

# Studi in onore di Lucio Monaco

a cura di

Alessandro Bondi, Giovanni Fiandaca, George P. Fletcher,  
Gabriele Marra, Alfonso M. Stile, Claus Roxin, Klaus Volk

[u]rbino  
[u]niversity  
[p]ress

2020

**Urbino University Press 2020**

**Illustrazione di Luciano Bacchiocchi**

**Carattere tipografico interni  
Noto Sans e Serif, Google Font, 2013  
Noto Mono, Google Font, 2019**

**ISBN 9788831205054**

# INDICE

<b>La festa di un Maestro, la festa di una Comunità</b> Alessandro Bondi .....	p. 11
<b>PARTE PRIMA</b> .....	p. 13
<b>Spunti comparatistici in relazione al nuovo volto del delitto di corruzione internazionale ex art. 322 Bis co. 2 C.P.</b> Ali Abukar Hayo .....	p. 15
<b>Il fatto, la legge e le nozioni dell'organizzazione nella teoria della responsabilità</b> Salvatore Aleo .....	p. 43
<b>L'efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale dopo la sentenza <i>Contrada</i></b> Giuseppe Amarelli .....	p. 59
<b><i>Alcance y límites de la posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario</i></b> Silvina Bacigalupo .....	p. 77
<b>Violenza sessuale in famiglia e diritto vivente</b> Giuliano Balbi .....	p. 97
<b>La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Studio per un affresco</b> Roberto Bartoli .....	p. 111
<b>Postcodificazione. Giudizi e pregiudizi sulla necessità di un Codice penale</b> Alessandro Bondi.....	p. 131
<b>Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario</b> Stefano Canestrari.....	p. 155

<b>For whom the bell tolls (a proposito di autori e lettori)</b>	
Andrea R. Castaldo .....	p. 175
<b>Alcune osservazioni in tema di 'norme tecniche'</b>	
Mauro Catenacci .....	p. 187
<b>Verso un diritto penale 'inumano'</b>	
Mario Caterini .....	p. 199
<b>Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie e recenti riforme</b>	
Antonio Cavaliere.....	p. 221
<b>La storia (e i protagonisti) di una giurisprudenza creativa. Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice</b>	
Giovanni Cocco.....	p. 241
<b>Punibilità di organizzazione? Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'Ente colpevole</b>	
Federico Consulich .....	p. 277
<b>Il torpore del 'buon senso' genera incubi. A proposito della prescrizione del reato</b>	
Giovannangelo De Francesco .....	p. 301
<b>Particolare tenuità del fatto e responsabilità da reato negli enti collettivi</b>	
Giancarlo de Vero .....	p. 313
<b>Tutela penale della sicurezza sul lavoro, linee guida e 'buone prassi'. Considerazioni per una proposta di modifica degli artt. 589 e 590 C.P. in materia di infortuni sul lavoro</b>	
Alberto De Vita .....	p. 333
<b>Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di «caso» (Case, Kasus)</b>	
Alberto di Martino .....	p. 357
<b>L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello 'scopo'</b>	
Emilio Dolcini .....	p. 375

<b>Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato</b> Massimo Donini .....	p. 389
<b>Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale</b> Luciano Eusebi .....	p. 425
<b>Nodi problematici del diritto penale di 'scopo', tra ieri e oggi</b> Giovanni Fiandaca .....	p. 471
<b>Prassi e sistema. Una introduzione</b> Stefano Fiore .....	p. 499
<b>La saga di Oeyuke</b> George P. Fletcher .....	p. 517
<b>"Non avrai altro creditore all'infuori di me!". Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA</b> Giovanni Flora .....	p. 525
<b>I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea</b> Luigi Foffani .....	p. 541
<b>Aspettando i barbari (un piccolo esercizio di <i>Law and Literature</i>)</b> Gabriele Fornasari .....	p. 553
<b>Illiceità securitaria e criminalizzazione della <i>sine cura</i>: il penale dell'allarme sociale oltre la ragione punitiva</b> Francesco Forzati .....	p. 569
<b>Il carcere e l'idea dello scopo</b> Gianluca Gentile .....	p. 591
<b>Abuso del diritto e diritto penale. La strana coppia</b> Fausto Giunta .....	p. 617
<b>Rechtfertigung und Schuld als Beurteilungsebenen für die Triage im Angesicht der Coronapandemie</b> Christian Jäger .....	p. 637
<b>Rewriting Human Rights: Lyotard and the Other's Rights</b> Peter Langford .....	p. 659

<b>Irragionevolezza della sanzione penale e crisi dei modelli economici: l'abuso del diritto penale come antidoto ai problemi sociali</b>	
Elio Lo Monte .....	p. 687
<b>Pene accessorie e delitti contro la Pubblica Amministrazione</b>	
Carlo Longobardo .....	p. 707
<b>A proposito del concetto penalistico di libero volere tra neuroscienze e naturalismo filosofico</b>	
Maria Beatrice Magro .....	p. 723
<b>Legge e interpretazione nel 'sistema' di <i>Dei delitti e delle pene</i></b>	
Vincenzo Maiello .....	p. 747
<b>L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia</b>	
Vittorio Manes .....	p. 777
<b>Esiste un diritto a morire?</b>	
<b>Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca: l'influenza delle diverse "concezioni del mondo"</b>	
Adelmo Manna .....	p. 801
<b>La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti europee</b>	
Anna Maria Maugeri .....	p. 829
<b>Ancora sul 'diritto penale minimo' (nell'epoca del diritto penale 'massimo' e 'totale').</b>	
Nicola Mazzacuva .....	p. 857
<b>Quel che resta di «Mafia capitale»</b>	
Enrico Mezzetti .....	p. 871
<b>Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette</b>	
Sergio Moccia .....	p. 889
<b>Sicurezza del lavoro e diritto penale alla prova del COVID-19</b>	
Vincenzo Mongillo .....	p. 901

<b>Cattivi pensieri e diritto penale la catarsi dei reati di opinioni discriminatrici di identità individuali socio-definite</b>	
Domenico Notaro .....	p. 925
<b>La tipicità e l'antigiuridicità nella riprogettazione del Codice Penale</b>	
Francesco Palazzo .....	p. 949
<b>La riparazione dell'offesa a carico di beni collettivi: spunti dai reati ambientali</b>	
Chiara Perini.....	p. 959
<b>Reato e pena: Giovanni Carmignani critico dell'utilitarismo di Beccaria</b>	
Mauro Ronco.....	p. 971
<b>Zur Abwehr von Schweigegelderpressungen</b>	
Claus Roxin .....	p. 989
<b>Alle sprechen vom Klimaschutz – nur nicht die Strafrechtswissenschaft!?</b>	
Helmut Satzger .....	p. 1001
<b>Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale</b>	
Francesco Schiaffo .....	p. 1021
<b>Una «cambiale in bianco alla politica criminale di 'scopo'»? Il finanziamento 'autonomo' del terrorismo 'alla luce dei principi'</b>	
Nicola Selvaggi .....	p. 1037
<b>La riforma del traffico di influenze illecite</b>	
Pietro Semeraro .....	p. 1059
<b>Amministratori non esecutivi, sindaci e omesso impedimento del fatto altrui. Problemi irrisolti di teoria generale del reato</b>	
Andrea Sereni .....	p. 1073
<b>Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale 'inedito' tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica.</b>	
Antonino Sessa .....	p. 1095

<b>La Corte e il carcere. Un <i>podcast</i> sui limiti costituzionali allo <i>ius puniendi</i></b>	
Francesco Viganò .....	p. 1115
<b>Corona und das deutsche Strafverfahren</b>	
Klaus Volk .....	p. 1129
<b>PARTE SECONDA</b> .....	p. 1135
<b>Il metodo Monaco</b>	
Alessandro Bondi .....	p. 1137
<b>Lieve o non lieve è questa colpa? La riforma Gelli-Bianco alla lente delle Sezioni Unite.</b>	
Cecilia Ascani .....	p. 1143
<b>Considerazioni sui reati di pericolo</b>	
Giuseppe Basile .....	p. 1153
<b>Gli effetti della "euforia preventiva" alla luce della riflessione sull'idea di 'scopo'</b>	
Chiara Bigotti .....	p. 1165
<b>Confisca allargata e reati tributari nel prisma dell'idea di scopo</b>	
Luca Della Ragione .....	p. 1191
<b>Ricordo di un'allieva</b>	
Monica Garulli .....	p. 1209
<b>The UN Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition - Implementation Challenges and Responses</b>	
Simonetta Grassi .....	p. 1211
<b>Il peculato nel prisma del principio di offensività: appropriazione su beni di irrilevante valore</b>	
Alessio Infantino .....	p. 1235
<b>Problemi attuali in tema di qualifiche pubblicistiche nel diritto penale</b>	
Massimiliano Masucci .....	p. 1245



<b>Il diritto dei magistrati di partecipare alla politica attiva e i suoi limiti</b>	
Piergiorgio Morosini .....	p. 1255
<b>Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione</b>	
Daniele Piva .....	p. 1275
<b>Libera autodeterminazione su fine vita e punibilità del suicidio assistito. Alla ricerca di un delicato equilibrio</b>	
Fabio Antonio Siena.....	p. 1283
<b>Il ‘daspo’: una misura costituzionalmente problematica. Osservazioni sul «divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento» [(art. 11 co. 1 lett. b) d.l. n. 130/2020].</b>	
Mariangela Telesca .....	p. 1295
<b>Die Eröffnung formeller Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan - Der Internationale Strafgerichtshof im Ringen um Recht und Politisierung</b>	
Nicolai von Maltitz .....	p. 1305
<b>GLI AUTORI</b> .....	p. 1319

## ITINERARI CONVERGENTI DI CONTENIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL SANITARIO

Stefano Canestrari

### 1. La stagione delle riforme della responsabilità penale del sanitario

La responsabilità professionale del sanitario è senz'altro uno dei temi al centro del dibattito penalistico italiano degli ultimi anni. Ciò non significa affatto che si tratti di un argomento nuovo, ma è piuttosto da ritenersi che la stagione attuale stia facendo registrare una più matura consapevolezza dell'insostenibilità di una diffusa minaccia penale nell'agire quotidiano di soggetti che svolgono un servizio fondamentale per l'intera società civile, come riconosce l'art. 32 della nostra Costituzione e come conferma, assai pragmaticamente, la recente emergenza pandemica<sup>1</sup>.

Queste pagine intendono offrire una prospettiva non schiacciata sulle contingenze di un periodo davvero eccezionale come quello degli ultimi mesi, mirando piuttosto a mettere in luce un'evoluzione a più tappe e che ha riguardato due ambiti di responsabilità in particolare: quello che fa perno sui profili di consenso del paziente ai trattamenti sanitari, anche quando necessari per il mantenimento in vita, e quello avente ad oggetto condotte colpose degli operatori del settore. Sembra possibile parlare, al riguardo, di itinerari convergenti, poiché, in entrambi i casi, si è pervenuti a significative prese di posizione nel senso della contrazione dell'area della punibilità, che si segnalano anche in quanto in controtendenza con l'impeto del «diritto penale *no-limits*»<sup>2</sup>, a cui per altri versi si assiste. Il fatto che ciò abbia visto protagonista il legislatore legittima l'impressione che quella recente possa essere indicata come la «stagione delle riforme»<sup>3</sup> della responsabilità penale del sanitario.

---

1 Le reazioni avverse della classe sanitaria rispetto a tale rischio condurranno la trattazione a mettere in discussione, nel contesto in esame, il senso della pena; tematica su cui restano fondamentale punto di riferimento le splendide pagine dell'illustre Studioso a cui questo scritto è dedicato con profonda stima e amicizia: L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

2 L'espressione è efficacemente proposta da V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in «QG» (2019) 1, 86 ss.

3 Per un analogo ricorso all'espressione «stagione delle riforme», si veda l'intito-

La l. 22 dicembre 2017, n. 219 ha introdotto nell'ordinamento una disciplina attesa da decenni, con la quale finalmente si forniscono in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento delle risposte chiare, anche e soprattutto sul piano delle responsabilità civili e penali.

Sul fronte della responsabilità per reati colposi d'evento, il legislatore è intervenuto addirittura in due occasioni a breve distanza, prima tramite il d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (noto come d.l. "Balduzzi") e poi con la l. 8 marzo 2017, n. 24 (nota come l. "Gelli-Bianco"), la quale sta iniziando ad andare a regime soltanto ora che le numerose linee guida sottoposte a vaglio qualitativo completano, via via, il percorso di formale accreditamento previsto dalla legge stessa.

Come si avrà modo di dire meglio, un elemento che accomuna i due percorsi evocati è l'intento di porre rimedio, tra l'altro, a fenomeni perniciosi di medicina difensiva<sup>4</sup>, sintomi inequivocabili di un disagio dif-

lazione del capitolo V della monografia di M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, 2017, 213 ss., così come il titolo del saggio di M.L. MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in «RIDPP» (2018), 1220 ss. Più in generale, per una recente ricostruzione dell'evoluzione della responsabilità penale del sanitario, G. M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in «DPC» (2019) 4, 1 ss.

<sup>4</sup> Ben nota è la duplicità di accezioni del concetto di medicina difensiva: se ne individua una versione "positiva", consistente nella prescrizione a titolo preventivo di accertamenti clinici non strettamente necessari e una "negativa", consistente nella mancata presa in carico di pazienti "ad alto rischio", che cioè potrebbero andare incontro, con una certa probabilità, ad un esito infausto del trattamento. Tutto ciò ha, evidentemente, ripercussioni non soltanto sulla qualità delle cure ricevute dai pazienti, spinti fuori dall'epicentro del trattamento sanitario, ma anche sul piano economico, appesantendo gravemente il bilancio delle strutture sanitarie con spese superflue. Il riferimento alla medicina difensiva è ormai un *topos* della letteratura sulla responsabilità (non solo penale) del sanitario. Senza alcuna pretesa di esaustività, si può rinviare a G. FORTI et al. (Edd.), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Edizioni ETS, 2010; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in «RIML» (2011), 1085 ss.; R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in «Riv. it. med. leg. dir. san.» (2012), 1107 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, 2012, in particolare 5 ss.; G. ROTOLO, *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in «DPP» (2012), 1259 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in «Riv. it. med. leg. dir. san.» (2014), 927 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, 2014, in particolare 11 ss.

fuso e intimamente connesso in termini direttamente proporzionali alla pressione giudiziaria, specialmente penale, avvertita dai sanitari. Diverso appare sin d'ora il grado di successo e di "stabilità" degli interventi del legislatore, ma è comunque riconoscibile il tentativo di ricondurre entro dinamiche più fisiologiche e meno viziate il fondamentale rapporto medico-paziente.

## **2. Una «buona legge buona». La chiara esclusione della responsabilità del sanitario e le potenzialità salvavita della riforma in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento**

Nella memoria scritta relativa all'audizione presso la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati, in data 28 aprile 2016, avevo posto l'accento sull'assenza di una disciplina organica nel nostro ordinamento giuridico del consenso informato, del rifiuto e della rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari. Pertanto avevo formulato, in quella sede, la proposta di un articolato, elaborato sulla falsariga di quello redatto da un gruppo di studiosi ed esperti – tra cui il sottoscritto – coordinato dal Prof. Paolo Zatti<sup>5</sup>.

La legge 22 dicembre 2017, n. 219 si colloca nell'ambito delle coordinate che avevo delineato e disciplina in modo chiaro ed efficace i diversi profili della relazione di cura<sup>6</sup>: «una buona legge buona»<sup>7</sup>.

Procedo con ordine e in estrema sintesi, privilegiando i profili di interesse per la riflessione sul contenimento della responsabilità penale.

L'art. 1 («Consenso informato») afferma che «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,

---

<sup>5</sup> *Prova di testo normativo sulla relazione di cura*, consultabile all'indirizzo <https://undirittogentile.wordpress.com>. Per il testo della mia Audizione presso la Commissione Affari sociali della Camera, v. «RIML» (2016), 1201 ss.

<sup>6</sup> Come sottolinea la relatrice della legge, l'On. Donata Lenzi (in <http://www.donatalenzi.it>, newsletter del 16 dicembre 2017), alla stesura del testo base hanno collaborato in modo proficuo medici e giuristi (tra cui il sottoscritto e, in una fase successiva, il Prof. Paolo Zatti, la Professoressa Patrizia Borsellino e il Prof. Carlo Casonato).

<sup>7</sup> È l'espressione che ho proposto nell'editoriale *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)*, in «RIML» (2017), 975 ss.

tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (comma 1). Il richiamo esplicito ai principi costituzionali e a quelli convenzionali di riferimento<sup>8</sup> individua una pluralità di diritti fondamentali che riconoscono la massima ampiezza dell'autodeterminazione terapeutica fino al diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà<sup>9</sup>.

Nell'ambito dei principi costituzionali, il consenso informato costituisce espressione eminente del principio di inviolabilità della libertà umana di cui all'art. 13 Cost., da cui discende il diritto di autodeterminazione rispetto al proprio corpo; e, sotto diversa angolatura, del diritto alla salute di cui all'art. 32, comma 1, Cost. – diritto che, in quanto tale, può essere tutelato dalla persona secondo le proprie opzioni e i propri valori – e del divieto di trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi di stretta previsione legislativa, oltre che dei limiti imposti dal rispetto della persona umana (art. 32, comma 2, Cost.).

Sotto il primo profilo, il tema del consenso informato, lungi dal rilevare solo come problema di tecnica giuridica e di collocazione dogmatica – presupposto di liceità, causa di esclusione della tipicità, causa di giustificazione – costituisce espressione primaria della tutela dell'autonomia personale: il consenso informato rappresenta presidio della libertà e prima ancora della dimensione corporea individuale da ogni tipo di prevaricazione e violenza non voluta dal paziente.

Sotto il secondo profilo, il tema del consenso informato rimanda essenzialmente alle modalità di relazione tra professionista e destinatario della prestazione, in particolare tra medico e paziente, per le quali qualsiasi intervento di diagnosi, terapia, prognosi (o sperimentazione) può essere praticato soltanto in virtù di una «autorizzazione» da parte del

---

<sup>8</sup> Come è noto, in precedenza, nella stessa prospettiva della Carta dei diritti, il principio del consenso informato aveva trovato esplicito riferimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997.

<sup>9</sup> Sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, il Mulino, 2017, in particolare 67 ss.

soggetto su cui ricade l'intervento. Il consenso informato assume rilievo come strumento necessario per produrre interazioni di tipo cooperativo – nelle quali s'incontrano «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (comma 2) – al fine di promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico.

Il comma 3 dell'art. 1 pone l'accento su un'informazione esaustiva e compresa, assumendo rilievo il diritto del paziente ad avere piena conoscenza dei termini in cui la relazione con il sanitario è orientata alla ricerca della migliore opzione terapeutica a favore della sua salute. In questa direzione, mi preme sottolineare che la funzione del «consenso informato» è quella di costituire, più in generale, una garanzia che la relazione terapeutica, quantunque asimmetrica, si mantenga «umana» (non tra «stranieri morali» alla maniera di Engelhardt), a fronte della progressiva tecnologizzazione della medicina e degli esiti di «spersonalizzazione» che questa può comportare, quindi il più possibile «personale» ed «empatica».

Al comma 5 dell'art. 1 si puntualizza che «Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». Questa chiara presa di posizione sulla qualificazione normativa della nutrizione e della idratazione artificiali come trattamenti sanitari conduce alla conclusione che possono essere oggetto di legittimo rifiuto anche con lo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, comma 1). Di segno opposto era la disciplina restrittiva del disegno di legge “Calabrò” approvato in prima lettura dal Senato e con modifiche dalla Camera il 12 luglio 2011 (in Atti parl. Cam., XVI legislatura, doc. n. 2350), poi decaduto per la fine della legislatura<sup>10</sup>.

---

10 Per una severa critica a tale proposta di riforma, cfr. C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato “Calabrò” su consenso e dichiarazioni anticipate*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (17 febbraio 2009); L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in «Dir. fam.» (2009), 1281 ss.; S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, 2° ed. 2014, 45 ss.; G. FERRANDO, (voce) *Testamento Biologico*, in «ED. Annali» (2014) VII, 987 ss.; P. BORSSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto» (2016) 3, 98-99.

In coerenza con il principio del consenso informato come (di norma) legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, la legge perviene ad un'esplicita quanto importante presa di posizione sui profili di responsabilità. Il comma 6 dell'art. 1 – richiamato anche dall'art. 4, comma 5, in riferimento alle disposizioni anticipate di trattamento – afferma che «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

Si assiste dunque ad una «certificazione» del «diritto dei principi» che aveva riconosciuto l'equivalenza normativa di due situazioni distinte solo sul piano naturalistico: l'ipotesi del rifiuto di trattamenti sanitari salvavita da parte di un paziente autonomo e il caso della rinuncia di trattamenti sanitari *quoad vitam* da parte di un paziente che richieda la loro sospensione o la loro interruzione, operata tramite un'azione del medico (ad esempio la disattivazione di un sostegno artificiale).

Come ho da tempo sottolineato, era auspicabile che il legislatore sancisse in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario – soprattutto al fine di garantire un definitivo consolidamento delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente<sup>11</sup>.

In assenza di una disposizione normativa così netta, la paura del malato di poter essere irrevocabilmente vincolato alla prosecuzione delle terapie provoca gravi distorsioni nella relazione di cura, accentuate nel contesto attuale dove sono diffusi atteggiamenti di medicina difensiva, che conducono il medico a non rispettare la volontà del paziente per evitare il rischio di contenziosi giudiziari. Mi limito a segnalare l'effetto tremendo e perverso – che ho posto più volte in evidenza nell'ambito del

---

11 Sul punto, sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Il governo del corpo*, Tomo II, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, 2011, 1901 ss. e *ivi* l'analisi della giurisprudenza, in particolare delle motivazioni della sentenza di proscioglimento del 23 luglio 2007 del GUP del Tribunale di Roma nel caso Welby. Per l'enunciazione dei principi di biodiritto penale della fine della vita umana e i necessari riferimenti alla letteratura civilistica, costituzionalistica e penalistica, v. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 63 ss.

Comitato Nazionale per la Bioetica<sup>12</sup> – di finire per dissuadere il paziente a intraprendere un trattamento sanitario salvavita per il timore di rimanere in una «condizione di schiavitù» in cui viene negato valore ad una revocabilità o ritrattabilità del consenso a proseguirlo<sup>13</sup>. È la legge, dunque, che può essere definita salvavita, perché incentiva i pazienti in condizioni più critiche a sottoporsi ai trattamenti sanitari necessari, potendo contare sul fatto che la loro eventuale volontà successiva di sospendersi verrà assecondata, anche in quanto il medico è ora esplicitamente tutelato nel farlo dalla disciplina vigente, che non lo lascia più esposto alla sensibilità di singoli pubblici ministeri e giudici. Agli occhi del giurista penalista, l'esclusione della punibilità appare così affiancata a dinamiche di fatto preventive e che potrebbero, peraltro, limitare sensibilmente anche la casistica dell'art. 580 c.p., come riconosciuto dalla Corte costituzionale nel noto caso "Cappato-Dj Fabo"<sup>14</sup>.

Sempre al comma 6 dell'art. 1 – per concludere questa breve e necessariamente parziale ricognizione di una legge apprezzabile sotto diversi punti di vista<sup>15</sup> – si è inteso ribadire l'ovvietà di un assunto, con una formulazione non felice che equipara legge e fonti deontologiche: a fronte di richieste, da parte del paziente, di trattamenti sanitari contrari alla legge, alla deontologia, alle buone pratiche clinico-assistenziali, «il medico non ha obblighi professionali». Il comma seguente dell'art. 1 riguarda l'urgenza e prevede che «Nelle situazioni di emergenza o di urgenza

---

12 In occasione della stesura del parere del CNB del 24 ottobre 2008, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, redatto da chi scrive, Lorenzo d'Avack e Laura Palazzani, consultabile all'indirizzo [www.governo.it/bioetica/pareri.html](http://www.governo.it/bioetica/pareri.html).

13 Dopo che è stato ovviamente «sancito» il suo pieno e assoluto diritto a rifiutarlo. Naturalmente, la mancata attuazione del diritto del paziente di interrompere un trattamento sanitario produce inaccettabili discriminazioni tra malati sulla base della tipologia di malattia che li affligge, dello stato di avanzamento della patologia e del tipo di terapia attuata: così, chiaramente, C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in «DPC» (21 dicembre 2017).

14 Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), dove è pubblicato un elenco davvero notevole di contributi dottrinali di commento, a cui si consenta di aggiungere quello di chi scrive: S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": La "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in «RIDPP» (2019), 2159 ss.

15 Ci si è soffermati più diffusamente sulla riforma in commento, ad esempio, in S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in «RIDPP» (2018), in particolare 78 ss., a cui sia consentito il rinvio per gli aspetti che non è possibile qui approfondire.



il medico e i componenti dell'équipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla». La formulazione del testo è apprezzabile, l'unico rilievo consiste nel fatto che si sarebbe potuto precisare che, una volta cessate tali situazioni, il principio del consenso informato riacquista piena vigenza.

### **3. Il difficile assestamento della responsabilità penale per colpa del sanitario**

#### *3.1. Dall'irrigidimento della giurisprudenza nei confronti del sanitario al tentativo del d.l. "Balduzzi" di delimitare l'area della punibilità*

Negli ultimi decenni, la storia della responsabilità penale per colpa del sanitario ha subito significative evoluzioni. Nel secolo scorso, lungo è stato il dominio della scena da parte di un rapporto medico-paziente di carattere paternalistico, in cui le scelte del primo erano considerate quasi indiscutibili e, di conseguenza, anche gli eventi avversi erano percepiti come la ben possibile concretizzazione di un rischio fisiologico, quindi da "accettare" senza prendere subito in considerazione il ricorso ad un'azione legale. In sostanziale coincidenza del cambio di paradigma della medicina – che via via ha abbandonato il protagonismo decisivo assoluto e tecnocratico del medico in favore di un rapporto col paziente più dialogico e di condivisione del percorso trattamentale («*shared decision making*») – da un lato, si sono poste le basi per la maturazione, avvenuta però solo diverso tempo dopo, di una disciplina organica come quella poc'anzi illustrata in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, ma, dall'altro lato, l'autorevolezza della classe sanitaria è sempre più stata messa in discussione e anche la giurisprudenza ha fatto da cassa di risonanza di questo mutamento socio-culturale, sviluppando orientamenti di maggior severità.

Sintomatica di quanto appena detto appare la "parabola applicativa" in ambito penale dell'art. 2236 del codice civile, a norma del quale «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 di colpa grave». Il problema della sua applicabilità nei giudizi penali si è posto perché il codice penale non prevede un corrispettivo di tale nor-

ma, sollevando peraltro una questione di ragionevolezza complessiva dell'intero ordinamento, il quale rischierebbe di contraddirsi accettando la sussistenza della responsabilità penale in coincidenza dell'esclusione esplicita, per gli stessi fatti, della responsabilità civile.

Ebbene, in un primo momento, all'incirca fino agli anni '70, la Corte di cassazione ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. anche nel settore penale, punendo solamente quegli errori davvero "grossolani" del medico. Negli anni successivi, invece, si è gradualmente perso questo atteggiamento di riguardo (di "deference") nei confronti degli operatori sanitari, cosicché la Suprema Corte è giunta a ritenere che, anche nei casi di particolare difficoltà, gli stessi rispondono penalmente pure per errori di piccola entità, quindi per colpa lieve<sup>16</sup>.

Oltretutto, a questo orientamento si è accompagnato un accertamento altrettanto severo della causalità, specialmente di quella omissiva. La responsabilità medica è stata affermata non esigendo che la condotta conforme a cautela, se osservata, avrebbe consentito con un grado di probabilità confinante con la certezza di prevenire la verificazione dell'evento dannoso per il paziente, ma accontentandosi di fare perno su un criterio "causale" molto più debole, come quello della mancata diminuzione del rischio, soddisfatto anche dal non aver attivato comportamenti efficaci ben sotto la soglia del 50%<sup>17</sup>.

Va considerato che il rigore manifestato dalla giurisprudenza, assai probabilmente, è stato alimentato dalle difficoltà da parte dei pazienti danneggiati di ottenere il risarcimento in sede civile in tempi accettabili. La giurisprudenza penale ha così assunto un ruolo di "supplenza" del giudice civile, di talché la colpa penale e quella civile sono venute a sovrapporsi, in ambito medico come in altri, sia nella struttura che nelle finalità perseguite<sup>18</sup>.

---

16 In argomento, ad esempio, N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in «RIML» (1984), 399 ss., in particolare 401 ss.; di recente, per una puntuale ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale in questione, G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione*, cit., in particolare 4, 5 e 30.

17 In senso critico, per tutti, F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (Edd.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, 2006, 1893 ss.

18 In merito alla faticosa emancipazione della colpa penale rispetto all'omologo concetto civilistico, si rinvia, in particolare, allo studio di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, specialmente 471 ss.

Qualche attenuazione della severità dei menzionati orientamenti giurisprudenziali non è mancata. Nel 2002 sono intervenute le Sezioni unite penali della Cassazione con la nota sentenza “Franzese”<sup>19</sup>, che ha respinto i criteri di accertamento della causalità omissiva più flessibili. Inoltre, in alcuni casi, i giudici penali hanno dimostrato di recepire la logica alla base dell’art. 2236 c.c., premurandosi però di precisare che «detta norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico quando il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l’addebito di imperizia»<sup>20</sup>. Ciò non è comunque bastato a riportare il livello della pressione giudiziaria sulla classe sanitaria entro livelli accettabili ed è così che è intervenuto il legislatore con una prima riforma “di sistema” delle attività sanitarie, cioè non limitata ai profili di responsabilità e nemmeno alla sola figura del medico.

In occasione della conversione in legge (8 novembre 2012, n. 189) del già menzionato d.l. “Balduzzi”, si è inserita nell’art. 3, 1° c., una esplicita disciplina della responsabilità penale volta a contenerne l’estensione: «l’ esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve».

Al di là di alcuni controversi riferimenti nel testo dell’art. 217 l. fall. (ora art. 323 codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza), è la prima volta che il legislatore italiano ha previsto espressamente un particolare grado di colpa per la sussistenza della responsabilità penale. Oltre alla restrizione della responsabilità, l’intento dichiarato della riforma è stato anche quello di costruire una maggiore determinatezza dell’illecito colposo nel settore medico, individuando – attraverso il richiamo alle linee guida – le regole cui il medico deve attenersi. Nella prospettiva del legislatore, il ricorso alle linee guida favorirebbe il giudice, che avrebbe a disposizione un testo scritto da cui partire nel valutare la colpa del sanitario.

---

<sup>19</sup> Cass. pen, Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, per esteso in «RIDPP» (2002), 1133 ss.

<sup>20</sup> Così, letteralmente, Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592 (sentenza “Buggè”), in «DeJure».

Quello del d.l. “Balduzzi”, tuttavia, è apparso subito un testo piuttosto complicato da interpretare. Non a caso, uno dei primi commenti ne ha prospettato una lettura sostanzialmente abrogativa, ricorrendo all’espressione latina «*in culpa sine culpa*»<sup>21</sup>. In questa prospettiva ci si è domandato come possa essere in colpa un sanitario che rispetta le linee guida, strumenti che di solito racchiudono le migliori raccomandazioni cliniche da seguire per ogni diversa patologia. Dando seguito a questa impostazione, la disciplina penale del 2012 non avrebbe alcun senso.

In realtà, già da anni, la Corte di legittimità si occupava di linee guida, affermando che nel valutare la rilevanza delle stesse non sono ammessi automatismi, né in chiave accusatoria né in chiave di esonero da responsabilità. In altre parole, l’adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina automaticamente la colpa, giacché discostarsi o conformarsi alle linee guida integra una scelta del medico che il giudice reputa di per sé sola insufficiente per pervenire a una conclusione di esonero o di affermazione della responsabilità<sup>22</sup>.

D’altronde, una simile conclusione sembra imposta dalla natura stessa delle *guidelines* e delle *leges artis* mediche che esse tentano di “formalizzare”: la disciplina offerta dalle linee guida, infatti, limitandosi a proporre un «percorso terapeutico ideale», si pone per lo più come un insieme di indicazioni di massima che, per definizione, sono insufficienti ad abbracciare l’intera varietà della casistica clinica. Ne consegue che i “suggerimenti” da esse evincibili presentano un carattere non esaustivo, che risente della volubilità di ogni specifica situazione terapeutica. Per tutte queste ragioni è quindi difficile attribuire alle linee guida un carattere vincolante che, peraltro, mal si concilierebbe con il principio di libertà di cura da parte del medico.

È dunque possibile che anche nell’osservanza delle linee guida vi sia la sopravvivenza di una colpa. Ciò è stato confermato anche dalla Corte di

21 In particolare, P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all’art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in «DPC» (26 novembre 2012).

22 Un’esauriente retrospettiva della giurisprudenza precedente alla riforma “Balduzzi” è leggibile nell’ultima sentenza (“Ingrassia”) in materia di linee guida prima dell’approvazione della legge: Cass. pen., Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922, per esteso in «DPP» (2013), 191 ss., con nota di L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, 195 ss.; nonché in «RIML» (2013), 268 ss., con nota di G. ROTOLO, *Guide lines e leges artis in ambito medico*, 277 ss.

cassazione, in una sentenza divenuta un vero e proprio punto di riferimento tra la giurisprudenza successiva all'approvazione della riforma "Balduzzi". Ci si riferisce alla sentenza "Cantore"<sup>23</sup>.

Secondo tale sentenza, due sono le ipotesi in cui l'operatore sanitario può versare in colpa pur nell'osservanza dei suggerimenti clinici: «potrà – anzitutto – ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore non sia lieve. Potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura il discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria».

La disciplina "Balduzzi", quindi, è stata ritenuta applicabile per lo più in coincidenza di «adempimenti imperfetti» e «adempimenti inopportuni» delle linee guida<sup>24</sup>. Per questi casi era divenuto importante valutare il grado della colpa per comprendere se fosse lieve o grave.

Anche questo profilo è stato affrontato nella sentenza "Cantore", che, in assenza di una definizione della colpa grave da parte della legge, ha individuato alcuni parametri di valutazione del grado della colpa. Tale accertamento è stato sviluppato dalla Corte su due piani distinti. Nel primo, oggettivo, quello del "fatto tipico", andrebbe indagata la misura del-

---

23 Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, per esteso, ad esempio, in «Cass. pen.» (2013) 2984 ss., con commento di C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, 2999 ss.

24 Per il ricorso a questa terminologia, si vedano, in particolare, G. M. CALETTI – M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in «DPC» (2017) 2, 90 e 91, a cui si rinvia anche per la ricognizione di nomenclature alternative.

la divergenza tra l'operato del sanitario e quello astrattamente previsto da un agente modello di riferimento. Segue poi, sul versante soggettivo della colpa, un giudizio individualizzante, all'interno del quale andrebbero valutate, nella prospettiva di delineare quanto fosse esigibile per il soggetto il conformarsi perfettamente al modello di riferimento, tutte le peculiarità proprie del caso concreto.

Proprio quest'ultimo profilo è stato individuato dalla dottrina come una delle novità più interessanti della riforma "Balduzzi", dal momento che la colpa grave costringe il giudice a tenere in considerazione una serie di aspetti soggettivi, laddove invece la colpa penale, da molti anni, presenta una matrice prevalente oggettiva, normativa<sup>25</sup>.

L'aspetto meno convincente della scelta legislativa è senz'altro consistito nell'aver riferito la clausola penale ad una casistica apparsa subito troppo ridotta, in quanto dipendente da una coesistenza di più fattori, alcuni dei quali già in partenza non sempre soddisfabili dal sanitario, se si pensa che non tutte le prestazioni sono presidiate da linee guida e magari nemmeno da buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Oltretutto, lo spettro applicativo è stato ristretto ulteriormente dalla Corte di cassazione, che, senza un evidente fondamento normativo, ha stabilito che la disciplina speciale in esame fosse applicabile soltanto ai casi di imperizia, intendendola peraltro non come la declinazione tecnico-professionale di negligenza e imprudenza, ma come un *tertium genus* a tutti gli effetti, e preferendo regolarmente ad essa le altre due forme tradizionali di colpa generica nella qualificazione dei fatti concreti sotto giudizio. Ad esempio, la significativa casistica degli errori diagnostici è stata per lo più ricondotta all'ambito applicativo della negligenza e le dimissioni ospedaliere anzitempo conseguenti ad una inadeguata lettura delle condizioni del paziente sono invece state qualificate, non di rado, in termini di imprudenza<sup>26</sup>.

La riflessione critica si è poi appuntata su quali linee guida e buone pratiche, se osservate, giustificassero il metro di valutazione più favorevole

---

25 Per ciò che non mi è possibile approfondire qui sulla duplicità dei piani sistematici in cui si articola l'illecito colposo, sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in «IP» (2012), 21 ss.

26 Al riguardo, si veda l'interessante rassegna critica di P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in «DPC» (24 aprile 2015).

della colpa grave, posto che riferirsi a un loro generico accreditamento della comunità scientifica non può certo dirsi pienamente coerente con l'intento di conferire maggior determinatezza all'illecito colposo<sup>27</sup>. Per le linee guida, in particolare, si tratta di un problema posto a ragione, considerato che le stesse, notoriamente, non sono redatte soltanto dalle società scientifiche, ma anche da tanti altri soggetti che non perseguono finalità esclusivamente terapeutiche, come, ad esempio, le case farmaceutiche.

La soluzione adottata dal legislatore italiano nel 2012 è stata quella di lasciare al giudice – e, soprattutto, al suo perito – il vaglio sull'affidabilità scientifica delle linee guida.

### *3.2. Una seconda presa di posizione del legislatore: la riforma “Gelli-Bianco” e l'impegno ermeneutico della giurisprudenza*

I limiti che la riforma del 2012 ha palesato negli anni successivi alla sua entrata in vigore, non certo confinati nella disciplina penale, hanno indotto il legislatore a concepire una nuova riforma “di sistema” delle attività sanitarie, ancora una volta estesa, in generale, alla categoria dei professionisti sanitari<sup>28</sup> e ampiamente incentrata sul principio organizzativo-preventivo del *clinical risk management*. Con l'occasione, la disposizione dell'art. 3, comma 1, del d.l. “Balduzzi” dedicata alla responsabilità del sanitario è stata abrogata ed è stato introdotto nel codice penale l'art. 590-*sexies*, rubricato «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario», dal seguente contenuto: «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professio-

<sup>27</sup> Su questo ed altri aspetti si è concentrata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano: Trib. Milano, Sez. IX, (ord.) 21 marzo 2013, annotata da M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la “norma penale di favore” al giudizio della Corte costituzionale*, in «DPC» (29 marzo 2013) e ampiamente analizzata anche da D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in «DPC» (2013) 4, 73 ss. La Corte costituzionale si è pronunciata nel senso della manifesta inammissibilità della questione, in particolare per carenza di motivazione del giudice *a quo* sulla rilevanza della questione stessa nel caso sotto giudizio; il che ha consentito alla “Consulta” di non approfondire nel merito i punti critici su cui era stata interpellata: ord. 2-6 dicembre 2013, n. 295, commentata da G.L. GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*, in «DPC» (9 dicembre 2013).

<sup>28</sup> Peraltro, poco dopo, tramite la l. 11 gennaio 2018, n. 3, ha preso il via un percorso di riorganizzazione delle professioni sanitarie.

ne sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma» (comma 1). «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto» (comma 2).

Se la disposizione penale del d.l. “Balduzzi” è stata inserita in poco tempo, ossia nella gestazione della conversione in legge di tale corpo normativo, e si è posta come un primo – quindi, per definizione, sperimentale – tentativo di misurarsi con una realtà a lungo “regno” della giurisprudenza, il legislatore del 2017 ha decisamente meno alibi rispetto ai limiti della propria disciplina, soprattutto se la direzione su cui si voleva proseguire, come spesso dichiarato, era quella del contenimento della responsabilità. Alla luce di ciò, è davvero poco convincente – è anzi il punto decisamente più critico – la scomparsa di ogni riferimento esplicito al grado della colpa come condizione di rilevanza penale dell'errore del sanitario<sup>29</sup>. È rimasto un riferimento alle linee guida (ora, almeno, più chiaramente individuate nell'ambito di un procedimento tassativizzante a gestione pubblica)<sup>30</sup> e si parla, ancorché in subordine, anche di buone pratiche clinico-assistenziali, conservando così, sostanzialmente, la parte più controversa del binomio *evidence-based medicine*/colpa grave. Inoltre, si è “premiato”, esplicitandolo, quel requisito che la giurisprudenza aveva innestato interpretativamente nella disciplina del 2012 e che aveva contribuito a “sabotarne”<sup>31</sup> gli intenti di contrazione della pu-

---

29 La prima versione della legge, quella inizialmente approvata dalla Camera dei Deputati e poi modificata dal Senato, rappresentava una più plausibile evoluzione del d.l. “Balduzzi”. Si prevedeva, infatti: «L' esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave», aggiungendo che «è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge».

30 L'art. 5 della l. “Gelli-Bianco” prevede che le linee guida utilizzabili ai fini della limitazione della punibilità siano quelle il cui accreditamento passa attraverso un competente vaglio qualitativo e si conclude con pubblicazione nel sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità. Non passa inosservato come il sistema di gestione del rischio clinico si sorregga sull'imposizione dell'osservanza delle linee guida stesse (e solo in mancanza di esse delle buone pratiche clinico assistenziali), «salve le specificità del caso concreto».

31 Assai efficace, in tal senso, è la terminologia con cui O. DI GIOVINE, *Mondi veri e*



nibilità; una scelta che poteva essere meditata meglio, anche alla luce del fatto che la “promozione” dell’imperizia è avvenuta proprio quando la stessa giurisprudenza stava dimostrando di iniziare a metabolizzare la necessità di ridimensionarne gli effetti sterilizzanti<sup>32</sup>.

I limiti intrinseci di ciascun elemento costitutivo della disciplina del nuovo art. 590-*sexies* c.p. si sono riflessi inevitabilmente sul risultato complessivo, aprendo così la strada ad un impegnativo coinvolgimento della giurisprudenza, la quale ha via via recuperato terreno sul protagonismo legislativo, in misura direttamente proporzionale all’“imperizia” con cui lo stesso si è manifestato<sup>33</sup>.

Davvero eloquente è il disorientamento della prima pronuncia della Cassazione, in cui il compito ermeneutico e nomofilattico è stato gestito con dichiarato disagio, parlando di «alti dubbi interpretativi», di disciplina «di disarticolante contraddittorietà», dall’interpretazione letterale esposta a esiti di «lampante» e «drammatica incompatibilità logica»<sup>34</sup>.

Un approccio diverso ha contraddistinto la sentenza successiva<sup>35</sup>, con la quale sono venute meno le esitazioni nei confronti di una stretta aderenza al dato legale, con l’implicazione di considerare esclusi dall’area della punibilità i soli casi di errore esecutivo (cioè, sostanzialmente, quelli che abbiamo prima indicato come «adempimenti imperfetti») di fonti comportamentali *evidence-based* scelte correttamente, a prescindere dal grado della colpa.

---

*mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in «Cass. pen.» (2017) 2163, nt. 28, si è riferita all’imperizia nell’economia di una disposizione sulla responsabilità penale del sanitario, parlando di «cavallo di Troia».

32 Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283 (sentenza “Denegri”), per esteso in «DPC» (27 giugno 2016), con commento di C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*.

33 Descrive condivisibilmente il ruolo assunto dalla giurisprudenza F. PALAZZO, *La colpa medica: un work in progress*, in «Giustizia Insieme» (11 novembre 2020), parr. 5 e 6.

34 Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187 (nota come sentenza “Tarabori” o “Tarabori-De Luca”, dai cognomi, rispettivamente, della parte civile ricorrente e del sanitario imputato), per esteso, ad esempio, in «Riv. it. med. leg. dir. san.» (2017), 713 ss., con commento di M. CAPUTO, *Promossa con riserva. La legge Gelli-Bianco passa l’esame della Cassazione e viene rimandata a settembre per i decreti attuativi*, 724 ss.

35 Cass. pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078 (sentenza “Cavazza”), per esteso in «DPC» (7 novembre 2017). Per un commento, ad esempio, C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l’imperizia? La Cassazione torna sull’ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in DPC» (2017) 11, 250 ss.

È ben noto come la Corte di legittimità abbia cercato di appianare le divergenze di sensibilità interne alla IV Sezione penale facendo subito entrare in scena le Sezioni unite<sup>36</sup>, con le quali, in particolare, si è apportato un correttivo alla sentenza precedente in punto di grado della colpa, non apparendo costituzionalmente sostenibile l'esclusione della responsabilità penale anche in ipotesi di colpa di speciale consistenza. La differenza tra colpa lieve e colpa grave è così rientrata a far parte della disciplina della responsabilità penale del sanitario come requisito *praeter legem*. Al di là di comprensibili scetticismi sul piano della legalità – posto che, rispetto all'esegesi più immediata, come visto, si tratta forse di rileggere il testo in *malam partem* – il risultato è equilibrato e sostanzialmente condivisibile sul piano politico-criminale, poiché riporta al centro della disciplina l'elemento chiave per il contenimento della punibilità<sup>37</sup>.

In ogni caso, non si può certo affermare di essere pervenuti all'assetto migliore possibile in assoluto, posto che il testo dell'art. 590-sexies c.p. rimane eccessivamente vincolato al rispetto di precise fonti comportamentali e che il requisito dell'imperizia può riproporre quel cortocircuito a cui è andato incontro il d.l. "Balduzzi", anche se va dato conto di come la giurisprudenza, su entrambi i fronti, abbia recentemente fatto filtrare segnali di minor chiusura rispetto al passato.

Quanto al requisito del rispetto di linee guida formalmente accreditate, si è preso atto del ritardo con cui il sistema sta andando a regime<sup>38</sup> e, per non condannare la riforma allo stallo applicativo, si è accettata una nozione ampia di buone pratiche, capace di includere fonti comportamentali di varia nomenclatura, comprese le linee guida non ancora accreditate, a cui non sembrerebbe infatti ragionevole negare a priori l'etichetta di *best practice*<sup>39</sup>.

---

36 Cass. pen., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770 (sentenza "Mariotti"), per esteso, ad esempio, in «DPC» (1° marzo 2018), con commento di C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*.

37 Per un'equilibrata lettura della questione, con la consueta lucidità, F. PALAZZO, *La colpa medica*, cit., par. 5.

38 Fino ai primi mesi del 2020, le linee guida pubblicate nel sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità all'esito della procedura di accreditamento erano soltanto 3.

39 Cass. pen., Sez. IV, 14 aprile 2018, n. 33405; Cass. pen., Sez. IV, 22 giugno 2018, n. 47748; Cass. pen., Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102, tutte in «DeJure». Nella giurisprudenza di merito, si veda, in particolare, Trib. Parma, 18 dicembre 2018, n. 1584, in «DPC»

Circa l'altro aspetto problematico residuo, si è opportunamente calato l'accento sul fatto che, «in linea di massima, l'agire dei professionisti e quindi anche dei sanitari, si presta ad esser valutato primariamente in termini di perizia/imperizia»<sup>40</sup>.

Come si accennava, i segnali incoraggianti che pervengono dalla giurisprudenza più recente, la quale dimostra peraltro una nuova sensibilità anche rispetto ad istanze finora tanto note quanto poco accreditate, come quelle sottese al principio di affidamento<sup>41</sup>, non sono comunque tali da spingere la disciplina molto oltre le potenzialità che il dato testuale le consente. Questo spiega l'apparente paradosso del successo che ha avuto, proprio nella «stagione delle riforme», una norma «classica» come quella dell'art. 2236 c.c., che è stata più volte indicata tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza come possibile via di uscita rispetto agli asfittici binari delle soluzioni *ad hoc* offerte dal legislatore.

#### **4. Dall'emergenza pandemica una conferma dell'opportunità di pervenire a una disciplina incentrata semplicemente sul grado della colpa**

L'emergenza pandemica ancora in corso nel momento in cui si scrive ha presentato problematiche senz'altro peculiari, come quelle che trascendono il giudizio di colpa relative alle drammatiche scelte di razionalizzazione di fondamentali risorse insufficienti per tutti i malati<sup>42</sup>.

---

(9 aprile 2019), con commento di M. L. MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co. 2, c.p.*, per cui «Un documento non pubblicato ai sensi dell'art. 5 l. 8.3.2017, n. 24 può integrare comunque una codificazione di una buona pratica clinico assistenziale. Nell'art. 590-sexies, 2° c., c.p., il legislatore ha utilizzato una formula evocativa della sussidiarietà delle buone pratiche, che consente di annoverarvi le linee guida non accreditate nonché i protocolli e le *check list*».

<sup>40</sup> Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258, in «DeJure».

<sup>41</sup> Ne dà conto con chiarezza M. L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in «DPC» (2019) 4, in particolare 67 ss.

<sup>42</sup> In proposito, cfr. il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica «COVID-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "trage in emergenza pandemica" (8 aprile 2020)», la cui redazione è stata coordinata dai Proff. Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d'Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani, Luca Savarino. Coglie bene la complessità del quadro e degli istituti penalmente rilevanti G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in «SP» (5 maggio 2020).

Quest'epoca sta inoltre confermando la centralità di capitoli tradizionali della responsabilità medica<sup>43</sup>, come l'urgenza del trattamento e più in generale le condizioni concrete di lavoro, tra cui anche l'eventuale intrinseca carenza organizzativa della struttura di appartenenza, l'incertezza scientifica (che può lasciare sguarnito un certo campo della medicina di fonti comportamentali consolidate, come è stato anche rispetto a molti aspetti di contrasto del COVID-19, quantomeno nelle prime fasi, mettendo quindi tendenzialmente "fuori gioco" la disciplina dell'art. 590-*sexies* c.p.), la relativa imprevedibilità delle reazioni del corpo umano ai trattamenti e la probabilità dell'esito infausto, che, in definitiva, è forse il vero fattore d'innescio delle incomprensioni tra classe sanitaria e società civile, oggi quanto mai evidenziate dall'alternarsi schizofrenico di attestati di eroismo e ondate di indignazione<sup>44</sup>. Questi aspetti rendono davvero unico il contesto sanitario tra le professioni esposte al rischio di commissione dei più classici reati colposi di evento<sup>45</sup>.

Quanto precede dovrebbe offrire una conferma della possibilità di superare le resistenze nei confronti di un regime più apertamente di favore – *rectius*: di compensazione – per i sanitari, la cui responsabilità penale dovrebbe, assai più semplicemente di oggi, dipendere soltanto dal grado della colpa. Si potrebbe anche valutare una più generalizzata limitazione della punibilità alle sole ipotesi di colpa grave, estesa cioè anche oltre l'esercizio delle professioni sanitarie, come suggerisce una corrente dottrinale sempre più consistente<sup>46</sup>, ma non dovrebbero esserci in ogni caso dubbi sull'opportunità di partire dal settore in esame.

---

43 In argomento, tra i primi, C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in «SP» (30 marzo 2020), in particolare par. 4.

44 Sembra pertanto mancare la "serenità" per legittimare soluzioni drastiche, per quanto contingenti, come quelle che sono state recentemente evocate parlando di «scudo penale». Tra le voci critiche rispetto ad opzioni del genere, si veda, ad esempio, L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in «disCRIMEN» (25 maggio 2020), specialmente 2 e 9.

45 Per convincenti argomentazioni in tal senso, O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in «AP» (2014) 1 (web), 6 ss.

46 Si vedano, in particolare, D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in «RIDPP» (2013), 1723 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, *ivi*, specialmente 154 ss.; con taglio comparatistico, P. F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema spagnolo: un modello da imitare?*, in «RIDPP» (2018), specialmente 926 ss.

È con queste considerazioni che si può concludere la panoramica critica avviata sui principali itinerari di contenimento della responsabilità penale del sanitario. Si auspica che tali considerazioni abbiano rafforzato la consapevolezza che se si riporta entro limiti accettabili il rischio penale (ma, più in generale, di ripercussioni giudiziarie) a carico del sanitario è probabile che l'interesse terapeutico torni finalmente al centro del rapporto con il paziente e che si possa parlare, a tutti gli effetti, di alleanza terapeutica.