

# **LA COLPA GRAVE DEL MEDICO: DALLA PROSPETTIVA DELL'ULTRA LEGEM A QUELLA DELL'ANTE LITTERAM**

*Enrico Mezzetti*



**La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'*ultra legem* a quella dell'*ante litteram*\***

Enrico Mezzetti\*\*

## Abstract

Negli ultimi anni, la disciplina della responsabilità dei medici e dei sanitari ha subito un profondo mutamento sotto il profilo normativo ed una – conseguente – copiosa e approfondita analisi da parte della giurisprudenza. Il presente contributo, partendo dall'analisi del decreto Balduzzi e della legge Gelli-Bianco, si propone di ripercorrere le tappe evolutive che hanno caratterizzato la materia in parola. Ed infatti, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite con la sentenza Mariotti, la giurisprudenza e la dottrina hanno continuato a approfondire i propri sforzi nel dare un assetto maggiormente stabile alla disciplina della colpa medica e dei sanitari. Detta evoluzione, tuttavia, come si vedrà, pare condurre inesorabilmente ad un eterno ritorno al paradigma della colpa grave.

*In recent years, the responsibility of doctors and health workers has undergone a profound change from the normative point of view and a copious and in-depth analysis by the jurisprudence. This contribution, starting from the analysis of the Balduzzi decree and the Gelli-Bianco law, aims to retrace the evolutionary stages that have characterized this matter. In fact, despite the intervention of the Joint Sections with the Mariotti ruling, jurisprudence and doctrine have continued to make its efforts in giving a more stable structure to the discipline of medical negligence. This development, however, as will be seen, seems to be leading inexorably to an eternal return to the paradigm gross negligence.*

**Sommario:** 1. Corsi e ricorsi storici sulla colpa del medico: dal decreto Balduzzi alla Gelli-Bianco passando per un contrasto giurisprudenziale permanente - 2. L'*ultra* (o *contra*) *legem* del *dictum* Mariotti - 3. Dalle Sezioni Unite ad oggi: cantieri (ancora aperti) e lavori in corso - 4. Il *trend* della prova per indicatori - 5. Il richiamo all'art. 2236 c.c. come risposta alla distinzione tra *culpa in eligendo* e *culpa in faciendo* post Mariotti - 6. Per concludere: un ritorno all'*ante litteram* della colpa grave al riparo dalle *Straf-kulturnormen*.

### 1. Corsi e ricorsi storici sulla "colpa grave" del medico: dal decreto Balduzzi alla Gelli-Bianco passando per un contrasto giurisprudenziale permanente

Come noto, il "c'era una volta" della colpa grave del medico è stato scritto col DL 158/2012 (decreto Balduzzi) come risposta, a tutto campo, al progressivo sfumare di quell'iniziale atteggiamento comprensivo della

giurisprudenza di fronte agli errori del personale sanitario e al conseguente dilagare della medicina difensiva<sup>[1]</sup>: tanto che lo stesso Adelmo Manna - cui questo scritto è dedicato - ne ha segnalato sin da subito il carattere di “legge zibaldone” o “contenitore”, trattandosi di un complesso normativo esteso anche alla veterinaria come all’assistenza al personale navigante<sup>[2]</sup>.

Pur non ricorrendo *expressis verbis* alla locuzione di colpa grave, la legge esclude, infatti, la responsabilità per colpa lieve, confinata nell’art. 2043 c.c. per effetto di una sorta di *abolitio criminis* parziale<sup>[3]</sup>, e pone così l’esigenza di definire quella che lieve non è, sia essa ordinaria, grave o persino gravissima.

Superati, allora, i primi dubbi di legittimità costituzionale riguardanti l’esclusione di attività socialmente utili, analogamente complesse e potenzialmente pericolose<sup>[4]</sup>, è proprio la nozione di colpa grave, in quanto criterio selettivo del penalmente rilevante e non più mero criterio di commisurazione della pena ai sensi dell’art. 133 c.p. che, pur in presenza di qualche sporadico precedente<sup>[5]</sup>, alimenta fondati sospetti di contrasto col canone della determinatezza della fattispecie (art. 25 cpv. Cost.), essendo desumibile semmai in negativo rispetto a quello di *culpa levis* nella quale, tuttavia, i giudici di legittimità fanno genericamente confluire diversi livelli intermedi, posizionandosi sulla soglia della *culpa lata*<sup>[6]</sup>. Tanto che ogni tentativo di una codificazione è rimasto “perennemente *de lege ferenda*”<sup>[7]</sup>. A tacere delle evidenti difficoltà di identificare linee-guida e, peggio ancora, buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica al cui rispetto riconnettere l’efficacia scusante della novella normativa: tema comunque meno annoso, costituendo pur sempre il reato colposo una fattispecie a forma aperta di rinvio a norme extrapenali (persino esperienziali) a carattere cautelare<sup>[8]</sup>, sotto il profilo delle regole di imperizia<sup>[9]</sup> o anche, come infine sostenuto in giurisprudenza, di quelle di mera negligenza o imprudenza.

Sta di fatto che, col decreto Balduzzi, la legalità entra in crisi per l’espressa presa di posizione del legislatore che si affida a concetti difficilmente dominabili dall’agente *ante factum* senza fornire elementi inequivoci, forse neppure reperibili, sul piano definitorio, con ennesimo affidamento ad operazioni di supplenza giurisprudenziale.

Nemmeno si fa in tempo a trovare un equilibrio nell’incertezza della *lex scripta* o a ponderarne i suoi effetti sul piano applicativo che lo scenario cambia (o almeno sembra) col sopravvenire, ad appena cinque anni di distanza, della L. 24/2017 (cd. Gelli-Bianco) che, al netto della pessima qualità di tecnica legislativa<sup>[10]</sup> o dell’inserimento di incisi del tutto superflui (art. 590-*sexies*, comma 1, c.p.), sferra due “colpi bassi” tanto alla precedente disposizione, peraltro oggetto di abrogazione espressa, quanto al diritto vivente: da un lato, abbandonando ogni riferimento alla gradazione della colpa e, dall’altro, restringendo la non punibilità

all'imperizia a fronte dell'osservanza delle sole linee guida istituzionalmente riconosciute a livello ministeriale.

Nondimeno, al di là delle intenzioni - le medesime che avevano animato il decreto Balduzzi<sup>[11]</sup> - ancora soluzioni mancate e nuovi problemi<sup>[12]</sup>: dalla necessità di distinguere l'imperizia dalla negligenza o imprudenza, all'esigenza di attendere gli esiti della complessa procedura burocratico-amministrativa di accreditamento delle linee guida con ripiego sulle buone prassi (queste sconosciute) sino al compito, divenuto ancor più nevralgico, di parametrare la colpa alla specificità del caso concreto in relazione all'alternativa tra un'interpretazione letterale dell'art. 590-*sexies* c.p. (ossia, esclusione della responsabilità nei confronti del sanitario che, pur avendo provocato un evento lesivo a causa di imperizia, anche grave, abbia fatto applicazione di direttive qualificate in un qualche momento, a prescindere da quello concreto in cui l'imperizia si sia manifestata)<sup>[13]</sup> e una sistematica o costituzionalmente orientata (volta a delimitare l'ambito di operatività della norma ai casi di osservanza di linee guida pertinenti e costantemente adeguate alle peculiarità del caso clinico, sempre che non emergano esigenze di scostamento)<sup>[14]</sup>.

Qualche isolata pronuncia, anche sui rapporti intertemporali tra le discipline succedutesi in pochi anni e sul recupero in sede penale dell'art. 2236 c.c., e subito il contrasto alle Sezioni Unite.

## 2. *L'ultra (o contra) legem del dictum Mariotti*

Inevitabile la presa di posizione del massimo consesso<sup>[15]</sup>.

Meno scontata, invece, la doglianza espressa rispetto alle due pronunce sopra richiamate per la mancanza di una sintesi interpretativa capace di ricostruire l'effettiva portata dell'art. 590-*sexies* c.p., a partire dall'art. 12 disp. leg. gen., che, pur vincolando l'interprete a considerare necessariamente il significato letterale della disposizione, non gli nega di oltrepassarlo ove si tratti dell'unica opzione interpretativa costituzionalmente orientata.

Tanto premesso, la sentenza, già ampiamente commentata<sup>[16]</sup>, ribadisce che il presupposto di operatività della norma in esame risiede nella causazione dell'evento (di morte o lesioni) per colpa da imperizia, precisando come per il sanitario non vi sia alcuno sconto sull'errore di *selezione* ma semmai solo in quello di *attuazione* delle linee guida (sempre che, anche in tal caso, le stesse non risultino in qualche modo disattese), tenuto conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico. Come dire: «*linee guida*

scelte peritamente, eseguite imperitamente, ma non molto»<sup>[17]</sup>.

Ed è qui che il *dictum* giurisprudenziale si risolve, in fondo, in un *nihil sub sole novum*, se non fosse per il fatto che, in assoluto spregio della nuova *littera legis* che depone per l'esclusione a certe condizioni di qualsiasi colpa (anche di quella lieve), torna ad attribuire un ruolo ermeneutico alle sue gradazioni in rapporto all'errore sulla scelta o sull'esecuzione delle raccomandazioni di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate.

Colpa grave *praeter* o persino *contra* ma comunque di sicuro *ultra legem*<sup>[18]</sup>: come di recente ben rilevato a proposito del ruolo della funzione nomofilattica della Cassazione (nell'ambito di un gruppo di ricerca coordinato da Francesco Palazzo), per chiarire i confini della causa di non punibilità delineata dall'art. 590-*sexies* c.p. si è infatti ritenuto doveroso andare *oltre* le parole della legge per giungere a un risultato costituzionalmente adeguato in grado di assurgere a "diritto vivente" nella materia in esame"<sup>[19]</sup>.

Riaffiorano, allora, i criteri già individuati dalla giurisprudenza *post* Balduzzi e *ante* Gelli-Bianco, specie nella sentenza Cantore<sup>[20]</sup>, un po' come se nulla fosse frattanto successo, con ennesimo immancabile richiamo all'art. 2236 c.c., la cui estensione in ambito penale - sia pur come norma speciale o sussidiaria ovvero condizionata ai presupposti dell'inosservanza di una regola cautelare, della speciale difficoltà del caso, dell'imperizia e della colpa lieve del medico - ne conferma il ruolo di autentico "fondamento" della norma cautelare in materia<sup>[21]</sup>.

Ancora una volta, insomma, la palla passa al giudice chiamato a verificare, secondo il suo bagaglio di conoscenze che proprio Manna non esita a etichettare come "pre-comprensione"<sup>[22]</sup> se il caso singolo rientri o meno nell'ipotesi della colpa grave, senza che neppure un perito possa più di tanto aiutarlo a risolvere una questione che in qualche modo è sì anche tecnica ma ancor prima, e soprattutto, giuridica.

Infine, lo schiaffo alla *voluntas legis* si fa ancora più pesante laddove si tratta di regolare il traffico sul piano intertemporale dal momento che, per i fatti pregressi, continua ad imporsi l'applicazione dell'abrogato art. 3 DL 158/2012 in quanto più favorevole con riguardo ai casi di negligenza ed imprudenza "lievi" (oggi non più sottratti a penale responsabilità) come a quelli di imperizia "lieve" nella fase di selezione delle linee guida, apprezzandosi invece con riferimento alle situazioni caratterizzate da imperizia lieve nell'attuazione delle linee-guida (purché adeguate alla specificità del caso concreto) una sostanziale continuità normativa.

Come non intravedersi, allora, nel caso in esame il segno intangibile dei tempi che assegna al diritto vivente priorità assoluta rispetto a disposizioni pur emanate con ben altre intenzioni da un legislatore incapace, tuttavia, di tradurle in soluzioni tecnicamente corrette, sistematicamente efficaci e costituzionalmente

ineccepibili.

### 3. Dalle Sezioni Unite ad oggi: cantieri (ancora) aperti e lavori in corso

Successivamente alla sentenza Mariotti sono proseguiti, peraltro, gli sforzi della giurisprudenza per dare un assetto alla responsabilità penale del sanitario che, a ben vedere, appare oggi tutt'altro che stabile quanto ai confini della colpa grave e alle annose questioni intertemporali<sup>[23]</sup>.

Sul primo versante, emerge maggiore convergenza.

Come non citare, ad esempio, la sentenza De Renzo<sup>[24]</sup> - sul punto ripresa poi dalle sentenze Pinto<sup>[25]</sup> e Bonaiuto<sup>[26]</sup> - la quale ha avuto ad oggetto il caso di un medico in servizio presso il pronto soccorso condannato in primo grado, con conferma in appello, in relazione all'art. 583, secondo comma, n. 3, c.p., per aver cagionato lesioni personali gravissime nei confronti di un paziente (configuratesi per necrosi testicolare sinistra da pregressa torsione del funicolo spermatico con asportazione del testicolo) con colpa consistita nell'aver omesso di porre la corretta diagnosi e di assumere una condotta conforme alle necessità diagnostiche e terapeutiche, limitandosi alla somministrazione di antidolorifici e dimissione del paziente. In essa si apprezza, infatti, il tentativo di offrire una sorta di itinerario logico-giuridico necessario a scolpire l'odierno volto della colpa grave laddove si afferma, come "*considerato in diritto*", quello secondo cui "non può, oggi, essere ritenuta soddisfattiva né conforme a legge" una motivazione che tralasci: di accertare se il caso concreto sia regolato da linee-guida ovvero, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali; di valutare il nesso causale tenendo conto del comportamento dall'esercente la professione sanitaria in relazione a tali parametri; di specificare se si tratti di colpa generica o specifica, dovuta ad imperizia, negligenza o imprudenza.

Il tutto sulla base della vera dicotomia tra colpa *per osservanza* e colpa *per inosservanza* delle linee guida, come già tracciata all'indomani del *novum* Balduzzi<sup>[27]</sup>, rilevando forma e grado della colpa nel primo caso sull'*an* e nel secondo solo sul *quantum* di pena.

Ed è questo il criterio selettivo ad oggi preliminare ad ogni ulteriore valutazione di merito, come una sorta di grimaldello necessario ad aprire lo scrigno, altrimenti impenetrabile, del grado della colpa.

Due esempi recenti.

Nella sentenza Trupo<sup>[28]</sup> si legge nitidamente che, qualora vi sia stata inosservanza delle linee guida e buone

pratiche, non assume rilievo la distinzione fra colpa lieve e colpa grave e quindi rimane ferma la responsabilità penale, giungendosi così ad escludere l'applicabilità dell'art. 3 comma 1 DL 158/2012 in un caso di tetraparesi neonatale da anossia per omesso parto cesareo, per asserita violazione delle buone pratiche che, in presenza di segni di sofferenza fetale e di gravidanza a rischio, perché oltre termine, rendono necessario il cesareo.

Nella sentenza Franceschini<sup>[29]</sup>, parimenti, si tralascia l'accertamento di forma e grado di colpa sul presupposto del mancato rispetto delle linee guida e delle buone pratiche in un caso in cui il medico, esclusa una sindrome coronarica acuta, non aveva posto in diagnosi differenziale una dissecazione aortica, in un paziente che pur continuava a lamentare dolori lombari resistenti alla terapia antalgica.

Come emerso nella sentenza Capuano<sup>[30]</sup>, l'unica ipotesi di inosservanza nella quale forma e grado della stessa influiscono sul giudizio di responsabilità rimane, in verità, quella della *speciale difficoltà del caso* rispetto alla quale vale anche in ambito penale il richiamo all'art. 2236 c.c. non per effetto di una sua 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 particolare complessità.

Venendo, infine, al tema dei rapporti intertemporali, il quadro giurisprudenziale appare sorprendentemente ricco di sfumature e ancora oscillante.

In primo luogo, perché non mancano pronunce volte persino ad escludere, contro la *vulgata* precedente, l'applicabilità del decreto Balduzzi alle ipotesi di negligenza o imprudenza<sup>[31]</sup> desumendone, *in parte qua*, una continuità con la Gelli-Bianco.

In secondo luogo perché - a fronte di un diffuso riconoscimento del maggior favore del decreto Balduzzi rispetto alla Gelli-Bianco nei casi di colpa per selezione delle linee-guida o in quelli di negligenza e imprudenza (nelle citate sentenze De Renzo, Pinto e Bonaiuto), o persino nell'ipotesi di imperizia lieve in fase esecutiva avendo introdotto la prima novella una parziale *abolitio criminis* mentre la seconda una semplice quanto inedita causa di non punibilità<sup>[32]</sup> - non mancano massime secondo cui, tutt'all'opposto e testualmente, il neo introdotto art. 590-*sexies* cpv. c.p. sarebbe da considerarsi "norma più favorevole rispetto alla previgente in quanto prevede una causa di non punibilità collocata al di fuori dell'area di operatività della colpevolezza, 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 e indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta (anche gravemente) imperita nell'applicazione delle stesse"<sup>[33]</sup>.



#### 4. Sulla colpa grave la prova è per *indicatori*

Tornando alla delimitazione della colpa grave, sono ancora e sempre i giudici destinati ad impegnare la propria discrezionalità nella ricerca di un limite, al precipuo fine di compensare il *deficit* normativo.

E lo strumento - già sperimentato in tema di prova del dolo eventuale a partire dalla nota sentenza *Thyssenkrupp*<sup>[34]</sup> ma che sembra progressivamente assumere portata generale in tema di colpevolezza come dimostrano recenti studi volti a prospettarne un utilizzo con riguardo alla valutazione dell'efficacia scusante di impulsi irresistibili nei noti casi di "tempesta emotiva"<sup>[35]</sup> - è sempre quello del ricorso a una pluralità di *indicatori*: la misura della diligenza tra condotta effettivamente tenuta e quella imposta dal rispetto della norma cautelare del caso; il tasso di prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento; le specifiche condizioni dell'agente (in rapporto alla sua specializzazione come al sopravvenire di stanchezza, improvviso malessere o persino di un vero e proprio *shock* emotivo); la motivazione della condotta (specie ove sussistano ragioni di emergenza o comunque urgenza); la consapevolezza di tenere una condotta pericolosa; l'eventuale concorso di colpa di altri, inclusa la vittima (paziente)<sup>[36]</sup>.

Tutti fattori da sottoporre a ponderazione comparativa, al pari di circostanze di segno diverso da bilanciare, talora sovrapponibili o di ambiguo significato (oggettivo o soggettivo) e comunque non tassativi o vincolanti, idonee soltanto a delineare, neppure in modo troppo netto e marcato, una "mappa" orientativa, *ex post*, per il giudice del caso concreto ma soprattutto, *ex ante*, per il sanitario tendenzialmente esposto all'incertezza delle conseguenze penali delle scelte diagnostiche e terapeutiche.

Indicatori, dunque, come mere tracce di percorsi motivazionali, per giunta a ostacoli e pieni di insidie derivanti da contrasti apparentemente insanabili. Volendo fare un esempio, anche in assenza di problemi clinici particolarmente complessi o gravi situazioni di urgenza ossia nell'ambito di interventi routinari o di facile esecuzione, circostanze che sembrano anticipare un giudizio di colpa grave, la condotta realizzata potrebbe rivelarsi prossima a quella doverosa, attestando l'eventuale errore a un livello di assoluta lievità: anche qui vengono in mente le parole di Manna il quale, già all'indomani del decreto Balduzzi, avvertendo il rischio di indebite sovrapposizioni tra oggettivo e soggettivo ai fini dell'accertamento, si affrettò a precisare che la colpa lieve non può non integrare in primo luogo la misura oggettiva della colpa per desumerne poi che lo standard di diligenza richiesti non risente, né potrebbero mai risentire per evidenti ragioni di prevenzione generale, delle condizioni dell'ospedale, della scarsità delle risorse disponibili, di una situazione di stress o di stanchezza, dell'organizzazione dei turni o dell'urgenza del caso clinico che invece possono

incidere sulla soggettiva possibilità di adeguarsi al precetto, se non addirittura sulla sussistenza di una vera e propria posizione di garanzia<sup>[37]</sup>.

Uno di quei fattori, poi, come ho avuto modo di rilevare incidentalmente a livello manualistico, neppure appare in alcun modo idoneo a diminuire il grado della colpa: il concorso della vittima, infatti, rileva solo sul piano della causalità come dimostra l'art. 62 n. 5 c.p. a tacer del fatto che, ai sensi dell'art. 41 c.p., potrebbe essere anche successivo alla condotta del medico (ad esempio nel decorso post operatorio, nella gestione della convalescenza o nell'esecuzione di terapia farmacologica) potendo eccezionalmente porsi come fattore interruttivo del nesso eziologico, ma senza alcuna possibilità di incidere sulla colpevolezza<sup>[38]</sup>.

## **5. Il richiamo all'art. 2236 c.c. come risposta alla distinzione tra *culpa in eligendo* e *culpa in faciendo* post Mariotti**

Al netto di quanto sopra, nei confronti del sanitario il ricorso alla gravità della colpa appare obbligato e, allo stesso tempo, inevitabilmente problematico.

Obbligato, perché imposto da quel processo di individualizzazione della responsabilità che costituisce immediato corollario del principio di colpevolezza e di cui un riflesso può leggersi, in materia, nello stesso immancabile richiamo all'art. 2236 c.c.: un po' il vero sopravvissuto, nel tempo, ad ogni sospetto di incostituzionalità<sup>[39]</sup> e al ravvicinato succedersi di riforme normative tecnicamente deficitarie e, pertanto, autentico baluardo della colpa medica (quantomeno, come insegnava già Crespi<sup>[40]</sup>, quella per imperizia) ove letto come criterio di soggettivizzazione del giudizio e non già come restrizione dell'elemento psicologico del reato.

Problematico perché – come dimostra pure la recente riforma dell'eccesso per turbamento nei casi di difesa legittima domiciliare (art. 55 cpv. c.p.)<sup>[41]</sup> - l'aggettivo "grave", per definizione, si lascia indifferentemente riempire di contenuti qualitativi come quantitativi, all'occorrenza malleabili e combinabili a seconda delle risultanze del caso, tanto che la sua fortuna potrebbe spiegarsi proprio con relativi margini di indeterminatezza (scientifica ancor prima che giuridica): la stessa che ne contraddistingue le esemplificazioni giurisprudenziali imperniate sulle nozioni di "macroscopica" necessità di discostarsi da linee guida, "immediata riconoscibilità" di determinate situazioni, violazione cautelare "alquanto rilevante", "elevata probabilità" di evitare la morte del paziente o "evidente" errore diagnostico<sup>[42]</sup>.

Né può farsi a meno di notare come, a dispetto della vigente normativa, la graduazione della colpa *o è o non è* e non può valere, quanto all'*an* della responsabilità, solo per l'ipotesi di imperizia, se non al costo di possibili irragionevoli disparità di trattamento sulle quali forse il legislatore dovrebbe tornare a riflettere: non si può infatti tacere dell'enigmatica collocazione sotto l'ombrello dell'imperizia o della negligenza, solo per fare un esempio, dell'ampia, quanto frequente, casistica dell'uso dei mezzi strumentali d'indagine o di terapia adoperati per interventi operatori.

Se proprio la si vuole dire tutta, neppure si comprendono a pieno le ragioni per cui - pur ammettendo la possibilità di distinguerli senza sovrapporli o confonderli, come appare inevitabile ove le raccomandazioni contenute nelle linee guida siano tali da riguardare l'intero percorso dell'intervento sanitario - all'errore nella selezione (*culpa in eligendo*) e quello nell'esecuzione (*culpa in faciendo*) delle linee guida debbano riconoscersi regimi differenti, come il "diritto vivente" post Mariotti impone, mutuando la sua forza dal vincolo del precedente di cui all'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.: anche la prima scelta, infatti, può rivelarsi tutt'altro che scontata a motivo della complessità, ripetitività o persino alternatività delle raccomandazioni reperibili che possono anche contrastare tra di loro o lasciare margini di opinabilità cui il giudice potrebbe essere tentato di sovrapporre indebitamente un sindacato *ex post* condizionato dall'esito infausto *sub iudicio*; senza considerare che, sino all'esito del processo di accreditamento ministeriale, la scelta può ricadere soltanto sulle, ancor più sfuggenti, buone pratiche clinico-assistenziali.

## 6. Per concludere: un ritorno all'*ante litteram* della colpa grave al riparo dalle *Straf-Kulturnormen*

*Rebus sic stantibus*, il bilancio sembra essere quello della precarietà costituzionale di un esito interpretativo così creativo, incoerente, incerto e indeterminato: questa sì, davvero, una "colpa grave" cui neppure pare opportuno auspicarsi che rimedi al più presto il legislatore il quale, a sua volta, dopo i fallimenti Balduzzi e Gelli-Bianco, potrebbe persino incorrere in un *tris in idem* diabolico. Per quanto ne possa pure apparire condivisibile la *ratio* di fondo, entrambi gli interventi normativi, per come si sono rivelati nella pratica, sembrano infatti assimilabili a quelle che altrove ho già avuto modo di definire come "*Straf-kulturnormen*" la cui caratteristica sarebbe quella di veicolare messaggi culturali dal contenuto pressoché rassicurante (per non dire propagandistico) in relazione a fenomeni del tutto contingenti, attraverso "norme-lettera-morta" approvate a tutti i costi, tecnicamente irricevibili ove non affette da palese incostituzionalità<sup>[43]</sup>.

Piuttosto, per quanto contro corrente, la soluzione potrebbe essere quella di abbandonare ogni impianto derogatorio dell'art. 43 c.p., anche tramite cancellazione dell'art. 590-*sexies* c.p.<sup>[44]</sup>, e tornare ad affermare o

escludere la colpa medica facendo applicazione dei comuni criteri di accertamento, peraltro ormai ampiamente finalizzati dalla giurisprudenza di legittimità, con un duplice effetto. Evitare inutili complicazioni ricostruttive, illogicità, contraddizioni o inevitabili incertezze applicative connesse alla scelta legislativa di riservare trattamenti di favore nei confronti dei (soli) sanitari. Favorire un assetto più equilibrato, omogeneo e coerente di un settore che tocca punti nevralgici dell'imputazione soggettiva in quanto: a) presuppone scelte tecnicamente impegnative in termini di qualificazione giuridica (scusanti o cause di non punibilità); b) rinvia a concetti caratterizzati da indubbia incertezza (raccomandazioni, buone pratiche clinico-assistenziali, rispetto, adeguatezza, adeguamento); impone distinzioni di discusso fondamento teorico o comunque difficilmente governabili (tra imperizia e negligenza o imprudenza ovvero tra errore nella selezione o nell'esecuzione di linee guida). Col rischio, oltretutto, di incorrere nel paradosso logico di una *culpa sine culpa* tale da imporre, come unico modo per garantirne razionale attuazione, l'*interpretatio abrogans* della disposizione, sempre che non le si neghi *ab origine* persino carattere normativo.

Semmai, come da tempo proposto pur prendendo spunto dalla casistica in esame<sup>[45]</sup>, sarebbe il momento di avviare una seria e più ampia riflessione sulla colpa c.d. *speciale*, eventualmente distinta da quella *comune*, in quanto relativa ad attività intrinsecamente rischiose ma socialmente utili e per questo espressamente autorizzate (sanitaria, infortunistica, stradale, etc.): ma con una visione sistematica certamente di ben altro spessore capace di ricondurre ad unità ciò che oggi appare diverso, eccezionale, disarticolato o incomprensibile. A queste premesse, ma solo a queste, potrebbe allora rivalutarsi l'idea di limitare la rilevanza penale della colpa a quella "grave", come già teorizzato in dottrina<sup>[46]</sup>, sul modello della *gross Negligence*<sup>[47]</sup> anglosassone o della *Leichtfertigkeit* o *große Fahrlässigkeit* tedesca<sup>[48]</sup>: a condizione, per concludere sempre con Manna, di confezionarne prima una definizione legislativa che, in ossequio al vincolo di determinatezza, ne sdrammatizzi pure l'eventuale contestazione in sede processuale<sup>[49]</sup>.

\* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole. Il presente contributo è destinato al *Liber amicorum* per Adelmo Manna.

\*\* Professore ordinario di Diritto Penale presso l'Università degli Studi Roma Tre.

<sup>[1]</sup> Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, 161 ss. Per un commento alla normativa cfr., tra i tanti, anche Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2013, 73 ss.; Riscato, *Linee guida e imperizia "lieve" dopo la*

*l. 189/2012: i primi commenti della Cassazione*, in *Dir. Pen. proc.*, 2013, 701 ss.; Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 261 ss.

[2] Manna, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 91.

[3] Così anche Giunta, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "Decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 831.

[4] I dubbi erano stati formalmente sollevati dal Tribunale di Milano, sez. IX penale, con ordinanza del 21.03.2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29.03.2013, con nota di Scoletta, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale*; poi respinti da Corte Cost., con ord. 6.12.2013, n. 295 (avendo il giudice *a quo*, ad avviso della Corte, omesso di descrivere in maniera esatta la fattispecie concreta e di fornire un adeguato fondamento alla rilevanza della questione), 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*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9.12.2013.

[5] Cfr., a titolo esemplificativo: art. 217, R.D. 267/1942 in tema di bancarotta semplice; art. 2236 c.c. sulla responsabilità civile del professionista; art. 64 c.p.c. sulla responsabilità del consulente tecnico; art. 5, L. 472/1997 nell'ambito degli illeciti amministrativi tributari; art. 2, comma 3, L. 117/1998 sulla responsabilità civile del magistrato.

[6] Da ultimo, sia pur in altro ambito, si premura di segnalare, previa ampia ricostruzione degli studi in materia, l'indeterminatezza della nozione di "colpa grave" Piva, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, 285 ss.

[7] In questi termini Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 275 (nota 254) e poi Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, 529 e 531.

[8] Così, Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, 187.

[9] Cass., Sez. IV, 27.04.2015, n. 26996, in *C.E.D. Cass.*, n. 263826; Cass., Sez. IV, 29.01.2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11.04.2013, con nota di Cupelli, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, *ivi*, 10.06.2013 e in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1179.

[10] Si rinvia ai rilievi critici svolti, ad esempio, da Risicato, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 7.06.2017; Cupelli, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione*

costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile, in *Cass. pen.*, 5/2018, 1474 ss.; o anche da Forti, *Una prospettiva «diabolicamente umana» sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, tomo I, cit., 207 s.

[11] Non mortificare la professionalità della classe medica, prevenire la medicina difensiva e limitare il contenzioso giudiziario: in questi termini Brusco, *Cassazione e responsabilità del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11/2017, 205 ss.; Romano B., *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16.11.2018, 10; Caletti-Mattheudakis, *Una prima lettura della legge Gelli-Bianco nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, 85 s.; Id., *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, ivi, 4/2018, 41 s.; Roiati, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. Pen.*, 2/2017, 2.

[12] Sottolinea convintamente come le aspettative della riforma siano state deluse Romano, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16.11.2018, 1.

[13] Cass., Sez. IV, 31.10.2017, n. 50078 (cd. Covazza), in [www.deiuregiuffre.it](http://www.deiuregiuffre.it) (d'ora in poi, per brevità, DJG).

[14] Cass. Sez. IV, 7.06.2017, n. 28187 (cd. Tarabori-De Luca), in DJG.

[15] Cass., Sez. Un. 21.12.2017, n. 8770, in DJG.

[16] Tra i tanti Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28.05.2018, 2; Risicato, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 4/2018, 948 ss.; 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.*, 2018, 359 ss.; Roiati, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni Unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, 2/2018, 426 ss.; Piras, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20.04.2018, 4 ss.

[17] Piras, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza Post Mariotti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18.01.2019, 5.

[18] Bartoli, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5/2018, 241 e 247.

[19] Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema Penale*, 3/2020, 140-141.

[20] Cass., Sez. IV, 9.04.2013, n. 16237, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11.04.2013, con nota di Viganò, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione* e poi di Roiati, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2013, 99 ss. a cui può rinviarsi ed anche all'ulteriore bibliografia in Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, cit., 173 (nota 31) oltre che alle riflessioni svolte dall'autore in quella sede (173-179).

[21] In tal senso v., sull'importazione in sede penale del limite di cui all'art. 2236 c.c. o del suo utilizzo come massima o regola di esperienza, nel tempo Canzio, *Trattamenti terapeutici e responsabilità penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 667; 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, 733 ss.; nonché, invero, già Manna, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, 168.

[22] Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, cit., 182.

[23] Sul punto, specialmente, Piras, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, cit., 1 ss.; 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 *Cass. pen.*, 2019, 289 ss.

[24] Cass., Sez. IV, 22.06.2018, n. 37794, in *DJG*.

[25] Cass., Sez. IV, 16.10.2018, n. 49884, in *DJG*.

[26] Cass., Sez. IV, 16.11.2018, n. 412, in *DJG*.

[27] Cfr. Cass. Sez. IV, 11.03.2013, n. 11493, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29.03.2013.

[28] Cass. Sez. IV, 19.10.2018, n. 47801, in *DJG*.

[29] Cass., Sez. IV, 19.10.2018, n. 47748, in *DJG*.

[30] Cass., Sez. IV, 30.04.2018, n. 10396, in *DJG*, in cui si è affrontato il caso di un medico che, in cooperazione colposa con altri, non essendo stato avvertito dell'urgenza del caso ed essendo al contempo impegnato in un turno di guardia con 400 pazienti e con diverse emergenze contemporanee, benché il quadro anamnestico e clinico del paziente deponesse per una conclamata emorragia interna in atto, aveva omesso di adottare provvedimenti fino a quando il paziente veniva avviato ad un intervento chirurgico presso altro nosocomio, che non valeva, tuttavia, a scongiurarne la morte.

[31] Cass., Sez. IV, 12.01.2018, n. n. 15178, in *DJG*.

[32] Così Cass., Sez. IV, 19.04.2018, n. 36723, in *DJG*.

[33] Cass., Sez. IV, 29.01.2019, n. 28086, in *DJG*, riguardante il caso di un medico ritenuto responsabile di lesioni colpose in danno di una paziente, perché, quale chirurgo operatore, nell'eseguire un intervento di mastoplastica additiva, per colpa consistita in negligenza, imprudenza ed imperizia - e, più specificatamente, nel non sottoporre la paziente a indagini strumentali volte ad acquisire l'esatta conformazione del torace - nell'effettuare lo scollamento di preparazione dell'alloggio di preparazione in profondità, provocava la lacerazione dei muscoli intercostali interni ed esterni della pleura parietale e del tessuto vascolare, così determinando un indebolimento permanente dell'organo respiratorio e fisiognomico.

[34] Cass., Sez. Un., 18.09.2014, n. 38343, pubblicata, tra l'altro, in *Cass. pen.*, 2015, 426, con nota di Summerer (*La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*) e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2014, 1925 ss., con note di Fiandaca (*Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*) e di Ronco (*La riscoperta della volontà nel dolo*, ora anche in *Id.*, *Scritti Patavini*, Tomo II, cit., 1337 ss.).

[35] Il riferimento è a Piva, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, cit., spec. 388 ss.

[36] Così li elenca già Basile, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23.02.2017, 20-23.

[37] Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, cit., 168.

[38] Mezzetti, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, 2020, 427.

[39] Si allude alla nota Corte Cost. 28.11.1973 n. 166 che, sia pur con motivazione non proprio brillante per chiarezza espositiva, si pronunciò per l'infondatezza di ogni questione relativa ad irragionevoli disparità di trattamento della colpa per imperizia medica.

[40] Crespi, *La responsabilità penale nel trattamento medico chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, spec. 102 ss.

[41] Sullo stato del dibattito può rinviarsi ora a Piva, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, cit., 312-323 anche per i riferimenti bibliografici.

[42] Cfr. Cass., Sez. IV, 20.03.2015, n. 16944, in *DJG*; Sez. IV, 19.01.2015, n. 9923; Sez. IV, 18.12.2014, 21243, *ivi*.

[43] Mezzetti, *La nuova grammatica del legislatore sulle Straf-kulturnormen*, in *Arch. pen.*, 2/2019, 1 ss.



[44] Così, di recente, anche Merli, *Una proposta a fronte del fallimento dell'assetto normativo della colpa medica nella legge Gelli-Bianco*, in *Arch. Pen.*, 1/2020, 22 ss.

[45] Cfr. Caputo, *Agente modello e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, 2012, *passim*.

[46] Si allude, in particolare, al Progetto elaborato dal Centro Studi "Federico Stella" su cui v. Forti-Catino-D'Alessandro-Mazzuccato-Varraso, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010, *passim* su cui v., ancora, le osservazioni di Manna, *Causalità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1206 s. e poi di Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 395 ss. e, infine, Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 224 ss.

[47] Su cui v. Di Landro, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, spec. 275-281.

[48] Wenin, *La categoria della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, in *Ind. pen.*, 2005, 239 ss.; ma anche Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 44-48; più di recente Salcuni, *Il "silenzio del fine", la "loquacità del rischio". Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa, 2018, 48-51.

[49] Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, cit., 193.