



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Scuola di specializzazione per le professioni legali “E. Redenti”

Direttore: **Prof. Gaetano Insolera**

LA COLPA MEDICA
NELLA GIURISPRUDENZA *POST*
SEZIONI UNITE “MARIOTTI”

Tesi in Diritto Penale

SPECIALIZZANDO

DOTT. ENRICO SERICOLA

RELATORE

PROF. VITTORIO MANES

ANNO ACCADEMICO 2018-2019

SPECIALIZZAZIONE



INDICE

CAPITOLO I

LE DISARMONIE GIURISPRUDENZIALI E LA SOLUZIONE DATA DALLE SEZIONI UNITE “MARIOTTI”

I.1 Un quadro d’insieme della nuova disciplina e l’introduzione dell’art. 590- <i>sexies</i>	1
I.2 Il contrasto giurisprudenziale sul reale ambito applicativo della causa di non punibilità. Le due tesi sul tappeto: le sentenze “Tarabori” e “Cavazza”.....	5
I.3 La posizione delle Sezioni Unite “Mariotti”.....	10

CAPITOLO II

LA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA ALLE SEZIONI UNITE “MARIOTTI”

II.1 La giurisprudenza <i>post</i> “Mariotti”: le sentenze “De Renzo” e “Bonaiuto”.....	15
II.2 La speciale difficoltà del caso e l’estensione dell’art. 2236 c.c. nell’accertamento della responsabilità penale colposa.....	22
II.3 Confronto fra la Balduzzi e l’art. 590- <i>sexies</i> e profili di diritto intertemporale.....	25

CONCLUSIONI	30
--------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	32
---------------------------	-----------

CAPITOLO I
DISARMONIE GIURISPRUDENZIALI E LA SOLUZIONE DATA
DALLE SEZIONI UNITE “MARIOTTI”

I.1 Un quadro d’insieme della nuova disciplina e l’introduzione dell’art. 590-sexies.

A meno di cinque anni dal c.d. “decreto Balduzzi”, il Legislatore è intervenuto nuovamente sul tema della colpa in ambito sanitario, ridefinendo l’impostazione del 2012, con l’abrogazione dell’art. 3 della l. 189/2012 e con la sostanziale modifica dell’area di penale responsabilità della classe medica, attraverso la l. 24/2017¹. L’intento del Legislatore, invero, è stato quello di *“aumentare le garanzie e le tutele per gli esercenti la professione sanitaria da un lato; assicurare al paziente la possibilità di essere risarcito in tempi più rapidi e, soprattutto, certi, a fronte di danni sanitari eventualmente subiti, dall’altro”*², destinato, tuttavia, a scontrarsi, almeno in ambito penalistico, con alcune criticità del prodotto normativo.

¹ Già copiosa la letteratura dei commenti alla nuova normativa. Senza pretesa di completezza, tra gli altri: CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura delle legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2017; CENTONZE-CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazione disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 4, 1361; CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017; D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 5, 573; DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *Legisl. pen.*, 2 maggio 2017; GATTA, *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017; POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2017; RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Legis. pen.*, 7 giugno 2017.

² Così lo stesso relatore della legge GELLI, *Prefazione*, in LOVO-NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, 4-5.

Benché sul piano civilistico sia stata espressamente qualificata, *ope legis*, la natura della responsabilità medica (definita dall'art.7 "extracontrattuale"), sul versante penalistico, almeno nella *intentio legis*, lo scopo di ovviare al disastroso fenomeno della c.d. "medicina difensiva" e, di conseguenza, di consentire ai sanitari di operare in condizioni di tranquillità, in merito al rischio di essere coinvolti in procedimenti penali, si è tradotto, essenzialmente, nell'attribuire alle "linee guida" un ruolo di fondamentale importanza e nel superamento della distinzione colpa lieve/colpa grave.

L'art. 6 l. 24/2017, in particolare, ha inciso direttamente sul codice penale, inserendo al suo interno un nuovo art. 590-*sexies* (rubricato "*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*"), a mente del quale: "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 è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*".

Prima facie può osservarsi che gli elementi più salienti di discontinuità rispetto al d.l. Balduzzi sono la mancanza di qualsivoglia riferimento alla gradazione della colpa ed il restringimento della "non punibilità" alle sole ipotesi di imperizia.

Per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione della novella, l'art. 590-*sexies* c.p., riferendosi ai reati di lesione o omicidio colposi commessi "*nell'esercizio della professione sanitaria*", delinea una sostanziale continuità con la disciplina previgente poiché, tra i destinatari della nuova norma vanno annoverati, oltre ai medici, le ostetriche e il

personale infermieristico, in quanto esercenti attività sanitarie riconosciute dal Ministero della Salute³.

Analizzando più dettagliatamente i due commi del nuovo art. 590-sexies c.p., giova anzitutto prendere atto della superfluità del comma 1, che si limita unicamente a ribadire che le norme incriminatrici contemplate dagli artt. 589 e 590 c.p. s'indirizzano anche all'attività medica, salvo quanto previsto dal comma 2 dell'art. 590-sexies c.p. rispetto al quale, dunque, il comma 1 sembra assumere una generica valenza servente o introduttiva, come osservato da Autorevole dottrina.

Pertanto, deve ravvisarsi nel capoverso dell'art. 590-sexies c.p. la vera portata innovativa della riforma⁴, che definisce l'area di penale responsabilità del medico al ricorrere di tre presupposti: a) l'evento si realizzi a causa di imperizia; b) risultino rispettate le raccomandazioni contenute nelle linee-guida ovvero, in mancanza di queste, nelle buone pratiche clinico-assistenziali; c) le raccomandazioni contenute nelle linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Se da un lato viene, quindi, espunto qualsiasi riferimento alla gravità della colpa, dall'altro, viene circoscritta ai soli casi di imperizia la irresponsabilità penale, confutando in tal modo l'antecedente giurisprudenza formatasi nella vigenza del d.l. Balduzzi che, nel silenzio dell'art. 3, l. 189/2012, aveva riconosciuto la configurabilità della colpa anche alle

³ Tutt'altro che pacifica appare l'estensione dell'art. 590-sexies ad altri professionisti, quali il farmacista o il veterinario. Quanto a quest'ultimo, invero, va esclusa a prima vista l'operatività della nuova norma, essendo la stessa, evidentemente, coniata al fine di tutela della persona. In tal senso, CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco"*, cit., 7. Diverso, invece, il caso dell'esercente solo in via di fatto la professione sanitaria. Il tema, particolarmente delicato, in quanto potrebbe creare un'area di impunità per i soggetti che esercitano abusivamente la professione, integrando il delitto di cui all'art. 348 c.p., deve essere risolto, secondo i primi commentatori, nel senso di escludere l'applicabilità di favore agli esercenti di fatto le professioni sanitarie, trovando l'art. 590-sexies giustificazione politico-criminale nella scelta legislativa di "proteggere" determinati soggetti in ragione del ruolo da essi rivestito e per la funzione sociale da essi svolta, protezione che non potrebbe essere riconosciuta a chi si pone a priori contro l'ordinamento e ne violi la lealtà promessa.

⁴ D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario*, cit., 576.

ipotesi di negligenza ed imprudenza, ciò che determina l'insorgenza di delicati problemi di successione di leggi penali nel tempo.

Numerosi, già a una prima lettura, i dubbi interpretativi evocati dalla nuova disciplina.

Come rilevato da attenta dottrina, in primo luogo, il richiamo all'imperizia non ha agevole definizione, stante l'assenza di una espressa qualificazione e per via della relatività del concetto, che si declinerebbe in una negligenza ovvero in una imprudenza tecnica in cui la condotta colposa si inserisce⁵.

In secondo luogo, si è evidenziato che il vero punto di criticità della previsione in questione attiene, perlopiù, alla condizione prescritta perché si possa fruire della nuova causa di non punibilità, ovverosia quella della adeguatezza delle linee guida, essenziali nella struttura della nuova norma, osservate dal sanitario in riferimento alle specificità del caso concreto⁶.

Seppure, infatti, il sanitario abbia osservato le linee guida, per muovere un giudizio di rimproverabilità per colpa per imperizia, occorre stabilire l'eventuale colpa in base all'adeguatezza delle raccomandazioni seguite alla specificità del caso concreto, ciò che non è affatto agevole⁷.

In dottrina è stata da subito posta l'alternativa: a) un'interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p. nel senso del suo significato letterale, cioè esclusione della responsabilità nei confronti del sanitario che, pur avendo provocato un evento lesivo a causa di imperizia (anche grave), abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate in un qualche momento, a prescindere dal momento concreto in cui l'imperizia si è concretizzata (secondo tale alternativa, ad esempio, andrebbe esente da responsabilità il chirurgo che esegua l'intervento chirurgico osservando le linee-guida, commettendo tuttavia nel momento esecutivo un errore fatale, quale la

⁵ CENTONZE-CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice*, cit., 1367.

⁶ D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario*, cit., 577.

⁷ In termini, DI BIASE, *Commento alla legge Gelli*, cit.

recisione di un'arteria); b) un'interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p. in chiave sistematica, ossia limitando l'esclusione della responsabilità penale del sanitario ai casi di osservanza di linee-guida pertinenti e costantemente adeguate al caso specifico, non potendo trovare invece applicazione (come nell'esempio del chirurgo sopra riportato) nelle situazioni in cui vengono in rilievo le regole di prudenza o di diligenza, ovvero nei casi in cui le raccomandazioni delle linee guida debbano essere in concreto disattese dal medico, in ragione della peculiarità della situazione del paziente o di esigenze scientificamente qualificate.

I.2 Il contrasto giurisprudenziale sul reale ambito applicativo della causa di non punibilità. Le due tesi sul tappeto: le sentenze “Tarabori” e “Cavazza”.

Evidente ed immediato, per la delicatezza del tema, è stato il contrasto nella giurisprudenza di legittimità⁸.

Nel primo arresto avvenuto con la sentenza “De Luca-Tarabori” (Cass. Sez. IV, 7 giugno 2017, n. 28187)⁹, la Cassazione, aderendo alla seconda delle prospettate alternative, si è posta contro una interpretazione letterale e, quindi, restrittiva dell'art. 590-*sexies*, sottolineandone l’*“incompatibilità logica”*. Questa, invero, escluderebbe la punibilità *“anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a*

⁸ In ordine al contrasto giurisprudenziale in seno alla Quarta Sezione, cfr. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2017, 244 ss.

⁹ Per una completa disamina della sentenza, si vedano i commenti dottrinali di CUPELLI, *La Legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio* in *Dir. pen. cont.*, 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. In senso critico, si veda PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 luglio 2017.

causa di comportamento rimproverabile per imperizia in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata”.

Viene proposto l'esempio di un chirurgo che *“imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere in peduncolo della neoformazione, taglia un'arteria con effetto letale”* (§ 7).

Tuttavia, tale interpretazione, in ragione del *vulnus* al diritto alla salute, è stata respinta, *“implicando un radicale esonero da responsabilità”*, anche perché in contrasto con alcuni principi che disciplinano la responsabilità penale, in primo luogo il principio di colpevolezza.

Pertanto, si è configurata una lettura alternativa, che riconosce al medico, nel conformare il proprio operato alle raccomandazioni, la *“pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli”*.

Dunque, ai sensi del nuovo art. 590-*sexies*, da una parte verrebbero in rilievo eventi che sono espressione di condotte governate da linee-guida accreditate in base a quanto stabilito dall'art. 5, sempre che le stesse siano appropriate rispetto al caso concreto (§ 8.1); dall'altra, le raccomandazioni generali dovranno essere anch'esse *“pertinenti alla fattispecie concreta”* e adeguate nella loro corretta applicazione nello sviluppo della relazione terapeutica.

Secondo la sentenza *“De Luca-Tarabori”* l'interpretazione alternativa, che comporta un radicale esonero da responsabilità, compromette il diritto alla salute costituzionalmente tutelato dall'art. 32, ponendosi, altresì, in contrasto con il principio di colpevolezza che non consentono *“l'utilizzazione di direttive non pertinenti rispetto alla*

causazione dell'evento, non solo per affermare la responsabilità colpevole, ma neppure per escluderla" (§ 7.1).

Ne conseguirebbe, invero, un assetto normativo viziato sul piano della ragionevolezza, con una compromissione della tutela del diritto alla salute del paziente (che la nuova norma si pregiava di presidiare), sicché vi sarebbe un irragionevole "ritiro" del diritto penale in una serie di vicende connotate da macroscopiche violazioni cautelari.

Detta soluzione, peraltro, porrebbe dubbi sul residuo e concreto spazio di applicazione della causa di non punibilità in questione.

Muovendo da tali coordinate interpretative, la sentenza in esame conclude, definendo gli aspetti intertemporali, nel senso della natura non più favorevole dell'art. 590-*sexies* (nonostante fosse stato introdotto per ampliare i casi di impunità del medico) rispetto alla disciplina della Balduzzi, che continuerebbe a trovare applicazione sui fatti commessi precedentemente, sotto la sua vigenza.

Infine, con una chiosa finale, la sentenza, tende a recuperare, in ambito penale, l'art. 2236 c.c.¹⁰, ritenuto regola di esperienza generale cui si attribuisce fondamentale rilievo nella valutazione di addebito per imperizia, con riguardo a contesti peculiari e "*situazioni tecnico-scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficili dall'urgenza*", che "*implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione*" (§ 11.1).

¹⁰ Per agevolare la lettura, si riporta integralmente la disposizione dell'art. 2236 c.c. ("*Responsabilità del prestatore d'opera*"): "*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave*". Sulla questione, cfr. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra l'art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 159 ss.; MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 399 ss.

A conclusioni diametralmente opposte a quelle appena enunciate, è pervenuta la stessa Quarta Sezione¹¹, appena dopo pochi mesi, optando per un'interpretazione letterale (e, quindi, estensiva) dell'art. 590-*sexies* c.p.

In tal senso, in un'ipotesi di colpa per imperizia nella parte esecutiva di un intervento, individua il campo di elezione della causa oggettiva di non punibilità dell'art. 590-*sexies* proprio nella imperita applicazione di linee-guida pertinenti e adeguate, sancendo quale unica ipotesi di rilevanza penale dell'imperizia sanitaria solo il caso di applicazione di linee guida non adeguate allo specifico caso concreto.

A questa soluzione si giunge dopo una disamina attenta di punti fermi e criticità della nuova disciplina, che prospetta un'interpretazione basata sulla massima valorizzazione della lettera e delle finalità della legge, intenta a favorire espressamente la posizione del medico. A tale scopo, il Legislatore avrebbe introdotto una “*causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia*”, oggettiva, collocata, cioè, al di fuori dell'area di operatività del principio di colpevolezza¹².

In tal senso, ritiene la Corte che il Legislatore abbia inserito una causa oggettiva di esclusione della punibilità, giustificata sul piano politico-criminale dalla particolare qualifica rivestita dai sanitari e dal delicato e fondamentale ruolo sociale svolto dai medici, sganciandolo dall'elemento soggettivo della colpa. Per queste ragioni la Quarta Sezione evidenzia che l'assetto normativo non sarebbe passibile di illegittimità incostituzionale, in quanto il diritto alla salute verrebbe maggiormente tutelato dalla nuova disciplina, vista la recuperata serenità della classe medica e il contrasto alla “*medicina difensiva*”, obiettivi entrambi perseguiti dalla nuova disciplina.

¹¹ Cass. pen., Sez. IV, sent. 19 ottobre-31 ottobre 2017, n. 50078, “Cavazza”. In merito, si veda CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c.*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 12/2017, 135 ss.

¹² CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017, fasc. 11/2017, 250 ss.

Ne consegue che: a) *“l’unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell’imperizia sanitaria può essere individuata nell’assestamento di linee guida che siano inadeguate alle peculiarità pertinenti del caso concreto”*; b) non sarà punibile il sanitario *“che seguendo linee guida adeguate e pertinenti pur tuttavia sia incorso in una imperita applicazione di queste”*; c) l’imperizia non punibile deve essersi verificata *“nella fase esecutiva dell’applicazione”* e *“non nel momento della scelta delle linee guida, giacché in tale evenienza non ci si troverebbe in presenza della linea guida adeguata al caso di specie”*¹³(§ 7).

Ripercorsi i passaggi logici e motivazionali delle due pronunce, evidenti appaiono le divergenze, rafforzate da una completa mancanza di correlazione tra le due sentenze, mancando nella seconda qualsivoglia richiamo o riferimento alla precedente, pur emessa dalla medesima sezione.

Nel tentativo comune di dare un significato concreto e comprensibile all’infelice formulazione dell’art. 590-*sexies* c.p., l’alternativa venutasi a creare è stata, quindi, quella fra un’interpretazione costituzionalmente conforme ma sostanzialmente sterilizzante¹⁴, propria della sentenza “Tarabori”, e un’interpretazione legata al tenore letterale della norma e allo scopo di favorire la classe medica ma gravata di presunta incostituzionalità, propria della più recente sentenza “Cavazza”.

Questa discrasia interpretativa ha portato il Presidente del Collegio della Quarta Sezione, in un successivo processo per colpa medica, all’assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

¹³ Quanto i dubbi di legittimità costituzionale (che hanno rivestito un ruolo decisivo nella prima sentenza), se da un lato vengono solo menzionate delle perplessità sul rispetto dell’art. 3 Cost., dall’altro non si fa cenno alcuno alla possibile lesione dell’art. 32 Cost. Rilevante appare ricordare come la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 166 del 1973 (in Giur. Cost., 1973, 1765 ss.) aveva escluso la violazione del principio di uguaglianza nella possibile applicazione in ambito penale dell’art. 2236 c.c.

¹⁴ L’espressione è quella utilizzata in dottrina da CUPELLI, *L’art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione “costituzionalmente conforme” dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2018, fasc. 3/2018, 248.

I.3 La posizione delle Sezioni Unite “Mariotti”.

Le Sezioni Unite “Mariotti” (Cass. Pen. Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770) interpellate per dirimere il contrasto, hanno sancito una ferma posizione, nell’arduo tentativo di bilanciare i contrapposti interessi di innovazione normativa e di rischi di incorrere in chiavi interpretative costituzionalmente non conformi.

La dibattuta questione è stata efficacemente sintetizzata dal “*Considerato in diritto*” della pronuncia in esame che in apertura recita: “*quale sia, in tema di responsabilità colposa dell’esercente la professione sanitaria per morte o lesione, l’ambito applicativo della previsione di “non punibilità” prevista dell’art. 590-sexies c.p., introdotta dalla l. 8 marzo 2017, n. 24 (§ 1).*”

La ricostruzione esaustiva dei termini del contrasto giurisprudenziale porta i giudici, concordi nel ritenere che entrambe le pronunce contengono “*molteplici osservazioni condivisibili*”, a biasimare la mancanza di una “*sintesi interpretativa complessiva capace di restituire la effettiva portata della norma in considerazione*” (§ 5).

A tale scopo le Sezioni Unite, in via preliminare, evocano il disposto dell’art. 12 delle preleggi, che, per un verso vincola l’interprete a considerare necessariamente il senso letterale della norma, per l’altro non nega una esegesi che oltrepassi la letteralità del testo normativo, soprattutto quando si giunga in tal modo, all’unica opzione interpretativa che sia nel contempo compatibile sia con la prevedibilità del precetto e sia con il dettato costituzionale¹⁵.

¹⁵ L’aspirazione esplicita della fondamentale pronuncia è quella, infatti, di dare una “*interpretazione costituzionalmente conforme*”, con lo scopo di “*individuare il significato più coerente del dato precettivo, anche scegliendo tra più possibili significati e plasmando la regola di diritto la quale deve mantenere il carattere generale ed astratto*”; ciò senza la pretesa di sanare “*i deficit di tassatività della norma, non condividendosi il sospetto che la scelta sulla portata normativa dell’art. 6 sia sospinta dalla esistenza di connotati di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze del precetto, le quali, se ravvisate,*”

Richiamati e considerati pregi e difetti delle opposte posizioni ermeneutiche¹⁶, le Sezioni Unite si concentrano, dunque, sulla natura dall'art. 590-*sexies* c.p., ricondotta alle cause di non punibilità in quanto, ritiene la Corte, espressiva di un bilanciamento di interessi, che esclude da sanzione una serie definita di condotte, individuate per specificazione rispetto a quelle tipizzate dalle fattispecie di omicidio e di lesioni.

Premesso ciò, la sentenza ribadisce che il presupposto di operatività della previsione in esame risiede nella causazione dell'evento per colpa da imperizia, precisando che l'errore del sanitario non può radicarsi nella fase di selezione delle linee-guida, essendo rilevante solamente il momento di attuazione di linee-guida previamente scelte sulla scorta delle specificità del caso concreto, tenuto conto della migliore scienza del momento e di una diagnosi accuratamente eseguita.

Se, proseguono le Sezioni Unite, vengono rispettati i suddetti parametri ma l'evento comunque si verifichi *“il residuo dell'atto medico che appaia connotato da errore colpevole per imperizia potrà (...) essere quello che chiama in campo la operatività della novella causa di non punibilità”*, potendo in tale ipotesi affermarsi che si resti *“nel perimetro del*

avrebbero condotto alla sola possibile soluzione di sollevare, nella sede propria, il dubbio di costituzionalità” (§ 5).

¹⁶ Quanto ai pregi, le Sezioni Unite esaltano la sentenza “Tarabori” per l'aver fatto emergere i limiti applicativi della causa di non punibilità prevista nell'art. 590-*sexies*; alla sentenza “Cavazza”, viene riconosciuto il merito di avere preso sul serio la lettera della legge. In ordine ai difetti delle due sentenze, le Sezioni Unite segnalano il duplice errore in cui incorre la prima pronuncia e, in particolare, quello di non avere saputo rinvenire *“alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità”*, prospettando, di fatto, una *“interpretazione abrogatrice”* e quello di non avere tratto le dovute conseguenze dalla rilevata *“confusione della formulazione legislativa”* e dalla sua *“incongruenza interna”*, sollevando precisamente questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità (§ 7.1). Mentre in riferimento alla seconda, evidenziano che nell'interpretazione pedissequa alla lettera della norma data, la Corte difetta *“nel valorizzarla in modo assoluto, cade nell'errore opposto perché attribuisce ad essa una portata applicativa impropriamente lata”*, che amplificherebbe i dubbi relativi alla potenziale violazione del divieto di uguaglianza rispetto ad altre categorie di professionisti che operano parimenti con alti coefficienti di difficoltà tecnica (§ 7.1).

‘rispetto delle linee guida’, quando cioè lo scostamento da esse è marginale e di minima entità”.

Viene, così, tratteggiata la necessità di circoscrivere un grado della colpa che consenta, da un lato, di giustificare la non punibilità dell’esercente la professione sanitaria e, dall’altro, di apprestare una tutela effettiva ed efficace alla salute del paziente. Tale grado di colpa è ravvisato nella colpa “lieve”, richiamata implicitamente nell’art. 590-*sexies* c.p., che sarebbe suggerito da una serie di indici contenuti nella l. 24/2017¹⁷, oltre che dalla lettura dei lavori parlamentari, dalla esigenza di non giungere a soluzioni costituzionalmente non conformi (quale, su tutte, la punibilità di errori lievi da negligenza o imprudenza, a fronte della non punibilità di violazioni per imperizia connotate da gravità), nonché dal superamento delle critiche teoriche dottrinali già espresse sotto la vigenza del d.l. Balduzzi e nello stesso disposto dell’art. 2236 c.c.¹⁸.

Ad avviso delle Sezioni Unite, in particolare, nella delimitazione della nozione di “colpa lieve” può essere valorizzata l’elaborazione formatasi in relazione all’art. 3 d.l. 158/2012: parametri utili (come accennato in precedenza) saranno allora, per un verso, lo “scarto” più o meno rilevante dallo *standard* preteso dalla regola cautelare, per l’altro verso, le peculiari condizioni dell’agente, il suo livello di specializzazione, il grado di difficoltà della vicenda clinica e delle condizioni il cui medico ha operato, la novità e l’anomalia delle situazione, il grado di urgenza e di consapevolezza da parte dell’agente di tenere un comportamento pericoloso.

¹⁷ Il riferimento è agli artt. 7, 9, 12 e 16 della l. 24/2017.

¹⁸ BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra l’art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, cit., 160; CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco nell’interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l’art. 2236 c.c.*, cit., 137-138. Per dei ricchi riferimenti bibliografici si veda MASSARO, *L’art. 590-*sexies* c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia del nesso dell’art. 2236 c.c.*, in *Arch. Pen.*, 3, 2017.

Deriva da qui, allora, l'enunciazione dei seguenti principi 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” (§ 11).

Chiarito in tal modo l'ambito applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p., è possibile, secondo le Sezioni Unite, apprezzarne i rapporti, sotto il profilo intertemporale, con l'abrogato art. 3 d.l. Balduzzi.

Se, infatti, il d.l. Balduzzi risultava più favorevole con riguardo ai casi di negligenza ed imprudenza “lievi” (oggi non più sottratti a penale responsabilità) e ai casi di imperizia “lieve” nella fase di selezione delle linee guida, dovendo, dunque, applicarsi ultrattivamente *in parte qua* a fatti commessi anteriormente alla data dell'8 marzo 2017, in riferimento alle situazioni caratterizzate da imperizia lieve nella attuazione delle linee-guida (adeguate) si apprezza una sostanziale continuità normativa, che rende “*ininfluente*”, per il giudice, “*la qualificazione giuridica dello strumento tecnico attraverso il quale giungere al verdetto liberatorio*” (§ 12).

La soluzione tratteggiata dalle Sezioni Unite è stata, salvo alcune eccezioni¹⁹, accolta in maniera positiva dalla dottrina, che ne ha sottolineato la ragionevolezza e l'equilibrio, pur sottolineando la non perfetta aderenza della soluzione alla trama letterale dell'art. 590-*sexies*.

Giova, quindi, anche per il prosieguo della trattazione, riepilogare la lettura offerta dalle Sezioni Unite:

- a) conferma che non è invocabile la nuova causa di esclusione della punibilità in alcune ipotesi colpose, connotate da negligenza o imprudenza;
- b) reintroduce, nei casi d'imperizia, una gradazione della colpa, distinguendo casi e responsabilità, sicché: si risponderà per imperizia sia grave sia lieve allorquando manchino o siano state individuate o scelte erroneamente linee-guida o buone pratiche (inadeguate alle specificità del caso concreto); si risponderà solo per imperizia grave nel caso in cui l'errore nell'esecuzione sia accompagnato dalla corretta scelta e dal rispetto di linee-guida o buone pratiche, adeguate al caso concreto, tenuto conto "del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico".

¹⁹ Tra i più critici in dottrina rispetto alla pronuncia in esame BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. "Mariotti" in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018. In senso, invece, sostanzialmente positivo alla sentenza (seppur con le già segnalate osservazioni in ordine alla non perfetta aderenza dei principi affermati con il tenore letterale della norma) CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, cit., 257. CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite tra nuovi spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018. Seppur in termini problematici RISICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 2018, 948.

CAPITOLO II
LA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA ALLE SEZIONI UNITE
“MARIOTTI”

II.1 La giurisprudenza *post* “Mariotti”: le sentenze “De Renzo” e “Bonaiuto”.

Successivamente alla sentenza della Cass. Pen. Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770, sono proseguiti gli sforzi della giurisprudenza per dare un assetto stabile alla colpa medica²⁰.

Significativamente, la Corte di Cassazione, chiamata ad esprimersi sul tema in diverse pronunce, ha posto la propria attenzione sul principio espresso dalle Sezioni Unite “Mariotti” al fine di stabilirne e circoscriverne la portata, privilegiando i profili della completezza e della chiarezza.

Su un campione composto da più di venti sentenze *post* “Mariotti”, appare opportuno soffermarsi, al fine di cogliere il cosiddetto “diritto vivente” sul tema, su due significativi approdi della Suprema Corte, posticipando i doverosi richiami alle altre al seguito della trattazione, ovvero sia le sentenze “De Renzo” (Cass., Sez. IV, n. 37794/2018) e “Bonaiuto” (Cass., Sez. IV, n. 412/2019).

La prima delle due pronunce, anche in ordine temporale, sentenza “De Renzo”, ha avuto ad oggetto il caso di un medico, nella sua qualità di sanitario in servizio presso il Pronto Soccorso, condannato in primo grado, con conferma in appello, in relazione all’art. 583, secondo comma, n. 3, c.p.,

²⁰ Per un immediato riscontro della giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite “Mariotti”, in commento alle sentenze della Cass., Sez., n. 3206/2019 e 37794/2018, cfr. SCHIAVO, *La persistente imprevedibilità delle pronunce sulla colpa medica a due anni dall’entrata in vigore della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 3 maggio 2019; sulla recente pronuncia del Tribunale di Parma, sent. 18 dicembre 2018 (dep. 4 marzo 2019), n. 1584, cfr. MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell’art. 590-sexies, co. 2, c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019.

per aver cagionato lesioni personali gravissime nei confronti di un paziente, configuratesi per *“necrosi testicolare sinistra da pregressa torsione del funicolo spermatico con asportazione del testicolo”*, per colpa consistita nell’aver omesso di porre la corretta diagnosi e di assumere una condotta sanitaria conforme alle necessità diagnostiche e terapeutiche che si impongono nei confronti di una sospetta torsione del funicolo spermatico del testicolo, limitandosi alla somministrazione di antidolorifici e dimissione del paziente (come si legge dal *“Ritenuto in fatto”* della pronuncia in esame, pag. 2).

In primis giova osservare che la *“De Renzo”* afferma, al § 1.2 del *“Considerato in diritto”*, che *“non può, oggi, essere ritenuta satisfattiva né conforme a legge”*, una motivazione che tralasci di accertare:

- a) se il caso concreto sia regolato da linee-guida ovvero, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali;
- b) di valutare il nesso causale tenendo conto del comportamento dall’esercente la professione sanitaria in relazione a tali parametri;
- c) di specificare se si tratti di colpa generica o specifica e se si tratti di colpa dovuta ad imperizia, negligenza o imprudenza.

Tanto premesso, dopo aver fornito indicazioni di ordine metodologico per la valutazione orientativa concernente la colpevolezza in ambito medico relativamente alle linee-guida, i giudici hanno preso in rassegna il merito della questione sottoposta evidenziando la non chiarezza della sentenza impugnata circa la qualificazione del comportamento del medico.

Viene, in prima battuta, sottoposta a censura l’espressione adoperata dalla Corte di Appello di Lecce, che ha qualificato il comportamento omissivo del medico di Pronto Soccorso come *“colpa specifica per negligenza”* e, contestualmente, come *“colpa per imprudenza, negligenza ed imperizia, secondo il profilo di colpa cosciente, con previsione dell’evento”*.

Secondo i giudici della Suprema Corte, infatti, viene in rilievo, in maniera imprescindibile, l'indicazione delle ragioni giustificative del giudizio di merito circa la graduazione della colpa²¹, che costituirebbe, invero, il *discrimen* tra la condotta penalmente rilevante e la condotta non punibile²², nonché il metro di valutazione del trattamento sanzionatorio, sottolineando, peraltro, da un lato, che la colpa costituisce la violazione di regole di comportamento aventi natura cautelare e che, pertanto, un primo parametro di valutazione non può che attenersi alla condotta effettivamente tenuta e a quella che era da attendersi, dall'altro, che nella determinazione del *quantum* di pena, possono assurgere ad indicatori sia le specifiche condizioni del soggetto agente, il suo grado di qualificazione e la situazione ambientale di particolare difficoltà in cui il professionista si è trovato ad operare.

L'ulteriore obbligo, asserito dalla sentenza in commento, sarebbe, invero, quello relativo all'accertamento della forma della colpa, cioè all'obbligo imposto all'interprete di verificare se la colpa sia riconducibile, in concreto, nel campo operativo della negligenza, della imprudenza o della imperizia²³.

²¹ Sul costante impiego del grado della colpa in materia penale, si vedano FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Zanichelli, Bologna, 2014, 794 ss.; MANTOVANI, *Diritto Penale*, 10^a ed., Wolters Kluwer, Milano, 2017, 351 ss.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Giuffrè, Milano, 2018, 373 ss.

²² Per un approfondimento dei diversi orientamenti in dottrina e delle loro diverse implicazioni, si vedano, sempre, FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 591 ss.; MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 339 ss.

²³ Significativo, sul punto, il commento di PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2019, p. 3, secondo il quale, nell'alternativa punibilità/non punibilità, l'obbligo dell'accertamento della forma e del grado della colpa sussisterebbe solo qualora si tratti di colpa per osservanza delle linee guida, perché questa sarebbe l'ipotesi prevista sia dall'art. 3, comma 1, della Balduzzi sia dall'art. 590-*sexies* c.p. Quest'ultimo, invero, assegnerebbe rilevanza sia alla forma che al grado della colpa, prevedendo, così come interpretato dalla "Mariotti", la non punibilità solo se si tratti d'imperizia e di grado lieve; mentre l'art. 3, comma 1, della Balduzzi assegnerebbe rilevanza al solo grado della colpa, prevedendo la non punibilità in caso di ipotesi di colpa lieve indipendentemente dalla forma.

In conclusione, i giudici hanno affermato con decisione che la distinzione del grado, quale discrimine tra la condotta penalmente rilevante ed irrilevante²⁴, ovvero l'accertamento della forma della colpa, imporrebbe un'analisi critica circa la corrispondenza della condotta alla colpa grave, previa verifica dell'effettiva pertinenza al caso concreto delle linee-guida, ovvero di scostamento del medico dalle predette linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali, nelle date condizioni fattuali in cui l'esercente la professione sanitaria si è trovato ad operare.

La Cassazione, dunque, annullava con rinvio asserendo “*non soddisfacente*”, perché non conforme a legge, la motivazione della Corte di Appello, che aveva asserito che la condotta del medico si è posta “*abbondantemente oltre i limiti delle linee-guida*”, per l'omesso accertamento della forma e del grado della colpa, imponendo l'obbligo per il giudice del rinvio di provvedere a tali accertamenti.

Come si è visto, la sentenza “De Renzo”, ad una prima lettura, non sembra affermare qualcosa di diverso rispetto a quanto sancito dalle Sezioni Unite “Mariotti”²⁵ che, ricordiamo, hanno posto il principio per cui l'art.

²⁴ Distinzione ritenuta dalla Suprema Corte (§ 9) fondamentale, che impone all'interprete di discernere con chiarezza i diversi gradi di colpa, anche per stabilire se il comportamento sia sussumibile nell'ambito della colpa per imperizia, onde valutare la possibilità di applicare retroattivamente la disciplina dettata dall'art. 6 della legge n. 24/2017.

²⁵ Argomenta diversamente PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *Dir. pen. cont.*, cit., che parla, al contrario, più che di precisazione delle fondamentali Sezioni Unite “Mariotti” in materia, di un vero e proprio principio nuovo espresso dalla pronuncia *de quo* e della creazione di due nuove categorie dogmatiche, ovvero sia quelle della colpa per osservanza e per inosservanza delle linee-guida. In questo senso si orienterebbero secondo l'Autore alcune pronunce *post* “Mariotti” della Cassazione: ad esempio Sez. IV, n. 47891/2018, “Trupo”, si esprime: “*Ai fini dell'applicabilità dell'art. 3, co. 1 della Balduzzi, qualora vi sia stata inosservanza delle linee guida e buone pratiche, non assume rilievo la distinzione fra colpa lieve e colpa grave e quindi rimane ferma la responsabilità penale*”; nonché Sez. IV, n. 47748/2018, “Franceschini”, nel caso in cui il medico, esclusa la sindrome coronarica acuta, non poneva in diagnosi differenziale una dissecazione aortica, in un paziente che lamentava continuamente dolori lombari resistenti alla terapia antalgica, nega l'applicazione della Balduzzi e dell'art. 590-*sexies* c.p., con la conseguenza, sul presupposto del non rispetto delle linee guida e buone pratiche che, una volta accertata l'inosservanza cautelare, la sentenza tralascerebbe deliberatamente l'accertamento di forma e grado della colpa.

590-sexies c.p. importa la non punibilità “*se le linee guida sono state scelte con perizia e vi è imperizia lieve in fase esecutiva*” di esse.

La seconda pronuncia, che appare degna di nota al fine di delineare un quadro esaustivo della giurisprudenza *post* “Mariotti”, è la sentenza della Cass. Pen., Sez. IV, n. 412 del 2019, “Bonaiuto”. La stessa, infatti, si pone in soluzione di continuità con quanto sancito dalle Sezioni Unite del 2018 e, sostanzialmente, riafferma quanto precisato dalla sentenza “De Renzo”.

La sentenza indicata, in particolare, è stata resa in riferimento al delitto di omicidio colposo commesso da una pluralità di soggetti, aventi qualifiche e funzioni differenti di operatore, di aiuto e anestesista rianimatore, che cagionavano la morte di un paziente sottoposto ad intervento chirurgico di innesti ossei con impianti in titanio²⁶.

I giudici della Suprema Corte rilevato, preliminarmente, che il termine prescrizione massimo relativo al reato di omicidio colposo, pari ad anni sette e mesi sei, risultava essere decorso, procedevano, tuttavia, in ordine alle statuizioni civili stante l'imposizione derivante dalla pronuncia ex art. 578 c.p.p.

Chiarito, altresì, che il sapere scientifico costituisce un indispensabile strumento ove la prova scientifica assume un rilievo dirimente per la soluzione del caso concreto e che “*il giudice deve, pertanto, dar conto dell'affidabilità della basi scientifiche del proprio ragionamento, soppesando l'imparzialità e l'autorevolezza scientifica dell'esperto che trasferisce nel processo conoscenze tecniche e saperi esperienziali*” (§ 2), i giudici, dapprima, hanno evidenziato la considerazione che ha ricevuto, in tema di responsabilità sanitaria, la distinzione tra *culpa levis* e *culpa lata*²⁷

²⁶ In particolare, i soggetti imputati avrebbero omesso: di procedere alla estubazione protetta del paziente così da ridurre al minimo il rischio di spasmi glottidei da risveglio; all'insorgenza degli spasmi glottidei, di eseguire una corretta tracheotomia chirurgica eseguendo, invece, una inidonea incisione alla base dell'epiglottide, sicché rendevano inevitabile la morte del paziente per asfissia.

²⁷ Non può non richiamarsi sull'argomento la sentenza “Cantore” (Cass., Sez. IV, n. 16237/2013) che, sotto la vigenza della legge Balduzzi, ha esaminato ampiamente

già nell'abrogato art. 3, comma 1, del decreto legge Balduzzi 2012, n. 189 e, segnatamente, in seguito all'intervento riformatore del legislatore in materia con l'art. 6 della legge 2017, n. 24²⁸, anche in riferimento al c.d. "diritto vivente" e in aderenza al principio espresso dalla "Mariotti", hanno precisato che:

-l'errore medico può cadere sulla scelta delle linee-guida ovvero nella fase esecutiva;

-in tale ultima ipotesi, l'esercente la professione sanitaria risponde per morte o lesioni personali, derivanti dall'esercizio dell'attività medico-chirurgica, se l'evento si è verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenuto conto del grado di rischio e delle speciali difficoltà dell'atto medico;

l'argomento fornendo una distinzione chiara tra la colpa grave e la colpa lieve. La sentenza richiamata, riguardava il caso di un medico il quale, nell'affrontare un'ernia discale recidivante, aveva proceduto ad un'operazione di pulizia del disco erniario, durante la cui esecuzione, tuttavia, egli spingeva lo strumento chirurgico ad una profondità superiore a 3 cm, provocando, in tal modo, il decesso del paziente. L'importanza della sentenza "Cantore" è stata quella di individuare una pluralità di indicatori, dalla cui presenza è rilevabile la gravità della colpa e specificamente: 1) la divergenza tra la condotta effettivamente tenuta dall'agente e quella che era da attendersi; 2) la prevedibilità in concreto dell'evento nonché l'evitabilità della sua realizzazione, alla stregua di un giudizio *ex ante*; 3) le specifiche condizioni dell'agente; 4) la motivazione della condotta; 5) la consapevolezza o meno dell'agente di tenere una condotta pericolosa e, quindi, la previsione dell'evento da parte dello stesso; 6) l'eventuale concorso di colpa di più agenti o, eventualmente, della vittima. Sul tema, tra tutti, cfr. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723 ss.; CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra nuovi spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, cit., 43; DI GIOVINE, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "colpa medica e sicurezza delle cure"* (Giappicchelli, 2017), 852 ss.; PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2015; PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013.

²⁸ BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi*, cit., 163. Già prima della riforma, con il testo in approvazione alla Camera, premonitore l'articolo di CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in *Dir. pen. cont.* 27 giugno 2016;

-secondo il diritto vivente, dunque, la distinzione tra colpa lieve e colpa grave per imperizia, nell'ambito della fase esecutiva delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate al caso di specie, mantiene una sua validità, in quanto la colpa lieve per imperizia esecutiva delimita l'area di irresponsabilità penale del professionista sanitario (§ 2.2).

Segnatamente, al § 2.3, per ciò che qui rileva²⁹, la sentenza “Bonaiuto”, aderendo all'orientamento giurisprudenziale più recente, ha ritenuto che *“in tema di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, in base dell'art. 2, comma 4, c.p., la motivazione della sentenza di merito deve indicare se il caso concreto sia regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri, specificare di quale forma di colpa si tratti (se di colpa generica o specifica, e se di colpa per imperizia, o per negligenza o imprudenza), appurare se ed in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata dalle linee-guida o da buone pratiche clinico assistenziali”* (secondo l'insegnamento della Cass., Sez. IV, n. 37794/2018, “De Renzo” anche richiamato espressamente).

Riassumendo, alla luce di quanto statuito dalla sentenza n. 412/2019, dunque, l'accertamento del grado di colpa del sanitario e la conformità del suo comportamento alle linee-guida costituirebbero aspetti di primo ordine nei giudizi di responsabilità medica³⁰. La sentenza “Bonaiuto” afferma,

²⁹ Per quanto concerne il profilo intertemporale e della questione della norma più favorevole applicabile, anche trattato dalla “Bonaiuto” al § 3 della sentenza, dello stesso si parlerà nel prosieguo della trattazione e, in specie, al paragrafo II. 4 di questo capitolo relativo al confronto fra la Balduzzi e l'art. 590-*sexies*.

³⁰ Ciò che può osservarsi nella giurisprudenza *post* “Mariotti” è un apprezzabile scrupolo motivazionale dei giudici di legittimità nell'accertamento della colpa grave. Parte della dottrina ha affermato che, con un tale impegno di sostanza nella motivazione, il rischio è quello di affermare la colpa grave anche quando potrebbe non essere tale. Ad esempio avrebbe corso questo rischio la sentenza della Cass., Sez. IV, n. 40923/2018, “Iemmolo”, nel caso in cui il medico sospende il trattamento eparinico e poi lo reinserisce a basso dosaggio per il rischio emorragico; tuttavia, il reinserimento non è sufficiente ad evitare al paziente una morte da trombosi.

infatti, che sarebbe ancora attuale per il diritto vivente la distinzione tra colpa lieve e colpa grave per imperizia nell'ambito della fase esecutiva delle raccomandazioni contenute nelle linee guida adeguate al caso di specie. Per i giudici, invero, non potrebbe non considerarsi che la colpa lieve per imperizia esecutiva, in specifici e determinati casi, sarebbe idonea a delimitare l'area di irresponsabilità del professionista sanitario.

La Corte, infine, ha ribadito come le linee-guida costituirebbero un sapere scientifico e tecnologico codificato, nonché un utile parametro per orientare le decisioni terapeutiche per volontà legislativa, come si evincerebbe dall'interpretazione dell'art. 5 della legge Gelli-Bianco.

II.2 La speciale difficoltà del caso e l'estensione dell'art. 2236 c.c. nell'accertamento della responsabilità penale colposa.

Nell'attuale panorama giurisprudenziale si può osservare la tendenza dei giudici di legittimità ad estendere la norma prevista nel codice civile all'art. 2236 nel giudizio penale³¹.

³¹ Storicamente, il problema della colpa professionale, specie quella dei sanitari, costituisce, come affermato dal Battaglini, in un suo celebre scritto *“La colpa professionale dei sanitari”* del 1953, *“una delle questioni più tormentate e controverse in tema di colpa punibile”*. A seguito dell'avallo all'orientamento favorevole all'applicazione dell'art. 2236 c.c. in sede di valutazione penale, con la sentenza della Corte Cost. n. 166 del 1973, si sono formati sulla *vexata quaestio* tre differenti orientamenti in seno alla giurisprudenza penale di legittimità: 1) un primo orientamento, maggioritario fino agli anni Novanta, ha continuato ad applicare l'art. 2236 c.c. in sede di valutazione penale della colpa medica; 2) un secondo orientamento, si è attestato su posizioni contrastanti al primo, respingendo tale possibilità e valutando la colpa del medico sulla scorta delle regole generali in materia di colpa, sulla base dell'art. 43 c.p.; 3) negli anni di poco antecedenti alla novella legislativa, un terzo orientamento, per così dire intermedio, pur sostenendo l'inapplicabilità della norma civile in campo penale, ha comunque riconosciuto che la stessa sia espressione di un criterio di razionalità, rispondente ad una regola di esperienza cui il giudice penale validamente può attenersi nel valutare la colpa del medico. Sul tema, ampiamente, BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi*, cit., 159 ss.

Come è noto, la norma civile dispone una limitazione di responsabilità professionale alla colpa lieve nei casi in cui la prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

È principio dominante in giurisprudenza³², come anche affermato dalle Sezioni Unite “Mariotti”, quello per cui l’art. 2236 c.c. “*può trovare considerazione nel giudizio penale non per effetto di diretta applicazione, ma in quanto criterio di razionalità di giudizio e regola di esperienza, sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà*”.

In particolare, per questo filone giurisprudenziale, la disposizione civile può essere estesa al campo penale nel caso in cui ricorrano i seguenti presupposti: l’inosservanza di una regola cautelare, la speciale difficoltà del caso, l’imperizia e la colpa lieve del medico.

Tale principio, nel *post* “Mariotti”, è stato applicato recentemente dalla Cassazione, Sez. IV, n. 10396/2018, “Capuano”.

La pronuncia in questione ha affrontato il caso di un medico che in cooperazione colposa con altri medici, benché il quadro anamnestico e clinico del paziente deponesse per una conclamata ed importante emorragia interna in atto, ometteva di adottare provvedimenti fino quando il paziente veniva avviato ad un intervento chirurgico di estrema urgenza presso altro nosocomio, che non valeva, tuttavia, a scongiurare la morte della vittima.

I giudici della Cassazione, rilevato che nel caso sottoposto alla loro attenzione si versava in un’ipotesi di colpa generica, per cui l’individuazione della regola cautelare non scritta deve essere il prodotto non di una valutazione creativa da ricavarsi *ex post* ad evento avvenuto, ma da ricavarsi tramite un processo ricognitivo che individui i tratti tipici dell’evento, per poi procedere alla formulazione di un interrogativo per accertare se questo fosse prevedibile ed evitabile *ex ante*, con il rispetto

³² Con orientamento inaugurato dalla sentenza “Buggè” (Cass., Sez. IV, n. 237875/2007).

della regola cautelare in oggetto, alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle massime di esperienza³³; sulla scorta della giurisprudenza di legittimità³⁴; rilevato, altresì, che, nel caso di specie, trattandosi di una vicenda verificatasi nell'ambito di un reparto di chirurgia d'urgenza e di addebito ascritto ad un medico contemporaneamente occupato nella gestione di altri casi urgenti; hanno affermato che *“la regola di ponderazione della responsabilità professionale di cui all’art. 2236 cod. civ. (in base alla quale la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà) trova applicazione anche laddove si versi in situazioni di emergenza turbate dall’impellenza”* (§ 1).

Pertanto, la sentenza in commento annullava con rinvio la sentenza di condanna emessa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, motivando nel senso che in un caso di omesso tempestivo quadro emorragico da parte di un medico di un reparto di chirurgia d'urgenza, al quale non era stata segnalata l'urgenza del caso concreto e che era impegnato in turno di guardia, con circa 400 pazienti e con diverse emergenze contemporanee, non può dirsi correttamente argomentato l'addebito nei confronti dello stesso di avere omesso di considerare l'emocromo sul paziente che era stato richiesto con urgenza³⁵.

³³ Si veda, da ultimo, della Cass., Sez. IV, n. 9390/2016, “Di Pietro”, anche espressamente richiamata dalla sentenza in commento.

³⁴ I richiami della sentenza sono ai seguenti approdi giurisprudenziali: Cass. Sez. IV, n. 16328/2011, “Montalto”; Cass., Sez. IV, n. 4391/2012, “Di Lella”; Cass., Sez. IV, n. 24558/2014, “Balistreri”.

³⁵ Tale ultima circostanza, infatti, come si legge nella sentenza, non avrebbe reso oggettivamente prevedibile un evolversi preoccupante del quadro clinico del paziente, ma, secondo i giudici, ben poteva essere solo finalizzata a contenere i tempi derivanti dall'inefficienza dell'organizzazione ospedaliera, inefficienza di cui l'esercente la professione sanitaria era verosimilmente a conoscenza. Pertanto, i giudici censuravano il percorso argomentativo della Corte di merito, in quanto la stessa non avrebbe considerato, nel decidere sull'addebito colposo, il momento in cui l'esito dell'esame del sangue sarebbe giunto in reparto.

II.3 Confronto fra la Balduzzi e l'art. 590-sexies e profili di diritto intertemporale.

Giunti a questo punto della trattazione, appare utile effettuare un raffronto puntuale dell'art. 3, comma 1 della Balduzzi con l'art. 590-sexies.

Preliminarmente, deve essere precisato che la Balduzzi, a seguito di un lungo contrasto giurisprudenziale è, secondo la giurisprudenza dominante, come anche sostenuto dalla "Mariotti", applicabile a prescindere dalla forma di colpa.

Sul punto va, tuttavia, rilevata, nel *post* "Mariotti", la sentenza della Cass., Sez. IV, n. 15178/2018, "Tessitore", che si discosta da tale posizione³⁶. In tale pronuncia, si contestava all'imputato di aver cagionato la morte del paziente, deceduto a seguito di un episodio di sincope, dovuta a cardiopatia aritmogena maligna.

Si individuavano, peraltro, a carico del sanitario diversi profili di responsabilità riconducibili a negligenza, imprudenza e imperizia, ovvero, alla violazione dei protocolli medici e delle linee-guida che indicavano, all'epoca dei fatti, il corretto percorso diagnostico terapeutico da effettuarsi relativamente alla cura di pazienti con episodi di sincope³⁷.

Per quel che qui interessa, la sentenza richiamata, afferma, invero, che *"poiché nel caso in esame viene in rilievo il profilo colposo della negligenza e dell'errore diagnostico è escluso, sulla base dei principi*

³⁶ Per un commento alla sentenza si veda TERRIZZI, *Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco*, nota a Cass. Sez. IV, sent. 12 gennaio 2018 (dep. 5 aprile 2018), n. 15178, Pres. Blaiotta, Est. Bruno, in *Dir. pen. cont.* 17 luglio 2018.

³⁷ Precisamente, il paziente era una giovane donna che era stata colta da tre episodi sincopali, tutti avvenuti a breve distanza di tempo; il sanitario avrebbe omesso di prescrivere i necessari esami base, che avrebbero permesso di addivenire ad una corretta diagnosi della patologia sofferta dalla giovane. Era, quindi, stato addebitato al medico di non aver prescritto, come primo *step* di indagine, un elettrocardiogramma *standard* a dodici derivazioni. La mancanza di tale accertamento avrebbe avuto come conseguenza la determinazione di un'errata diagnosi di sincope neuromediata vasovagale, la cui terapia (c.d. "*Tilt test*") era inidonea ad impedire successivi episodi di perdita di coscienza, che si ripetevano in altre due occasioni, l'ultima delle quali aveva un esito fatale.

appena richiamati, che possa trovare applicazione l'invocato articolo 3 della legge 189/2012". Invece, la causa di non punibilità introdotta *ex novo* dal legislatore con l'art. 590-*sexies* c.p., come interpretata dalla "Mariotti", si ha quando le linee-guida³⁸ sono state scelte con perizia e allorquando

³⁸ Secondo la migliore definizione, le linee-guida consistono in «un percorso terapeutico ideale, suggerito dalla migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico, da società scientifiche di prestigio internazionale». Per un inquadramento preciso dello strumento in esame, cfr. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 167; FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, 513; INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 879; PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA- R. GUERRINI- T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa 2009, 285; RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2013, 197; VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 250. Sulla funzione delle linee-guida, già prima della novella, si veda MARINUCCI-DOLCINI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, 3, per il quale: «molteplici sono gli scopi delle linee guida: innanzitutto innalzare lo standard della perizia esigibile, garantendo una maggior protezione dei pazienti; in secondo luogo, rimuovere le resistenze della "casta" dei periti, che a lungo hanno criticato l'introduzione in Italia delle linee-guida, non potendo più citare questa o quell'opera a sostegno delle loro tesi». Sulla persistente validità del parametro dell'agente modello in sanità, nonostante l'indubbio rilievo delle linee-guida, cfr. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, tomo II, *I delitti colposi*, Padova, 2003, 175 ss. Sul ruolo delle linee-guida nell'accertamento della responsabilità penale colposa del medico si può rilevare che l'art. 5 della legge Gelli-Bianco segna la definitiva consacrazione delle stesse come strumento di consistente supporto sul piano tecnico-scientifico sia per il professionista sanitario sia per il giudice, con una qualificazione in termini di *soft law*. Sulla debolezza di un eventuale puntuale codificazione delle linee-guida e della creazione di un *hard law*, si veda CAPUTO, "Filo d'arianna" o "flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012. Occorre, tuttavia, precisare che tale qualificazione, in relazione al rapporto tra l'autonomia professionale (valore essenziale dell'esercizio dell'*ars medica*, come si evince dall'art. 4 del codice deontologico, a mente del quale «l'esercizio della medicina è basato sulla libertà e sull'indipendenza della professione») e adesione alle linee guida, il medico non solo può, ma deve discostarsi da queste quando ne colga la necessità, non essendo che la singolarità del caso concreto possa essere sempre riconducibile alla generalità delle linee-guida di riferimento. Mentre per il giudice, la preventiva esistenza di una linea guida dovrà essere rilevata alla stregua di un indizio utile a ricostruire la regola cautelare, quindi, fungendo l'esistenza di una raccomandazione da *ratio cognoscendi* della colpa e non già da *ratio essendi*. Si veda, in tema, PALAZZO, *Responsabilità medica "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1064, per il quale: «l'innumerabile quantitativo di incognite che informa il singolo trattamento, rende l'attività medica bisognosa di un costante adeguamento alle caratteristiche del caso concreto, con la conseguenza che la dimensione colposa della responsabilità medica impone una valutazione sempre parametrata alle caratteristiche del caso concreto». In argomento cfr., altresì, MAZZON, *Le Linee-guida nella pratica clinica. Riflessioni bioetiche*, in *Minerva anestesologica*, 2000, 490; da ultimo, cfr. TERRIZZI,

l'evento sia stato causato per imperizia lieve nella fase esecutiva delle raccomandazioni adeguate ivi contenute³⁹.

Passando ora ai problematici profili di diritto intertemporale, le Sezioni Unite “Mariotti” hanno stabilito che la previgente disposizione continuerà ancora applicarsi ai fatti commessi fino al 1° aprile 2017, sicché risulta essenziale ai fini dell'individuazione della legge più favorevole applicabile, secondo il disposto della norma sostanziale di cui all'art. 2 c.p., stabilire i corretti rapporti tra l'art. 3, comma 1, della legge n. 189/2012 e l'art. 590-*sexies* c.p. per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 24/2017.

Stando alla “Mariotti”, l'abrogata legge Balduzzi risulta favorevole ai fatti commessi sotto la sua vigenza in riferimento alle condotte negligenti o imprudenti commesse dal sanitario in presenza di tutti i requisiti richiesti dalla disposizione previgente⁴⁰, essendo quest'ultime qualifiche escluse dall'alveo applicativo del successivo art. 590-*sexies*.

Per quanto concerne l'imperizia, invece, l'errore determinato da colpa lieve caduto sulla selezione delle linee-guida e, pertanto, sull'appropriatezza della terapia, è oggi escluso dai confini applicativi della nuova disposizione e, pertanto, anche sotto questo aspetto, la legge Gelli-Bianco risulta essere meno favorevole⁴¹.

Linee guida e saperi scientifici “interferenti”: la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco, cit., 108 ss.

³⁹ In termini PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, cit., 6, secondo il quale, per giungere alla non punibilità sancita dall'art. 590-*sexies* c.p., quattro sarebbero i passaggi logici, e nell'ordine: 1) osservanza di linee-guida o, in mancanza, di buone pratiche clinico assistenziali; 2) fase esecutiva delle linee-guida; 3) colpa per imperizia; 4) grado lieve dell'imperizia. Mentre due quelli previsti dall'art. 3, comma 1 della Balduzzi, ossia: 1) osservanza di linee guida e buone pratiche; 2) grado lieve della colpa.

⁴⁰ Per consolidata giurisprudenza, si può avere applicazione della Balduzzi e la non punibilità si produce quando la colpa è lieve, cioè quando il caso concreto non imponeva in modo macroscopico di discostarsi dalle linee guida. Si veda sull'argomento la sentenza della Cass., Sez. IV, n. 27185/2015, “Bottino”.

⁴¹ Schematizzando, la non punibilità, quindi, ai sensi dell'art. 590-*sexies* c.p. trova, oltre al limite del rispetto delle linee-guida, tre limiti: 1) fase esecutiva; 2) imperizia; 3) grado lieve dell'imperizia. I primi due limiti non sono posti dall'art. 3, comma 1 della Balduzzi, che più

Fra le due disposizioni in confronto, tuttavia, esiste un nucleo comune che esclude la punibilità per imperizia dell'errore medico lieve che si sia verificato nella fase dell'esecuzione delle linee-guida adeguate⁴². In questa tipologia di casi, infatti, diviene irrilevante la qualificazione giuridica dello strumento tecnico ai fini del verdetto liberatorio⁴³.

Di talché, secondo i principi richiamati, la Balduzzi risulta essere più favorevole dell'art. 590-*sexies* c.p. nei casi di colpa che si manifesta nella fase di selezione delle linee-guida e nei casi di negligenza e imprudenza, mentre le due disposizioni convergono nell'ipotesi assegnata alle "Mariotti" all'art. 590-*sexies*, cioè nel caso di imperizia lieve in fase esecutiva, non punibile in forza di entrambe le disposizioni.

Venendo ora ad osservare la questione relativa alla selezione della norma più favorevole, applicata dai giudici di legittimità nelle sentenze successive alle Sezioni Unite "Mariotti", il principio affermato dalla "De Renzo" è stato in seguito ribadito dalla Cass., Sez. IV, n. 49884/2018, "Pinto"⁴⁴, e, ancora più recentemente, dalla Cass., Sez. IV, n. 412/2019, "Bonaiuto"⁴⁵.

ampiamente prevede la non punibilità del sanitario che si sia attenuto alle linee-guida, ma che versa in colpa lieve.

⁴² Si segnala, nella giurisprudenza *post* "Mariotti", la sentenza della Cass., Sez. IV, n. 36723/2018, "Di Saverio", che afferma che anche nel caso dell'imperizia lieve in fase esecutiva sia più favorevole l'art. 3, comma 1 della Balduzzi rispetto all'art. 590-*sexies* c.p. motivando, riprendendo sul punto la sentenza "Cantore" già richiamata, la prima disposizione deve essere considerata più favorevole della seconda "*dal momento che integra una parziale abolitio criminis e non una mera causa di non punibilità, dovendo dunque essere applicata a norma dell'art. 2 c.p.*" (§ 6.3).

⁴³ L'espressione è di RISICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, cit., 953.

⁴⁴ La sentenza era relativa ad un caso di omesso parto cesareo in presenza di segni di sofferenza fetale. Si era ritenuto che stante la difformità di opinioni dei consulenti si sarebbe dovuta accogliere la richiesta di perizia. I giudici, in particolare, annullavano con rinvio la sentenza di condanna richiamando i principi espressi dalla "De Renzo" e demandando al giudice di rinvio anche la questione *ex* art. 2, comma 4, c.p. dell'individuazione della norma più favorevole fra l'art. 3 della legge Balduzzi e l'art. 590-*sexies*.

⁴⁵ Per il principio di diritto affermato dalla sentenza "De Renzo" e per un'analisi degli ulteriori profili analizzati dalla sentenza "Bonaiuto", sia consentito il rimando al § II.1 di questo lavoro, 15-22.

Prendendo in esame quest'ultima pronuncia, la stessa, al § 3, in riferimento ai rapporti intertemporali fra le due disposizioni, da un lato afferma che l'art. 590-*sexies* c.p., “*si applica solo quando sia stata elevata o possa essere elevata imputazione di colpa per imperizia*”⁴⁶; dall'altro che, ove emergano a carico dei sanitari profili di colpa per negligenza, “*può assumere rilevanza il riferimento alla l. 189/2012, in quanto legge più favorevole, ai sensi dell'art. 2, comma 4, cod. pen.*”

I giudici richiamano, quindi, la “Mariotti”, ribadendo che “*l'art. 3, del d.l. 12 settembre 2012, n. 158, oggi abrogato, risulta essere più favorevole in relazione alle contestazioni per comportamenti del sanitario commessi prima dell'entrata in vigore della novella del 2017, connotati da negligenza o imprudenza con configurazione di colpa lieve, che, per il citato decreto Balduzzi, erano esenti da responsabilità in caso di rispetto delle linee guida o delle buone pratiche accreditate*”

Ciò significa che, in linea teorica, non si vede quando l'art. 590-*sexies* possa essere più favorevole della Balduzzi e che, diversamente da quest'ultima rapportata alla sua disciplina antecedente, la novella del 2017 non ha esteso per nulla gli spazi di non punibilità del medico, che potevano essere, invero, ricercati per ridare serenità alla classe medica e, soprattutto, perseguito per ridurre la medicina difensiva⁴⁷, con l'effetto di curare il paziente con diagnosi e terapie corrette.

⁴⁶ Richiamano in argomento la sentenza della Cass., Sez. IV, n. 23283/2016, “Denegri”.

⁴⁷ Si tratta di problematiche ormai ampiamente indagate dalla dottrina penalistica italiana; in argomento, *ex pluribus*, cfr. BARTOLI, *I costi “economici-penalistici” della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1107 ss.; EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale “criminogeno”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085 ss.; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2013, 86 ss. Per una visione comparatistica del tema si veda DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Torino, 2009.

CONCLUSIONI

A conclusione del lavoro svolto, si può rilevare che la sentenza delle Sezioni Unite “Mariotti” ha assunto un ruolo centrale nella disciplina della colpa medica per la lettura che ha dato all’art. 6 della L. 2017, n. 24, anche nella giurisprudenza successiva.

In particolare, allo stato dell’arte, si può affermare che:

- a) il presupposto logico per l’applicazione della causa di non punibilità prevista dall’art. 590-*sexies* c.p., come era anche nella disciplina previgente, è quello del rispetto delle linee-guida;
- b) il non rispetto delle stesse può essere non punibile, se c’è speciale difficoltà, nel caso di imperizia lieve, con un’applicazione indiretta dell’art. 2236 c.c.;
- c) ai fatti commessi prima del 1° aprile 2017, può trovare applicazione la Balduzzi, per la quale rileva il grado e, in particolare, la non punibilità si produce se vi è colpa lieve, cioè se il caso concreto non imponeva in modo macroscopico di discostarsi dalle linee-guida;
- d) dopo il 1° aprile 2017, può trovare applicazione l’art. 590-*sexies* c.p. e, in tal caso, vengono in considerazione sia il grado che la forma della colpa, producendosi la non punibilità in caso di evento che sia stato causato da imperizia lieve in fase esecutiva delle linee-guida.

Tuttavia, nella giurisprudenza *post* Sezioni Unite “Mariotti” si riscontra un *iter* argomentativo, a prescindere dagli esiti e dalle soluzioni dei singoli casi concreti, oscillante e variegato sui presupposti per l’applicazione della disposizione, specie nell’individuazione delle condotte imperite, nel ruolo da dare alle linee-guida, nonché nella definizione precisa di colpa grave. Tale è l’immagine di una giurisprudenza ancora incerta sul futuro, in un’attività, come quella medica, che è già di suo imperniata sul rischio e sull’incertezza.

Non è dato ravvisare, infatti, un formante giurisprudenziale consolidato e costante, con forti ripercussioni dal punto di vista della certezza del diritto.

Vista la complessità della materia e gli svariati “punti di contatto” con principi penalistici di estrema importanza, la lettura delle sentenze e del percorso logico-giuridico adottato dai giudici divengono ancora più importanti degli esiti, in quanto solo la prassi giurisprudenziale può contribuire a rendere prevedibili gli effetti di una disposizione legislativa che si connota per la sua particolare difficoltà interpretativa.

Una prima via, dunque, auspicabile sarebbe quella della valorizzazione del dato letterale fornito dall’art. 590-*sexies* c.p., prescindendo dalla sua applicabilità, nell’argomentazione delle sentenze, al fine di definirne, nella maniera più chiara possibile, i limiti e la portata.

Una seconda via, pronosticabile ma di difficile attuazione, potrebbe essere, invero, quella di pensare ad una soluzione fondata su una disposizione legislativa *ad hoc*.

Peraltro, una cosa è certa, ed è il ruolo che deve assumere il giudice, a fronte di lacune legislative, che è quello di colmarle con l’interpretazione allo stesso consentita al fine di renderla conforme ai principi dettati dall’ordinamento e per cristallizzare il c.d. “diritto vivente”.

Occorrerebbe, quindi, necessariamente costruire le basi per un futuro certo della colpa medica, specie in campo penale, anche partendo dal dettato “viziato” della legge Gelli-Bianco, non potendosi, al contrario, lasciare operare la classe medica “al buio”.

Siffatta conclusione gioverebbe, da un lato alla classe medica, che lavorerebbe con maggiore sicurezza e senza timori, dall’altro alla tutela della salute dei cittadini, che riceverebbero dai professionisti sanitari le migliori cure ed i più idonei trattamenti offerti dalla scienza moderna.

BIBLIOGRAFIA

BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra l'art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 159 ss.;

BARTOLI, *I costi "economici-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1107 ss.;

BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. "Mariotti" in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018;

CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1373 ss.;

CALETTI-MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra nuovi spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018;

CALETTI-MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura delle legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2017;

CAPUTO, *"Filo d'arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012;

CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723 ss.;

CENTONZE-CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazione disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 4, 1361;

CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2017, 244 ss CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017;

CUPELLI, *La Legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio* in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2017, 280 ss.;

CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c.*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 12/2017, 135 ss.;

CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in *Dir. pen. cont.* 27 giugno 2016;

CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2018, fasc. 3/2018, 248;

CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017, fasc. 11/2017, 250 ss.;

D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 5, 573;

DI GIOVINE, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione “Mariotti” sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su “colpa medica e sicurezza delle cure” (Giappicchelli, 2017)*, 852 ss.;

DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 167;

DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Torino, 2009;

DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *Legisl. pen.*, 2 maggio 2017;

EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale “criminogeno”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085 ss.;

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Zanichelli, Bologna, 2014, 794 ss.;

FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, 513;

INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 879;

GATTA, *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017;

GELLI, *Prefazione*, in LOVO-NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, 4-5;

MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014;

MANTOVANI, *Diritto Penale*, 10^a ed., Wolters Kluwer, Milano, 2017, 351 ss.;

MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Giuffrè, Milano, 2018, 373 ss.

MARINUCCI-DOLCINI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, 3;

MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia del nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. Pen.*, 3, 2017;

MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co. 2, c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019;

MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 399 ss.;

MAZZON, *Le Linee-guida nella pratica clinica. Riflessioni bioetiche*, in *Minerva anestesiologicala*, 2000, 490;

PALAZZO, *Responsabilità medica "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1064;

PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2015;

PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 luglio 2017;

PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2019, p. 3;

PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. Canestrari- F. Giunta- R. Guerrini- T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa 2009, 285;

POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2017;

POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2013, 86 ss.;

PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013;

RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017, 2201 ss.;

RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Legis. pen.*, 7 giugno 2017;

RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2013, 197;

RISICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 2018, 948;

ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012;

SCHIAVO, *La persistente imprevedibilità delle pronunce sulla colpa medica a due anni dall'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 3 maggio 2019;

TERRIZZI, *Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.* 17 luglio 2018;

VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 250;

VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, tomo II, *I delitti colposi*, Padova, 2003, 175 ss.