

Cass. Pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770 – Pres. Canzio – Est. Vessichelli

### **Omicidio colposo – responsabilità medica**

*In tema di colpa medica, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 590-sexies c.p.<sup>1</sup>, l'esercente la professione sanitaria andrà esente da responsabilità per la morte o le lesioni cagionate al paziente solo nel caso in cui l'evento si sia verificato per colpa "lieve" da imperita applicazione delle raccomandazioni previste dalle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.*

Dalle  
Corti

**Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.**

## L'art. 590 sexies c.p. al vaglio delle Sezioni Unite. Quale futuro per la colpa medica?

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il contrasto in seno alla Quarta Sezione – 2.1 La sentenza De Luca-Tarabori – 2.2 La sentenza Cavazza – 3. Le Sezioni Unite Mariotti – 3.1 La soluzione adottata – 3.2 La natura delle linee guida – 3.3 La distinzione tra imperizia, negligenza ed imprudenza – 3.4 La natura della fattispecie di cui all'art. 590 sexies co. II c.p. – 3.5 L'ambito di applicazione della norma – 3.6 Il recupero del grado della colpa – 3.7 La successione di leggi nel tempo – 4. Considerazioni critiche – 4.1 L'assenza di una definizione chiara della nozione di imperizia – 4.2 La limitazione dell'ambito di applicazione della norma ai soli contesti regolati da linee guida o buone pratiche – 4.3 La limitazione dell'ambito di applicazione della norma ai soli errori in fase attuativa delle raccomandazioni – 4.4 La reintroduzione "giurisprudenziale" del grado della colpa – 4.5 Quanto fatto dalla Corte, le era consentito? – 4.6 Chi sono gli effettivi destinatari della norma?

### **1. Premessa.**

In meno di un anno dall'entrata in vigore della Legge 8 marzo 2017 n. 24, il nuovo art. 590 sexies c.p. è già stato protagonista di un ampio dibattito dottrinale, di un netto contrasto giurisprudenziale all'interno della stessa sezione della Corte di Cassazione e di una pronuncia delle Sezioni Unite.

---

<sup>1</sup> Per comodità si riporta il testo integrale dell'art. 590 sexies c.p.: "1 Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. 2 Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".

Ciò su cui tutti sono d'accordo, senza possibilità di smentita, è che tale proliferare frenetico di opinioni discordanti non sia da ricondurre alla fantasia degli interpreti, quanto piuttosto ad un intervento legislativo che, nonostante le originarie intenzioni chiarificatrici in una materia tanto delicata quanto quella della responsabilità medica, ha messo più dubbi di quanti ne abbia ereditati<sup>2</sup>.

Il presente contributo si pone il proposito di fornire una lettura il più articolata possibile della sentenza in commento, oltre ad evidenziarne gli aspetti più critici (e criticabili).

Già in questa fase però è possibile anticipare alcune conclusioni.

Da un lato è senz'altro da segnalare lo sforzo commendevole delle Sezioni Unite che, a fronte di una evidente – e non celata – difficoltà nel fornire una interpretazione corretta della norma di nuova introduzione, hanno reso una pronuncia che si caratterizza sia per la completezza delle questioni affrontate che per la densità dei principi di diritto affermati<sup>3</sup>.

Dall'altro però vi sono una serie di passi della motivazione di fronte ai quali i lettori più accorti non possono che ipotizzare che si sia ancora ben lontani dal poter scrivere la parola *fine* alle perplessità in materia di colpa medica.

## 2. Il contrasto in seno alla Quarta Sezione.

Il pronto intervento della Corte di Cassazione nel suo più ampio consesso si è reso necessario in quanto all'interno della Quarta Sezione, seppure in composizione parzialmente differente, a distanza di sei mesi sono intervenute due pronunce che hanno fornito interpretazioni radicalmente incompatibili l'una con l'altra circa il contenuto applicativo della nuova fattispecie introdotta nel codice sostanziale<sup>4</sup>.

### 2.1 La sentenza De Luca-Tarabori<sup>5</sup>.

La prima pronuncia nella quale la Corte di Cassazione è stata chiamata ad esprimersi sull'operatività della riforma Gelli-Bianco è la “De Luca-Tarabori”<sup>6</sup>.

Tale sentenza critica fortemente la formulazione letterale della norma segnalando da un lato come questa “*attinge alla sfera dell'ovvietà [in quanto] non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l'autore che, avendo rispettato*

<sup>2</sup> Per una prima lettura della norma in commento si veda: CALETTI – MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 marzo 2017, fasc. 2/2017, 84 ss.; EMILIANI, *Legge 8 marzo 2017 n. 24: novità in tema di responsabilità medica*, in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, 285 ss.

<sup>3</sup> In dottrina si è parlato di “*generosità dello sforzo*”, PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 aprile 2018, 1.

<sup>4</sup> È facile ipotizzare come entrambe le pronunce siano state il risultato di un ampio dibattito tra i consiglieri: basti pensare che l'estensore della sentenza Cavazza era membro anche del collegio che ha reso la sentenza Tarabori.

<sup>5</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *CED*, *Rv.* 270214.

<sup>6</sup> Per un commento a questa sentenza si vedano: CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2017, fasc. 6/2017, 280 ss.; CALETTI – MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1373 ss.; RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017, 2201 ss.

*le raccomandazioni espresse da linee guida qualificate e pertinenti ed avendole in concreto attualizzate in un modo che risulti adeguato in rapporto alle contingenze del caso concreto, è evidentemente immune da colpa*"; dall'altro si risolverebbe in un cortocircuito logico data la *drammatica* incompatibilità tra i due postulati contenuti nella stessa norma (rispetto delle raccomandazioni/evento verificato a causa di imperizia): *"si è in colpa da imperizia ed al contempo non lo si è, visto che le codificate leges artis sono state rispettate ed applicate in modo pertinente ed appropriato"*.

Per tentare di risolvere il *rebus* legislativo la Corte ipotizza una lettura della norma nel senso che il sanitario andrebbe esente da responsabilità qualora, pur avendo cagionato l'evento per colpa da imperizia, in un qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque applicato le direttive qualificate.

Tale interpretazione viene però immediatamente ripudiata risolvendosi in un'evidente violazione di una serie di principi costituzionali quali il diritto alla salute, il principio di eguaglianza, il principio di colpevolezza ecc.

La lettura alternativa che forniscono i giudici di legittimità è quella per cui il medico vedrà giudicato il suo operato avendo come parametro di riferimento le stesse direttive che gli si impone di seguire.

Altrimenti detto, la nuova fattispecie dovrà riferirsi a quegli eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate ed appropriate al caso concreto (in tal senso assumerà notevole importanza l'accertamento del giudice circa l'adeguatezza delle scelte).

Entro questi confini dunque il sanitario vedrà *"giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione"*.

Da ultimo la sentenza auspica un recupero in ambito penale della regola d'esperienza di cui all'art. 2236 c.c. cui attenersi nella valutazione degli addebiti per imperizia.

## 2.2. La sentenza Cavazza<sup>7</sup>.

Come detto, pochi mesi dopo la prima pronuncia la Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta sulla questione con la sentenza "Cavazza"<sup>8</sup>.

Con una maggiore valorizzazione della lettera e delle finalità della legge, la Corte afferma come il Legislatore abbia inteso introdurre una causa di esclusione della punibilità per le sole ipotesi di colpa da imperizia (esclusione che ricomprenderebbe tanto le ipotesi più lievi quanto quelle più gravi) la cui operatività ricorrerebbe ogni qualvolta il sanitario abbia individuato le linee guida adeguate e pertinenti al caso concreto, ma le abbia applicate in maniera "imperita".

<sup>7</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, in *CED, Rv. 270985*.

<sup>8</sup> CUPPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 novembre 2017, fasc. 11/2017, 250 ss.

In altre parole, l'imperizia del sanitario rimarrebbe punibile solo laddove si risolvesse nell'assestamento di linee guida inadeguate.

Quanto ai dubbi di legittimità costituzionale, ed in particolare in riferimento all'art. 3 della Costituzione, la Corte, pur rendendosi conto della "pericolosità" di tale interpretazione, percorre la via dell'irrelevanza: *"Non è questa la sede allora di occuparsi funditus di tale scelta, nell'ottica del rispetto dell'articolo 3 Cost. (potrebbe invero dubitarsi della coerenza di una scelta di non punibilità dell'imperizia grave e invece della persistente punibilità di una negligenza "lieve"), per difetto di rilevanza nel caso di specie"*.

### 3. Le Sezioni Unite Mariotti<sup>9</sup>.

Il 7 novembre 2017 il Presidente della Quarta Sezione penale della Corte di Cassazione ha ritenuto d'ufficio di dover investire le Sezioni Unite al fine di dirimere il contrasto sopra evidenziato, ponendo la seguente questione: "Quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni personali, l'ambito di esclusione della punibilità previsto dall'art. 590 *sexies* cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24".

#### 3.1. La soluzione adottata.

Le Sezioni Unite, nel complesso articolato delle motivazioni, ripercorrono i termini del contrasto e, prima di arrivare alla soluzione, mettono in luce gli aspetti positivi e negativi di entrambe le suddette pronunce.

In termini generali la sentenza "De Luca-Tarabori" ha senz'altro il pregio di porre particolare attenzione all'ossequio dei principi costituzionali.

Inoltre, nello specifico, correttamente chiarisce come la causa di non punibilità non possa essere invocata nelle ipotesi di responsabilità colposa dipendenti da negligenza o imprudenza, né in contesti non governati da linee guida o buone pratiche e neanche quando queste siano individuate in maniera inadeguata rispetto al caso specifico. Tale ultima ipotesi ricorre sia quando la scelta è stata del tutto errata, sia quando risulta incompleta (casi di co-morbilità) ed anche infine quando le peculiarità del caso avrebbero suggerito un radicale discostamento da esse.

La critica principale che le Sezioni Unite muovono alla pronuncia richiamata è quella di non aver rinvenuto alcun residuo spazio operativo alla norma, ritenendola inapplicabile e fornendo così una interpretazione di fatto abrogatrice della stessa – in patente contrasto con le intenzioni legislative.

La sentenza "Cavazza" ha invece pregi e difetti opposti.

Rimanendo fermamente ancorata al dato letterale riesce ad individuarne un perimetro applicativo ben definito ma, con un eccesso di valorizzazione, ne attribuisce una portata impropriamente ampia.

Così facendo la norma risulta applicabile a tutte le ipotesi di condotte imperite del sanitario (siano esse lievi o gravi) sul solo presupposto della corretta selezione delle linee guida pertinenti: di tutta evidenza i profili di illegittimità costituzionale cui si espone un'interpretazione del genere.

Con la decisione in commento la Cassazione prende il “buono” di entrambe le pronunce ed afferma il seguente principio di diritto:

*“L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:*

*a) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da negligenza o imprudenza;*

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

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

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

Seguendo un ragionamento *a contrario*, si può dire che la causa di non punibilità troverà applicazione al ricorrere dei seguenti presupposti: il contesto nell'ambito del quale il medico si è trovato ad operare deve essere regolato da linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali; il sanitario deve avere individuato le raccomandazioni corrette ed adeguate al caso di specie e, nel corso del trattamento terapeutico, deve averle adattate alle eventuali evoluzioni della patologia; deve aver commesso un errore dovuto a colpa lieve da imperita applicazione delle suddette raccomandazioni.

Al di là delle conclusioni, risulta di particolare interesse il percorso argomentativo seguito dalla Corte.

### 3.2. La natura delle linee guida.

Circa la natura, finalità e cogenza delle linee guida, le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento consolidatosi in seno alle sezioni semplici sin dall'entrata in vigore del decreto Balduzzi e ribadito anche dalla sentenza “Tarabori”.

Ciò che muta a seguito della riforma è la procedura di selezione, monitoraggio e pubblicizzazione delle *guidelines* prevista dalla Legge, rendendone più agevole l'accesso a tutti gli operatori e ponendo in tal modo un freno sia alla incontrollata produzione di linee guida, che alla *malpractice* in generale.

Ne rimane invece invariata l'essenza, ovvero quella di essere un condensato di acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche nei singoli ambiti operativi e che rap-

presentano dei parametri sempre più affidabili per valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia del sanitario.

Con la specificazione che *“non si tratta di veri e propri precetti cautelari, capaci di generare allo stato attuale della normativa, in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto”*.

Non si tratta dunque di norme regolamentari dal cui pedissequo rispetto deriva automaticamente l'esenzione da responsabilità, ma regole cautelari da seguire solo nel caso in cui esse siano adeguate al caso sottoposto all'attenzione del sanitario: con ciò da un lato si è voluto neutralizzare il problema della c.d. medicina difensiva, e dall'altro non viene frustrata l'attività del medico, il quale vedrà ancora tutelato il proprio sapere scientifico al fine di compiere la miglior scelta per il paziente.

All'interno di questo quadro acquista primaria importanza il momento valutativo ad opera del giudice circa la verifica della rispondenza o meno della condotta dell'agente al parametro delle linee guida: accertamento che dovrà necessariamente essere effettuato *ex ante*, sulla base delle circostanze conosciute o conoscibili dall'agente al momento in cui è intervenuto.

Sul punto le Sezioni Unite aggiungono una puntualizzazione: *“il sindacato ex ante non potrà giovare di una soglia temporale fissata una volta per sempre, atteso che il dovere del sanitario di scegliere linee-guida “adeguate” comporta, per il medesimo così come per chi lo deve giudicare, il continuo aggiornamento della valutazione rispetto alla evoluzione del quadro e alla sua conoscenza o conoscibilità da parte del primo”*.

Con ciò la Corte ha voluto ribadire l'importanza della distinzione tra l'accertamento circa l'adeguatezza (*ex ante*) delle linee guida al caso concreto e quello relativo alle modalità e agli effetti della loro concreta attuazione (che sarà necessariamente postumo e dunque estraneo alla individuazione della condotta esigibile).

### 3.3. La distinzione tra imperizia, negligenza ed imprudenza.

Uno dei temi più dibattuti in materia riguarda la difficoltà di fornire una netta distinzione tra le tre forme della colpa generica.

Sul punto l'attenzione di dottrina e giurisprudenza ha vissuto fasi alterne.

Se per lungo tempo si è assistito ad un generale e diffuso “disinteresse” a segnare dei confini particolarmente netti tra l'una e l'altra – con riflessi evidenti nei capi di imputazione laddove non è infrequente ritrovare l'inciso “per colpa dovuta a negligenza, imprudenza e imperizia” – con il d.l. “Balduzzi” la questione ha acquisito nuovo vigore.

Secondo un primo e prevalente orientamento<sup>10</sup> la riforma (il d.l. “Balduzzi”) era riferibile solo alle ipotesi di imperizia, da intendersi come terzo genere rispetto a negligenza ed imprudenza e non come una declinazione professionale di queste.

<sup>10</sup> Su tutte, Cass. Pen., Sez. IV, 25 giugno 2015, n. 26996, in *CED, Rv. 263826*.

Gli argomenti principali a sostegno di tale tesi erano quelli per cui le linee guida – entrate nel panorama penalistico proprio con tale riforma – contenessero quasi esclusivamente regole di perizia; ed il fatto che già la Corte Costituzionale<sup>11</sup> avesse ritenuto razionale un sistema in cui, in materia di colpa medica, a fronte di situazione comportanti la soluzione di problemi tecnici di particolare complessità, potesse ritenersi integrata la responsabilità del sanitario solo in presenza di profili di colpa grave da imperizia.

Le più recenti pronunce<sup>12</sup> prima della riforma “Gelli-Bianco” si erano però espresse in direzione opposta alle prime: in esse si sosteneva che la limitazione della esclusione della responsabilità alle sole ipotesi di imperizia non troverebbe alcuna giustificazione.

Anzitutto la lettera della legge non lo prevedeva; dipoi non era corretto l'assunto per cui le linee guida conterrebbero solo regole di perizia; infine non sono stati elaborati né in dottrina né in giurisprudenza dei criteri chiari e definiti per distinguere tra le tre diverse ipotesi di colpa generica (dunque sarebbe impensabile ancorare l'esenzione da responsabilità ad un requisito dai contorni così tanto sfumati).

Il Legislatore del 2017 ha però disatteso tale ultimo orientamento ed ha *consapevolmente* scelto di limitare la causa di esclusione della punibilità alla sola imperizia.

Sul punto le Sezioni Unite, ben consapevoli sia dell'importanza di dare a tale categoria un contenuto ben definito (se non altro per rispondere alle istanze di determinatezza del precetto) sia della difficoltà di tale operazione ermeneutica, citano il caso della omessa valutazione del sintomo e della seguente omessa o ritardata diagnosi: si tratta di ipotesi solitamente ascrivibile alla imperizia per inosservanza delle regole dell'arte che disciplinano il settore di riferimento, salvo il caso in cui sia dipesa da un comportamento del sanitario connotato da “*indifferenza, scelleratezza o comunque assoluta superficialità e lassismo*” tali da doversi considerare alla stregua di un comportamento negligente.

Casi del genere, prosegue la Corte, attengono all'inquadramento del caso concreto piuttosto che alle categorie astratte, e pertanto tali dubbi dovranno essere risolti “*mediante il ricorso agli ordinari criteri sulla prova, sul dubbio e sulla ripartizione dell'onere relativo*”

Per un commento sul ragionamento operato dai giudici di legittimità sul tema si tornerà in conclusione di questo elaborato; ad ogni modo è da segnalarsi come giurisprudenza e dottrina sull'argomento abbiano due posizioni totalmente differenti.

Mentre la prima è fermamente orientata nel senso di attribuire alla categoria della imperizia un significato ed un perimetro ulteriore e diverso rispetto a quelle della negligenza e dell'imprudenza, la seconda è da sempre più affezionata ad una lettura dell'imperizia come risolto tecnico o professionale delle altre due più che come terzo genere rispetto ad esse<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *giurcost.org*.

<sup>12</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in *CED, Rv. 26690301*.

<sup>13</sup> In termini si veda: NIZZA, *La nuova colpa penale del medico. Analisi delle principali linee guida per la valutazione della responsabilità sanitaria*, Milano, 2018, 116 ss., il quale, aderendo sul punto all'orientamento maggiormente diffuso in dottrina distingue in questo

### 3.4. La natura della fattispecie di cui all'art. 590 *sexies* co. II c.p.

A fini chiarificatori la Corte affronta anche la questione circa la natura della fattispecie in commento; sul punto si afferma che il Legislatore ha introdotto una inedita causa di non punibilità la quale è “*esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile*”.

Vengono inoltre poste in luce le differenze rispetto alla disciplina previgente.

Mentre il d.l. “Balduzzi” incideva sulla limitazione della colpa, derogando pertanto alle regole generali di cui all'art. 43 c.p., diversamente la “*legge Gelli-Bianco non si muove in senso derogatorio ai detti principi generali, bensì sul terreno della specificazione, ricorrendo all'inquadramento nella non punibilità, sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concreti*”.

### 3.5 L'ambito di applicazione della norma.

Al 9 la sentenza entra nel “cuore” della questione.

Le Sezioni Unite ritengono non condivisibile il rilievo espresso dalla “Tarabori” secondo cui la norma conterrebbe due postulati incompatibili tra loro tali da renderla inapplicabile.

Ed infatti “*la norma descrive un presupposto per la operatività della causa di non punibilità – quella di versare, il sanitario, nella situazione di avere cagionato per colpa da imperizia l'evento lesivo o mortale, pur essendosi attenuto alle linee-guida adeguate al caso di specie – che non è incongruente con la soluzione che promette*”.

Tale assunto trova giustificazione nel fatto che il “rapporto” tra il terapeuta e le raccomandazioni contenute nelle linee guida può essere partito in tre fasi: individuazione, selezione ed esecuzione.

Queste sono talmente articolate che la mancata realizzazione di uno solo dei tre segmenti del percorso – e dunque il rispetto degli altri – comporta che le linee guida nel loro complesso possano dirsi rispettate e che al contempo, in caso di evento eziologicamente connesso proprio a quella mancanza, questo possa dirsi dovuto ad imperizia.

Questa ricostruzione viene mutuata dalla giurisprudenza formatasi nel vigore dell'art. 3 del decreto Balduzzi<sup>14</sup>.

Ciò che è chiaro, afferma la Corte, è che ai fini dell'operatività della causa di non punibilità l'errore non possa mai ricadere nella fase di selezione delle linee guida in considerazione del fatto che la lettera della legge richiede espressamente l'adeguatezza al caso concreto delle raccomandazioni seguite.

---

modo: “*In linea teorica si parla di negligenza se la regola di condotta violata prescrive un'attività positiva che è stata violata o trascurata, ed il soggetto agente pertanto non ha compiuto l'azione doverosa prevista dalla norma precauzionale violata...L'imprudenza consiste invece nella trasgressione di una regola di condotta da cui discende l'obbligo di non realizzare una determinata azione oppure di compierla con modalità diverse da quelle tenute...Infine, l'imperizia consiste in una forma di imprudenza o negligenza qualificate e si riferisce ad attività che esigono particolari conoscenze tecniche*”; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 572; MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 308; CANESTRARI – CORNACCHIA – DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 479.

<sup>14</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *CED, Rv. 255105*.



Viene così individuata l'unica possibilità interpretativa residua: la causa di non punibilità sarà destinata ad operare ogni qualvolta, a fronte di una corretta selezione ed individuazione delle linee guida adeguate al caso concreto, il sanitario abbia commesso un **errore nella fase di attuazione** di queste.

Tale conclusione svelerebbe la *ratio* della causa di non punibilità, ovvero quella di pretendere che il sanitario sia preparato e aggiornato sulle regole dell'arte medica, che formuli in maniera corretta la diagnosi (anche quelle differenziali), che dimostri di seguire il percorso terapeutico in modo da aggiornarlo in caso di evoluzione della patologia.

Nel caso in cui tutto questo dovesse concretizzarsi e, ciononostante, si verificasse un evento riconducibile al comportamento del sanitario, potranno comunque dirsi rispettate le linee guida in quanto *“lo scostamento da esse è marginale e di minima entità”*.

### 3.6. Il recupero del grado della colpa.

Ciò posto, le Sezioni Unite richiamano la necessità di circoscrivere come in passato un ambito – grado – della colpa da imperizia che, per la sua entità limitata, giustifichi l'applicazione della causa di non punibilità.

Così facendo la Corte ritiene, con delle considerazioni che saranno successivamente oggetto di separato commento, che il grado della colpa, pur non essendo stato esplicitato nel testo, sia un elemento intrinseco della norma in esame.

Tale conclusione troverebbe conferma in una serie di argomenti:

1. pur non potendosene invocare la diretta applicabilità, l'art. 2236 c.c. in ambito penale ha *“la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza”*. Ciò a dire che l'attività del medico può essere caratterizzata da un grado di difficoltà talmente elevato da giustificare una misurazione nella valutazione della sua condotta. Queste considerazioni trovano peraltro l'avallo della Corte Costituzionale<sup>15</sup>;

2. con l'introduzione, nel decreto Balduzzi, della “colpa lieve” il Legislatore ha mostrato di ritenere legittimo un sistema in cui l'addebito di responsabilità possa dipendere dall'entità della colpa.

Nella vigenza di tale norma la giurisprudenza ha elaborato una serie di criteri da utilizzare per la verifica del grado della colpa, che le Sezioni Unite ritengono ancora attuali. È stato detto che la colpa sarà sicuramente da considerarsi grave quando l'approccio seguito sia marcatamente distante rispetto alle necessità di adeguamento alle peculiarità della patologia ed al suo sviluppo, oppure quando vi fossero inconfondibili fattori che suggerivano di discostarsi dalle prassi più accreditate ma il sanitario non l'abbia fatto. Inoltre si dovrà avere riguardo a parametri sia di tipo oggettivo che soggettivo, quali: le specifiche

<sup>15</sup> Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, *cit.*

condizioni dell'agente ed il suo grado di specializzazione; l'oscurità e la rarità della vicenda clinica; la difficoltà obiettiva a cogliere e collegare le varie informazioni; la situazione di urgenza in cui il sanitario si è trovato ad intervenire ecc<sup>16</sup>.

Dunque *“la valutazione sulla gravità della colpa (generica) [deve] essere effettuata “in concreto”, tenendo conto del parametro dell’omo eiusdem professionis et condicionis, che è quello del modello dell’agente operante in concreto, nelle specifiche condizioni concretizzate”*;

3. così facendo inoltre verrebbe drasticamente ridotto lo spazio discrezionale del giudice il quale avrà dei criteri di riferimento tendenzialmente stabili grazie alla procedura pubblicistica per la formazione delle linee guida rilevanti;

4. infine la Corte afferma che la soluzione adottata trova conferma anche nella evoluzione dei lavori parlamentari. Benché il testo originario approvato dalla Camera prevedesse ancora espressamente il grado della colpa, la scomparsa di tale elemento non può essere considerato un ripudio di questo ma anzi conferma il fatto che il Legislatore si sia voluto mantenere nel solco tracciato dal decreto Balduzzi.

Pertanto in conclusione *“la colpa dell’ esercente la professione sanitaria può essere esclusa in base alla verifica dei noti canoni oggettivi e soggettivi della configurabilità del rimprovero e altresì in ragione della misura del rimprovero stesso. Ma, in questo caso – e solo quando configurante ‘colpa lieve’ – le condizioni richieste sono il dimostrato corretto orientarsi nel campo delle linee-guida pertinenti in relazione al caso concreto ed il progredire nella fase della loro attuazione, ritenendo l’ordinamento di non punire gli adempimenti che si rivelino imperfetti”*.

La Corte in questa conclusione mostra di aderire alla ripartizione già indicata in dottrina tra “adempimenti imperfetti” – che, al ricorrere di determinate condizioni, rappresentano il terreno d’elezione della riforma – e “adempimenti inopportuni” – che invece rimangono al di fuori della causa di non punibilità<sup>17</sup>.

### 3.7. La successione di leggi nel tempo.

Al termine del proprio percorso argomentativo la Suprema Corte affronta anche la questione della individuazione della legge più favorevole ai fini dell’art. 2 c.p., nel raffronto tra l’art. 590 *sexies* c.p. (alla stregua dell’interpretazione offerta dalla stessa sentenza) e l’abrogato art. 3 del decreto Balduzzi.

L’approccio della Corte è di tipo pratico, analizzando caso per caso quale sia la norma da applicare, ovviamente in riferimento a fatti commessi prima dell’entrata in vigore della legge Gelli-Bianco:

<sup>16</sup> In termini, Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, cit.; Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in *CED, Rv. 26690301*; Cass. Pen., Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 22405, in *CED, Rv. 263736*; Cass. Pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, in *CED, Rv. 260740*.

<sup>17</sup> CALETTI – MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., 92.

1. per le condotte connotate da colpa lieve da negligenza o imprudenza sarà applicabile la disciplina previgente in quanto, a determinate condizioni – e secondo la giurisprudenza più recente – i sanitari potrebbero andare esenti da responsabilità;

2. per le condotte connotate da colpa lieve da imperizia, con errore che sia ricaduto nel momento selettivo delle linee guida, sarà applicabile la disciplina previgente<sup>18</sup>;

3. per le condotte connotate da colpa lieve da imperizia, con errore che sia ricaduto nella fase attuativa delle linee guida, sarà indifferente la disciplina applicabile in quanto per entrambe il sanitario andrebbe esente da responsabilità.

Di tutta evidenza, al di là delle considerazioni che potranno svolgersi, che la disciplina introdotta con la riforma del 2017 sia, per i sanitari, più rigida rispetto a quella abrogata, contraddicendo così sia le originarie intenzioni del Legislatore che l'entusiasmo manifestato dagli esercenti le professioni sanitarie all'indomani dell'entrata in vigore della legge.

## 4. Considerazioni critiche.

Come detto, una lettura attenta della sentenza in commento non può che suscitare una serie di dubbi e perplessità circa la soluzione adottata.

### 4.1. L'assenza di una definizione chiara della nozione di imperizia.

La legge Gelli-Bianco, superando i dubbi insorti nel vigore della disciplina previgente, ha chiarito come la causa di non punibilità sia riferita solo alle ipotesi connotate da imperizia del sanitario.

A prescindere dall'opportunità o meno della scelta, ciò che non si comprende sono le argomentazioni utilizzate dalla Corte per superare le perplessità ampiamente mostrate in passato da dottrina e giurisprudenza (di cui si è detto in precedenza) circa la difficoltà di distinguere tra le tre forme della colpa generica.

Orbene sul punto la Cassazione, consapevole della necessità di dover “operare una plausibile distinzione tra colpa da negligenza e colpa da imperizia”, cita il caso della omessa valutazione del sintomo e della ritardata diagnosi: ipotesi da ricomprendere nel novero della colpa di imperizia, salvo i casi più eclatanti che saranno invece connotati da negligenza.

Al di là della correttezza di tale assunto, il *modus operandi* seguito in sentenza non pare idoneo a soddisfare i lamentati *deficit* di tassatività e determinatezza della norma: non è citando un esempio (tra i tanti ipotizzabili) che si fornisce all'interprete una definizione chiara e precisa.

<sup>18</sup> In termini, Cass. Pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, cit.

I giudici di legittimità suggeriscono di superare tali difficoltà che atterrebbero non tanto alle categorie astratte quanto all'inquadramento del caso concreto mediante il ricorso ai criteri sulla prova ed al relativo onere.

Già l'affermazione pare fumosa; inoltre ciò di cui si avrebbe bisogno sono proprio le definizioni delle categorie astratte<sup>19</sup>.

#### 4.2. La limitazione dell'ambito di applicazione della norma ai soli contesti regolati da linee guida o buone pratiche.

Sul punto va subito chiarito che la conclusione, già avallata dalla sentenza "Tarabori" e recepita dalle Sezioni Unite, a stretto rigore è corretta essendo proprio l'art. 590 *sexies* c.p. a fare riferimento al rispetto delle raccomandazioni in esse contenute.

Qui la critica è più alla norma che alla sentenza.

Non vi è infatti chi non veda che, per i sanitari, i contesti più complicati – e che dunque necessiterebbero maggiormente di una disciplina specifica di esenzione da responsabilità – sono proprio quelli non previamente regolati da linee guida.

Aver limitato la causa di esclusione della punibilità ai soli contesti già governati da regole generali ed astratte pare una scelta irragionevole che, è ipotizzabile, potrebbe porre dubbi di costituzionalità della norma in esame.

#### 4.3. La limitazione dell'ambito di applicazione della norma ai soli errori in fase attuativa delle raccomandazioni.

Sul punto, come già rilevato, le Sezioni Unite affermano che, dal momento che la norma richiede il rispetto delle linee guida adeguate al caso concreto, "*la sola possibilità interpretativa residua non può che indirizzarsi nella fase attuativa delle linee guida*".

Anche qui però le argomentazioni a sostegno della conclusione non convincono a pieno; si confondono infatti i concetti di rispetto delle linee guida con quello della adeguatezza alle specificità del caso.

Si arriva a dire che si può avere rispetto di una regola cautelare qualora ci si discosti solo leggermente da essa. Ma rispetto di una regola e scostamento (seppur minimale) da essa sono concetti difficilmente compatibili<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> In dottrina PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, cit., 7, evidenzia anche come sia incomprensibile che la Corte abbia dato rilievo, nel caso di specie, circa l'inquadramento della fattispecie tra le ipotesi di negligenza invece che di imperizia, al fatto che sul punto non vi era stata contestazione da parte dell'interessato: "*Anche qui ci troviamo di fronte ad un novum assoluto: la mancata eccezione della difesa che influisce sulla qualificazione della forma di colpa. Ma questa qualificazione è di carattere sostanziale, non processuale...Come fa l'imperizia a diventare negligenza o imprudenza solo perché il difensore nulla eccepisce sulla qualificazione data nell'imputazione?*".

<sup>20</sup> Fortemente critico sul punto PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, cit., 7: "*Siamo abituati a pensare che il rispetto di una regola cautelare non dipende dal quantum d'inosservanza, ma dall'aderenza della condotta concreta alla regola cautelare...Se in centro abitato si guida a 60Km/h anziché a 50, la relativa regola cautelare non è rispettata, anche se lo scostamento è di minima entità*"; per un'altra posizione critica in dottrina su tale conclusione si veda VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies c.p.*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017, 24 ss., secondo il quale, salve le ipotesi di errori grossolani, la causa di

#### 4.4. La reintroduzione “giurisprudenziale” del grado della colpa.

Questo è senza dubbio il tema che ha suscitato e susciterà maggiori critiche e perplessità.

Orbene è ormai noto come sul punto la Corte abbia affermato “*che la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto*”.

L'affermazione è già sorprendente in sé; ciò che più stupisce sono però le argomentazioni utilizzate per arrivarvi:

a) il richiamo all'art. 2236 c.c. quale criterio di razionalità e regola d'esperienza, avallato dai precedenti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, dimostrerebbe l'ammissibilità nel nostro ordinamento di una differenziazione del grado della colpa in tema di responsabilità medica. Tale assunto non è rilevante ed è soprattutto superato dal fatto che il Legislatore ha espunto ogni riferimento al grado della colpa;

b) l'ulteriore prova della permanenza della colpa lieve a seguito della riforma starebbe nel fatto che il decreto Balduzzi prevedeva espressamente che “*L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*”. Se la passata disciplina la disponeva esplicitamente significa che anche quella successiva la contempla (o che comunque è ammissibile). Si fatica veramente a comprendere tale argomentazione, anche e soprattutto alla luce del fatto che l'art. 6 della Gelli-Bianco abroga espressamente l'art. 3 del decreto Balduzzi;

3) infine, e qui “*l'estro creativo delle Sezioni unite raggiunge l'acme*<sup>21</sup>”, la circostanza troverebbe conferma nei lavori parlamentari. Infatti, afferma il Supremo Collegio, il testo originariamente approvato dalla Camera differenziava, ai fini della esenzione da responsabilità, i gradi della colpa e “*la scomparsa della detta previsione dal testo successivamente passato al vaglio dell'altro ramo del Parlamento non può però dirsi un ripudio tout court della differenziazione del grado della colpa, non risultando in tal senso esplicitata la volontà del legislatore in alcun passo dei lavori preparatori*”. La Corte sembra dire, parafrasando: in prima battuta c'era il grado della colpa, poi è stato eliminato, però rimane intrinseco nella norma perché nelle discussioni parlamentari non si è detto espressamente che l'eliminazione di ogni riferimento ad esso significa un suo ripudio. Qui davvero le perplessità si sprecano: non si vede in che modo il Legislatore avrebbe potuto essere più esplicito (nel senso di voler escludere il grado come elemento del precetto) se non avendo abrogato la disciplina previgente che lo prevedeva (il decreto Balduzzi), ed avendo superato una prima bozza di norma che allo stesso modo continuava a tenerne conto.

---

esclusione della punibilità dovrebbe operare proprio nel caso in cui siano state seguite delle linee guida accreditate, benché inadatte al caso concreto.

<sup>21</sup> L'espressione è di BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 maggio 2018, 7.

Ma non solo. Una lettura sistemica di tutta la riforma (che è proprio l'operazione ermeneutica auspicata dalla Corte) porta a ritenere che la scelta di escludere, ai fini della responsabilità penale, il grado della colpa sia assolutamente voluta e consapevole, se si pone mente al fatto che, ad esempio, l'art. 9 in tema di rivalsa e di responsabilità amministrativa fa più volte riferimento al dolo o alla colpa grave.

Dunque non è un Legislatore "pigro" che mantiene in vita un elemento essenziale della norma senza esplicitarlo; la volontà è stata chiaramente espressa ed è inequivocabilmente nel senso di escludere, ai fini della esenzione da responsabilità penale, ogni rilevanza del grado della colpa.

Peraltro la soluzione adottata dalla Corte porta con sé una serie di interrogativi allo stato irrisolti quale, ad esempio: esistono solo due gradi della colpa (grave o lieve) o vi è una sorta di scala di valori di questa?

Infatti la sentenza, nella parte in cui delinea il perimetro applicativo della causa di non punibilità, sembra riferirne l'operatività ad una colpa lievissima: le linee guida sono rispettate nonostante l'errore del sanitario in fase attuativa quando *"lo scostamento da esse è marginale e di minima entità"*.

Ed ancora, in connessione con quanto appena espresso, il grado della colpa è un presupposto negativo o positivo? Altrimenti detto, ai fini dell'operatività della norma dovrà essere accertata la lievità della colpa, oppure sarà sufficiente che questa non sia da considerarsi grave?

#### 4.5. Quanto fatto dalla Corte, le era consentito?

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite ha senz'altro il merito di aver fornito una interpretazione che, seppur in modo farraginoso, fornisce alla norma di nuova introduzione un suo ambito di applicazione.

Rimane però il dubbio se tale operazione le fosse o meno consentita. Ed infatti, in luogo di sollevare questione di legittimità costituzionale – come peraltro invocato anche dal Procuratore Generale nella propria requisitoria – ritenuta non rilevante nel giudizio *a quo* trattandosi di una ipotesi di negligenza, è stata percorsa la strada della interpretazione costituzionalmente conforme.

La Corte stessa in premessa fa un richiamo alle regole da seguire nella interpretazione della legge, rifacendosi all'art. 12 delle preleggi e ritenendo che da essa *"si evince un solo vincolante divieto per l'interprete, che è quello riguardante l'andare "contro" il significato delle espressioni usate...non gli è invece vietato andare 'oltre' la literalità del testo"*.

La lettera della legge, seppur di dubbia compatibilità a costituzione, è però chiara: le condotte connotate da imperizia, a prescindere dal grado della colpa, sono ritenute meritevoli di un trattamento di minor severità.

Introdurre, come fatto in sentenza, un elemento nuovo ed ulteriore all'interno della fattispecie, limitando peraltro la portata della causa di non punibilità, sembra a tutti gli effetti

una interpretazione “creativa” e che va soprattutto contro al dettato normativo – e dunque, in quanto tale, vietata sulla base di quelle stesse regole cui la Corte dice di ispirarsi<sup>22</sup>.

#### 4.6. Chi sono gli effettivi destinatari della norma?

L'art. 590 *sexies* c.p. parla di fatti commessi “nell’esercizio della professione sanitaria”: dunque sarebbe riferibile a tutti gli esercenti tale professione.

L’interpretazione data però dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento pare limitarne ulteriormente il campo di applicazione: posta la premessa per cui il presupposto per l’operatività della norma è che il sanitario abbia commesso un errore non nella fase di selezione ed individuazione delle linee guida, ma nella fase esecutiva, come potrebbe atteggiarsi ad esempio a quei sanitari la cui attività è meramente diagnostica o valutativa? Tra le righe la Corte sembra aver cucito la causa di non punibilità addosso ai chirurghi – o comunque a coloro i quali effettuino un’attività di tipo interventistico.

Ancora una volta i sospetti di incostituzionalità della norma paiono riaffiorare.

FEDERICO EMILIANI

---

<sup>22</sup> Nello stesso senso si veda CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 marzo 2018, 6: “Allargando la prospettiva, il dubbio è se possa un'interpretazione ‘conforme a Costituzione’ spingersi sino al punto di introdurre nel corpo di una fattispecie dal tenore letterale inequivoco (seppur di dubbia costituzionalità) un elemento nuovo e ulteriore (la distinzione tra gradi di imperizia), con effetti limitativi della non punibilità”; ed anche PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, cit., 10: “Si ha la netta sensazione si sia andati oltre i confini legali della fattispecie e che si sia fatta effrazione nel testo legislativo...In realtà con l'interpretazione della Mariotti il testo della legge viene riscritto. E viene riscritto in malam partem, perché viene cancellata l'imperizia grave, che invece letteralmente rientra nell'area di non punibilità”.

