

L'art. 590-sexies c.p. non contiene una causa di non punibilità. Primi approcci ad una contrastata riforma.

di *Paolo Tabasso*

CASS. PEN., SEZ. IV, 7 GIUGNO 2017 (UD. 20 APRILE 2017), N. 28187.
PRESIDENTE BLAIOTTA, RELATORE MONTAGNI

Sommario 1. Premessa – **2.** L'inquadramento del nuovo art. 590-sexies c.p. sul solco tracciato da giurisprudenza e norme in tema di responsabilità medica – **3.** Il contenuto precettivo dell'art. 590-sexies c.p. nella pronuncia della Corte - **4.** La natura delle linee guida – **5.** Lo scioglimento delle questioni di diritto intertemporale.

1. Premessa.

Rispetto all'entrata in vigore della L. 8 marzo 2017, n. 24, non ha tardato ad arrivare la presa di posizione, invero piuttosto creativa e non esente da critiche, della Cassazione, già oggetto di segnalazione da parte di questa rivista ([Responsabilità medica: la Cassazione chiarisce il nuovo quadro disciplinare dettato dall'art. 590-sexies c.p.](#)).

Il primo vaglio non è certo positivo, anzi. Le parole espresse della Corte di Cassazione sulla c.d. Legge Bianco-Gelli, sono cariche di disapprovazione e non certo delicate verso il Legislatore e il nuovo art. 590-sexies c.p., specialmente per l'impatto che esso potrebbe avere nell'ordinamento se assecondato nel suo contenuto letterale. Tanto che il Supremo Collegio mostra di voler edulcorare gli effetti della riforma per quel che *prima facie* appare esserne il contenuto precettivo, suggerendo “*un itinerario alternativo*” (§ 7.5) che, seppur astrattamente comprensibile negli intenti che lo animano, risulta stravolgere la neonata disposizione codicistica, relegandola a “*nuova regola di parametrizzazione della colpa*” (§ 10).

Del resto, non lasciano spazio a dubbio alcuno le considerazioni del Giudice di legittimità, laddove osserva che “*la lettura della nuova norma suscita alti dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili [...] incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo. Ancor prima, si ha difficoltà a cogliere la ratio della novella*” (§ 7).

L'occasione per tale prima presa di posizione, seppur approfondita, sulla riforma si presenta incidentalmente, con la sentenza della Corte di Cassazione, sez. IV, 7 giugno 2017 (ud. 20 aprile 2017), n. 28187. Entrata in vigore da pochi giorni la L.

8 marzo 2017, n. 24, la Corte non si sottrae ad una valutazione dei principali snodi ermeneutici astrattamente rilevanti nel caso concreto.

L'analisi della novella appena entrata in vigore non è, però, il fulcro giuridico della pronuncia, atteso che l'annullamento con rinvio avviene per ragioni differenti, relative alla natura e ai limiti del potere decisorio del Giudice dell'Udienza Preliminare, mal esercitato, ad avviso del ricorrente, dal G.U.P. del Tribunale di Pistoia in occasione dell'emissione di sentenza di non luogo a procedere nei confronti dell'imputato perché il fatto non sussiste.

Il caso sottoposto agli Ermellini riguarda l'asserita responsabilità di uno psichiatra, responsabile di un centro di salute mentale, medico curante di un paziente con già pregressi casi di violenza, anche omicidiaria, per la morte di un altro ospite della struttura sanitaria. L'imputato prosciolto in udienza preliminare avrebbe tenuto una serie di condotte colpose, omissive e commissive che sarebbero state condizioni necessarie perché il coimputato compisse il gesto letale nei confronti di un altro paziente.

2. L'inquadramento del nuovo art. 590-sexies c.p. sul solco tracciato da giurisprudenza e norme in tema di responsabilità medica.

Prima di esaminare la novella legislativa, la Corte indulge in un denso *excursus*, normativo e giurisprudenziale circa il contesto nel quale la disposizione in oggetto si cala. In particolare per valutare le differenze con la disciplina pregressa, di cui all'art. 3, co. I, L. 8 novembre 2012, n. 189, e sviscerarne, sempre in astratto, le questioni di diritto intertemporale, sulle quali ci si soffermerà *infra*.

La norma di riferimento è l'art. 6 della L. 8 marzo 2017, n. 24 che ha ricollocato nella sistematica del codice penale il tema della colpa medica.

La nuova fattispecie incriminatrice – sulla stessa lunghezza d'onda della L. 23 marzo 2016, n. 41, che ha introdotto gli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. – ha inteso rendere ancora più esplicito il cammino intrapreso con il c.d. Decreto Balduzzi, di autonomizzazione della disciplina della responsabilità colposa del sanitario, creando una sorta di 'microcosmo' che permetta di tenere da conto le varie istanze contrapposte che dominano la materia. Da un lato la pretesa di libertà tecnica da riconoscere al medico nell'esercizio di una così elevata e fondamentale attività; dall'altro lato, l'esigenza di controllo stringente sull'operato del professionista, in ragione della rilevanza dei beni giuridici in discussione.

Nocciolo attorno al quale è ruotata la diatriba che ha interessato gli interpreti è il ruolo da attribuire alla graduazione della colpa nell'ambito del giudizio responsabilità. Se, ovverosia, riconoscerci addirittura discriminine di punibilità, ovvero se limitarlo, ai sensi dell'art. 133 c.p., all'alveo della determinazione del *quantum* di pena.

Sin dagli anni '70-'80 – anche con l'avallo della Corte Costituzionale – il diritto vivente si è orientato nel senso di limitare la responsabilità del sanitario alle sole ipotesi di colpa grave, intesa quale “*quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività*”

professionale o propri di una data specializzazione". Siffatto orientamento esegetico, come noto, pur in assenza di una norma esplicita in ambito penalistico, ha tratto abbrivio dalla riflessione sistematica originata dall'art. 2236 c.c. Per un principio di simmetria tra le due aree del diritto, l'esenzione da responsabilità per la colpa lieve in caso di prestazione che comportasse la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, non poteva non trovare applicazione in ambito penalistico. Anche per evitare il paradosso che fosse penalmente sanzionato quanto era civilmente lecito.

Finanche la Consulta, con la sentenza 28 novembre 1973, n. 166, ha ritenuto non fondata la sollevata questione di costituzionalità sul presupposto che la limitazione di responsabilità fosse giustificata se confinata alla sfera della perizia, nelle sole ipotesi nelle quali la prestazione richiesta fosse di speciale difficoltà.

L'orientamento cui si è fatto cenno, però, non è stato incontrastato. Quasi contestualmente, per poi affermarsi in seguito, sorgeva e si sviluppava un'interpretazione di segno esattamente opposto, secondo la quale il grado della colpa avrebbe quale unico precipitato penalistico, quello di graduare la risposta sanzionatoria del giudicante, ai sensi dell'art. 133 c.p. In questi termini, l'art. 2236 c.c. non può eccedere l'ambito di appartenenza, atteso che "*in sede penale, al fine di valutare la colpa professionale non la si può limitare a quella grave, applicabile, solo ai fini civilistici, in tema di risarcimento del danno, poiché non è possibile ammettere alcuna restrizione della disciplina dell'elemento psicologico prevista dall'art. 43 c.p.*" (ex multis cfr. Cass. Pen., sez. IV, 16 giugno 2005, n. 28617).

Il primo (e invero unico sinora) segno di discontinuità normativo sul tema si registrava con l'entrata in vigore del c.d. Decreto Balduzzi, convertito in legge, con modifiche, dalla L. 8 novembre 2012, n. 189, ove la distinzione tra colpa lieve e colpa grave veniva introdotta con riferimento alla responsabilità medica di colui che, nell'operare, si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Esplicitamente l'art. 3, co. I escludeva la punibilità di colui che avesse cagionato l'evento con la sola colpa lieve.

Circa l'ambito di applicabilità di tale novella, l'evoluzione giurisprudenziale si è alternata in modo piuttosto variegato, ritenendo, inizialmente, che – trattandosi dell'osservanza di regole di comportamento di contenuto eminentemente tecnico – l'esenzione da responsabilità fosse confinata alla sola sfera della perizia. In un secondo momento, con approdi via via estensivi, è venuta meno tale limitazione, estendendo la causa di non punibilità anche al di fuori del suo terreno d'elezione, all'ambito di pertinenza della diligenza e della prudenza.

Così delineato il quadro normativo che precedeva l'ultimo intervento del Legislatore, la disposizione di cui all'attuale art. 590-*sexies* c.p. è stata salutata, per un verso, quale positivizzazione dei pregressi orientamenti esegetici; per altro verso, quale ulteriore ampliamento del perimetro della guarentigia riconosciuta al medico che faccia buon governo delle linee guida e delle attuali buone pratiche clinico-assistenziali, non più limitata alla sola *culpa levis*.

Badando al dato testuale, non si può negare si tratti di una clausola di esclusione della punibilità per determinate condotte sanitarie inficiate da colpa. In questo caso, però, a differenza dei due requisiti richiesti dal Decreto Balduzzi, l'esonero della responsabilità dipende, dall'accertamento di tre circostanze coesistenti:

- 1) il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee-guida ovvero dalle buone pratiche clinico assistenziali;
- 2) l'adeguatezza delle linee guida o delle buone pratiche al caso concreto;
- 3) il rimprovero al sanitario sia limitato all'area dell'imperizia.

Al netto di quanto si dirà circa l'interpretazione della Corte di Cassazione, l'espunzione del riferimento alla graduazione della colpa – in costanza della cornice normativa, evidentemente in continuità con la precedente – lascia intendere, pur con tutte le perplessità ipotizzabili, che la volontà del Legislatore sia proprio quella di escludere la punibilità *tout court*, a prescindere dal gradiente di colpa estrinsecatosi pur nell'osservanza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida.

Del resto, il riferimento all'esclusione della punibilità sembra inequivoco.

3. Il contenuto precettivo dell'art. 590-sexies c.p. nella pronuncia della Corte.

Calandosi nell'analisi della fattispecie, le prime perplessità esegetiche vengono sollevate dalla Corte di Cassazione con riferimento alla astratta compatibilità – esclusa nella pronuncia in commento – tra la piena osservanza delle raccomandazioni delle linee guida e l'imputabilità a titolo colposo dell'evento lesivo cagionato. In questi termini, il nuovo enunciato è tacciato di attingere alla sfera dell'ovvietà.

Ancor di più, ne viene esaltata la contraddittorietà laddove il Legislatore lascia intendere vi sia un margine di intersezione tra il rispetto delle linee guida e l'imperizia del sanitario: *“si è in colpa per imperizia ed al contempo non lo si è, visto che le codificate leges artis sono state rispettate ed applicate in modo pertinente ed appropriato”* (§ 7).

Cercando di sciogliere i dubbi emergenti dal dettato poco perspicuo, la prima soluzione prospettata è quella che transita attraverso una interpretazione letterale della disposizione. Lettura che conduce all'esclusione della punibilità anche nei riguardi del sanitario che, pur avendo osservato un contegno imperito, abbia tenuto fede *“in qualche momento della relazione terapeutica”* (§ 7) alle linee guida dettate per lo specifico caso affrontato. Ciò anche laddove l'osservanza delle direttive qualificate si sia manifestata in momento differente da quello nel quale è emersa l'atto imperito.

L'esemplificazione iperbolica è quella del chirurgo che imposti correttamente il percorso diagnostico e terapeutico, ma all'atto esecutivo invece di tagliare il peduncolo della neoformazione, recida un'arteria, con effetto letale per il paziente. Tale approdo, pur rispettoso dei dettami dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, ad avviso della Corte, non solo sarebbe irragionevole e violativo del diritto alla salute del paziente (art. 32 Cost.), ma determinerebbe un *vulnus* ai

principi che dominano l'imputazione colpevole del fatto. In proposito viene significativamente evocata la stratificazione ermeneutica in ordine ai canoni della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento lesivo, inscindibilmente connessi alla causalità della colpa.

Ancora, il *“radicale esonero da responsabilità”* (§ 7.3) si presenterebbe come *unicum* in ambito internazionale, evidenziando ancor di più l'irrazionalità di una disciplina che differenzi il trattamento del personale medico anche rispetto ad altre professioni parimenti complesse e delicate.

Anche al fine di evitare impliciti dubbi di costituzionalità cui si esporrebbe siffatta interpretazione, la Corte nomofilattica percorre un sentiero alternativo – che, ad avviso di chi scrive, sacrifica ogni portata precettiva della norma in commento – che si prefigge di esaltare il contesto e le finalità dell'intero provvedimento legislativo, valorizzando il ruolo attribuito alle linee guida. Esse sono inquadrare quali figure cardine dell'orizzonte precettivo del sanitario: per un verso, in via preventiva, fungono da criterio orientativo dell'agire terapeutico; per altro verso, a posteriori, costituiscono termine di paragone per la valutazione dell'azione medica. Così delineata, la nuova fattispecie incriminatrice *“fornisce un inedito inquadramento precettivo, focalizzato sulle modalità di svolgimento dell'attività sanitaria e di accertamento della colpa; e dunque reca pure precise indicazioni al giudice in ordine all'esercizio del giudizio di responsabilità”* (§ 7.5).

Questa, stando agli Ermellini, l'unica interpretazione possibile. La sola che *“coglie nella riforma il virtuoso impulso innovatore focalizzato sulla selezione e codificazione e di raccomandazioni volte a regolare in modo aggiornato, uniforme, affidabile l'esercizio dell'ars medica”* (§ 10.1).

Non si ferma qui la riflessione. Il Giudice di legittimità ne traccia in modo nitido i confini esterni, onde delimitare in modo certo la sfera di attuazione.

Innanzitutto, primo confine dettato direttamente dal Legislatore è quello della imperizia. Solo questa connotazione della colpa generica viene incisa dalla riforma, mentre inalterato rimane il regime giuridico della imprudenza e negligenza. Peraltro, pur apprezzando il tentativo di delimitazione espresso, non si possono tacere gli incontrollati e incontrollabili margini di discrezionalità che nella prassi dominano l'individuazione della linea di demarcazione tra i tre caratteri del rimprovero colposo, che, di fatto, inficiano la differenziazione. È ben noto che il governo concreto dei tre parametri in questione sia sostanzialmente arbitrario.

In secondo luogo, la novella non trova applicazione:

- i. negli ambiti che non siano governati dalle linee guida;
- ii. nelle situazioni concrete nelle quali le raccomandazioni debbano essere disattese in ragione delle caratteristiche del caso affrontato, in ossequio dell'esplicitato canone dell'adeguatezza alle specificità del paziente (spesso in ipotesi di comorbilità);
- iii. per quei comportamenti che, per la loro eccentricità ed abnormità, mutuando un termine proprio di diverso ambito della responsabilità colposa, siano del tutto estranei alle direttive regolanti la materia (in

questi termini sovviene nuovamente l'esemplificazione suindicata del chirurgo che causi l'esito letale per un macro-errore esecutivo).

Infine, puntualizza la Corte, l'interprete non deve farsi ingannare dal tenore letterale della locuzione "*esclusione della punibilità*", poiché essa è intesa – come in altre ipotesi già presenti nell'ordinamento, rappresentate dagli artt. 85 e 388 c.p. – in termini atecnici, condensabili in un "*riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla parametrizzazione della colpa*" (§ 10.1).

A ben vedere, dunque, il nuovo fulcro della disciplina ivi riportata si sposta effettivamente sul parametro, ormai dirimente rispetto alla valutazione del comportamento del sanitario, dell'adeguatezza delle direttive dettate in astratto, rispetto alla concreta situazione affrontata nella pratica terapeutica. Adeguatezza – sempre con la doppia faccia della stessa medaglia, preventiva per il medico e successiva per l'organo giudicante – che si traduce nell'assenza di automatismo nell'applicazione delle raccomandazioni: "*potrà ben accadere che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia e che, in alcuni casi, si trovi a doverci addirittura derogare radicalmente*" (§ 7.2).

4. La natura delle linee guida.

Inevitabile a questo punto, e la Corte non vi si sottrae, una rivalutazione della natura delle linee guida. In tale ambito non si registrano novità di sorta rispetto a quanto sinora stratificatosi nella penna degli interpreti.

Non bisogna dimenticare che il punto di partenza è l'esegesi che si è consolidata nell'alveo della previgente disciplina, ove veniva attribuita alle raccomandazioni la veste di "*sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche*" (cfr. per tutte Cass. Pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237).

Tale approdo viene ribadito, anche testualmente, puntualizzando che esse "*non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica*" (§ 7.2).

Altresì indubitabile che queste abbiano contenuto solamente orientativo, senza alcuna pretesa di esaustività. Per natura, la scienza medica non si presta alla piena positivizzazione. Vi sono sempre ambiti inesplorati, nei quali non sono tracciate regole di condotta, così come la clinica mostra casi nei quali il sanitario debba, sempre in virtù della necessità di adeguare il proprio comportamento alla specificità della situazione, compiere azioni non codificate.

Peraltro, proprio in tema di situazioni innovative, la Corte conclude con una chiosa finale che riapre alle potenzialità espansive dell'art. 2236 c.c. "*il principio civilistico di cui all'art. 2236 c.c., che assegna rilevanza soltanto alla colpa grave, può trovare applicazione in ambito penalistico come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia*" (§ 11.1).

5. Lo scioglimento delle questioni di diritto intertemporale.

Ultimo tema affrontato dal Supremo Collegio attiene alla disciplina applicabile ai fatti antecedenti al 1 aprile 2017, alla stregua dei principi dettati dall'art. 2 c.p.

Come si diceva *supra*, pur se nella successioni di leggi pareva potersi cogliere un ampliamento dell'area di garanzia per il sanitario, quantomeno per quel che concerne la violazione di regole di perizia, la Corte trae conclusioni coerenti con l'argomentazione che precede, riconoscendo il maggior favore della normativa precedente, ora abrogata.

Contemplando la Legge Balduzzi, a differenza della Legge Gelli-Bianco, una 'depenalizzazione' di parte delle condotte astrattamente riconducibili alla fattispecie incriminatrice ordinaria, essa si presenta quale regime più vantaggioso, poiché comporta l'esenzione di responsabilità per le violazioni inficcate dalla sola *culpa levis*. Ciò sia con riferimento all'imperizia che, assecondando l'interpretazione maggioritaria, con riguardo alla negligenza e all'imprudenza.

Di conseguenza, i fatti anteriori all'entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco, continueranno ad essere disciplinati dalla norma abrogata.