



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

UDIENZA PUBBLICA 21 dicembre 2017

SEZIONI UNITE PENALI

Proc. Mariotti

Requisitoria del Sost. PG Fulvio Baldi

§1. Il ricorso, partendo dal presupposto che, per potersi ravvisare la sindrome della compressione della cauda equina, occorrono sia l'ipoestesia, vale a dire la mancanza di sensibilità agli arti, che l'incontinenza sfinterica, mira a dimostrare che il dott. Mariotti in data 24 ottobre 2008 non avesse ancora avuto a sua disposizione elementi fattuali chiari sulla sussistenza di detta incontinenza, con conseguente impossibilità di diagnosticare la malattia. Al riguardo, tuttavia, a parere del PG non sussiste il lamentato contrasto, indicato con il primo motivo di ricorso, tra le affermazioni contenute in sentenza e le dichiarazioni rese dalla teste Algozzino. Quest'ultima, infatti, ha sempre riferito che, registrato il peggioramento delle condizioni della persona offesa Peloso Giuseppe nella notte tra il 23 ed il 24 ottobre, aveva provveduto a dotare l'amico di pannoloni. Le ulteriori affermazioni del ricorrente, per cui le ammissioni della teste circa la sopravvenuta incontinenza fecale del Peloso sarebbero state indotte da domande suggestive del pubblico ministero, naturalmente, in questa sede non possono trovare accoglimento. Ne consegue che la dotazione di detti pannoloni, se può essere riferita alla palese difficoltà motoria del Peloso, tale per cui egli non potesse recarsi autonomamente in bagno, va riferita anche (ed anzi, soprattutto) alla sua incontinenza, esplosa proprio nella notte tra il 23 ed il 24 ottobre e resa nota al medico proprio dal Peloso la mattina stessa.

A rendere logiche le ricostruzioni fattuali operate in sentenza contribuisce proprio il confronto tra le dichiarazioni della persona offesa e quelle del Peloso, confronto da cui si evince che la sindrome della compressione della cauda equina fosse conclamata già in data 24 ottobre e che, nonostante ciò, il dott. Mariotti non provvide al ricovero

urgente del paziente, che sarebbe stato operato solo in data 5 novembre. Con riferimento a tale operazione chirurgica, nemmeno sono ammissibili, in quanto mere congetture, le asserzioni, contenute nel secondo motivo di ricorso, circa la strana rapidità dei tempi di guarigione a seguito dell'intervento. Esse, a rigor di logica, tendendo a dimostrare che dalla sindrome in questione in genere si guarisca in tempi più lunghi, mira in ultima analisi a mettere in discussione che la sindrome sussistesse realmente, il che è contro ogni accertamento tecnico compiuto nell'ambito del processo così come adeguatamente valutato in motivazione.

Parimenti sformite di fondamento risultano le doglianze circa la mancanza di un giudizio controfattuale, posto che esso aleggia sull'intera motivazione della decisione, permeandola dall'inizio alla fine. È chiaro, in altri termini, che tutta la motivazione sta a ribadire, nel suo complesso, che se la sindrome fosse stata diagnosticata al più tardi per il 24 ottobre, quando cioè tutti i sintomi erano conclamati e già noti al dott. Mariotti, e se l'operazione fosse stata eseguita al più tardi per il 25 ottobre, le conseguenze lesive sarebbero state più blande.

Il ricorso, dunque, sarebbe manifestamente infondato e, pertanto, inammissibile, se ci si arrestasse all'esame di esso.

§ 2. Tuttavia, la sorte di questo processo deve fare i conti, ed è la ragione per cui siamo oggi dinanzi alle Sezioni Unite, con il chiaro mutamento del quadro normativo per effetto dell'introduzione dell'art. 590 *sexies* ad opera della legge 8.3.2017, n. 24 (cd. Gelli Bianco), per effetto del quale “qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida” definite e pubblicate dalla legge, se adeguate alla specificità del caso concreto, o, in mancanza, dalle buone prassi.

Come è noto, tale norma abroga la legge Balduzzi (d.l. 158/2012, conv. in l. 189/2012) il cui art. 3 esentava da responsabilità il medico che si fosse attenuto al rispetto delle linee guida e delle buone prassi accreditate dalla comunità scientifica quand'anche fosse riscontrabile una sua colpa lieve.

Orbene, un'interpretazione della novità legislativa ferma al dato letterale, operata attraverso la sentenza n. 50078/2017 (Cavazza) della Quarta penale, porta ad affermare che:

- a) restano fuori dalla causa di non punibilità (apparente o reale che sia la sua natura giuridica) la colpa per negligenza e la colpa per imprudenza, che tuttavia sono rarissime nel caso di responsabilità dei sanitari;

- b) resta fuori dall'ambito applicativo della norma il caso non disciplinato da linee guida o non sorretto dalla sperimentata esperienza delle buone prassi;
- c) mentre, non risponde degli eventi dannosi riconducibili alle sue condotte il medico che, individuate correttamente le linee guida, le abbia applicate fedelmente;
- d) laddove, invece, continua a risponderne chi le abbia male individuate o le abbia male applicate.

Per tale decisione la graduazione della colpa nell'ambito dell'imperizia è stata abolita, sicchè non potrebbe attribuirsi alla colpa grave "un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell'ambito di operatività della causa di non punibilità". Tale convincimento è rafforzato dall'interpretazione storica, posto che il *novum* normativo avrebbe esplicitamente inteso favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile. La rinuncia alla pena nei confronti del medico si giustificerebbe nell'ottica di una scelta del legislatore di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie mandandolo esente da punizione per una mera valutazione di opportunità politico criminale, al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva.

Tale esegesi giurisprudenziale non dialoga, sembra quasi anzi ignorare, la precedente pronuncia della stessa Sezione Quarta, n. 28817/2017, che invece faceva uno sforzo intellettuale oltre la lettera e forse oltre le stesse finalità della legge, tentando la strada della lettura costituzionalmente orientata. In ballo, in effetti, ci sono principi costituzionali importanti, quali la tutela della salute del cittadino (*ex art. 32 Cost.*) ed anche ragioni di coerenza del sistema evincibili dall'art. 3 Cost., laddove si registrassero la non punibilità dell'imperizia grave ed, invece, la perdurante punibilità di una negligenza lieve. Il dato di partenza della decisione è quello dell'impossibilità della rinuncia a leggere la norma secondo il principio di colpevolezza, fondato sui consueti canoni della prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Nel contempo altra esigenza da cui sembra partire la pronuncia è quella di evitare la ipervalorizzazione della linee guida, che devono essere considerate non come norme tariffarie, ma come direttive generali, come orientamenti, come istruzioni di massima.

Per la pronuncia, ai fini dell'applicazione del nuovo art. 590-*sexies* c.p., occorrerà riferirsi a eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate ed appropriate rispetto al caso concreto, una volta tuttavia valutata l'assenza di plausibili ragioni che suggeriscano di discostarsene radicalmente; al medico sarà comunque richiesta la valutazione circa la rispondenza delle raccomandazioni generali alla fattispecie concreta, previo vaglio di adeguatezza. In questa prospettiva, per la pronuncia va valorizzato il momento soggettivo a discapito di qualsivoglia automatismo, mentre continueranno ad essere punibili le condotte mediche che, "sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata

da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo”, come appunto i casi conclamati di errore per imperizia nell’esecuzione delle corrette direttive.

Nonostante che la lettera della legge, inoltre, non faccia alcun riferimento alla graduazione della colpa, ed anzi abroghi formalmente la precedente legge Balduzzi che conteneva il richiamo alla colpa lieve, la pronuncia propone di rispolverare il vecchio riferimento all’art. 2236 cod. civ. sulla colpa grave, che sarebbe ancora applicabile in caso di imperizia. Tale criterio era quello in voga negli anni ottanta, poi superato dalla giurisprudenza che faceva piena applicazione alla professione medica dei criteri generali della colpa e, dunque, anche di quello della colpa lieve, giurisprudenza, come è noto, poi travolta dall’intervento legislativo del 2012, anch’esso però oggi formalmente abrogato.

Coerentemente, nell’affrontare il rapporto tra vecchia e nuova disciplina, in detta pronuncia si è ritenuto necessario individuare, nonostante la formale abrogazione della precedente normativa, la legge in concreto più favorevole rispetto ai fatti commessi prima dell’entrata in vigore della legge n. 24 del 2017, con la conclusione che la previgente disciplina si presenta in termini di maggiore favore rispetto al nuovo articolo 590-*sexies* c.p., quantomeno riguardo alla limitazione di responsabilità ai soli casi di colpa grave, con la conseguenza che, ove pertinente, essa troverà ancora applicazione, *ex art. 2, c.p.*, rispetto ai fatti anteriori, quale norma più favorevole.

§ 3. Due interpretazioni a confronto, dunque, si diceva. Ma entrambe con degli evidenti problemi, a parere di questo PG.

L’ultima in ordine cronologico (n. 50078/2017) non è sostenibile, nella misura in cui recepisce supinamente il dettato legislativo, inconsapevolmente accettando il rischio del *vulnus* di alcune garanzie costituzionali.

- a) In *primis* quella dell’art. 3 Cost., atteso che l’imperizia grave resterebbe non punibile differentemente da altre forme di colpa, inquadrabili nella negligenza o nell’imprudenza, ancorchè manifestatesi in forma lieve; sempre quella dell’art. 3 Cost., avuto riguardo all’incoerenza del sistema ove la colpa medica venga confrontata con la disciplina riservata ad altre categorie professionali, che non godrebbero di analogo vantaggio;
- b) dell’art. 25 Cost., posto che vi è un chiaro problema di tassatività della norma laddove la causa di non punibilità è agganciata a linee guida non pubblicate ai sensi di legge ma, piuttosto, a mere buone pratiche e raccomandazioni desumibili *aliunde* senza altra precisazione normativa;
- c) dell’art. 27 Cost., attesa la rinuncia a ragionare in termini di responsabilità colpevole, utilizzando gli schemi tradizionali della prevedibilità ed evitabilità dell’evento e, soprattutto, della graduazione della responsabilità caso per caso;
- d) dell’art. 32 Cost., atteso che la salute del cittadino è meglio tutelata allorquando il medico si sforzi il più possibile di adattare la terapia alle

- peculiari caratteristiche del paziente piuttosto che rifugiarsi nell'acritica applicazione di protocolli;
- e) dell'art. 2 Cost., proprio perché la dignità della professione medica sarebbe meglio garantita dal riconoscimento di una maggiore libertà terapeutica, consentendo al professionista di uscire da schemi che a volte diventano esiziali e mortificanti della fantasia stessa dell'operatore sanitario, in modo da fargli abbandonare paradossali, sebbene più comode, logiche impiegate;
 - f) del combinato disposto degli artt. 24, 101, 102 e 111 Cost., laddove il legislatore consente un'irragionevole limitazione del controllo del giudice, costretto a registrare in maniera notarile il rispetto delle linee guida, e a dover escludere il reato, una volta effettuata detta constatazione, senza poter fare altre valutazioni.

L'applicazione letterale della nuova norma, in altri termini, non risolve il problema della difesa di questi valori irrinunciabili, né tantomeno ne propone un bilanciamento. La legge, cioè, dovendo individuare un centro di equilibrio tra tranquillità professionale del medico e garanzia del paziente di avere un trattamento il più possibile personalizzato, semmai a costo del superamento di protocolli e prassi, sposta chiaramente il baricentro a favore della prima esigenza. Questo stato di cose è ritenuto di fatto inevitabile dall'orientamento giurisprudenziale in esame ma è, francamente, inaccettabile.

Dal canto suo, invece, la prima pronuncia (n. 28187/2017, Tarabori) tenta la strada dell'interpretazione conforme ai principi costituzionali, ma lo fa ad un prezzo troppo alto, pagato in termini di incertezza delle regole da applicare e, perfino, in termini di neutralizzazione della riforma. Certamente, l'esigenza costituzionale di continuare a pretendere che anche l'imperizia, vale a dire l'inosservanza delle *leges artis*, sia suscettibile di graduazione, è insopprimibile. Ma costituisce un dato certo, che la legge Gelli Bianco abbia abrogato il riferimento alla colpa lieve e che al posto di essa abbia inserito un'equazione chiara, che suona così: "applicazione corretta del protocollo giusto = nessuna imperizia = nessuna colpa = nessun reato".

La fatica fatta dalla Quarta Sezione con la sentenza 28187/2017 è, sia chiaro, encomiabile. Non era facile far quadrare con il principio di colpevolezza, cui non possiamo rinunciare fino a quando sarà vigente l'art. 27 Cost., una norma che punta su un automatismo secco come quello sopra enunciato. La fatica interpretativa, tuttavia, rischia di produrre un quadro ondivago, disomogeneo, di non facile lettura per l'utente e di non facile applicazione per le corti di merito. Se si deve graduare la colpa per imperizia, lo si fa *contra legem*? E se ciò non è vero, a quale dei criteri già travolti dalla legge Balduzzi bisognerà far riferimento? E quale possibilità vi sarà di graduare una colpa per imperizia a fronte di una diligentissima applicazione delle buone prassi o delle linee guida che abbia, in concreto, prodotto effetti disastrosi? A

questo la pronuncia non dà risposta, per un semplice motivo: perché si è di fronte ad un problema allo stato irrisolvibile.

Orbene, non si ignorano i numerosi tentativi, soprattutto dottrinari, volti ad escludere il contrasto della norma con i suddetti parametri costituzionali. Li ha fatti la dottrina e, in qualche misura, la sentenza n. 28187. Ma essi non convincono. Cozza, infatti, contro ogni convincimento consolidato dei nostri costumi giuridici, il ritenere che l'imperizia vada intesa in senso ampio e che essa comprenda la negligenza e l'imprudenza. Salterebbe in un solo colpo, in tal modo ragionando, la differenza ontologica che sicuramente esiste tra *species* diverse, sia pure dello stesso *genus*.

Parimenti non è sostenibile che nelle linee guida ci sia già una valutazione implicita delle categorie dell'evitabilità e della prevedibilità dell'evento. Tale argomentazione è doppiamente viziata poichè: se si inquadra l'imperizia nella colpa generica, non vi è chi non veda che viene sacrificata ogni valutazione in concreto sulla colpevolezza a vantaggio di una valutazione solo in astratto; se, invece, si inquadra l'inosservanza delle linee guida come colpa specifica, risulta sacrificata ogni valutazione circa l'eshaustività della regola cautelare, scritta in astratto, in relazione all'evitabilità dell'evento. Non è francamente agevole, peraltro, ritenere che il rispetto della norma comprenda già tutto, al punto da escludere ogni altra possibilità di valutazione sul comportamento soggettivo dell'agente. Tanto più perchè non di una normale norma di natura cautelare si tratta, ma di una norma completamente in bianco inquadrata in un istituto che funziona, diciamolo, a tutti gli effetti come una scriminante speciale, visto che essa esclude gli elementi tipici del fatto o, se si preferisce, la sua antiggiuridicità.

Parimenti, la disparità di trattamento con la disciplina della colpa rispetto ad altre professioni non è affatto giustificabile alla luce della maggiore delicatezza dei rischi che si corrono nell'ambito della professione sanitaria, perché così argomentandosi non si terrebbero in adeguato conto quei rischi, a volte altissimi, riguardanti altri professionisti, rischi anche maggiori di quelli corsi da un sanitario (basti pensare ai rischi dell'ingegneria civile).

Altri tentativi dottrinari, tra cui menziono quello che punta sulla reviviscenza della colpa lieve *in eligendo* le linee guida nonché quello che circoscrive la colpa lieve all'imperizia, si scontrano duramente con due realtà: in primo luogo l'esistenza della nuova legge; poi la lettera della nuova legge.

L'attività esegetica, giurisprudenziale o dottrinaria che sia, quand'anche orientata al rispetto della Costituzione, non può fare miracoli, non può arrivare a coprire tutto, soprattutto quando la lettera della legge, appunto, si presenti ostile. E questo è uno di quei casi in cui lo è. La graduabilità della colpa per imperizia, in altri termini, non è scritta nella nuova norma ed è arduo volere leggere a tutti i costi laddove la norma non dice.

§ 4. Ed allora, è per questo che si ritiene di dover suggerire di seguire la strada della Corte Costituzionale. La questione di legittimità costituzionale è non manifestamente infondata perché la norma è in contrasto, come sopra specificato, con le norme di cui agli art. 2, 3, 24, 25, 27, 32, 101, 102 e 111 Cost.. Essa, inoltre, nella specie, è chiaramente rilevante, atteso che il caso che ci occupa si esaurisce tutto proprio in una colpa per imperizia.

Giova chiarire che l'incostituzionalità si ravvisa per lesione:

- 1) del principio costituzionale di uguaglianza, atteso che l'imperizia grave resterebbe non punibile differentemente da altre forme di colpa, inquadrabili nella negligenza o nell'imprudenza, ancorché manifestatesi in forma lieve; ed anche perché si ravvisa un'incoerenza interna del sistema laddove la colpa medica venga confrontata con la disciplina riservata ad altre categorie professionali, che non godrebbero di analogo vantaggio;
- 2) del principio costituzionale di tassatività della norma penale, laddove la causa di non punibilità è agganciata a linee guida non pubblicate ai sensi di legge ma, piuttosto, a mere buone pratiche e raccomandazioni desumibili *aliunde* senza altra precisazione normativa;
- 3) del principio costituzionale di responsabilità colpevole, visto che vengono obnubilati gli schemi tradizionali della prevedibilità ed evitabilità dell'evento e, soprattutto, della graduazione della responsabilità caso per caso;
- 4) del principio costituzionale di tutela della salute del cittadino, che non è sempre necessariamente tutelato dall'applicazione di un protocollo rigido e non calato sulla situazione clinica concreta del paziente, soprattutto quando sulla terapia necessiterebbero più ampi margini di manovra in capo al sanitario;
- 5) del principio costituzionale di tutela della dignità della professione sanitaria, proprio perché essa è meglio garantita dal riconoscimento di una maggiore libertà terapeutica, restituendo al professionista la possibilità di abbandonare stereotipi la cui acritica applicazione li assimila a dei meri burocrati della medicina, finanche quando ciò possa assicurarli maggiormente sul piano personale;
- 6) del principio costituzionale di libera valutazione da parte del giudice, che è espressione sia delle prerogative della magistratura che del giusto processo, vulnerato ove il legislatore consentisse un'irragionevole limitazione dei poteri di controllo di quest'ultima.

§ 5. – Ove non si voglia ritenere che quella dell'incostituzionalità, in quanto irrisolvibile in via interpretativa, sia la strada maestra, in subordine pare palese che nel caso concreto occorrerebbe, qualunque sia la soluzione interpretativa adottata dal Collegio in questa sede, che il giudice di appello tornasse a valutare: se per la sindrome della compressione della cauda equina sussistessero linee guida; se queste potessero dirsi rispondenti alla norma *sub* art. 590 *sexies* c.p.; se vi fosse stato un loro rispetto totale o parziale; se dette linee guida, laddove esistenti, fossero o meno

adeguate alle specificità della situazione e quale fosse stato il loro livello di distacco dalle esigenze e dalla patologia del paziente; se residuassero, una volta acclarata la non punibilità delle condotte di imperizia, profili di imprudenza o negligenza; quale fosse il grado di colpa se, cioè, questa fosse grave o lieve.

Approfondimenti fondamentali, questi, a fronte del nuovo quadro normativo. Tuttavia inutili a fini di condanna penale, essendo sopravvenuta la prescrizione, ma rilevanti ai soli fini civili.

Conclusioni: Sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 590 *sexies* c.p.; in subordine annullarsi con rinvio ai soli fini degli effetti civili