

L'IMPERIZIA QUALE TALLONE D'ACHILLE DELLA DISCIPLINA PENALE DELLA *MEDICAL MALPRACTICE*

Valentina Badalamenti*

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. L'imperizia nell'ambito della responsabilità medica: una storia giurisprudenziale travagliata. – 2.1. La comparsa dell'art. 2236 c.c. in sede penale. – 2.2. Il primo intervento normativo del legislatore: il decreto "Balduzzi". – 2.3. Dalla sentenza "Denegri" alla legge "Gelli - Bianco". – 2.4. Uno sguardo alla giurisprudenza più recente. La sentenza "Agnello". – 3. La perizia quale forma qualificata di diligenza e prudenza: l'interpretazione ispirata alla *ratio*. – 4. L'introduzione di un regime di responsabilità provvisorio alla luce dell'emergenza pandemica. Il richiamo all'imperizia scompare. – 5. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT

Il contributo ripercorre la storia giurisprudenziale in materia di responsabilità colposa del sanitario, ponendosi lo scopo specifico di mettere in luce il ruolo della colpa per imperizia nonché la sua evoluzione, determinata sia dagli orientamenti espressi in seno alla Corte di legittimità, che dalle riforme normative intervenute. Il fine ultimo è quello di dare atto dei risvolti conseguenti all'introduzione del limite dell'imperizia nell'ambito dell'attuale disciplina della responsabilità penale medica e, partendo da una ricognizione dello stato dell'arte, analizzare quale, tra le diverse interpretazioni possibili, sia la più funzionale ad arginare il proliferarsi di procedimenti giudiziari a carico dei sanitari per l'esercizio della loro professione.

The contribution traces the jurisprudential history in the matter of negligent responsibility of the healthcare professional, with the specific purpose of highlighting the role of fault due to inexperience as well as its evolution, determined both by the orientations expressed within the Court of legitimacy, and by the regulatory reforms that have taken place. The ultimate aim is to acknowledge the implications resulting from the introduction of the limit of inexperience within the current discipline of medical criminal liability and, starting from a survey of the state of the art, to analyze which, among the various possible interpretations, is the most functional to stem the proliferation of judicial proceedings against health professionals for the exercise of their profession.

* Tirocinante ex art. 73 l. 98/2013 presso il Tribunale di Bologna, sezione Riesame e praticante avvocato.

1. Cenni introduttivi.

Nell'analizzare con metodo critico il ruolo dell'imperizia nell'ambito della responsabilità medica è necessario ripercorrere rapidamente le fasi giurisprudenziali susseguites in materia, in modo da mettere a fuoco la sua evoluzione interpretativa e giungere ad una ricognizione consapevole dello stato dell'arte attuale.

Questi sono gli strumenti indispensabili al perseguimento dello scopo che il presente contributo si pone: fornire spunti di riflessione circa l'interpretazione più ragionevole che potrebbe attribuirsi al concetto di imperizia, in un'ottica di deflazione dei procedimenti penali che vedono coinvolti i medici accusati di lesioni o omicidi colposi commessi nell'esercizio della professione.

Porre un freno all'eccessivo rigore riservato ai sanitari nelle sedi giudiziarie è l'obiettivo che ha mosso il legislatore nell'introdurre il decreto "Balduzzi" prima, nel 2012, e la legge "Gelli-Bianco" nel 2017¹.

Le (allora) novelle citate non hanno raggiunto i risultati auspicati per i rilievi che si esporranno nel prosieguo, per ora basti notare come, all'alba di quello che si spera sia l'epilogo definitivo della pandemia da Covid-19, il numero dei morti e dei contagi che hanno assediato il paese ha, fin dalle prime fasi dell'emergenza sanitaria, procurato il fondato timore di un aumento spropositato dei procedimenti giudiziari promossi nei confronti dei camici bianchi – tanto da indurre il legislatore ad intervenire nuovamente con una disciplina *ad hoc* – evidenziando, così, nella maniera più incisiva e pregnante, le fallacie della normativa in vigore e dell'orientamento interpretativo consolidatosi con essa, di cui l'imperizia è protagonista di spicco.

2. L'imperizia nell'ambito della responsabilità medica: una storia giurisprudenziale travagliata.

I principi di diritto e gli orientamenti enucleati dalla giurisprudenza hanno ricoperto un ruolo di primo piano in materia, determinando conseguenze applicative nette e di fondamentale importanza. Non sono mancati cambi di

¹ Si tratta, rispettivamente, del d.l. n. 158 del 13 settembre 2012, conv. con la l. n. 189 dell'8 novembre 2012, e della l. n. 24 dell'8 marzo 2017. Quest'ultima è stata introdotta appena cinque anni dopo l'intervento del decreto "Balduzzi", per il quale non aveva nemmeno fatto in tempo a stabilizzarsi un indirizzo interpretativo preciso e condiviso. Non è un caso che il presente decennio sia stato definito da alcuni Autori come la "stagione delle riforme", tra cui CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 213 ss.; MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1220 ss.; da ultimo CANESTRARI, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, in BONDI, FIANDACA, FLET-CHER, MARRA, STILE, ROXIN, VOLK (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 155 ss. Tale definizione risulta ancora attuale se si considera la recentissima novella di cui si darà conto, introdotta al fine di fornire uno "scudo" penale ai sanitari intervenuti in prima linea per il contrasto all'emergenza pandemica in corso.

rotta repentini e scelte ermeneutiche fortemente criticabili, che si tenteranno di mettere in luce nel corso della trattazione.

2.1. La comparsa dell'art. 2236 c.c. in sede penale.

Fino alla metà degli anni '70 l'art. 2236 c.c. ha vantato un'applicazione diretta nell'ambito dei c.d. casi di *malpractice* medica, e ciò sulla base di un assunto logicamente ineccepibile: non può ritenersi penalmente rilevante un danno che nemmeno si configura come risarcibile².

La disposizione civilistica prescrive che, in caso di prestazioni di speciale difficoltà, il debitore risponda dei danni cagionati solo se commessi con dolo o colpa grave.

Come può evincersi dal contenuto di numerose pronunce della Corte di legittimità del tempo, la giurisprudenza riservava un'ampia indulgenza nei confronti della categoria in oggetto³. L'orientamento consolidatosi, infatti, sosteneva che la condotta del sanitario fosse penalmente censurabile solo nelle ipotesi in cui l'evento lesivo risultasse connesso alla mancanza di quella basilare conoscenza e competenza che necessariamente ci si attende da coloro che godono dell'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria⁴. A tale indirizzo si affiancava una visione distorta della figura del medico, quasi demiurgica, come se fosse il proprietario esclusivo di una scienza infallibile.

Una tappa significativa si è verificata quando la proiezione nel diritto penale dell'art. 2236 c.c. ha superato il vaglio della Corte costituzionale con la sentenza n. 166 del 1973. Quest'ultima ha valutato costituzionalmente conforme, in particolare rispettosa del canone di ragionevolezza, l'applicazione

² Sul rapporto tra responsabilità penale del sanitario e art. 2236 c.c. la letteratura è vasta e accurata. Senza pretese di esaustività 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.; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, 88 ss.; MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, 5 ss.; MERLI, *Brevi note sul ruolo dell'art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari e sul rapporto tra il nuovo art. 590-bis c.p. e la disposizione civilistica*, in *Cass. pen.*, 2019, 4132 ss.

³ Secondo la Corte di legittimità del tempo l'azione del medico «deve essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un catalogo tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile». Cass., Sez. IV, 6.03.1967 n. 447, in *CED*, rv. 104929. Nel medesimo senso, Cass., 27.01.1959, in *Scuola positiva*, 1960, 484 ss., con nota di CRESPI, *Il grado della colpa nella responsabilità professionale del medico-chirurgo*; Cass., 19.03.1963, n. 1209, in *Cassazione penale - Massimario annotato*, 1963, 690 ss.

⁴ «In questa ormai remota giurisprudenza l'esclusione della colpa è la regola e l'imputazione colposa è l'eccezione che si configura solo nelle situazioni più plateali ed estreme». Così si esprime BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012, 7. Per un'analisi anche sull'evoluzione della giurisprudenza civile intervenuta in materia CANZIO, PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica*, in *Discrimen*, 15 ottobre 2019.

della disposizione in oggetto alla responsabilità penale del sanitario laddove temperata dal limite dell'imperizia⁵. Nell'affermare ciò, la stessa si è posta in contrasto con il fronte maggioritario della giurisprudenza di legittimità di allora, accogliendo l'opinione già invalsa in dottrina secondo cui il disposto dell'art. 2236 c.c. si riferisce alle sole condotte imperite, poiché relativo alla violazione delle *leges artis* proprie di un'attività tecnico-professionale⁶.

È attraverso l'applicazione dell'art. 2236 c.c. che il concetto di perizia ha fatto breccia nel panorama relativo alla responsabilità penale colposa del sanitario, rinvenendo comunque nell'art. 43 c.p. un suo riconoscimento esplicito.

Proseguendo l'*excursus* storico, si deve evidenziare come, se in un primo momento gli organi giurisdizionali hanno dimostrato una grande comprensione nei confronti degli errori commessi nell'esercizio della professione medica e, in una fase successiva, l'assunto dell'art. 2236 c.c. è stato limitato alle sole ipotesi di imperizia, verso la fine degli anni '70 l'orientamento sviluppatosi in seno alla giurisprudenza è progressivamente mutato, ponendosi ancora in netto contrasto con la pronuncia della Consulta, ma sul versante opposto. Difatti, ad un certo punto si è sviluppata la tesi secondo cui il dettato del codice civile non potesse invadere i confini del diritto penale e che il regime di responsabilità colposa dovesse sottostare alle ordinarie regole del codice del 1930⁷. Essa si è diffusa tra gli organi giudicanti al punto da determinare una graduale disapplicazione in ambito penale del disposto civilistico. L'art. 2236 c.c. da quel momento è stato relegato a parametro utilizzabile esclusivamente ai fini della commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p., sino a quando una parte della giurisprudenza, al fine di salvaguardare la profes-

⁵ In particolare, la Consulta ha ritenuto costituzionalmente legittima una diretta applicazione dell'art. 2236 c.c. in ambito di responsabilità colposa del sanitario, non rilevando la disparità di trattamento con le altre professioni asserita dal giudice *a quo*, poiché «la deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti». Corte Cost., 22.11.1973, n. 166 (dep. 28.11.1973), in *Cortecostituzionale.it*, 1973.

⁶ La sentenza della Consulta ha sposato, infatti, la lettura restrittiva di quella parte della dottrina che, sulla scorta degli scritti di Alberto Crespi, limitava l'applicazione dell'art. 2236 c.c. alle ipotesi di colpa per imperizia, ritenendola la forma colposa propria del contesto professionale, e sottoponendo invece al regime ordinario di cui all'art. 43 c.p. le condotte qualificate come negligenze e imprudenti. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, 102; MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 399 ss.

⁷ Per indicare alcune pronunce in tal senso v. Cass., Sez. IV, 16.06.2005, n. 28617, in *CED.*, rv. 232447, in cui la Corte ha affermato che «la valutazione della colpa professionale in sede penale non è limitata all'ipotesi di colpa grave, posto che, a differenza di ciò che avviene nel processo civile in ragione dell'art. 2236 cod. civ. ai fini del risarcimento del danno, l'accertamento dell'elemento psicologico ai sensi dell'art. 43 cod. pen. non ammette restrizioni», in maniera conforme a quanto già esposto con le sent. Cass., Sez. IV, 29.09.1997, n. 1693, in *CED.*, rv. 21031; Cass., Sez. IV, 18.02.1983, n. 8784, in *CED.*, rv. 160826; Cass., Sez. IV, 5.02.1991, n. 9553, in *CED.*, rv. 188199.

sione sanitaria, ha qualificato il suo precetto come una regola d'esperienza a cui il giudice poteva fare affidamento nell'esercizio del suo libero apprezzamento⁸. Quest'ultimo orientamento, per quanto non possa affermarsi che sia stato sposato *in toto* dalla giurisprudenza di merito, è stato richiamato anche recentemente in diverse occasioni dalla Suprema Corte⁹ nonché da parte della dottrina – come si darà conto successivamente – nell'individuazione di una soluzione *de iure condito* alla gestione dei presumibili numerosi contenziosi derivanti dall'emergenza epidemiologica in corso, posti a fondamento della modifica intervenuta con la conversione in legge del d.l. n. 44 del 2021.

In ogni caso, è importante evidenziare come il disappunto manifestato dalla giurisprudenza verso la pronuncia costituzionale affondasse le sue radici in un generalizzato atteggiamento di rigore gradualmente sviluppatosi nei confronti della categoria sanitaria dalla seconda metà degli anni '70 in poi, derivante da numerosi fattori, tra cui la crescita del dibattito relativo al tema del consenso informato¹⁰.

⁸ Per una disamina più approfondita dell'assetto giurisprudenziale e letterario del tempo v. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit.; MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p.*, cit. Proprio quest'ultima descrive con una metafora alquanto azzeccata lo stragemma ermeneutico con cui parte della giurisprudenza ha tentato di salvare l'applicazione in chiave penalistica dell'art. 2236 c.c., affermando che tale orientamento «consentirebbe alla disposizione civilistica, cacciata dalla porta, di rientrare attraverso la finestra (sempre particolarmente ampia) dell'art. 43 c.p.» (p. 26).

⁹ In un passaggio della sentenza Mariotti si legge che 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». Cass., S.U., 21.12.2017 (dep. 22.02.2018), n. 8770, in *CED*, 2018.

¹⁰ I fattori a cui si fa riferimento sono molteplici e oggetto di analisi da parte della letteratura scientifica. Si pensi, appunto, al dibattito relativo al consenso informato, fiorito proprio in quegli anni e consacrato, oggi, nella legge n. 219 del 2017. Il tema ha determinato una svolta nella concezione stessa della figura del medico, che da pozzo imperscrutabile e incontestabile di un sapere sconosciuto ai più, ha dovuto rapportarsi con il diritto dei pazienti a partecipare consapevolmente alle scelte terapeutiche che li riguardavano. Per un approfondimento sull'argomento v. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 67 ss., *ib.*, *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 975 ss.; *ib.*, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 55 ss. e *ib.*, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, cit., 157 ss.

O ancora, si pensi alle innumerevoli scoperte scientifiche intervenute in ambito medico nei decenni precedenti, che avevano conquistato il plauso e l'ammirazione della collettività. Il (fisiologico) rallentamento di quest'ultime ha sicuramente ridimensionato l'illusione che la medicina fosse infallibile e destinata ad uno sviluppo irreversibile. In generale, si può fare riferimento alla naturale tendenza dell'uomo, in particolar modo nel "mondo occidentale", a voler sconfiggere il morbo e la morte, e a ricercare un colpevole quando la medicina fallisce. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2 ss., il quale, non a caso, intitola il primo paragrafo del contributo «Il declino della medicina moderna»; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 71 ss. In questi termini, particolarmente eloquenti, si esprime B. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale dell'esercente la professione*

Tale cambio di tendenza si è manifestato anche sotto l'aspetto dell'accertamento causale (soprattutto in ipotesi di *malpractice* medica); non di rado la giurisprudenza si accontentava, al fine di riconoscere la sussistenza del nesso eziologico tra una condotta omissiva e la lesione del bene giuridico, di una minima mancata diminuzione del rischio di verificazione dell'evento imputabile all'agente. Orientamento che è restato tale fino all'intervento della c.d. sentenza "Franzese" delle Sezioni Unite, la quale ha riallineato (perlomeno astrattamente) l'accertamento causale con i principi costituzionali che governano il diritto penale¹¹.

2.2. Il primo intervento normativo del legislatore: il decreto "Balduzzi".

Col decreto legge n. 158 del 2012, convertito con la legge n. 189 del medesimo anno, il legislatore, allo scopo di tutelare il diritto alla salute fornendo una risposta al dilagare del fenomeno della c.d. medicina difensiva¹², ha mo-

sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018: «...negli ultimi anni, il rapporto tra classe medica *latu sensu* intesa e pazienti si è – come è noto – profondamente modificato: forse passando da un eccesso ad un altro, il paziente non è più un oggetto inconsapevole nelle mani di un esperto al quale interamente e fideisticamente affidarsi, ma è un soggetto critico e sospettoso, al quale chiedere il preventivo ed informato consenso per ogni minima terapia. La malattia e la morte (probabilmente, in tutte le società occidentali) sono divenute eventualità da negare e sconfiggere, sempre ed in ogni caso; e l'esercente una professione sanitaria deve risolvere quel "problema": la sua sembra essere divenuta una prestazione di risultato e non più, o non solo, di mezzi». Infine, si è sottolineato il ruolo suppletivo che ha iniziato a svolgere il diritto penale al fine di far fronte alle istanze di risarcimento del danno dei pazienti, le quali venivano soddisfatte dalla giurisprudenza civile con tempistiche di notevole durata. CANESTRARI, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, cit., 163.

¹¹ Cass., S.U., 10.07.2002 (dep. 11.09.2002), n.30328, in *Dir. proc. pen.*, 2002, 1133.

¹² Col concetto di medicina difensiva si intendono quelle attività poste in essere al fine di ridurre il rischio di un contenzioso giudiziario. Sul versante, per così dire, attivo, il sanitario prescrive esami diagnostici e controlli specialistici di per sé eccessivi rispetto alla cartella clinica di specie (si parla, in questo caso, di medicina difensiva positiva), mentre, dall'altro lato, evita ed omette di prendere in carico pazienti che presentano patologie complesse, gravi o comunque altamente esposti al rischio di un esito infausto (c.d. medicina difensiva negativa). Il fenomeno è deleterio non solo per le risorse pubbliche che confluiscono in attività sanitarie finalizzate esclusivamente ad evitare un procedimento penale, ma anche per l'organizzazione del sistema sanitario nel suo complesso nonché per le qualità delle cure e il progresso scientifico. In sostanza, il tema della medicina difensiva, lungi dall'essere un problema esclusivo delle categorie sanitarie, grava sulla collettività intera. Senza pretese di esaustività, in argomento, ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 5 ss.; FORTI, CATINO, D'ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010, il quale espone l'interessante proposta legislativa che ha sviluppato il Centro Studi «Federico Stella» al fine di arginare il deleterio fenomeno in commento, raccogliendo dati scientifici ed empirici e incentivando un confronto nella comunità giuridica. A p. 199 ss. è illustrato il "disegno di legge" definitivo, in cui viene presentato il suggerito art. 590-ter c.p., recante «Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario», che ai primi due commi recita: «L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo

dificato il regime di responsabilità civile del sanitario e, in sede di conversione, ha introdotto altresì la seguente disposizione: «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».

La norma – è parso evidente fin dall'indomani della sua emanazione – non brillava certo per chiarezza interpretativa, tanto che è stata subito oggetto di severe critiche e di uno scetticismo portato all'estremo, divenendo addirittura protagonista di un'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale¹³, e per questo “condannata” a dei risvolti essenzialmente “abrogativi”¹⁴.

eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave.

Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento». Ecco, col rischio di cadere anche in questa sede nell'errore del “senno di poi”, si ritiene che un dettato di questo tenore avrebbe meglio potuto soddisfare la *ratio* sottesa alle riforme entrate in vigore sul tema.

¹³ Il giudice a quo del Tribunale di Milano ha rimesso alla Consulta una questione di costituzionalità sull'art. 3 della l. 158/2012 per sospetta violazione di numerosi parametri costituzionali, tra cui il canone di ragionevolezza e il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., nonché i principi di tassatività e precisione della legge penale, in quanto insufficientemente chiara laddove non fornisce una definizione di colpa lieve e una specificazione del ruolo attribuibile alle linee guida, peraltro da ritenersi irragionevole nel rivolgersi anche a sanitari non imputati ad adottare decisioni diagnostiche o terapeutiche. La decisione della Corte, particolarmente attesa da parte dell'intera comunità giuridica, si è limitata a dichiarare manifestamente inammissibile l'ordinanza di remissione, poiché «l'insufficiente descrizione della fattispecie concreta» impedirebbe «la necessaria verifica della rilevanza della questione, affermata dal rimettente in termini meramente astratti e apodittici», non entrando, dunque, nel merito della questione, ma richiamando fuggacemente l'orientamento da lei stessa espresso nel lontano 1973. Corte cost., ord., 6.12.2013, n. 295, in *Dir. pen. cont.*, con nota di GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*, 9 dicembre 2013.

¹⁴ Forse, l'elemento che ha scatenato più degli altri la diffidenza della dottrina e della giurisprudenza è il riferimento alle linee guida e alle buone pratiche. Non è questa la sede in cui approfondire le perplessità scaturite sulla natura e il ruolo attribuito dal potere legislativo alle *guidelines* (come detto, si tratta di uno dei temi più dibattuti). Ad ogni modo, è doveroso evidenziare che la loro “normativizzazione”, inaugurata col decreto “Balduzzi”, probabilmente era finalizzata ad arginare l'inevitabile cifra d'indeterminatezza propria della colpa generica, salvo poi aver provocato dubbi proprio sulla tipologia di colpa, specifica ovvero generica, a cui intendeva riferirsi il citato art. 3.

L'abbandono dell'art. 2236 c.c. aveva immancabilmente determinato una lacuna significativa, tanto che ogni valutazione relativa ai casi di *malpractice* medica era lasciata alla discrezionalità del giudicante. È stata già più volte evidenziata l'intransigenza dimostrata dagli organi giurisdizionali (rilevabile in numerose frazioni dell'accertamento, si pensi al fatto che non di rado venisse adottato come parametro di valutazione della sfera soggettiva della colpa un agente modello dotato di straordinarie capacità o, ancora, ai giudizi di prevedibilità ed evitabilità che sistematicamente risultavano viziati dalla fallacia del “senno di poi”). Le conseguenze di tale atteggiamento di rigore sono state in parte messe in luce e, proprio in ragione di ciò il legislatore ha probabilmente pensato di fornire, mediante il richiamo delle linee guida, uno strumento obiettivo

È risaputo come a cercare di chiarire i dilemmi interpretativi scaturiti dall'art. 3 del decreto "Balduzzi" sia intervenuta la Suprema Corte con la celebre sentenza "Cantore"¹⁵. In sede di legittimità, la Corte ha specificato che l'esonero della responsabilità operava nei confronti del medico che versasse in colpa lieve e che:

- nell'individuare correttamente le linee guida di riferimento nel caso di specie, cadesse in errore in sede di concreto adeguamento o di esecuzione delle stesse (c.d. adempimento imperfetto¹⁶);
- omettesse di discostarsi dalle linee guida nonostante lo richiedessero le circostanze concrete del caso clinico in esame (c.d. adempimento inopportuno¹⁷).

attraverso cui valutare il caso di specie, peraltro non sconosciuto al panorama giurisprudenziale, che già in alcune occasioni aveva fatto riferimento alle linee guida in sede di accertamento. In argomento BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. Decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 23 settembre 2013; sottolinea le insidie di un percorso di positivizzazione delle regole cautelari in ambito sanitario CANESTRARI, *La colpa*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Milano, 2013, vol. II, 148 ss.; CAPUTO, "Agente modello" e responsabilità per colpa in ambito sanitario. *Problemi e prospettive*, Milano, 2012; *Id.*, "Filo d'Arianna" o "flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, in cui l'Autore, in risposta alla considerazione secondo cui le linee guida colmerebbero l'indeterminatezza della colpa generica ponendo un freno alla discrezionalità del giudice, osserva che «se è senz'altro lodevole qualunque congegno scientifico che vincoli il potere discrezionale dell'organo giudicante, sarebbe un fuor d'opera in campo penale, attesi i limiti "clinici" delle *guidelines*, far promettere a questi preziosi suggerimenti più di quanto essi sono in grado di mantenere»; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, il quale affronta, appunto, il controverso dibattito relativo al rapporto delle *guidelines* con la colpa specifica e mette in guardia dalla tipica indeterminatezza che connota l'illecito colposo, evidenziando il possibile contributo che potrebbe apportare la "codificazione" di regole cautelari. Il tema è approfonditamente trattato anche da MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in *Discrimen*, 8 maggio 2019; PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. cont.*, 2009, 1063 ss.; infine, puntuale sull'argomento anche il contributo di POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 19 settembre 2013. Per un commento, più in generale, sull'intera normativa CALETTI, *Tra "Gelli-Bianco" e "Balduzzi": un itinerario tra le riforme in tema di responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Resp. med.*, 2017, 97 ss.; GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Resp. med.*, 2013, 822 ss.

¹⁵ Cass., Sez. IV, 29.01.2013 (dep. 9.04.2013), n. 16237, 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*, 2013, 2999 ss.

¹⁶ L'origine di tale definizione si deve a PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013, 73 ss. Mentre, l'espressione "adempimenti inopportuni" che segue si deve a CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 84 ss.

¹⁷ Al riguardo, la riforma "Balduzzi" - e di conseguenza la sentenza "Cantore" - ha fatto leva, nell'assumere come parametro di valutazione circa il rispetto o meno delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, sui principi di diritto espressi con la pronuncia Cass., Sez. IV, 19.09.2012, n. 35922, in *Discrimen*, 2012 (c.d. sentenza "Ingrassia") con nota di PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari*

La Suprema Corte, in coincidenza della c.d. pronuncia “Pagano”¹⁸, ha altresì ribadito che l’esonero della responsabilità era precluso alle ipotesi di negligenza e imprudenza, e ciò in ragione del fatto che le prescrizioni contenute nelle linee guida si sostanziassero esclusivamente in regole di perizia.

Ora, gli elementi di perplessità della disciplina erano più d’uno, ma la critica di maggior pertinenza in relazione al presente contributo si riserva al ritorno dell’imperizia in un contesto normativo in cui il legislatore aveva opportunamente ommesso di richiamarla.

Con parole ancora più chiare, è noto come l’esubero dei contenziosi gravanti sui sanitari, nonché l’eccessiva intransigenza a loro riservata, abbia determinato il dilagare del fenomeno della medicina difensiva, fenomeno che arreca danno, in primo luogo, alla collettività. L’atteggiamento adottato dalla categoria medica presenta una diffusione tale da aver portato il legislatore ad intervenire con una normativa *ad hoc*. La menzionata disciplina è apparsa fin dall’immediato a dir poco ermetica ponendo in serio pericolo il soddisfacimento dell’obiettivo per cui è stata introdotta, e la giurisprudenza, a fronte di tali presupposti, pur chiarendo i limiti applicativi prescritti dalla novella, ha preferito orientarsi su un’interpretazione ancor più restrittiva dell’inedito regime, ancorando lo stesso a un ulteriore presupposto, peraltro labile, indeterminato e svincolato da parametri valutativi oggettivi e solidi, quale è l’imperizia¹⁹. Alla luce di quanto appena affermato, sono,

nella responsabilità medica, 15 aprile 2013, 429 ss., la quale aveva affermato che «l’adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina automaticamente la colpa». Principio di diritto, di per sé, condivisibile, in quanto evita che tra la condotta del medico e le EBM (*evidence-based medicine*) si instauri una sorta di automatismo tale per cui l’acritico rispetto di quest’ultime esclude a priori la responsabilità penale del sanitario in caso di eventi infausti.

¹⁸ Si tratta della prima occasione in cui la Corte di legittimità si è espressa sul neonato art. 3 del d.l. “Balduzzi”. Si cita testualmente: «Non può, pertanto, essere utilmente evocata l’applicazione delle linee guida che riguardano e contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza e di imprudenza. Né, trattandosi di colpa per negligenza ed imprudenza, può trovare applicazione il *novum* normativo di cui alla L. n. 189 del 2012, art. 3, che limita la responsabilità in caso di colpa lieve. La citata disposizione obbliga, infatti, a distinguere fra colpa lieve e colpa grave, solo limitatamente ai casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida e solo limitatamente a questi casi viene forzata la nota chiusura della giurisprudenza che non distingue fra colpa lieve e grave nell’accertamento della colpa penale. Tale norma non può, invece, involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza, perché, come sopra sottolineato, le linee guida contengono solo regole di perizia». Cass., Sez. IV, 24.01.2013, n. 11493, in *Dir. pen. proc.*, 2013, con nota di RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, 2013, 696 ss.

¹⁹ In 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, 3, l’Autore sottolinea che «in un primo momento si restringe la colpa rilevante ex art. 3 della Balduzzi alla sola imperizia. Poi viene ritagliata dall’area dell’imperizia una sua parte, che viene incollata nelle aree della negligenza e dell’imprudenza. Quindi un’interpretazione doppiamente restrittiva: prima della legge, sul termine *colpa* e poi del principio, sul termine *imperitia*. Il principio suona quindi: *culpa levis sine (stricta) imperitia non excusat*. Solo l’imperizia e non tutta l’imperizia. E l’esito altro non può essere che un’ulteriore limitazione applicativa della Balduzzi».

dunque, comprensibili le perplessità e le critiche sollevate da buona parte della dottrina²⁰.

Non a caso, le conseguenze della sentenza "Pagano" si sono dimostrate deleterie. Si è giunti a una fattuale disapplicazione dell'art. 3 del decreto "Balduzzi", poiché le Corti di merito tendevano a declinare la valutazione circa l'aderenza o meno della condotta alle linee guida ora riconoscendo come negligente una determinata condotta sanitaria, ora valutandola come imprudente, riducendo pressoché a un nulla di fatto la suddetta novella²¹.

A questo punto, appare doveroso un (relativo) *off topic*: alcuni studiosi della materia, sulla base delle ricerche empiriche e statistiche disponibili, hanno evidenziato come il numero dei procedimenti penali avviati sia in realtà coerente con la media degli altri paesi, e che solo una parte esigua di quest'ultimi si traduca in una condanna, o diviene oggetto di ricorso dinanzi alla Suprema Corte²². Senonché, sul punto, risultano inevitabili diverse

²⁰ Peraltro, l'inesorabile ritorno dell'imperizia in campo medico non poteva più giustificarsi alla luce dell'esigenza di ragionevolezza che aveva animato la giurisprudenza negli anni '70. D'altronde, a differenza di quanto accaduto nel passato, nelle sedi giudiziarie si esercitava un tale rigore nei confronti della classe sanitaria da aver spinto il legislatore ad introdurre una normativa *ad hoc* in contrasto al fenomeno della medicina difensiva. Esprime efficacemente quanto appena evidenziato MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazione intorno a una tesi*, Roma, 2021, 53, che, nel trattare la sentenza in oggetto e dopo aver osservato che l'imperizia è «un requisito assente nel testo dell'art. 3 d.l. "Balduzzi", ma talmente radicato nella tradizione della responsabilità penale del sanitario da riuscire a imporsi comunque come fattore implicito, più propriamente implicato, cioè (ritenuto) pertinente qualsiasi norma il legislatore concepisca e che esplicitamente non lo avversi» (p. 48), afferma quanto segue: «Questa volta ciò non è avvenuto soltanto sulle consuete basi di ragionevolezza, cioè per arginare la preoccupazione di accreditare un regime di privilegio per una specifica classe professionale, quanto per effetto di un argomento di pretesa natura ontologica, per cui le linee guida disporrebbero soltanto in materia di perizia».

²¹ Volendo segnalare alcuni dei tanti esempi che potrebbero rinvenirsi, si veda Cass., Sez. IV, 23.05.2014, n. 36347, in cui l'omessa diagnosi di uno pneumotorace a seguito di un incidente stradale che ha causato la morte del paziente è stata valutata come condotta imprudente dai giudici. Altro esempio: Cass., Sez. IV, 8.07.2014, n. 7346, in *Cass. pen.*, 2014, la mancata rimozione di materiale operatorio dal corpo del paziente ha portato ad una condanna di lesioni colpose perché «la responsabilità degli imputati è stata individuata nella violazione del dovere di diligenza e nel rispetto delle regole di prudenza che imponevano loro l'accurata verifica della presenza di materiali residui nel corpo del paziente, la cui violazione ha determinato le premesse dell'evento». Ancora, in altre fattispecie concrete in cui la condotta si sostanziava in anticipate dimissioni del paziente, in ritardate o errate diagnosi, o nella somministrazione di una terapia inidonea, gli organi giudicanti, anche quando l'azione o l'omissione dell'agente non si discostava dalle prescrizioni delle linee guida - che, sulla base della sentenza "Pagano", contenevano solo regole di perizia - non esitavano ad accertare nel caso di specie una colpa per imprudenza o negligenza, escludendo l'esonero della responsabilità. V. Cass., Sez. IV, 5.11.2013, n. 18430; Cass., Sez. IV, 9.01.2014, n. 10929; Cass., Sez. IV, 20.05.2014, n. 32109; Cass., Sez. IV, 8.07.2014, n. 2168. Ancora una volta, PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, cit., 1 ss.

²² BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2016; LOSAPPIO (a cura di), *Diritto e medicina: due scienze convergenti?*, cit., 15 ss.

osservazioni. In primo luogo, in buona parte delle cause sottoposte al vaglio della Corte di legittimità il reato viene dichiarato estinto per avvenuta prescrizione, pronuncia avente una portata e un significato ben diverso da un'assoluzione con formula piena. Peraltro, nella stragrande maggioranza di questi casi il Supremo Collegio si esprime sul piano sostanziale per far fronte alle esigenze risarcitorie della parte civile, raramente applicando il regime previsto dal decreto "Balduzzi" prima e dalla successiva legge "Gelli-Bianco". Proprio la scarsa operatività d'esclusione della responsabilità dimostra l'approccio interpretativo restrittivo sposato dalla giurisprudenza. Tale rigore, d'altronde, ha portato i sanitari ad adottare in maniera diffusa comportamenti di medicina difensiva, e l'esigenza di porre un argine a tale fenomeno non è ravvisabile solo dai dati empirici raccolti al riguardo²³, ma altresì dal fatto che il legislatore si sia sentito in dovere di formulare due interventi *ad hoc* ponendosi proprio tale scopo²⁴.

In secondo luogo, sarebbe superficiale e irrealistico negare che la stessa iscrizione al registro degli indagati, o il vedersi recapitato un avviso di garanzia, il costante timore di essere esposti al pericolo di una denuncia da parte dei pazienti o dei suoi familiari, la consapevolezza di dover forse trascorrere anni in sedi giudiziarie nelle vesti di imputato, già di per sé comportamenti delle conseguenze negative per un individuo, a prescindere dalla condanna. Il procedimento penale, ancorché non divenuto processo, per quanto necessario e imprescindibile, costringe già il soggetto destinatario a subire una "pena"; non a caso il diritto penale, in virtù della sua massima afflittività, è (o dovrebbe essere) uno strumento di *extrema ratio*.

Tornando al narrato giurisprudenziale, un cambio di rotta - proprio quello auspicato dai più - è parso profilarsi all'orizzonte con la sentenza "Stefanetti" e la sentenza "Manzo"²⁵. In entrambe non è stato escluso che le linee guida potessero prescrivere anche regole di diligenza. Senonché, la seconda pronuncia citata - che ha assolto ex art. 3 l. "Balduzzi" il medico che ave-

²³ V. la ricerca empirica effettuata da FORTI, CATINO, D'ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 17 ss.

²⁴ La medesima riflessione è stata oggetto di una circolare del Procuratore capo di Roma, davvero apprezzabile, diffusa il 2 ottobre 2017 ed esplicita nella *relazione di sintesi* di Mazzacava - contenuta in LOSAPPIO (a cura di), *Diritto e medicina: due scienze convergenti?*, cit., 145 ss. - il quale ha richiamato l'attenzione sulle modalità di iscrizione nel registro degli indagati, spesso effettuate solo allo scopo di agevolare le attività investigative e in mancanza della premura necessaria nei confronti dell'indagato, che deve risultare tale solo a fronte di «specifici elementi indiziari» (Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, *Osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato*, Roma, 2 ottobre 2017).

²⁵ Rispettivamente Cass., Sez. IV, 09.10.2014 (dep. 17.11.2014), n. 47289, in *Dir. pen. proc.*, 2015, con commento di CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia l'orizzonte applicativo della legge Balduzzi*, 2015, 1147 ss., nonché ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, I, 231 ss., e Cass., Sez. IV, 19.01.2015 (dep. 06.03.2015), n. 9923, in *Dir. pen. cont.*, 2015, con commento di PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, cit.

va omesso di sottoporre a ecocardiogramma un paziente che presentava i sintomi di una miocardite, poi deceduto proprio a causa di quest'ultima – si è limitata a ritenere applicabile la disciplina di favore in un caso di omesso approfondimento diagnostico, fino a quel momento condotta qualificata come negligente, assolvendo poi il sanitario per l'accertata aderenza alle linee guida e specificando che in ogni caso la sua omissione non poteva ritenersi integrante una colpa di grado grave. In breve, non ha ravvisato alcuna forma di colpa evitando, così, di doversi districare tra le varie tipologie della stessa. La sentenza “Stefanetti”, invece, si è spinta oltre, sostenendo esplicitamente che l'art. 3 del decreto “Balduzzi” fosse riferibile anche a ipotesi di negligenza²⁶.

Ad ogni modo, con le pronunce appena citate la Corte Suprema ha manifestato un'apertura nei confronti di una potenziale applicazione della disciplina in ipotesi fino ad allora qualificate come negligenti o imprudenti, alimentando gli auspici di coloro che per primi avevano evidenziato le difficoltà e le incongruenze sorte con la decisione “Pagano”.

Se con le suddette sentenze il limite dell'imperizia ha (appena) vacillato, con la c.d. sentenza “Denegri” esso sembrava ormai prossimo a un suo progressivo superamento²⁷. Difatti, con tale provvedimento la quarta Sezione ha evidenziato come le linee guida contenessero anche regole di diligenza, e che pertanto fosse rilevante in sede giurisdizionale non tanto ricondurre la condotta a una determinata tipologia di colpa generica, quanto verificarne la conformità o meno alle raccomandazioni previste, prestando attenzione prestando altresì attenzione alle circostanze in cui tale condotta è stata esercitata. Inoltre – e il punto è di fondamentale importanza ai fini della presente trattazione – sull'imperizia, il Collegio si è espresso in questi termini: «allo stato della elaborazione scientifica e giurisprudenziale, neppure la distinzione tra colpa per imprudenza (tradizionalmente qualificata da una condotta attiva, inosservante di cautele ritenute doverose) e colpa per imperizia (riguardante il comportamento, attivo od omissivo, che si ponga in contrasto con le *leges artis*) offre uno strumento euristico conferente, al fine di delimitare l'ambito di operatività della novella sulla responsabilità sanitaria; ciò in quanto si registra una intrinseca opinabilità, nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in ter-

²⁶ Più nel dettaglio, la IV Sezione, nel richiamare l'attenzione sul contenuto della sentenza “Cantore”, si è espressa in questo senso: «Si è ritenuto in tale pronuncia che tale disciplina, trovi il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia. Occorre qui aggiungere che non può tuttavia escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza; come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale». Cass., Sez. IV, 09.10.2014, n. 47289, cit.

²⁷ Cass., Sez. IV, 11.05.2016 (dep. 6.06.2016), n. 23283, in *Dir. pen. cont.*, 2015, con commento di CUPPELLI, *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.

mini tassativi, ontologiche diversità, nelle regole di cautela». L'orientamento espresso in tale sede avrebbe significato un importante passo avanti verso il compimento di quanto promesso dal legislatore col decreto "Balduzzi", ancorando la responsabilità penale del sanitario a un parametro oggettivo (le linee guida) ma non di certo "meccanico" (essendo comunque richiesto che il medico valuti secondo le specificità del caso l'opportunità o meno del rispetto di una data raccomandazione), e punendo con la pena prevista dagli artt. 589 e 590 c.p. solo quegli errori inescusabili, inconciliabili con le minime e basilari cognizioni e competenze tecniche che si richiedono ad un sanitario nell'esercizio della professione.

D'altronde, l'imperizia è da sempre – come si avrà modo di argomentare – un concetto a cui, in virtù del suo richiamo da parte dell'art. 43 c.p., è stato attribuito una finalità più descrittiva che prescrittiva, e in cui pertanto manca una letteratura e un confronto scientifico finalizzato a definirla in un'ottica applicativa e con sufficiente determinatezza. È, dunque, evidente come fosse disagevole presupporre all'applicazione di un regime di favore come quello prescritto all'art. 3 del decreto "Balduzzi" la verifica di una condotta necessariamente imperita.

2.3. Dalla sentenza "Denegri" alla Legge Gelli Bianco.

I risultati raggiunti con la pronuncia "Denegri" hanno avuto breve durata. Infatti, solo cinque anni dopo l'emanazione del decreto "Balduzzi" il legislatore ha deciso di intervenire con un'ulteriore modifica del regime di responsabilità medica: la c.d. legge "Gelli-Bianco"²⁸. La novella ha introdotto l'art. 590-*sexies* nel codice penale, che recita «Se i fatti di cui agli articoli 589 e

²⁸ L'art. 1 della riforma sancisce che «la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività.

La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale». Sul tema relativo alla sicurezza delle cure, nonché sui lavori preparatori che hanno anticipato la modifica in esame CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 344 ss.

Una prima differenza importante rispetto alla riforma "Balduzzi" si sostanzia nella scelta sistematica di intervenire con una riforma diretta a modificare il dettato del codice, introducendo l'art. 590-*sexies* c.p. Peraltro, la disposizione limita il suo ambito applicativo ai reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. AMATO, *Approvazione della legge Gelli-Bianco*, in *Responsabilità sanitaria e risk management*, a cura di MAUTONE, Milano, 2020, p. 397 ss.

590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria²⁹, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma³⁰.

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».

Un dato differenziale su tutti, rispetto alla riforma "Balduzzi", risulta di immediata intuizione: il riferimento alla colpa lieve è scomparso per lasciare il posto al richiamo dell'imperizia.

Ora, è importante premettere che il limite dell'imperizia non è mai tramontato, nonostante una norma di legge che non facesse alcun riferimento ad esso, per un motivo ben preciso. Fin dai tempi in cui l'art. 2236 c.c. aveva goduto di una diretta applicazione nell'ambito penale, si era posto il problema di non sfociare nell'estremo opposto rispetto alla giusta tutela della professione del sanitario, creando un regime di responsabilità eccessivamente e irragionevolmente favorevole per una determinata categoria di soggetti. Proprio il concetto di perizia, come è stato sottolineato in precedenza, era stato rispolverato dalla dottrina al fine di porre un freno a quella sorta di immunità di fatto che sembrava garantita dalla giurisprudenza fino alla seconda metà degli anni '70. Visto lo stato dell'arte di allora, le perplessità che erano state avanzate dalla dottrina potevano reputarsi ragionevoli³¹.

Tornando ad oggi, le negative conseguenze scaturite dalla sentenza "Paganò" si erano già ampiamente dispiegate, frustrando la *ratio* in origine perseguita, tanto che la Corte Suprema era giunta a modificare l'orientamento espresso fino a quel momento. Nonostante quanto appena osservato, il legislatore, nell'ignorare i moniti della pronuncia "Denegri", ha introdotto una nuova disciplina che, a differenza della novella del 2012, contiene un esplicito riferimento all'imperizia. Questo dato letterale ha, inevitabilmente, costretto l'interprete a fare i conti con tale presupposto.

²⁹ Per un approfondimento circa la scelta (opportuna) di riferirsi all'ampia categoria degli esercenti la professione sanitaria fin dal decreto "Balduzzi" MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 41; CAPUTO, *La qualifica di esercente una professione sanitaria dopo le recenti riforme: profili penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1363, il quale affronta anche le relative perplessità inerenti all'esercizio abusivo della professione.

³⁰ Premesso che l'animo della riforma risiede nel comma due dell'art. 590-sexies c.p., per quanto riguarda il primo comma è stato osservato che «rimane avvolto nel mistero, dato che ribadisce un'incriminazione per omicidio colposo senza inserire alcun carattere di specialità né in termini di precetto né in termini di sanzione». ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civile e prov.*, 2017, 4168, nota 11.

³¹ DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli - Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 397, la quale già in sede di lettura del d.d.l. auspicava «un ravvedimento legislativo, che elimini il richiamo all'imperizia».

I punti d'ombra relativi all'art. 590-sexies c.p. non sono pochi e l'imperizia è solo uno di questi³². Essi sono stati evidenziati sia in dottrina che in giurisprudenza fin dalla sua emanazione, tanto che in tempi rapidissimi la questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite.

La nota sentenza "Mariotti"³³ ha tentato di fornire dei principi di diritto "intermedi" tra le precedenti e contrapposte pronunce "Tarabori" e "Cavazza"³⁴,

³² Anche in tale occasione il richiamo alle linee guida ha originato dubbi interpretativi di non semplice definizione. La legge "Gelli-Bianco", difatti, ha ancor più enfatizzato la loro funzione e ha, altresì, procedimentalizzato ai sensi dell'art. 5 della novella la loro introduzione nel Sistema Nazionale delle Linee Guida, prevedendo che possono rilevare ai sensi dell'art. 590 sexies c.p. solo le linee guida accreditate in virtù della presente riforma e che, nel caso in cui non siano disponibili, il sanitario dovrà fare riferimento alle buone pratiche clinico - assistenziali. In argomento, diffusamente CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 363 ss. Importante sottolineare che, fin dall'introduzione del decreto "Balduzzi", la giurisprudenza è stata granitica nell'avvertire che le linee guida hanno «contenuto orientativo, esprimono raccomandazioni» e «non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti; e, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico». (Cass., Sez. IV, 20.04.2017, n. 28187, cit.). Non è questo lo spazio in cui approfondire tale delicata tematica, basti notare come la dottrina abbia più volte manifestato perplessità circa la loro qualificazione giuridica e il pericolo che quest'ultime possano violare la libertà terapeutica. Inoltre, non si può far a meno di notare che i tempi di accreditamento e di aggiornamento delle EMB non riescono a sostenere i ritmi delle evoluzioni scientifiche proprie dell'ambito sanitario, tanto che, non solo ne risultano disponibili un numero veramente esiguo, ma vi è il rischio di cagionare l'effetto opposto a quello voluto, favorendo situazioni in cui il medico, pur di non incorrere in sanzioni penali, si attenga alle linee guida nonostante sia consapevole di nuove evoluzioni scientifiche non ancora "standardizzate". Per un approfondimento sul tema v. CALETTI, *La Cassazione alle prese con il "post-Mariotti": precisazioni "metodologiche" in tema di prova scientifica, linee guida e apprezzamento della responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2019, 289; ss.; CALETTI, CAVICCHI, SCORRETTI, VENTRE, ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida. riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, Udine, 2017; CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2017; ID., *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 203 ss., che, all'indomani della travagliata introduzione della legge "Gelli-Bianco", ha sottolineato le perplessità e le opportunità dell'inedito regime relative alle *guidelines*, le quali in ogni caso lascerebbero al giudicante un ampio ventaglio di discrezionalità. Sul tema, diffusamente, anche DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"*, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2018, 11, il quale, tra l'altro, ritiene che «le distorsioni della medicina difensiva derivano *in primis* dall'incertezza dell'operatore sanitario circa l'opportunità/doverosità delle prestazioni da eseguire, un contributo di chiarezza per l'operatore, non solo della sanità, ma anche del diritto, in quest'ottica, sembra poter essere fornito non tanto dallo spostamento del contenzioso dal piano penalistico a quello civilistico, quanto dal diffondersi delle linee guida».

Più in generale, sul tema della libertà terapeutica GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 1998, 667 ss.

³³ Cass., S.U., 21.12.2017, n. 8770, cit.

³⁴ Rispettivamente Cass., Sez. IV, 20.04.2017 (dep. 17.06.2017), n. 28187, in *Dir. pen. cont.*, 2017 con commento di CAPUTO, *Promossa con riserva. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cas-*

le quali proponevano rispettivamente un'interpretazione costituzionalmente conforme e un'interpretazione fortemente ancorata al dato letterale. Difatti, con la prima decisione citata la IV Sezione del Supremo Collegio ha sposato una soluzione ermeneutica dichiaratamente svincolata dalla lettera della norma, al fine di salvaguardare la legittimità costituzionale della riforma, rilevando come nella valutazione di casi di *malpractice* medica non potesse farsi a meno di riportare l'esonero della responsabilità al grado della colpa, essendo giuridicamente inaccettabile, anche per la tutela di quanto sancito all'art. 32 Cost., escludere la punibilità di errori grossolani e dettati dal mancato rispetto delle regole basilari proprie della professione sanitaria. In tal modo è però giunta a riconoscere nell'inedita disposizione non una vera e propria causa di esclusione della punibilità, bensì la semplice pretesa dell'imputato «a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione», sminuendo ovviamente la portata applicativa della novella³⁵.

La sentenza "Cavazza", invece, si è espressa in termini più strettamente aderenti al dato letterale, sottolineando che il secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. «prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso) nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il

sazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi, 2017, 724 ss. Al riguardo ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, cit., riserva alla novella una riflessione fortemente critica, esprimendosi, tra l'altro, in questi termini in merito al ragionamento interpretativo della IV Sezione penale: «La lettura che la Cassazione ha offerto della riforma, difatti, si spinge sì a sciogliere rebus, e a ricomporre quadri di senso, ma soltanto per il tramite di un procedere spiccatamente abduttivo, se non anche (e persino) circolare. E pure se circolare, il ragionamento non pare nemmeno esente da contraddizioni interne» (p. 4178); e Cass., Sez. IV, 19.10.2017 (dep. 31.10.2017), n. 50078, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con commento di 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, e di PIRAS, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis*, sempre in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2017.

³⁵ La sentenza Tarabori non si è certo risparmiata nel criticare la novella, addirittura rinvenendo in essa «un'incompatibilità logica» e definendola alla stregua di un vero e proprio dilemma interpretativo. Non a caso, la pronuncia della IV Sezione ha analizzato il secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. procedendo per esclusione, ossia evidenziando le ipotesi in cui la disposizione non avrebbe potuto trovare applicazione. Nel qualificare quest'ultima non come una causa di non punibilità, bensì come una «regola di parametrizzazione» della colpa per imperizia, ha di fatto svilito l'obiettivo deflattivo della disposizione, e in qualche modo sembra riconoscerlo nel passaggio in cui ha richiamato l'importanza di un recupero dell'applicabilità penale dell'art. 2236 c.c. in materia di *malpractice* medica. 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.*, 3, 2018. In argomento, sulle sentenze "Tarabori" e "Cavazza", anche BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2017.

rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse»³⁶.

Come anticipato, in tempi rapidissimi è intervenuta la Suprema Corte nella sua composizione più autorevole. Le Sezioni Unite, chiarendo altresì i dubbi di tenore intertemporale che erano stati posti da più parti³⁷, hanno circoscritto l'ambito applicativo del secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. – qualificato in questa sede come causa di non punibilità – alle ipotesi in cui un sanitario nel commettere un errore nell'esecuzione delle linee guida o delle buone pratiche clinico-assistenziali³⁸, versa in colpa lieve. I principi di diritto enunciati si

³⁶ Cass., Sez. IV, 19.10.2017, n. 50078, cit.

³⁷ Al riguardo, la sentenza Tarabori ha ritenuto il regime previsto dal decreto “Balduzzi” più favorevole rispetto a quello di recente introduzione, mentre, la sentenza Cavazza, valorizzando un'interpretazione letterale, ha osservato come l'art. 590-sexies c.p. fosse applicabile anche agli eventi verificatisi prima della sua introduzione. Le S.U. hanno, al contrario, evidenziato come, essendo la normativa non più in vigore efficace anche per ipotesi di negligenza e imprudenza, nonché per i casi di errore diagnostico, si dovesse continuare ad applicare per le fattispecie concrete antecedenti alla legge “Gelli-Bianco”. Da tale principio di diritto si desume, peraltro, che gli intenti deflativi perseguiti con la riforma risultassero già di dubbia riuscita, così come evidenziato anche da 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, p. 25 ss.

³⁸ Il presupposto del grado della colpa, concordemente con quanto già espresso nella sentenza “Tarabori”, è fatto salvo dalle Sezioni Unite in quanto considerato intrinseco alla condotta di colui che si attiene alle linee guida, e necessario al fine di fornire un orientamento costituzionalmente conforme. In argomento Di LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida*, cit., 5 ss., il quale analizza il *dictum* della Corte prendendo in esame i lavori preparatori che hanno anticipato la legge “Gelli-Bianco”; MEZZETTI, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'ultra legem a quella dell'ante litteram*, in *Pen. dir. e proc.*, 10 dicembre 2020. La pronuncia specifica che il medico incorrerà in una sanzione penale nei seguenti casi:

«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 risulta regolato dalle 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». (Cass., S.U., 21.12.2017, n. 8770, cit., con commento di 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 fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit.; CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2018, 345 ss.; 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.*, 2017; RISICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia “lieve” del medico*, in *Giur. it.*, 2018, 948 ss.; ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018, 2 ss.).

Altro principio di diritto particolarmente significativo espresso da questa importante pronuncia è relativo alla scelta di limitare l'applicazione della causa di non punibilità all'errore verificatosi nell'esecuzione delle linee guida. Il tema meriterebbe ampio spazio, in quanto complesso e denotato da diversi aspetti critici, ma il primo elemento che desta perplessità è l'esclusione

sono collocati in una posizione di equilibrio rispetto alle pronunce che hanno preceduto la sentenza “Mariotti”, ma il risultato raggiunto dalla Corte è stato oggetto di critiche da parte della dottrina, complici anche le preoccupanti premesse che si erano poste fin dall’emanazione della novella. Peraltro, essa non ha mancato di rievocare quell’orientamento che vede nell’art. 2236 c.c. una regola di esperienza a cui il giudicante può fare affidamento, svelando così la scarsa considerazione applicativa serbata nei confronti della riforma³⁹.

Inevitabilmente, stante l’ineludibilità del requisito dell’imperizia – in quanto direttamente menzionato dalla disposizione – il Supremo Collegio si è trovato costretto a sottolineare come la sua applicazione sia vincolata ad una valutazione circa la tipologia di regola cautelare violata nel caso di specie. Il tema sarà approfondito a breve, ma è importante evidenziare che i giudicanti non di rado evitano di entrare nel merito del rispetto delle linee guida o del grado della colpa, limitandosi ad escludere la sussistenza di un’ipotesi di imperizia nella fattispecie concreta. Inoltre, anche quando il giudicante supera il limite citato, spesso cade nell’errore di assumere a parametro della condotta colposa contestata non *l’homo eiusdem condicionis et professionis*, ma un

applicativa dalla novella del c.d. errore diagnostico, e ciò in ragione di un’interpretazione letterale del concetto “rispetto delle linee guida”. Senonché, visto che la *ratio* sottesa alla riforma è di tipo deflattivo, non si comprende il motivo di tale lacuna. D’altronde, è innegabile come la diagnosi e la scelta della terapia siano attività imprescindibili della professione medica, e tra le più complesse da fronteggiare, senza contare che le linee guida presentano perlopiù prescrizioni di natura diagnostica, così come sottolineano anche OLIVA, CAPUTO, *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo medico*, Torino, 2021, 388 ss. A tal proposito si segnala che parte della dottrina sostiene come tale grave esclusione potrebbe essere colmata da un’operatività in chiave penale dell’ormai noto art. 2236 c.c.: MERLI, *Brevi note sul ruolo dell’art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari e sul rapporto tra il nuovo art. 590-bis c.p. e la disposizione civilistica*, in *Cass. pen.*, 11, 2019, 4132 ss.; VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un’interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell’art. 590-sexies c.p.*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017, 24 ss. Altri autorevoli Autori suggeriscono di interpretare in maniera più flessibile il termine “rispettare”, ricomprendendo in tale novero applicativo anche i sanitari che, pur essendosi discostati lievemente dalle raccomandazioni, si siano comunque ispirate a quest’ultime. CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1369 ss. Sposa, al contrario, un’interpretazione maggiormente fedele al dato letterale, in senso conforme alla sentenza “Mariotti”, DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa*, cit., 5 ss.

³⁹ In CAPUTO, *Il parere del penalista le ‘sabbie mobili’ dell’imperizia e la ‘viscosità’ dell’art. 590-sexies c.p. Considerazioni de lege lata e de lege ferenda*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2019, 395 ss., l’Autore riflette su come la disposizione civilistica possa, anche in questo caso, soccorrere il giudice nel colmare le lacune normative determinate dal legislatore, offrendo una copertura alle ipotesi di negligenza e imprudenza connotate da colpa lieve. Aggiunge altresì che tali condotte potrebbero essere integrate da quelle attività che richiedono competenze non tecniche, richiamando «gli artt. 3 e 19 del Codice di deontologia medica, che espressamente sottolinea il valore delle “abilità non tecniche connesse alla pratica professionale” e delle “conoscenze e competenze professionali non tecniche”»

modello di professionista superiore, dotato delle migliori competenze e conoscenze⁴⁰.

D'altronde, non è un caso che le Sezioni Unite, peraltro senza spingersi a fornire una definizione di imperizia, abbiano valutato la condotta dell'agente nel caso di specie come un'ipotesi di negligenza, pur essendo stato osservato in dottrina che si trattava di «un caso d'imperizia, a prescindere dalla condotta difensiva. Si assume che l'imputato, neurochirurgo, avesse diagnosticato con ritardo di diversi giorni una sindrome della *cauda equina*, cioè la perdita acuta della funzione del plesso lombare. Si chiama *cauda equina* perché l'innervazione del plesso lombare ricorda la coda del cavallo. La sindrome si manifesta con disturbi sensitivi e motori dal plesso lombare a valle di esso fino agli arti inferiori. Ebbene la valutazione di questi sintomi richiede perizia e anche specialistica, neurologica o neurochirurgica. L'errata valutazione è quindi imperizia»⁴¹.

Come si avrà modo di argomentare, la soluzione più agevole – nonché quella più aderente alla tradizione giuridica – sembra identificarsi nella considerazione secondo cui il presupposto dell'imperizia altro non sarebbe che l'altra faccia della medaglia della negligenza e dell'imprudenza, individuando il discrimine tra le forme di colpa generica esclusivamente sulla base del contesto di riferimento.

2.4. Uno sguardo alla giurisprudenza più recente.

La sentenza “Mariotti” ha, inevitabilmente, lasciato insoluti diversi dubbi interpretativi postisi a seguito dell'introduzione della legge “Gelli-Bianco”, tanto che la dottrina si è domandata, fin dall'indomani del deposito delle motivazioni, quali risvolti avrebbero determinato i principi di diritto statuiti dalle Sezioni Unite. Quest'ultime hanno, quindi, lasciato alla giurisprudenza

⁴⁰ Senza considerare che questi sono solo alcuni degli ostacoli che si presentano in un caso di *malpractice* medica. Si pensi alle innumerevoli difficoltà che scaturiscono dal sistema delle linee guida accreditate o, ancora, al deleterio meccanismo del c.d. “senno di poi”, che troppo spesso è occultamente alla base dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità, alle perplessità connesse all'applicazione del principio di affidamento per il lavoro d'*équipe* in ambito sanitario o, in ultimo, alle difficoltà di accertamento che si aggiungono in ipotesi di causalità omissiva: CANESTRARI, GIUNTA, GUERRINI PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009; CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit.; MATTHEUDAKIS, *Causalità omissiva e presunzione di correttezza del comportamento altrui in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2016, 773 ss.; *Id.*, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella “stagione delle riforme”*, cit., 1220 ss.; *Id.*, *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 65 ss.; MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico*, cit.

⁴¹ L'Autore – Sostituto procuratore di Sassari nonché esperto studioso della materia – fa riferimento al comportamento della difesa dell'imputato perché la Corte di legittimità, inspiegabilmente, ha giustificato la qualificazione della condotta come negligente «anche per mancanza di specifiche contestazioni sul punto da parte dell'interessato». PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità per il medico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2018, 8 ss.

successiva l'arduo compito di confrontarsi con la normativa introdotta dal legislatore⁴².

In primo luogo, si segnala la sentenza n. 37794 del 2018, con cui il Supremo Collegio, annullando con rinvio la pronuncia di condanna per lesioni colpose comminata a un medico del Pronto Soccorso, ha specificato che l'onere motivazionale del giudice deve necessariamente accertare se nel caso di specie sussista una colpa generica o specifica e se si tratti di un'ipotesi di negligenza, imprudenza ovvero imperizia⁴³.

Una delle primissime (e rare) applicazioni del secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. è stata disposta dal Tribunale di Parma con la sentenza depositata in data 4 marzo 2019, n. 1584, in cui un medico del Pronto Soccorso ha assunto le vesti di imputato a causa di una mancata tempestiva diagnosi di *ictus* ischemico, che lo ha portato ad essere accusato di lesioni colpose gravissime. Nel caso specifico, la persona offesa, a seguito di uno svenimento, veniva trasportata in P.S. Dopo numerosi accertamenti (una TAC all'encefalo che non rilevava sintomi di patologie ischemiche, il parere di un neurologo e quello di un endocrinologo) finalizzati ad escludere l'ipotesi di una sclerosi multipla o patologie di tipo cardiologico, e a un ricovero finalizzato all'osservazione del paziente, finalmente una seconda TAC svelava la patologia ischemica in corso. Senonché, il giorno seguente la donna entrava in coma e, solo dopo venti giorni trascorsi nel reparto di rianimazione e una settimana allettata nel reparto di neurochirurgia, poteva iniziare le lunghe cure riabilitative per le gravi difficoltà deambulatorie e alla favella subite.

Volendo segnalare solo gli aspetti della pronuncia salienti ai fini della presente trattazione⁴⁴, deve rilevarsi come il giudicante, nel trattare il tema inerente alla tipologia di colpa generica sussistente nel caso di specie, abbia opportunamente evidenziato che «l'erronea valutazione del sintomo e la conseguente omessa o ritardata diagnosi è da ascrivere all'imperizia per inosservanza delle *leges artis*». Nonostante tali parole non dovrebbero destare stupore, è da osservare come all'organo decidente vada riconosciuto il merito di aver correttamente collocato il fatto in esame nell'alveo della colpa per imperizia, quando prima di allora fattispecie concrete simili erano, al contrario, ricondotte alla sfera della negligenza o dell'imprudenza. Ad esempio,

⁴² Per una disamina critica della giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite GIRANI, *Uno sguardo alla giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità penale del sanitario a quasi un anno dalla pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Resp. med.*, 2018, 438 ss.

⁴³ Cass., Sez. IV, 22.06.2018, n. 47794, in *CED*, 2018. In tale occasione, la Corte di legittimità ha, inoltre, sottolineato l'importanza di una motivazione scrupolosa anche in merito al rispetto o meno delle linee guida nel caso concreto. Il *dictum* del Collegio è stato confermato successivamente con la sentenza n. 49884/2018, (c.d. sentenza "Pinto") e dalla c.d. pronuncia "Bonaiuto", la n. 412 del 2019. V. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2019.

⁴⁴ Per un commento più approfondito della sentenza in oggetto v. 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.

si pensi al caso di prematura dimissione del paziente. Esso era qualificato come un'ipotesi di condotta imprudente, in quanto veniva identificata in un'azione avventata; invero, ipotesi di tal tipo presuppongono, a monte, un'errata valutazione del quadro diagnostico, sintomatica di una violazione di regole cautelari di natura tecnica⁴⁵.

Andando oltre, si premette che i numerosi e puntuali contributi che la letteratura giuridica offre sulle sentenze di spicco “*post Mariotti*” esime la presente trattazione dal fornire un'approfondita ricognizione al riguardo; ma per ciò che concerne il tema in oggetto, incentrato sul presupposto dell'imperizia, si ritiene utile ed opportuna una lettura critica di alcuni fondamentali passaggi della sentenza n. 15258 del 2020 della Corte di legittimità, in quanto assai recente e ricca di spunti di riflessione⁴⁶.

Il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte ha visto nelle vesti di imputati un radiologo e un medico del Pronto Soccorso condannati in primo e secondo grado a un anno di reclusione per il reato di cui all'art. 589 c.p., poiché ritenuti colpevoli della morte di una paziente deceduta a causa di un'emorragia subaracnoidea. I due sanitari sono stati accusati di aver sottovalutato i sintomi e gli esami diagnostici a cui era stata sottoposta la vittima in seguito ai due accessi effettuati al P.S. a distanza di pochi giorni, non essendosi accorti dell'emorragia *sub* aracnoidea in corso e avendo omesso l'esecuzione di un'angio-TAC così come prescritto dalle linee guida. La Corte d'Appello aveva ritenuto la condotta del sanitario per un verso negligente e per un verso imperita, in ogni caso apprezzando nella fattispecie concreta un'ipotesi di colpa grave. Alla luce dei motivi di doglianza posti a fondamento del ricorso, la Corte ha modo di ripercorrere la giurisprudenza consolidatosi in materia a seguito della sentenza “*Mariotti*”, non mancando di sottolineare il ruolo insidioso svolto dall'imperizia. Difatti il Supremo Collegio, nell'annullare senza rinvio la sentenza impugnata, ha ribadito i principi di diritto sanciti dalle Sezioni Unite, soffermandosi sulle difficoltà ermeneutiche proprie della colpa generica e delle sue sottocategorie.

⁴⁵ V. Cass., Sez. III, 04.12.2013, n. 5460, in *CED*. Ancora, si faccia riferimento alla categoria casistica dell'omesso approfondimento diagnostico. Secondo l'orientamento manifestato dai giudicanti, si tratterebbe di un'ipotesi di negligenza, in ragione della condotta omissiva e noncurante perpetrata dal sanitario (v. Cass., Sez. IV, 26.05.2014, n. 36347, in *CED*; Cass., Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430, in *CED*). In realtà, si ritiene che anche casi di questo tipo dovrebbero essere ricondotti alla sfera dell'imperizia. D'altronde, la valutazione del quadro clinico di un paziente non risponde di certo a regole di comune esperienza, bensì di natura professionale. A tal riguardo, in *PIRAS*, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit. L'Autore, nel corroborare la portata limitante del principio forgiato dall'orientamento della giurisprudenza e qui intuitivamente definito con la formula «*culpa levis sine (stricta) imperitia non excusat*», ripercorre diversi casi giudiziari sottoposti all'attenzione della Suprema Corte in cui la condotta del sanitario è stata qualificata ora come negligente, ora come imprudente, pur presentando i connotati propri dell'imperizia.

⁴⁶ Cass., Sez. IV, 11.02.2020, n. 15258, in *CED*, 2020, oggetto di trattazione in *PALAZZO*, *La colpa medica: un work in progress*, in *Giustizia insieme*, 2020, il quale condivide il risultato ermeneutico complessivamente ottenuto.

La Corte, preliminarmente segnalando che la formula normativa impone di attribuire un rilievo autonomo al concetto di perizia, nel tentare di fornire una sua definizione, ha ritenuto che essa si rispecchia in un «connotato di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni del contesto; l'agire dei professionisti, e quindi anche dei sanitari, propone in via elettiva errori determinati da imperizia, sicché l'eventuale negligenza o imprudenza deve essere accertata specificamente, in base a pertinenti dati fattuali che ne attestano la ricorrenza»⁴⁷. Da tale premessa il Collegio ha evidenziato che:

- l'imperizia è tipica degli ambiti professionali e rispecchia un grado di difficoltà maggiore rispetto alle regole cautelari proprie di ogni soggetto comune;
- l'attività sanitaria, in quanto attività professionale, si presta ad essere valutata in primo luogo in termini di imperizia, ma questo non esclude che l'errore possa essere stato dettato da negligenza o imprudenza. Il giudice ha l'onere di isolare la condotta oggetto di giudizio e di effettuare una valutazione in tal senso sulla base delle precise circostanze del fatto, in particolare prestando attenzione alla causa che ha dato origine all'errore.

Su questa falsariga, ad esempio, un medico che abbia somministrato una posologia farmacologica errata per disattenzione verserebbe in un'ipotesi di negligenza. Si tratterà, al contrario, di una condotta imprudente qualora l'errore sia cagionato dalla mancata competenza specialistica del sanitario, che comunque si è assunto il rischio di cimentarsi in un settore in cui era impreparato⁴⁸.

Il Supremo Collegio nell'espone il suo ragionamento interpretativo si è avvalso della seguente esemplificazione: «un medico praticando l'epidurale penetra la cute in un punto diverso da quello prescritto dalle *leges artis*; egli risponderà per imperizia se aveva le cognizioni richieste dall'atto medico in merito al punto esatto nel quale introdurre l'ago; risponderà per imperizia se non ha le competenze esecutive richieste dalle *leges artis* (non sa tenere fermo l'ago nell'atto di infiggerlo); risponderà per negligenza se erra nella

⁴⁷ Cass., Sez. IV, 11.02.2020, n. 15258, cit.

⁴⁸ L'esempio è stato estrapolato da MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p.*, cit., p. 19. L'Autrice, nell'espone l'orientamento citato che individua il *discrimen* tra le tre forme di colpa generica nella causa che ha dato origine all'errore, ha opportunamente osservato che «più gli esempi si moltiplicano, più l'impressione è quella di avventurarsi in ingestibili bizantinismi classificatori: non potrebbe, per esempio, ritenersi che anche il medico che non sterilizzi adeguatamente gli strumenti operatori o lo psichiatra che usi per l'elettroshock un lettino sprovvisto di protezioni laterali stia violando delle regole tecniche e che, dunque, la sua condotta debba qualificarsi come imperita?» Tale passaggio viene richiamato anche da MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 126 ss., per sottolineare il fallimento di coloro che hanno tentato di distinguere nettamente le tre forme di colpa generica. L'Autore, peraltro, insieme a CALETTI, aveva già ampiamente sottolineato l'opportunità di identificare l'imperizia come una forma qualificata di negligenza e d'imprudenza in *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit., 32 ss. (v. nota 32).

esecuzione dell'atto perché distolto dalla conversazione con il suo assistente (ma sempre che non vi sia norma tecnica che impone di tenere costantemente sotto osservazione il campo operatorio mentre si introduce l'ago)». Tale "apertura" all'imprudenza e alla negligenza rischia di vanificare quanto affermato in precedenza dalla Corte in ordine all'imperizia. Il risultato di questo orientamento è, infatti, quello di generare un'inutile complicazione in sede di accertamento, chiedendo al giudicante di addentrarsi nell'apprezzamento della causa psichica che ha cagionato l'errore: il sanitario ha adottato una condotta colposa per incompetenza tecnica, perché distratto da pensieri personali, o perché impaziente di terminare il proprio turno? A tal riguardo, si ritiene che una valutazione di tal tipo prescinda e si allontani dal vero elemento caratterizzante l'imperizia: la violazione di regole di natura professionale. Senza contare che un apprezzamento della causa psichica dell'errore è più facile a chiedersi che a farsi. Certo, la Corte ha osservato altresì che in caso di dubbio debba prevalere una valutazione in favore di una condotta imperita e quindi del regime più favorevole all'imputato ma, anche alla luce della giurisprudenza passata, appare evidente come lasciare nell'alveo del libero apprezzamento del giudicante una valutazione di questo tipo non possa che alimentare la tendenza ad escludere l'applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p.

La pronuncia in esame offre un terreno fertile entro cui piantare le basi introduttive delle riflessioni che seguiranno. In primo luogo, deve osservarsi come, nonostante le (non tanto) tacite rimostranze riservate al presupposto dell'imperizia per via della sua indeterminatezza, anche in questa occasione la Corte di legittimità abbia sottolineato la necessità di identificare dei tratti distintivi al fine di individuare una condotta imperita. Il Collegio, però, ha altresì espresso un'avvertenza per nulla scontata: l'attività sanitaria si presta in prima battuta ad essere valutata in termini di imperizia.

Percorrendo una strada diversa, la Suprema Corte giunge, in un certo senso, a conclusioni simili, seppur non identiche, a quelle che si esporranno a breve: l'*habitat* naturale dell'attività professionale del medico, in quanto tale, risiede nel campo della perizia.

In ultimo, per quanto non strettamente correlata al tema in oggetto, merita menzione anche la sentenza della Corte di legittimità n. 18347 del 29 aprile 2021, con cui il Collegio, dopo aver dichiarato maturato il termine di prescrizione, ha annullato senza rinvio la condanna confermata dalla Corte d'Appello di Roma avverso due medici chirurghi accusati del reato di cui all'art. 590 co. 1 e 2 c.p. La sentenza in esame ha condivisibilmente evidenziato «che si può parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, rispetto al parametro dato dal complesso delle raccomandazioni contenute nelle linee guida di riferimento, quando cioè il gesto tecnico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle condizioni del paziente; e quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare

lieve». Peraltro, la Corte ha esplicito alcuni parametri – da apprezzarsi nel loro complesso – sulla base dei quali valutare il grado colposo della condotta, facendo altresì riferimento alle condizioni proprie dell'agente, interpretazione opportuna in quanto non lascia dietro le quinte la dimensione soggettiva della colpa, come purtroppo spesso accade⁴⁹. Infine, ha aggiunto che il giudice ha un onere motivazionale che gli impone di identificare specificatamente la linea guida o la buona pratica clinica – assistenziale relativa al caso di specie⁵⁰.

La pronuncia, apprezzabile sotto più punti di vista, è di particolare interesse per quanto si affermerà in seguito, poiché fornisce degli spunti di riflessione a quella autorevole dottrina che, in un'ottica *de iure condendo*, propone una revisione della normativa vigente incentrata proprio sul grado colposo, e mirata ad abbandonare definitivamente il presupposto dell'imperizia.

3. La perizia quale forma qualificata di diligenza e prudenza: l'interpretazione ispirata alla *ratio*.

Il riepilogo della storia giurisprudenziale ha permesso di mettere a fuoco le criticità oggetto del presente contributo.

Per quale motivo definire come il tallone d'Achille il presupposto dell'imperizia?

Un unico dato fondamentale sarebbe già di per sé sufficiente a rispondere alla domanda: dalla sentenza "Pagano" la giurisprudenza ha puntualmente rinvenuto nella fattispecie concreta i tratti di una condotta negligente o imprudente, determinando una scarsa, scarsissima, applicazione del regime di favore. Quanto appena affermato non si motiva solo con l'eccessiva intransigenza riservata ai sanitari posti di fronte al banco degli imputati, ma deriva soprattutto dal fatto che storicamente, sia in dottrina che in giurisprudenza, non si siano mai posti dei veri requisiti distintivi per le tre forme di colpa generica, rilevando nella formula dell'art. 43 c.p. un mero significato descrittivo, e non prescrittivo.

Spesso nei capi d'imputazione formulati dalla pubblica accusa, si legge la formula tralatizia "... per negligenza, imprudenza e imperizia..." non distinguendo l'una dall'altra, ma concentrando il *focus* accertativo relativo al versante oggettivo della colpa sulla violazione di una regola cautelare, di

⁴⁹ Il tema è accuratamente trattato da DI LANDRO, *La colpa penale nel settore sanitario: criteri generali di valutazione e situazioni emergenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 22 marzo 2021. L'Autore evidenzia l'importanza di un apprezzamento anche soggettivo della colpa, facendo altresì riferimento agli aspetti problematici messi in luce dall'emergenza pandemica. Nello specifico, il contributo argomenta come condizioni quali quelle derivanti dalla stanchezza, dall'inesperta preparazione ovvero dalla poca comprensibilità di alcune regole cautelari possano rivelarsi decisive nella commissione di un errore sanitario.

⁵⁰ Cass., 29.04.2021 (dep. 12.05.2021), n. 18347, in *Cass. pen.*, 2021.

qualunque tipo essa sia (lacuna sottolineata anche in un passaggio della sopracitata sentenza “Agnello”)⁵¹.

La crisi d'identità dell'imperizia⁵² non è di certo stata risolta con la giurisprudenza post “Balduzzi” e con quella avente ad oggetto l'art. 590-sexies c.p. Difatti, gli organi giudicanti, pur sottolineando la necessità di distinguere nettamente la perizia dalla diligenza/prudenza, spesso finiscono col definirla come la forma di colpa generica connotata dalle violazioni di *leges artis* proprie del professionista (essendo, comunque l'unica sua descrizione rinvenibile nella tradizione giuridica), salvo poi qualificare come negligente e imprudente una condotta ancorata proprio al contesto della professione sanitaria⁵³. È evidente, dunque, che vincolare una normativa di tal tipo a un requisito così labile, impreciso, indeterminato sia una delle principali cause del fallimento della disciplina attuale (e di quella passata, facendo riferimento al decreto “Balduzzi” così come interpretato dalla sentenza “Pagano”), in quanto lascia alla completa discrezionalità del giudice la valutazione su cosa sia o cosa non sia imperito, quel giudice che ormai da più di quarant'anni ha dimostrato di riservare un rigore eccessivo nell'apprezzamento dell'attività professionale del sanitario. In altre parole, il presupposto in oggetto così interpretato pare destinato a sterilizzare senza soluzione di sorta il novello regime⁵⁴.

⁵¹ In maniera coerente con quanto affermato dalla manualistica penale (v. nota 55) e da autorevole dottrina, che rilevano come sia fondamentale, in materia di illecito colposo, individuare sul piano oggettivo della colpa la violazione di una regola di tipo cautelare causalmente connessa all'evento, indipendentemente dai suoi connotati descrittivi. CAIANIELLO, *Imputazione e garanzie: la contestazione e la qualificazione del fatto colposo*, in DONINI, ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 341 ss.; GALLO, *Colpa penale* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 641 ss.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 166 ss. Per un riferimento più recente DI GIOVINE, *In difesa del decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, 3 ss., la quale si esprime in questi termini «il confine tra conoscenza, uso appropriato della cautela, avventatezza o trascuratezza nella scelta di quella adatta appare troppo sottile, e troppo pericolosa una distinzione che voglia essere dirimente ai fini penali».

⁵² L'espressione utilizzata si deve a CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit., i quali concludono il loro contributo con le seguenti parole: «Se non si vuole che l'imperizia rimanga a lungo vittima della crisi d'identità che sta attraversando, per responsabilità del legislatore e della giurisprudenza, sembra opportuno che da crisi di identità resti immune almeno la dottrina, alla quale, come detto, basterebbe soltanto “ricordarsi” le proprie parole già spese in argomento».

⁵³ PIRAS, *Un distillato di nomofilachia*, cit., 7, in cui l'Autore sottolinea come le Sezioni Unite non abbiano fornito una definizione di imperizia, ma si siano limitate a richiamare «il ricorso agli ordinari criteri sulla prova, sul dubbio e sulla ripartizione dell'onere relativo», il che equivale a dire tutto e niente.

⁵⁴ In DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità. Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 2163, nota 28, l'Autrice, per una motivazione non diversa da quella che ci ha portato a parlare di tallone di Achille, definisce il presupposto dell'imperizia come il «cavallo di Troia» della normativa, in quanto lo stesso vanificherebbe ogni intento deflattivo sotteso alla disciplina.

In ogni caso, con l'esplicita menzione dell'imperizia da parte del secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p., anche gli auspicabili principi espressi con la sentenza "Denegri" non possono considerarsi più praticabili in un'ottica *de iure condito*, e l'interprete si è trovato costretto a confrontarsi con tale presupposto. Come più volte anticipato, la giurisprudenza avverte la necessità di distinguere in maniera chiara e netta le tre tipologie di colpa generica per non cadere nell'errore di un'interpretazione *contra legem*, nonostante le evidenti difficoltà e i subdoli rischi di indeterminatezza a cui si andrebbe incontro, sulla base del seguente (ingannevole) assunto: se il legislatore ha scritto "imperizia" allora significa che quest'ultima è qualcosa di nettamente diverso dalla negligenza e dall'imprudenza. Ma cosa?

A tal proposito, autorevole dottrina ha evidenziato come l'unico tentativo definitorio relativo alla disposizione dell'art. 43 c.p. rinvenibile nella tradizione giuridica veda nell'imperizia non un *tertium genus* autonomo di colpa generica, ma bensì una sorta di forma qualificata di negligenza o imprudenza, secondo cui la condotta imperita (attiva o omissiva che sia) altro non sarebbe che una violazione delle *leges artis* proprie del contesto professionale a cui appartiene l'agente. Ed effettivamente, leggendo la manualistica penale, risulta che il tratto distintivo dell'imperizia non sia stato identificato nella natura attiva o meno della condotta (come nel caso della negligenza e dell'imprudenza), ma unicamente nel contesto professionale in cui tale condotta è posta in essere, nonché nel contenuto tecnico della regola cautelare violata⁵⁵. Pertanto, nelle ipotesi relative all'imperizia, il soggetto attivo

⁵⁵ Non solo: nel leggere le situazioni esemplificative proposte dalla manualistica giuridica e finalizzate a chiarire la distinzione semantica tra le tre tipologie di colpa generica, risulta che l'esempio per antonomasia dell'ambito perito sia proprio l'attività medico-chirurgica. In CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, II ed., 2017, 479 ss., il contenuto delle regole cautelari è distinto in questi termini: «In generale, sul piano semantico:

- a) le regole di diligenza in senso stretto prescrivono una certa attività positiva [...];
- b) le regole di prudenza prescrivono di astenersi dal compiere una certa condotta o di compierla adottando certe modalità [...];
- c) le regole di perizia consistono, invece, in regole cautelari a contenuto tecnico (tanto che si parla in proposito di "diligenza qualificata" o "prudenza qualificata"), quali quelle proprie di una determinata professione o arte o comunque di quelle attività che implicano determinate conoscenze tecniche».

Ancora, in FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, VIII ed., 2019, 574 ss., si specifica che: «si ha negligenza se la condotta violata prescrive un'attività positiva [...]. L'imprudenza consiste, invece, nella trasgressione di una regola di condotta da cui discende l'obbligo di non realizzare una determinata azione oppure di compierla con modalità diverse da quelle tenute [...]. L'imperizia consiste in una forma di imprudenza o negligenza "qualificata" e si riferiscono ad attività che esigono particolari conoscenze tecniche: ad es. l'attività medico-chirurgica, ecc.». Anche PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit., 3, nell'osservare come l'imperizia, a differenza delle altre due forme di colpa generica, non si connota per la natura attiva o omissiva della condotta, si sottolinea che la stessa «è un omettere o un agire, qualificato dal contrasto con regole tecniche, proprie di una certa professione. Un omettere o un agire professionalmente "dipinto"».

dovrebbe essere posto in relazione non con un agente modello costruito su un individuo qualsiasi, ma guardando all'ambito di operatività e di appartenenza di quest'ultimo. Tale forma di colpa generica sarebbe così strutturata su un elemento obiettivo, ossia sul contesto in cui opera il professionista e, di conseguenza, sulle regole tecniche proprie di quel contesto⁵⁶. Non è un caso che dove si parla di imperizia si parla anche di "colpa professionale".

Per ciò che concerne l'ambito sanitario, un'applicazione di questo tipo permetterebbe di salvaguardare la *ratio* sottesa all'intervento normativo del legislatore attribuendo all'attività medica un connotato imprescindibilmente tecnico-professionale. D'altronde, il ragionamento appena proposto risulta facilmente percorribile alla luce della casistica. Si pensi ad un esempio: è negligente, ovvero imperito, il medico che diagnostica erroneamente una faringite al paziente, deceduto poco dopo per un edema della glottide⁵⁷? O ancora, si faccia riferimento al caso di un'équipe medica che, nel ritardare la richiesta di un parere da parte del neonatologo, omette di intubare nuovamente - a seguito di un'estubazione *post operatoria* - un infante di due mesi. L'omissione cagiona un aggravamento della sofferenza respiratoria acuta in corso cagionando il decesso del paziente. Nonostante le linee guida non prescrivano un obbligo di reintubazione, nel caso concreto essa sarebbe stata praticata tempestivamente ove fosse stato coinvolto in tempi celeri uno specialista.

Invero, si ritiene che valutazioni di questo tenore siano esclusive prerogative di colui che è dotato delle conoscenze e delle capacità proprie di chi esercita la professione medica e che, alla luce di queste considerazioni, il parametro di riferimento dovrebbe necessariamente orientarsi al contesto proprio del soggetto e dell'attività da quest'ultimo svolta, trasladando l'accertamento su un campo estraneo alla normale diligenza richiesta ad ogni altro individuo.

⁵⁶ In questo senso, senza pretese di esaustività, anche CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della Legge Gelli-Bianco*, cit.; di cui si veda anche *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit.; 443 ss.; CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica*, cit., 327 ss.; PALAZZO, *La colpa medica: un work in progress*, cit.; MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p.*, cit.

⁵⁷ Cass., Sez. IV, 20.05.2014, n. 36891, in *Dir. pen. cont.*, 2014. Nel caso di specie, un medico del Pronto Soccorso, a fronte del quadro sintomatologico prospettato dagli operatori del 118 intervenuti, ha omesso di effettuare i dovuti esami diagnostici e di porre sotto osservazione il paziente, limitandosi a prescrivere allo stesso una terapia antibiotica. Il paziente è deceduto poco dopo per l'aggravamento dell'edema. Queste le considerazioni della Corte in relazione alla tipologia di colpa generica individuata nella fattispecie concreta: «le omissioni addebitabili all'imputata non sono derivate da vera e propria imperizia diagnostica o terapeutica, ma da ordinaria negligenza ed imprudenza comportamentale alla stregua del consolidato criterio dell'agente modello ed in funzione della doverosa prospettiva di addivenire ad una diagnosi corretta: più precisamente, negligenza ed imprudenza per aver tralasciato di considerare i dati più significativi del quadro sintomatologia) presentato dal paziente, nonché per aver accollato a quest'ultimo il rischio della scelta di non sottoporlo ad ulteriori accertamenti e, ancor prima, di non trattenerlo in osservazione quanto meno per il tempo ragionevolmente idoneo a consentire una più tranquillizzante verifica dell'evolversi della patologia e degli effetti della terapia praticata».

Può infatti dubitarsi che il riconoscimento di sintomi tali da suggerire un intervento del neonatologo sia precluso a coloro che non possiedono le conoscenze proprie della scienza medica?

Eppure, nei casi qui proposti la Corte ha qualificato rispettivamente come negligente e come imprudente le condotte degli agenti.

Nel secondo esempio trattato, la sentenza afferma che «la ritardata richiesta dell'intervento del neonatologo si connota come ascrivibile non a imperizia, intesa come scarsa conoscenza della materia, o a negligenza, ma, piuttosto, ad imprudenza, intesa come avventatezza, scarsa ponderazione»⁵⁸. Ma non è forse esclusivamente un professionista sanitario, in virtù della sua competenza, a poter valutare la gravità dei sintomi di una determinata complicazione e la necessità o meno dell'intervento di uno specialista nella fattispecie concreta? Dunque, dando per scontato – ma non lo è – che sussistano i presupposti di una condotta colposa, non sarebbe più coerente affermare che la scarsa ponderazione si è verificata a fronte di un quadro sintomatologico grave che avrebbe dovuto indurre il medico a contattare un neonatologo e che, alla luce delle *leges artis* proprie della professione sanitaria, egli avrebbe dovuto averne coscienza? D'altronde, ogni fatto colposo potrebbe essere descritto in termini di “avventatezza”, “disattenzione”, “scarsa ponderazione”, “distrazione”, “incoscienza”, “sconsideratezza”... si tratta di termini che esprimono la non intenzionalità di un soggetto nel commettere un reato.

In un ulteriore passaggio della sentenza, antecedente a quello citato, il Supremo Collegio, nel sottolineare che la gravità della colpa non è esclusa in caso di aderenza alle raccomandazioni prescritte, qualora le specifiche circostanze del caso suggeriscano di discostarsene, evidenzia come «la verifica circa il rispetto delle linee guida va sempre affiancata ad un'analisi – svolta eventualmente attraverso perizia – della correttezza delle scelte terapeutiche alla luce della concreta situazione in cui il medico si è trovato ad intervenire». Non volendo entrare nel merito del tema inerente al grado della colpa, appare in ogni caso inspiegabile il fatto che la Corte, nell'accusare il medico di aver adottato una scelta terapeutica inadeguata al caso di specie, decida di qualificare tale condotta come imprudente, e non come imperita.

In definitiva, per le ragioni sinora esposte, si ritiene che la giurisprudenza dovrebbe interpretare l'imperizia considerandola alla stregua di una negligenza/imprudenza qualificata, posta a fondamento degli errori tecnico-professionali propri dell'attività sanitaria, ed esercitare il suo potere decisionale

⁵⁸ Cass., Sez. IV, 8.07.2014, n. 2168, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

Entrambi i casi citati si collocano in un momento antecedente all'introduzione della legge “Gelli-Bianco”, riferendosi al decreto “Balduzzi”, ma il *quid disputandum* è sostanzialmente rimasto invariato, volendosi sottolineare in questa sede l'effetto ostativo determinato dal presupposto dell'imperizia rispetto al riconoscimento dell'esonero della responsabilità.

Ripercorre questa giurisprudenza, dimostrando la discrasia che sussiste tra il piano astratto e quello concreto all'interno della Corte di legittimità in ordine al concetto di imperizia, BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit., 176 ss.

coerentemente con questo assunto. Solo così legge “Gelli-Bianco” riconquisterebbe un ambito applicativo apprezzabile, consentendo un margine di serenità professionale ai “camici bianchi”.

4. L'introduzione di un regime di responsabilità provvisorio alla luce dell'emergenza pandemica. Il richiamo all'imperizia scompare.

L'urgenza di porre un freno al contenzioso sanitario è avvertita in maniera ancor più pregnante nel periodo storico attuale.

Sono trascorsi quasi tre anni dalla scoperta del “paziente 1” affetto da Sars-Covid 2, evento che ha segnato anche per i paesi occidentali l'inizio di un'emergenza pandemica che solo ora, dopo il sopraggiungere dei vaccini, sembra avvicinarsi ad un progressivo e lento epilogo. È risaputo in che drammatiche condizioni e con quali scarse risorse, soprattutto nella prima fase della pandemia, gli operatori sanitari siano stati costretti a lavorare incessantemente, giorno e notte. Sono altresì noti i numeri delle morti e dei contagi che hanno afflitto il nostro paese. Uno degli effetti collaterali prospettati concerne i numerosi contenziosi giudiziari che potrebbero essere promossi contro la categoria sanitaria collocata in prima linea (ma senza gli strumenti necessari) nel fronteggiare il virus⁵⁹.

La legge “Gelli-Bianco” è apparsa fin da subito incapace di fornire una risposta soddisfacente ai procedimenti giudiziari che si prospettano, tenuto anche conto della sua scarsa applicazione giurisprudenziale. Volendo fare riferimento proprio al tema oggetto di questa trattazione, alla luce delle condizioni in cui gli operatori sanitari sono stati costretti a lavorare, numerosi errori commessi nell'esercizio della professione potrebbero essere stati dettati dalla stanchezza per gli infiniti turni lavorativi o dalla necessità di far fronte ad un numero spropositato di pazienti senza la possibilità di garantire

⁵⁹ Eventualità espressa su più fronti. Il Comitato Nazionale della Bioetica, nel parere intitolato *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”* pubblicato l'8 aprile 2020 – la cui redazione è stata coordinata dai Professori Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d'Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani e Luca Savarino – «segnala con preoccupazione la proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica».

Anche membri appartenenti alla magistratura requirente, fin dai primi tempi della pandemia in cui tra i *mass media* e i *social network* non si faceva altro che tessere le lodi della prontezza dimostrata dai singoli sanitari – tendenza scemata in breve tempo – si sono espressi nei medesimi termini. Ne danno atto CANESTRARI, CALETTI, *Da eroi a imputati? Riflessioni su come limitare il “rischio penale” dei sanitari al tempo del Covid-19*, in *Bollettino notiziario*, 5 maggio 2020, 6 ss., contributo dal titolo particolarmente eloquente; MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazione intorno a una tesi*, cit., 149 ss.

Con riguardo alla necessità di uno “scudo penale” per l'attività svolta dai “camici bianchi” in contrasto alla diffusione dell'epidemia, CUPELLI ha sapientemente parlato di «un'emergenza nell'emergenza» in *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sistema pen.*, 1° giugno 2021.

il massimo dell'attenzione ad ogni singola attività (ipotesi generalmente non ascritte alla colpa per imperizia)⁶⁰.

La necessità di una risposta efficace al rischio penale appena descritto è stata sottolineata in dottrina⁶¹, nonché da parte di importanti istituzioni⁶². Si faccia, ad esempio, riferimento al già citato parere del Comitato Nazionale della Bioetica o all'informativa pubblicata in data 30 aprile 2020 dalla Procura generale presso la Corte di cassazione, avente lo scopo di instaurare un dibattito sulle diverse proposte modificative giunte dai vari gruppi parlamentari e relative all'introduzione di un regime di responsabilità civile e penale *ad hoc* per il sanitario impegnato in prima linea nel contrasto alla diffusione del Covid-19⁶³.

⁶⁰ O ancora, si rifletta sul fatto che dalla pressoché nulla conoscenza scientifica del virus Covid-19 sia derivata la mancanza di linee guida a cui fare affidamento e che, nonostante a un certo punto l'SNLG abbia pubblicato sulla piattaforma online dedicata alle buone pratiche clinico-assistenziali i *Corona Virus Disease*, quest'ultime siano comunque destinate ad un continuo aggiornamento e a rimanere in un'area di relativa incertezza circa la loro attendibilità. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020. Inoltre, autorevole dottrina ha evidenziato gli enormi ostacoli che si interporranno nell'accertamento del nesso causale, nonché dell'elemento soggettivo relativi ai procedimenti per lesioni colpose derivate dal contagio. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *Leg. pen.*, 27 gennaio 2020; GARGANI, *La gestione dell'emergenza covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. e processo*, 7, 2020, 887 ss.

⁶¹ Come già accennato, le implicazioni inerenti al rischio penale che si prospettano a seguito dell'epidemia da Covid-19 non concernono esclusivamente la contestazione dei classici titoli di reato astrattamente configurabili, ma si allargano, ad esempio, ai dilemmi giuridici (oltre che umani) derivanti dalle cc.dd. "scelte drastiche" tra quali malati curare a fronte delle possibilità di sopravvivenza ipotizzabili in relazione ad ognuno, dramma che si è posto in quelle zone maggiormente colpite dalla pandemia, in cui le strumentazioni per la cura dei pazienti non erano sufficienti a rispondere all'inverosimile fabbisogno degli infettati. Tale fenomeno ha dato origine a un nuovo dibattito, in particolare circa l'applicabilità dell'istituto relativo allo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. BELLANTONE, CAPUTO, R. CAUDA, GRASSI, MARAZZA, OLIVA, PASCALI, PONZANELLI, SCAMBIA, VETRUGNO, *La pandemia di Covid-19: un limite o una frontiera per la Legge 24/2017?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2020, 1005 ss.; CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, in *Pen. dir. e proc.*, 2020; ID., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema pen.*, 2020, 5 ss.; CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *Resp. med.*, 2020; GARGANI, *La gestione dell'emergenza covid-19*, cit.; RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit.

⁶² Una delle prime istituzioni a sottolineare il rischio giudiziario che grava sulla categoria sanitaria è stata la Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri, la quale aveva inviato una lettera di segnalazione al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati per manifestare la preoccupazione scaturita da alcuni "legali" che pubblicizzavano la loro disponibilità ad assistere i parenti dei malati di Covid-19 all'esterno degli istituti ospedalieri.

⁶³ Il documento è particolarmente approfondito ed esamina le singole proposte emendative e legislative pervenute al fine di fronteggiare il rischio penale in cui probabilmente incorreranno gli operatori sanitari a seguito dell'attuale situazione epidemiologica. Procura generale Cassazione, *Note preliminari su ipotesi di modifica della disciplina della responsabilità civile (e penale) per esercizio dell'attività sanitaria in relazione all'epidemia Covid-19*, 22 aprile 2020.

Alcuni studiosi hanno sostenuto un'interessante proposta *de iure condito*⁶⁴, evidenziando i positivi risvolti che potrebbero derivare da un recupero dell'art. 2236 c.c. ai fini dell'accertamento della responsabilità connessa direttamente o indirettamente alla diffusione del virus⁶⁵. Effettivamente, quel riferimento alle "prestazioni di speciale difficoltà" – che può sostanziarsi sia nella complessità intrinseca di una determinata attività, sia nelle circostanze concrete esterne in cui è stata prestata – ben potrebbe descrivere le condizioni di lavoro in cui, da un giorno all'altro, si sono trovati ad operare i sanitari. In tal senso, sarebbe stato necessario un superamento dell'interpretazione sposata dalla Corte costituzionale nel lontano 1973, in quanto, come già in parte detto, la situazione pandemica in atto ha generato un terreno fertile per eventi rispetto ai quali non sarebbe inverosimile prognosticare una qualificazione da parte della giurisprudenza in termini di negligenza e imprudenza⁶⁶.

A prescindere da tali osservazioni, buona parte di coloro che si sono espressi sull'argomento hanno, in primo luogo e in un'ottica *de iure condendo*, invocato un intervento diretto da parte del legislatore finalizzato ad introdurre uno "scudo penale" (espressione ormai invalsa nel dibattito pubblico) per gli operatori sanitari⁶⁷, proponendo in prima battuta una limitazione

⁶⁴ CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari*, cit.; CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Leg pen.*, 22 giugno 2020, il quale prende in esame la potenziale applicabilità della disposizione civilistica anche per i vertici sanitari e le figure diverse dal singolo sanitario; FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da covid-19*, in *Resp. med.*, 22 aprile 2020, 159 ss., che esclude, invece, tale operatività nei confronti della responsabilità della struttura sanitaria.

⁶⁵ La necessità di concentrare tutte le risorse per contrastare l'emergenza epidemiologica ha costretto la sanità a porre in secondo piano ogni altro caso clinico, più o meno grave che fosse. Dunque, non si escludono azioni penali promosse nell'ambito di presunti casi di *malpractice* medica non direttamente connessi all'emergenza pandemica.

⁶⁶ Dall'altro lato, è stato altresì opportunamente evidenziato come un'impunità generalizzata applicabile indiscriminatamente a tutti gli eventi infausti verificatisi a causa del virus legittimerebbe condotte non giustificabili nemmeno alla luce della condizione pandemica, senza contare che ipotesi di tal tipo sarebbero certamente esposte a questioni di legittimità costituzionale. Una proposta di questo tenore era contenuta nell'emendamento 1.1, firmata in prima battuta dal Senatore Matteo Salvini. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari*, cit., 5 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giur. pen.*, 4, 2020, 1 ss. L'inopportunità di un'esenzione penale *tout court* è stata sottolineata anche dagli stessi professionisti sanitari, soprattutto con riguardo ai ruoli apicali e dirigenziali delle strutture sanitarie.

⁶⁷ In questo senso CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit., 17, il quale, non a caso, evidenzia il «valore simbolico che avrebbe l'introduzione dello "scudo" ad hoc invocato espressamente dai professionisti sanitari»; CUPELLI, *Emergenza covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema pen.*, 2020, nonché il parere del Comitato nazionale della Bioetica pubblicato l'8 aprile 2020 citato. Sembra non condividere tale auspicio l'Avv. ALAGNA, *Diritto sanitario dell'emergenza: l'eterno "ritorno" dell'elemento della colpa lieve?*, in *Amm. in cammino*, 9 giugno 2020, che, a p. 15, parla di «schizofrenia normativa» con riferimento alle diverse riforme già intervenute in materia di responsabilità sanitaria. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., esclude che una nuova riforma, al pari di quelle

della responsabilità alle ipotesi di colpa grave, e questo nonostante la presenza dell'art. 2236 c.c. e in ragione del fatto che «non si possa nemmeno, in queste ipotesi, fare affidamento sulla sola capacità 'salvifica' della c.d. misura soggettiva della colpa»⁶⁸.

Ad ogni buon conto, tale dibattito è confluito in un primo momento nella disposizione di cui all'art. 3 del decreto legge n. 44 del 1° aprile 2021, conv. con la l. n. 76 del 28 maggio, in cui si prescrive che: «Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARSCoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della Legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle

passate, possa portare qualche beneficio, se non addirittura rilevarsi dannosa in un ambito, come quello in oggetto, già frustrato da numerosi interventi legislativi. Così si esprime l'Autrice: «inutile persistere nell'illusione che la legge possa conformare una giurisprudenza riottosa e contrastare le deviazioni dallo *standard* di garanzie penalistiche nell'ambito della responsabilità medica. Meglio allora concentrarsi su un piano pre-legislativo, culturale» (p. 15) ritenendo che «stante la peculiarità dell'attuale situazione emergenziale, e sempre a condizione che siano correttamente usati, i concetti penalistici di prevedibilità e (qui soprattutto) di evitabilità, potrebbero e dovrebbero indirizzare sin dall'esordio la scelta se iniziare o meno il procedimento penale» (p. 13). Sulla stessa falsariga sembra porsi anche GARGANI, *La gestione dell'emergenza covid-19*, cit., che, in conclusione del contributo, sostiene quanto segue: «L'invocazione di "scudi legali" tradisce la scarsa fiducia nella capacità della magistratura inquirente di tenere conto dello specifico contesto emergenziale e di cogliere appieno le profonde differenze rispetto alle *normali* situazioni di urgenza e di difficoltà. Considerata la sovra-esposizione mediatico-sociale degli operatori della sanità, ad essere temuto è, soprattutto, l'impatto che la prolungata sottoposizione a procedimenti penali potrebbe provocare sul piano personale e professionale. Un simile rischio, implicato dall'obbligatorietà dell'azione penale, può e deve essere governato prescindendo dall'inadeguato e controproducente ricorso a formule di esenzione dalla responsabilità», o, in ultimo, RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020, la quale, per quanto auspichi ad una limitazione della responsabilità penale del sanitario alle sole ipotesi di colpa grave mediante l'art. 2236 c.c., si dichiara perplessa all'idea di intervenire con una riforma legislativa.

⁶⁸ CUPELLI, *Emergenza covid-19*, cit., 11.

Non è mancato chi ha suggerito come una limitazione della responsabilità penale del sanitario possa intervenire non già a livello di diritto sostanziale, bensì agendo sul piano procedurale, in quanto a scatenare il timore dei "camici bianchi" nei confronti del diritto penale sarebbe già di per sé «l'inevitabilità, o quanto meno la difficile evitabilità, della loro iscrizione nel registro degli indagati e del successivo iter procedimentale, con tutto ciò che questo comporta in termini di spese, coinvolgimento personale e patemi d'animo». Rossi, *Sanitari: è possibile uno "scudo penale" più efficace dell'attuale?*, in *questionegiustizia.it*, 10 aprile 2021, in cui l'autore formula una proposta di riforma incentrata sulle modalità d'iscrizione al registro degli indagati. Nello stesso senso LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico*, cit., 14, che sostiene come si debba avere timore non tanto dell'avvio di processi penali e di condanne, ma della «"sofferenza" di indagini prolisse e non mirate». Le conseguenze derivanti dal comportamento investigativo della magistratura requirente certamente non è estraneo al dibattito sulla responsabilità penale del sanitario, come si è sottolineato anche nel presente contributo citando la circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma del 2 ottobre 2017.

competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

Si tratta di una norma che, come è stato opportunamente fatto notare da parte della dottrina, svolge per lo più una funzione “rassereneante” nei confronti della classe sanitaria, soprattutto a seguito degli episodi avversi verificatisi per la somministrazione dell'ex vaccino AstraZeneca (rari per la verità, ma protagonisti assoluti dei mezzi d'informazione pubblica)⁶⁹.

Ad ogni modo, l'intervento legislativo tanto atteso è sopraggiunto con l'art. 3-bis, introdotto in sede di conversione del decreto poc'anzi citato. La disposizione sancisce un regime derogatorio rispetto a quello descritto dall'art. 590-sexies c.p. per i sanitari che sono stati impegnati nel contrasto all'emergenza pandemica⁷⁰. Al primo comma si prescrive che «Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave»⁷¹. La norma effettua un passo ulteriore,

⁶⁹ In questo senso e per una disamina approfondita del primo “scudo penale” introdotto FURIA, *Lo “scudo penale” alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Arch. pen.*, 1, 2021, il quale evidenzia come il novello art. 3 pare «solamente limitarsi a ribadire l'ovvio: se si rispettano le *leges artis* del settore, il reato non è completo di tutti i suoi elementi e non si andrà incontro a responsabilità penale» (p. 9) e proprio per questo «l'efficacia della nuova norma, dunque, è principalmente racchiusa nella sua funzione di indirizzo e pedagogica. Sia nei confronti del personale sanitario, rispetto al quale viene offerta come “medicina” contro le difficoltà di comprensione dei meccanismi operativi del sistema penale, così da farlo sentire genericamente rassicurato da una disposizione tanto espressamente schierata a suo favore. Sia nei confronti della giurisprudenza, che, tra le diverse possibili interpretazioni del sistema, dovrebbe a rigore seguire quelle che offrano maggiore garanzia a chi si trovi ad esercitare un'attività fondamentale all'interno di un contesto emergenziale» (p. 15). Della stessa opinione anche PENCO, “Norma-scudo” o “norma-placebo”? *Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-cov-2*, in *Sistema pen.*, 13 aprile 2021. FIMIANI, *Nuovo “scudo penale” (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?*, in *Cass. pen.*, 4, 13 aprile 2021, ritiene che la novella disposizione goda di un ambito applicativo effettivo ed autonomo rispetto all'art. 590 sexies c.p. In argomento, anche CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Leg. Dir. pen.*, 2021, p. 1178 ss., il quale nel suo contributo (che analizza anche l'art. 3 bis introdotto in sede di conversione del decreto) attentamente avverte che «per scelta - il lettore lo avrà compreso - non si è impiegata né si impiegherà in questo scritto l'abusata metafora dello “scudo penale”, insidiosa perché equivoca circa la reale finalità della previsione, capace di suggerire all'opinione pubblica che il vaccino, lungi dal costituire una legittima manifestazione di esercizio della professione sanitaria, sia un atto la cui liceità è in discussione e dal quale il professionista debba guardarsi, siccome foriero di ripercussioni giudiziarie».

⁷⁰ Diffusamente sull'argomento la relazione sugli artt. 3 e 3 bis della l. 77/2021 redatta e pubblicata dal Massimario della Suprema Corte. Cass., Ufficio del massimario e del ruolo, *Relazione su novità normativa*, cit., la quale affronta ampiamente anche le ragioni politico - criminali poste a fondamento della riforma.

⁷¹ Con commento alla normativa di CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sistema pen.*, 1° giugno 2021;

indicando al secondo comma i parametri in base ai quali il giudice dovrà apprezzare il grado della colpa: «Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza».

La disciplina introdotta, benché non esente da rilievi critici⁷², si ritiene apprezzabile sotto diversi profili. Innanzitutto, il mancato richiamo all'imperizia impedirà, in sede giurisprudenziale, l'ostruzionismo all'applicazione del regi-

PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sistema pen.*, 1° giugno 2021, il quale, non senza motivo, alla luce di alcuni precedenti giurisprudenziali, puntualizza che l'art. 3 citato, «prevedendo la punibilità della sola colpa grave, dovrebbe applicarsi solo se c'è colpa lieve e non in assenza di colpa, che trova invece la sua non punibilità nell'art. 43 c.p.», ma che considera comunque lo «scudo penale» inutile, se non dannoso, in virtù dell'operatività nel medesimo ambito applicativo dell'art. 2236 c.c. e del rischio di trarre in inganno l'interprete che ben potrebbe dedurre che la limitazione della responsabilità alla colpa grave possa attivarsi solo per ipotesi inerenti all'emergenza pandemica. Nonostante quanto detto, l'Autore ammette comunque che il nuovo regime possa «svolgere una funzione di richiamo alla valutazione delle situazioni emergenziali con gli occhi della colpa grave, già spalancati dalla giurisprudenza. Independentemente dalla natura dell'emergenza, epidemica o no». Diffusamente sulla riforma anche MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 161, il quale condivide il superamento del presupposto dell'imperizia in favore di un regime limitato esclusivamente dal grado della colpa. In argomento anche CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1171 ss., il quale sottolinea come il regime provvisorio in esame sia il più chiaro e determinato tra quelli introdotti in materia.

⁷² Forse, si sarebbero potuti tenere in debita considerazione i moniti di quella parte della dottrina sopra richiamata che invocava un esplicito intervento anche sul piano procedimentale, finalizzato a limitare il coinvolgimento dei sanitari in procedimenti penali fin dalle indagini, a fronte della nota prassi adottata dalla magistratura requirente e consistente nell'iscrizione indiscriminata nell'apposito registro di coloro che sono entrati in contatto con la cartella clinica; d'altronde, «l'iscrizione non è un atto dovuto, come talvolta si sente dire, ma è un atto a ragion veduta. Non è un atto di acritico automatismo» (PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, cit., 4). Anche la limitazione alle sole fattispecie di reato di cui agli artt. 589 e 590 c.p. lascia perplessi, atteso l'avvertimento di molti studiosi circa il rischio di imputazioni estranee ai canonici delitti di lesione e omicidio colposo. Si pensi, ad esempio al reato di cui all'art. 452 c.p. In ogni caso, si ritiene più che condivisibile il monito di CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1187, che, al pari di quello manifestato dal Magistrato P. Piras e sopra citato, evidenzia che «in concreto, potrebbe ben succedere che non esista alcuna colpa. La limitatezza delle conoscenze scientifiche, la scarsità delle risorse disponibili e il grado di esperienze e conoscenze tecniche potrebbero in taluni casi essere stati tali da rendere impraticabile il comportamento alternativo doveroso, irrecuperabile la regola cautelare, imprevedibile o inevitabile l'evento lesivo, sicché anche il professionista modello si sarebbe comportato come si è comportato il professionista in carne e ossa. L'accento sulla non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie rischia di dare forma a ipotesi di *net widening effect*: la considerazione di fatti non colposi come fatti colposi non gravi, con la conseguenza di pervenire a formule di proscioglimento meno favorevoli dell'insussistenza del fatto».

me speciale da esso derivato fin dai tempi antecedenti al decreto “Balduzzi”. La disposizione in oggetto vincola il suo raggio applicativo ad un requisito, per così dire, funzionale, ancorato a quelle attività sanitarie che sono state influenzate, direttamente o indirettamente, dall'emergenza pandemica in corso; inoltre, il legislatore ha deciso di fondare l'inedito regime di responsabilità sul grado della colpa, esplicando un numero aperto di parametri valutativi⁷³.

Il dato che, in questa sede, rileva maggiormente è l'incontestabile incapacità dimostrata dalla legge “Gelli-Bianco” nel rispondere alla *ratio* per cui era stata introdotta, a prescindere dalla pandemia che ha coinvolto l'intero paese, ma in maniera ancor più evidente con il suo sopraggiungere. Non a caso le preoccupazioni circa il proliferarsi di procedimenti giudiziari nei confronti della classe sanitaria sono state manifestate su più fronti fin dai primi momenti emergenziali, e con esse si è simultaneamente avvertita l'esigenza di un intervento mirato proprio ad arginare tale rischio penale.

L'art. 3-*bis* citato sembra accogliere parte delle osservazioni e delle severe critiche derivate dall'introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p. Si pensi, ad esempio, a quella parte della dottrina che da tempo sottolinea la condivisibile opportunità di ancorare la responsabilità del sanitario esclusivamente o principalmente al grado della colpa, abbandonando finalmente il presupposto dell'imperizia⁷⁴. Alla luce di quanto osservato, non si ritiene azzardato sostenere che sia stato compiuto un passo importante verso una definitiva riformulazione dell'assetto del regime di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

5. Considerazioni conclusive.

In ragione di quanto esposto sinora è possibile svolgere alcune riflessioni di chiusura sul tema in oggetto.

L'analisi delle fasi storico giurisprudenziali che si sono susseguite in materia di responsabilità medica hanno, salvo brevi e illusorie parentesi, ancorato al criterio dell'imperizia la disciplina. L'origine di tale presupposto è stata sancita dalla pronuncia della Corte costituzionale del 1973 e ha trovato il suo salvagente giuridico nel riferimento ai “problemi *tecnic* di speciale diffi-

⁷³ Più nello specifico, la novella presenta quattro limiti applicativi: uno di tipo qualificativo, con riferimento ai titoli di reato a cui si rivolge; un altro di tipo professionale («...nell'esercizio di una professione sanitaria»); un terzo causale in relazione alla situazione pandemica; l'ultimo di natura temporale, che confina l'applicabilità della disposizione al periodo coincidente con lo stato d'emergenza. In ordine ai profili intertemporali, la norma è legge speciale rispetto al regime ordinario previsto con la legge “Gelli-Bianco” ai sensi dell'art. 15 c.p. e, peraltro, essendo una riforma in *bonam partem*, ha efficacia retroattiva, in ogni caso razionalmente coerente con il riferimento alle ipotesi connesse all'emergenza epidemiologica.

⁷⁴ Come, ad esempio, FORTI, CATINO, D'ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., già in “tempi non sospetti”, ancor prima dell'introduzione del decreto “Balduzzi”; Per una proposta recente e approfondita MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit.

coltà” di cui all’art. 2236 c.c.⁷⁵; tale orientamento risiede(va) nell’esigenza di arginare i dubbi manifestatisi in seno a quella parte della comunità scientifica che temeva la nascita di un regime di favore eccessivamente indulgente, non rinvenendo nella lievità della colpa un criterio sufficientemente efficace ad evitare ipotesi d’impunità ingiustificate. Se prima dell’introduzione del decreto “Balduzzi” tali timori potevano considerarsi fondati – d’altronde, la disciplina di favore non trovava origine in un intervento legislativo, bensì in una trasposizione interpretativa dell’art. 2236 c.c. che, peraltro, affondava le sue radici in una sorta di “immunità di fatto” riconosciuta dai giudici nei confronti della categoria medica – con il sopraggiungere della novella del 2012, la conferma da parte della Suprema Corte di tale limite applicativo ha determinato conseguenze a dir poco ostative all’applicazione del nuovo regime di responsabilità penale.

Si ricordi che il legislatore è intervenuto proprio al fine di contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva, innegabilmente connesso ai procedimenti penali instaurati nei confronti di coloro che svolgono l’attività sanitaria. Orbene, nonostante la *ratio* sottesa all’intervento normativo, la Suprema Corte, con la sentenza “Pagano”, ha proposto un’interpretazione restrittiva del più volte citato articolo 3, condannando l’allora novello regime di responsabilità ad un’applicazione marginale e di fatto inefficace.

Se ad un certo momento un condivisibile mutamento sembrava profilarsi all’orizzonte con la sentenza “Denegri”, col secondo comma dell’art. 590-*sexies* c.p. introdotto dalla legge “Gelli-Bianco” il presupposto dell’imperizia ha riconquistato il ruolo che gli era stato attribuito in precedenza, vanificando le speranze alimentate dalla giurisprudenza inaugurata con la pronuncia “Manzo”. Pertanto, allo stato dell’arte, l’interprete è costretto a confrontarsi con tale concetto, non potendo più auspicare ad un consolidamento dei principi di diritto enunciati in precedenza.

Nonostante sia stata più volte riconosciuta anche in giurisprudenza la labilità del concetto di imperizia e le enormi difficoltà ad esso connesse nell’individuare un’interpretazione determinata e condivisa, l’auspicata deflazione del contenzioso rimane un obiettivo lontano e incompiuto, se non si prende in considerazione la normativa *ad hoc* introdotta per tutelare i sanitari dalle conseguenze dell’emergenza pandemica descritte, la quale sembra aver ac-

⁷⁵ Così come affermava CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, cit., 84, e come afferma BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra l’art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi*, cit., 174-175: «È, pertanto, proprio in relazione all’art. 2236 c.c. e alla sua applicabilità alla responsabilità penale per colpa del medico che, per quanto riguarda la dottrina, troviamo il più raffinato tentativo di definire l’imperizia distinguendola dalla imprudenza e dalla negligenza: “l’imperizia è concetto proprio dell’esercizio di una professione e si configura nella violazione delle «regole tecniche» della scienza e della pratica (o *leges artis*) con ciò differenziandosi dalla imprudenza e negligenza alla cui base vi è la violazione di cautele attuabili secondo la comune esperienza».

colto le critiche e le perplessità legate al presupposto dell'imperizia ma che, allo stato, resta un regime eccezionale.

Ad ogni buon conto, anche a fronte dei falliti tentativi definitivi, l'unica descrizione dell'imperizia sedimentata nel tempo a cui poter far riferimento è proprio quella che scorge in quest'ultima una declinazione qualificata della negligenza o dell'imprudenza, strettamente connessa alla violazione delle c.d. *leges artis* proprie del contesto professionale dell'agente⁷⁶.

A tal proposito, giova osservare come la Suprema Corte, seppur persista nel rimarcare la sussistenza di una netta distinzione tra le tre forme di colpa generica, non si sia mai addentrata nel riconoscere questi fattori distintivi che caratterizzerebbero le singole tipologie colpose. In breve, l'unica vera classificazione esistente è quella che, pressoché da sempre, governa l'ampia maggioranza della manualistica penale. È la stessa richiamata dalla Corte di cassazione in alcune occasioni, salvo poi essersi più volte contraddetta con tale assunto, che dovrebbe logicamente portare a qualificare come imperiti la complessità degli errori colposi commessi dai sanitari nell'esercizio della professione. D'altronde, le diverse prospettive dell'attività professionale medica, che siano regolate o meno dalle linee guida, di certo trovano il loro presupposto nelle conoscenze e nelle abilità tecnico-professionali richieste solo ed esclusivamente a coloro che integrano la categoria sanitaria.

In definitiva, la sicurezza delle cure non può essere garantita in un contesto in cui a un sanitario di fatto non è concesso esercitare liberamente la propria professione senza sentirsi continuamente sottoposto alla minaccia di un'azione penale. La crescita e l'evoluzione di un ambito così delicato e imprescindibile per una società come quello di cui si discute non può trovare terreno fertile se coloro che operano al fine di tutelare la salute degli individui si ritrovano a lavorare in un ambiente a loro ostile, dove decidere se avvalersi di un bisturi - o scegliere, al contrario, di non farlo - non dipende più solo dall'opportunità o meno di un intervento per un determinato paziente, ma induca inevitabilmente un chirurgo a valutare in che caso vi siano più probabilità di vedersi recapitare un avviso di garanzia.

Se l'esigenza di contrastare questo fenomeno è percepita da tutte le parti in causa - sanitari, studiosi, giurisprudenza e istituzioni⁷⁷ - allora per quale motivo delimitare in spazi così angusti l'ambito applicativo dell'art. 590-se-

⁷⁶ In questo senso anche CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p.*, cit., 34, in cui si evidenzia che «si tratterebbe semplicemente di riaffermare quanto già sostenuto da autorevoli voci e da significativa parte della manualistica e cioè che l'imperizia potrebbe ben concepirsi come la versione "tecnica", "professionale" di negligenza ed imprudenza (a loro volta distinte per lo più in via meramente convenzionale) e non un vero e proprio *tertium genus*».

⁷⁷ E, in un certo senso, anche i pazienti; si sono messe in luce le ricadute negative sulla qualità e la sicurezza delle cure derivanti dalla diffusione di episodi di medicina difensiva. A tal proposito, CANESTRARI, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, cit., 174, sottolinea quanto segue: «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».

xies c.p., non solo ancorando la disposizione al presupposto dell'imperizia, ma proponendo altresì un'interpretazione restrittiva di quest'ultima?

Si ritiene, invero, che la soluzione proposta in tale contributo non sia contraria alla formula normativa⁷⁸, anzi si è più volte sottolineato come l'unico tentativo definitorio del concetto di imperizia rinvenibile nella tradizione giuridica qualifichi quest'ultima come una sorta di negligenza/imprudenza, concernente la violazione di *leges artis*⁷⁹. D'altronde, si potrebbe dubitare circa il fatto che il legislatore, nel fare riferimento all'imperizia, intendesse sottolineare l'autonomia del significato di tale concetto. Non è più intuitivo supporre che semplicemente volesse prescrivere che l'ambito applicativo della normativa concerna proprio gli errori commessi dai sanitari nell'esercizio della professione⁸⁰?

Quanto appena sostenuto non elimina il fatto che, in un'ottica *de iure condendo*, si auspica una riforma finalizzata a limitare l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'attività professionale del sanitario alle ipotesi in cui

⁷⁸ Ci si domanda peraltro, per quale motivo la Corte Suprema si sia sentita libera di affermare che la lievità della colpa (che nella formulazione normativa della legge "Gelli-Bianco" è scomparsa) sia un presupposto intrinseco alla condotta oggetto dell'art. 590-sexies c.p. non rinvenendo in tale assunto il rischio di un'interpretazione *contra legem*, mente si ostina a voler necessariamente connotare con tratti autonomi (ed evidentemente creativi) la colpa per imperizia, asserendo che si tratta di un onere derivante dal dettato letterale costituzionalmente interpretato.

⁷⁹ In senso contrario BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colpata tra l'art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi*, cit., 175 ss.; CAPUTO, *Il parere*, cit., 393, il quale, pur criticando il ristretto spazio applicativo consentito dall'art. 590-sexies c.p., in un'ottica *de iure condito* non ritiene praticabile l'interpretazione dell'imperizia che in questa sede si propone, obiettando che «lo sforzo di tirare la manica dell'imperizia è meritevole di apprezzamento, ma non può tacersi come, per un verso, la *littera legis* metta in salita la strada per allargare il perimetro di una causa di non punibilità anche a casi non espressamente contemplati (*quod non dixit noluit*), mediante una interpretazione analogica in *bonam partem* che deve considerarsi vietata per norme che fanno eccezione a regole generali ex art. 14 Preleggi c.c. il fuoco della critica venga dirottato sul non meno impervio terreno della definizione delle regole tecniche/*leges artis*».

⁸⁰ A tal proposito si ritiene particolarmente calzante l'osservazione proposta in LOSAPPIO (a cura di), *Diritto e medicina: due scienze convergenti?*, cit., 125 ss., in cui si sottolinea come l'ambito della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria si sia dimostrato un terreno fertile per la manifestazione della c.d. "giurisprudenza legislativa", la quale sovente interviene poiché «è noto che l'incuria per le forme tecnico-giuridiche, quasi una "cifra stilistica" del legislatore contemporaneo, impone spesso interpretazioni "ortopediche"». Con preciso riguardo all'art. 590-sexies c.p. DI LANDO, *Profili comparatistici*, cit., 126, afferma che «la nuova disposizione intende(va) probabilmente far riferimento a situazioni in cui "sia contestata un'imperizia"» e che, pertanto, la sua formulazione più coerente sarebbe dovuta essere la seguente: «"Qualora sia in discussione il rispetto delle *leges artis*, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni..."; o meglio ancora, più semplicemente, eliminando la ridondanza: "L'imperizia è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni"...» (pag. 126); osservazione da ultimo ribadita in *Id.*, *La colpa penale nel settore sanitario*, cit. Il c.d. fenomeno della "giurisprudenza legislativa", pur essendo da alcuni ragionevolmente criticato «per questo eccessivo impiego di attività interpretativa rispetto a quanto poteva o doveva dare la fonte normativa: se la legge non è buona, se crea una lacuna, se può essere perfezionata, deve intervenire il legislatore e non se ne deve a tutti i costi occupare l'interprete» (p. 146), sempre più frequentemente si rivela essenziale per garantire un minimo standard di certezza del diritto.

si verifichino errori davvero inescusabili e inconciliabili con le conoscenze e competenze proprie della professione, fornendo altresì una definizione di colpa grave, in modo da evitare di lasciare eccessivo margine di operatività alla discrezionalità del giudicante⁸¹. In altre parole, sarebbe necessario, anche sulla scorta di quanto è già accaduto in altri paesi dell'Unione europea, limitare quanto più possibile la rilevanza penale di eventi infausti, rinviando, per il resto, alle più consone sedi civili l'accertamento di possibili danni risarcibili⁸².

⁸¹ A tal proposito, si ritiene condivisibile la proposta di riforma argomentata in MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., il quale concentra la sua trattazione sull'«opportunità di una rivisitazione del dettato normativo vigente nella direzione di accentrare la valutazione di colpevolezza sul grado della colpa, peraltro in un rapporto definibile biunivoco, nel quale, cioè, anche profili di colpevolezza in senso stretto, contribuiscono a qualificare la colpa come più o meno grave» (p. 15). Nella medesima prospettiva ALEO, *La responsabilità penale per l'errore medico*, in *Responsabilità sanitaria*, a cura di ALEO, D'AGOSTINO, DE MATTEIS, VECCHIO, Milano, 2018, 228. In generale, sul tema del grado della colpa in casi di *malpractice* medica POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, in corso di pubblicazione, cap. IV, Sez. II.

In senso nettamente contrario MERLI, *Brevi note sul ruolo dell'art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari*, cit., 4145, la quale sostiene che «la soluzione migliore, almeno sul piano ideale, è quella di rompere con il discorso e ingestibile criterio dei gradi della colpa, un concetto che, privo di una solida base scientifica, presenta ampi margini di opinabilità (anche se gode di vasto appoggio presso la dottrina) e, in assoluta discontinuità rispetto all'attuale e alla precedente disciplina, orientarsi su un panorama e una quasi opposta visione: affrontare il tema della colpa medica con i normali strumenti del giudizio penale di colpa; riportarlo nella sua dimensione classica all'interno della cornice nella quale operano le categorie dogmatiche della colpevolezza normativa, della rimproverabilità soggettiva, della causalità della colpa»; la medesima tesi è argomentata diffusamente in un contributo più recente dell'Autrice in cui, comunque, si unisce alle critiche riservate alla scelta del legislatore di introdurre il presupposto dell'imperizia: EAD., *Una proposta a fronte del fallimento dell'assetto normativo della colpa medica nella legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen.*, 2020.

⁸² Su questa falsariga CALETTI, *Tra "Gelli-Bianco" e "Balduzzi"*, cit., e CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale*, cit., 10, il quale, in un'ottica *de iure condendo*, sembra auspicare un allineamento del «nostro sistema ad altri ordinamenti nei quali il penale sanitario viene innescato solo dalla colpa grave in su, mentre il resto costituisce materia demandata al civile e all'assicurativo». Dubbioso, invece, DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, in *Itinerari dir. pen.*, a cura di FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO, Torino, 2009, 299 ss., il quale afferma che la risposta penale, rispetto a quella civile, risulta inevitabile e a tratti vantaggiosa se si considerano una serie di fattori, tra cui il rischio di monetizzazione della colpevolezza per beni giuridici come la vita e l'incolumità individuale, evidenziando, tra l'altro, come in alcuni Stati americani - in cui i rimedi di tutela esperibili sono per lo più di natura civile - l'attività sanitaria c.d. "ad alto rischio" soffre una carenza d'organico proprio per il costo economico che deriva dai premi assicurativi e dai risarcimenti.

Il richiamo più diffuso in tema di responsabilità colposa del medico è riservato all'esempio anglosassone, in cui il giudizio penale è riservato alle condotte colpose di grado elevato, tanto che il campo elettivo della *malpractice* medica è la *civil negligence*. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, 759 ss. Nel 2015, in Austria, è stata introdotta una definizione legislativa della colpa grave proprio al fine di garantire una determinatezza maggiore nella normativa relativa alle ipotesi di *malpractice* medica. Inoltre, numerosi paesi europei sono intervenuti sul versante relativo al grado della colpa al fine di limitare la rilevanza penale dell'errore medico. CHINI, ROSANI, *La responsabilità penale del medico:*

In conclusione, volendo utilizzare un'espressione ormai diffusa in dottrina e che colpisce nel segno, non si deve cadere nell'errore di «ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica»⁸³.

L'auspicio appena prospettato sembra ancora un'eventualità lontana (seppur meno distante a seguito dell'introduzione dell'art. 3-*bis* della legge 76/2021), proprio per questo la dottrina, nell'instaurare un dialogo con la giurisprudenza, non può fare a meno di offrire soluzioni ermeneutiche praticabili all'interno dei confini tracciati dal legislatore, allo scopo di garantire ai sanitari un contesto professionale sereno e privo di ostilità nonché, alla collettività, un'effettiva tutela della sicurezza delle cure.

un confronto fra ordinamento giuridico italiano, austriaco, tedesco, in Il foro trentino, giugno 2017. Nello stesso anno, in Spagna, è stato modificato il regime della responsabilità per colpa, prevedendo che in caso di condotte colpose lievi la persona offesa possa ricorrere esclusivamente al giudice civile. PERIN, La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada, in Política Criminal, 2018, 858 ss. Per un approfondimento di natura comparata sulla presunzione relativa di perizia in caso di rispetto delle guidelines Di LANDRO, Profili comparatistici, cit., 121 ss.

⁸³ Di GIOVINE, *In difesa del decreto Balduzzi*, cit. Tale avvertenza trova la sua ragion d'essere anche nel fatto che «in medicina sfuma, perdendo la sua restante importanza (ammesso che ne avesse ancora), la distinzione tra imperizia, da una parte, e negligenza ed imprudenza, dall'altra» (p. 7). Peraltro, il diritto dovrebbe tener conto della singolarità dell'attività sanitaria, nonché del rischio a cui va incontro, nondimeno considerando i principi che governano l'ambito penalistico (in argomento diffusamente VALLINI, *Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida*, in *Riv. di BioDiritto*, 2019, 187 ss.). D'altronde, volendo richiamare i sospetti relativi alla violazione dell'art. 3 Cost. connessi alla previsione di un regime di favore per la categoria sanitaria, non si deve dimenticare come il principio di uguaglianza si declini anche in senso sostanziale, in virtù delle differenze concrete che inevitabilmente incidono sull'operatività di questo fondamentale parametro costituzionale.

Anzi, volendo volgere uno sguardo più ampio alla responsabilità colposa penale nel suo complesso, non si può fare a meno di sottolineare che lo strumento penale dovrebbe risultare ancor più marginale, sia per la sua funzione special preventiva, sia per il senso stesso del principio di rieducazione, che si rivolge in primo luogo a quelle condotte connotate da un grave disvalore sociale. «Per intenderci, semplicemente, la pena è strutturalmente più efficace ad evitare la delinquenza piuttosto che la dimenticanza, a maggior ragione, forse, l'invalidità» ALEO, *La responsabilità penale per l'errore medico*, cit., 225. Da ultimo, anche CANESTRARI, *Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario*, cit., 173, sembra introdurre una riflessione di questo tenore nella parte in cui, in relazione alla presumibile inefficacia dell'art. 590-*sexies* c.p. di fronte alle conseguenze giudiziarie connesse all'emergenza pandemica, ha affermato che: «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, ma non dovrebbero esserci in ogni caso dubbi sull'opportunità di partire dal settore in esame».