del processo e spesso condizionarlo in modo decisivo»⁴⁶; l'immagine è quella del giudice che si affida pienamente al dato scientifico e al tempo stesso vi si rifugia, ma proprio questo spaccato è rivelatore di una verità che la seconda sentenza invita, al contrario, ad arginare.

In Cass. 37794/2018, la Suprema Corte, utilizzando un metodo all'insegna dell'interazione medico-giudiziale, dà ripetutamente contezza, oltre che delle linee guida come sopra riportato, anche dell'operato dei periti rifacendosi nei passaggi argomentativi al contenuto della perizia e al parere degli esperti (tra gli altri, cfr. §§ 2.1., 2.2.) e, per l'appunto, evidenzia che le linee guida non esauriscono il sapere scientifico che «deve» trovare ingresso nel processo (§ 8.1.). Inoltre, detta sentenza, quando chiarisce gli aspetti che una motivazione conforme alla legge deve prendere in considerazione, aggiunge che il giudice, oltre a individuare le linee guida rilevanti, deve altresì chiarirne l'inquadramento per il giudizio di colpa, ma soprattutto specificarne la natura di regola cautelare o di regola di giudizio della perizia del sanitario (ancora § 8.1.), con ciò confermando l'obbligo dell'organo giudicante di esercitare le competenze di secondo grado di cui sopra e di proferire l'ultima parola sul sapere scientifico, linee guida comprese.

Dal divieto di porsi in modo sterile di fronte ai saperi specialistici, discende per la giurisprudenza un ulteriore carico di responsabilità⁴⁷. Da parte del legislatore quantomeno l'intenzione sembra essere presente, secondo quanto emerge dalle anzidette previsioni; al momento, invece, occorre attendere che la giurisprudenza sia

⁴⁵ In particolare, il motivo di ricorso si riferisce alla violazione dell'art. 603, comma 1, c.p.p. con riguardo alla mancata assunzione su richiesta di parte di prove ritenute – a detta del ricorrente – decisive per la decisione: l'esame della madre del bambino in qualità di teste e, soprattutto, una perizia medico-legale per l'accertamento della situazione del paziente al momento dell'intervento del pediatra.

⁴⁶ P. PROCACCIANTI - E. VENTURA SPAGNOLO - C. SORTINO, *Una riflessione medico-legale sulle linee guida di cui alla c.d. “Balduzzi”*, cit., 1.

⁴⁷ «Il giudice non è più debitore del perito che rivela leggi scientifiche»: C. CONTI, *Iudex peritus peritorum*, cit., 30.

pronta, unanimemente, a dare credito alla scienza, attribuendo adeguata importanza ai saperi specialistici, ma assumendo su di sé l'ultima parola su di essi.

6. La colpa grave: una nozione dai labili confini.

L'idea di fondare sulla graduazione della colpa la responsabilità del medico e le eventuali esenzioni è sempre stata il fulcro dei dibattiti sul tema. Secondo questa prospettiva, la colpa grave dovrebbe operare in nome dell'esigenza di circoscrivere la rilevanza penale della colpa medica, trattandosi di un settore in cui occorre un bilanciamento tra il controllo penale e un adeguato margine di libertà di azione dell'esercente la professione sanitaria⁴⁸.

In un bilancio non si potrebbe fare a meno di osservare che l'unica costante, dalle soluzioni originarie a quelle attuali, è stata proprio la graduazione della colpa; ciononostante, si ha a che fare con un elemento che, insieme alle considerevoli potenzialità, ha portato con sé grandi incertezze in dottrina e giurisprudenza. Com'è noto, l'impiego della graduazione della colpa quale canone su cui fondare il giudizio di responsabilità proviene dal diritto civile e, più precisamente, dall'art. 2236 c.c. da cui si è ricavata la prima regola in tema di colpa penale del medico⁴⁹. Il diritto penale, invece, adopera il grado della colpa con finalità del tutto differenti all'art. 133 c.p., dove questo figura come uno degli indici di cui il giudice deve tenere conto ai fini della commisurazione della pena; pertanto, una volta accertata la sussistenza della colpa, è la sola pena a variare in relazione al grado di essa⁵⁰.

La maggior parte dei tentativi di adoperare la graduazione della colpa per l'*an respondeatur* si sono limitati a cercare di adattare la teoria privatistica al diritto penale, passaggio che sarebbe stato più semplice se il dettato codicistico non avesse contenuto alcun riferimento al grado della colpa poiché la previsione dell'art. 133 c.p. ha sempre indotto a pensare che l'intenzione del legislatore al riguardo fosse chiara e non vi si potesse contravvenire⁵¹.

⁴⁸ In tal senso, tra gli altri: S. ALEO, *Responsabilità penale per colpa professionale medica*, cit.; B. ROMANO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, cit., 13 ss.

⁴⁹ Sul ricorso all'art. 2236 c.c. nella sfera penalistica: v. *supra* nota 21. Inoltre, a fronte delle criticità di una diretta applicabilità del precetto al settore penale, la giurisprudenza ha sempre adottato la suddetta disposizione quale regola di esperienza e criterio di razionalità del giudizio. Cfr. sul punto: Cass., sez. IV, 12 novembre 2011, n. 4391, Di Lella, in *C.E.D. Cass.*, n. 251941; Cass., sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Montalto, in *C.E.D. Cass.*, n. 251960; Cass., sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, Buggè, in *C.E.D. Cass.*, n. 237875 e, soprattutto, anche in Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti, spec. § 10.1, la Cassazione è tornata a ribadire l'ormai avvenuto riconoscimento della valenza della disposizione quale «principio di razionalità e regola di esperienza».

⁵⁰ Sul consueto impiego del grado della colpa in materia penale: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 603, 794 ss.; B. ROMANO, *Diritto penale*, cit., 359, 438; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 351 ss., 768 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale*, cit., 392 s., 699 ss.

⁵¹ In tema di attinenza del grado della colpa al giudizio di colpevolezza e per una panoramica sulle ipotesi di colpa grave presenti nell'ordinamento italiano cfr.: D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 345 ss. e 544 ss.; spec. 544, in cui si menziona un caso in cui il grado della colpa è stato impiegato nel

Peraltro, non può sottacersi come la questione si intrecci con le due concezioni della colpevolezza: nel caso della concezione normativa, secondo cui la colpa si sostanzia in un atteggiamento diverso da quello imposto dalla norma, risulta automatico pensare a una graduabilità, mentre è meno immediata l'idea per la concezione psicologica, per la quale la colpa si traduce nel rapporto psichico tra l'agente e la sua condotta⁵².

Pur volendo ammettere la graduazione della colpa in materia di responsabilità medica, la principale perplessità riguarda la scelta dei parametri ai quali ancorare la variazione del grado della colpa. Il più importante punto di approdo a proposito è stato raggiunto con la sentenza Cantore nella quale la Cassazione ha fatto propria l'idea del giudizio di colpa quale giudizio graduabile composto di due fasi, di cui una a carattere obiettivo volta ad accertare il disvalore normativo e una seconda caratterizzata da una valutazione subiettiva al fine di verificare il significato della violazione in rapporto alla personalità del soggetto⁵³. Il presupposto da cui tale tesi muove è che non sia sufficiente che l'agente abbia tenuto un comportamento contrario a quello che avrebbe dovuto tenere, ma occorre altresì che tale condotta sia difforme da quella che avrebbe potuto tenere. Così facendo, si perviene a un giudizio che investe l'autore del reato mediante una valutazione complessiva della situazione normativa e del suo modo di essere personale⁵⁴. Il grado della colpa, in questi termini, svolgerebbe la funzione di "grimaldello" per il passaggio del giudizio sulla condotta del soggetto dal livello del fatto illecito a quello della colpevolezza⁵⁵.

Su tali basi, l'arduo compito di individuare gli indici per graduare la colpa è stato riservato alla giurisprudenza che recentemente è giunta a scolpirli in maniera più precisa, riconoscendo tra questi il grado di specializzazione del soggetto, la situazione ambientale in cui il professionista opera, le ragioni di urgenza, il livello di atipicità della situazione, l'oscurità del quadro clinico⁵⁶.

Sebbene il testo dell'art. 590-*sexies* c.p. non rinvii più, a differenza della norma che l'ha preceduto (art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, c.d. decreto Balduzzi, convertito con modifiche in l. 8 novembre 2012, n. 189), al grado della colpa, si deve alle

diritto penale con una funzione assimilabile a quella civilistica e non riconducibile alla sola dosimetria della pena, vale a dire quello del reato di bancarotta semplice di cui all'art. 217, comma 1, l. fall. (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) per l'integrazione del quale la legge richiede che l'imprenditore abbia compiuto operazioni di «grave imprudenza» per ritardare il fallimento.

⁵² Per un quadro complessivo sulle due concezioni cfr.: G. FIANDACA, *Diritto penale*, cit., 330 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 278 ss.

⁵³ Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013 - 9 aprile 2013, n. 16237, Cantore, in questa *Rivista*, 11 aprile 2013, con nota di F. VIGANÒ, [Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione](#).

⁵⁴ La tesi abbracciata dalla Suprema Corte è riconducibile a T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819 ss., spec. 876 ss.

⁵⁵ Per l'espressione: D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in M. Donini - R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 200.

⁵⁶ Tra le altre, Cass., sez. IV, 11 maggio 2016 - 6 giugno 2016, n. 23283, Denegri, in questa *Rivista*, 27 giugno 2016, con nota di C. CUPELLI, [La colpa lieve del medico](#), cit., e in *C.E.D. Cass.*, n. 266904. Inoltre, recentemente, Trib. Parma, 18 dicembre 2018 - 4 marzo 2019, n. 1584, in questa *Rivista*, 9 aprile 2019, con nota di M.L. MATTHEUDAKIS, [Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-*sexies*, co. 2, c.p.](#), riserva particolari chiarezza e attenzione agli indici ai quali ancorare la rilevazione di una colpa lieve.

Sezioni unite la sua reintroduzione o, per meglio dire, il suo recupero. Risulta utile, pertanto, verificare le modalità con cui tale passaggio è avvenuto, prima di analizzare il contenuto delle due sentenze in commento a riguardo. Nella sentenza Mariotti, la Suprema Corte sostiene che la ricerca ermeneutica non possa non tenere conto di come la tradizione giuridica degli ultimi decenni mostri che il tema della colpa medica penalmente rilevante sia sensibile alla sua graduabilità e, dunque, va da sé che la condotta del medico non può non essere valutata alla luce della difficoltà dell'intervento richiesto e del contesto in cui questo si è svolto; inoltre, risulta decisivo che i giudici di legittimità, in questa ricostruzione, si soffermino ad evidenziare che la graduazione nasce specificamente con riguardo alle situazioni emergenziali o ai problemi di particolare difficoltà (§ 10.1.)⁵⁷.

Quanto al dubbio che la distinzione tra colpa grave e colpa lieve possa essere fonte di scelte non prevedibili e ondivaghe rimesse alla discrezionalità del giudice⁵⁸, occorre anche dare spazio alle preoccupazioni che investono l'altra faccia della medaglia, ossia il momento valutativo su cui si fonda il giudizio di colpevolezza.

La prima sentenza in esame (Cass. 3206/2019), da questo punto di vista, è categorica nell'escludere la colpa lieve in considerazione di quella che definisce la notevole divergenza tra la condotta tenuta e quella dovuta, qualificando come grave la sottovalutazione del quadro clinico (§ 2.7.).

Invece, Cass. 37794/2018 riconduce il vizio di motivazione anche alla mancanza di adeguati richiami al grado della colpa. In particolare, sottolinea l'assenza di richiami al grado della colpa nella pronuncia di primo grado ed evidenzia che, attualmente, questo aspetto rappresenta il discrimine tra la condotta penalmente rilevante e quella non punibile; così passa in rassegna i fattori in grado di incidere su tale giudizio, quali il grado di specializzazione e la situazione ambientale e assimila tale sistema di calcolo a quello che il giudice adopera in sede di concorso di circostanze dal momento che può vedere porre in bilanciamento anche fattori di segno contrario. In mancanza di una qualificazione in termini di gravità della colpa nel caso di specie, la Corte asserisce che quanto più la vicenda risulti «oscura, equivoca o segnata dall'impellenza» tanto più dovrà considerarsi lieve la colpa (§§ 2.3., 6.1., 6.5. e soprattutto 8.3. e 8.4.)

Questo profilo mostra, un'altra volta, quanto la strada da percorrere sia ancora da tracciare.

⁵⁷ Inoltre, cfr. tra le altre: Cass., sez. IV, 12 novembre 2011, n. 4391, Di Lella, in *C.E.D. Cass.*, n. 251941; Cass., sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Montalto, in *C.E.D. Cass.*, n. 251960; Cass., sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, Buggè, in *C.E.D. Cass.*, n. 237875. Le Sezioni unite sarebbero giunte ad una "reviviscenza" del grado della colpa, per l'espressione e per un'analisi del percorso seguito cfr.: C. CUPELLI, *La responsabilità colposa*, cit., 89 ss.

⁵⁸ È la stessa Corte ad impiegare questi termini, facendo così riferimento, ancora una volta, all'importanza della prevedibilità della decisione. Cfr.: Cass., S.U., 21 dicembre 2017 - 22 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti, § 9.2.

7. Possibili scenari.

Nel corso del presente contributo si è richiamata spesso la sentenza Mariotti delle Sezioni unite perché, proprio alla luce della centralità del formante giurisprudenziale, chiedersi quale sia la disciplina della colpa medica significa oggi guardare alla l. 8 marzo 2017, n. 24, con specifico riguardo all'art. 6, nella lettura di quella sentenza.

Tuttavia, dall'esame delle due pronunce in commento, emerge che la Corte ha successivamente percorso, a prescindere dagli esiti delle decisioni, un *iter* differente a proposito dell'individuazione delle condotte imperite, del ruolo delle linee guida e dell'approccio ai saperi specialistici, nonché del riempimento della nozione di colpa grave. Per quanto concerne, poi, gli aspetti residui, ossia l'inquadramento dell'errore diagnostico e il limite dell'imperizia, non sembra di poter cogliere l'approfondimento necessario al dettato delle Sezioni unite. Queste considerazioni inducono a sostenere che non sia possibile, attualmente, scorgere una prassi coerente in materia e questo porta con sé che, spesso, la giurisprudenza preferisca non andare oltre l'esito della sentenza Mariotti, la quale, anziché essere un valido punto di partenza, come forse avrebbe dovuto essere, ha finito, perlomeno in questo momento, per segnare il punto di arrivo.

Vista la complessità della materia della colpa medica, da sempre chiamata a confrontarsi con i più svariati aspetti dell'ordinamento penalistico⁵⁹, è bene precisare che il percorso argomentativo adottato, di volta in volta, dalle sentenze diviene addirittura più importante dell'esito in quanto solo questo può contribuire a rendere prevedibili le conseguenze di una disposizione normativa di particolare complessità, colmando quegli spazi che le Sezioni unite, volutamente, hanno appena tratteggiato. Il "vizio" che sembra emergere dalle pronunce *post* Mariotti, dunque, risiede proprio nella pedissequa conformità al suo dettato formale, tralasciando così di dare seguito alle intenzioni (sottese) della Corte e pervenendo a sentenze rivelatrici di tendenze, talvolta, più affini alle Sezioni unite e altre meno. Tali dati danno l'immagine di una giurisprudenza ancora incerta sul futuro e, pertanto, difficilmente prevedibile negli esiti.

Pur essendo consapevole della portata più limitata della prima sentenza in esame (Cass. 3206/2019) in quanto pronuncia di rigetto, ciò non toglie che, sulla base del carattere emergenziale proprio del settore sanitario, si può supporre che la Corte avrebbe potuto dare luogo a una pronuncia che, più corposamente, desse risalto alle nuove potenzialità in materia. In ultima istanza, tale pronuncia, con le caratteristiche passate in rassegna, è rivelatrice di una parte dell'attuale andamento ravvisabile sul versante della colpa medica, vale a dire quella che tende a trascurare il dettato dell'ultima legge; dinanzi ai numerosi dubbi che investono l'art. 590-*sexies* c.p., infatti, in taluni casi si procede ignorandone la disciplina, collocando per esempio la condotta entro il profilo della negligenza ovvero nella categoria di errore diverso da quello

⁵⁹ Per un'analisi di taluni dei numerosi profili, cfr.: G. CIVELLO, *I confini giuridici dell'attività medico-chirurgica*, in B. Romano (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, cit., 103 ss. Inoltre, specificamente riguardo alle finalità sottese alle scelte dell'ordinamento in materia di colpa medica, un'analisi approfondita attraverso un confronto con un diverso sistema si ritrova in: A.R. DI LANDRO, *Un confronto tra diritto italiano e statunitense*, in B. Romano (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, cit., 271 ss.

esecutivo e contribuendo così in via di prassi a ridurne ulteriormente la portata. La vicenda riguardante il pediatra risale ad epoca anteriore all'entrata in vigore dell'ultima riforma, ma, ciononostante, sorprende che i giudici di legittimità non ne facciano mai cenno. Del resto, anche i fatti oggetto di Cass. 37794/2018 si collocano in anni precedenti, eppure qui la Suprema Corte ha ritenuto di sviluppare ampia motivazione in cui non solo si concentra sul caso di specie, ma va oltre, soffermandosi sul panorama in mutamento e sancendo l'obbligo per ogni giudice di confrontare la condotta dell'esercente la professione sanitaria con il nuovo dettato normativo fino ad evidenziare che l'ultima riforma «ha modificato i termini del giudizio penale» (§ 1.1.). Peraltro, sembra quasi paradossale che la condotta dell'operatore sanitario risulti essere connotata da più gravi profili in questo secondo caso, tenuto conto del fatto che le sentenze di merito hanno addirittura individuato un'ipotesi di colpa cosciente (§ 6.1.) e, ciononostante, qui la Cassazione adotti un approccio molto rigido verso la sentenza impugnata in nome di esigenze garantistiche. Così facendo, i giudici di legittimità, attraverso l'*escamotage* del vizio di motivazione, richiamano l'attenzione dell'interprete. Il monito lanciato è chiaro: qualsiasi caso in materia chiama il giudice a prendere in considerazione il dettato della legge Gelli-Bianco, a prescindere dalla sua applicabilità o meno al caso di specie, e tale obbligo si traduce nella contezza di taluni passaggi argomentativi in motivazione. Così la Corte inaugura un percorso che si presenta ancora impervio, cioè quello della valorizzazione dell'art. 590-*sexies* c.p.

Una via auspicabilmente percorribile, allora, può essere quella della rivalutazione, in via ermeneutica, degli elementi della fattispecie: si può pensare di soffermarsi sul riferimento all'imperizia, di ricercare le potenzialità dello strumento delle linee guida e, più di tutto, di sfruttare la clausola delle specificità del caso concreto che sembra rappresentare un richiamo alla realtà della professione sanitaria. La sentenza delle Sezioni unite non può costituire un ostacolo in questo percorso dal momento che, come si è cercato di evidenziare, molti aspetti sono stati trattati appositamente a margine in attesa di successivi sviluppi.

Se non offre soluzioni, la legge Gelli-Bianco forse può fornire quantomeno degli spunti critici e questi possono costituire le basi per iniziare a pensare al futuro – e non più solo al presente – della colpa medica⁶⁰.

⁶⁰ Il tema, oltre alle note peculiarità, è attraversato trasversalmente dai dubbi che attagliano la responsabilità colposa, per i quali si rinvia, tra gli altri, a: R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, Torino, 2005; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2011; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, Torino, 2012. Inoltre, si sta assistendo al graduale passaggio dalla colpa alle colpe, frutto di una tendenza del legislatore ad introdurre differenziazioni della responsabilità penale per colpa per diversi contesti; e anche la disciplina della responsabilità colposa del medico si colloca entro questo fenomeno. Sul punto, ma solo a titolo esemplificativo: F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.; A. MASSARO, [Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"](#), in questa *Rivista*, 20 maggio 2016; A. ROIATI, [L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione](#), *ivi*, 1 giugno 2016; D. NOTARO, *I nuovi reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali: norme "manifesto" o specializzazione dello statuto colposo?*, in *La legislazione penale on line*, 29 luglio 2016; D. CASTRONUOVO, [Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, 31 ss.



5/2019

Peraltro, è difficile ricondurre a un fattore casuale la circostanza che la soluzione cui oggi si cerca di pervenire con estrema difficoltà, ossia quella della limitazione di responsabilità alla colpa grave, fosse stata raggiunta agli esordi dalla giurisprudenza senza l'ausilio di apposite attenzioni del legislatore e in modo molto meno affannoso; e questo induce ad avanzare l'ipotesi che l'errore/utopia possa essere stato quello di pensare che la soluzione fosse una disposizione *ad hoc* quando, invece, poteva essere l'orientamento delle Corti a dare risposta.