

Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione

Nota a Cass., Sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore

SOMMARIO

1. IL CASO CONCRETO E L'ABOLIZIONE PARZIALE DELLE FATTISPECIE COLPOSE COMMESSE DAGLI ESERCENTI LA PROFESSIONE SANITARIA – 2. IL PROGRESSIVO PERCORSO DI INTERAZIONE DIALOGICA TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA – 3. SCIENZA GIURIDICA E SCIENZA MEDICA A CONFRONTO: PORTATA E LIMITI DELLE LINEE GUIDA – 4. LA TASSATIVITÀ DEL PRECETTO COLPOSO: UNA CHIMERA RIMESSA ALLE BUONE PRATICHE? – 5. UN ESEMPIO PARADIGMATICO: LE BUONE PRATICHE E LA CD. DERELIZIONE DI OGGETTI – 6. LA DISTINZIONE TRA COLPA LIEVE E COLPA GRAVE: UN POSSIBILE PUNTO DI (RI)PARTENZA PER L'ACCOGLIMENTO DI VALUTAZIONI PERSONALISTICHE E SITUAZIONALI – 7. LA COMPLESSITÀ DEL GIUDIZIO DI FRONTE ALL'OBLIO DEL TEMPO.

1

IL CASO CONCRETO E L'ABOLIZIONE PARZIALE DELLE FATTISPECIE COLPOSE COMMESSE DAGLI ESERCENTI LA PROFESSIONE SANITARIA

La sentenza in commento trae origine da un intervento di ernia discale recidivante effettuato in una clinica privata, nel corso del quale venivano lese la vena e l'arteria iliaca; nonostante il successivo ricovero presso un nosocomio attrezzato e la tempestiva operazione in laparotomia, la paziente decedeva a seguito della grave emorragia insorta.

In primo grado la responsabilità del medico veniva individuata in relazione alla condotta commissiva riguardante l'erronea esecuzione dell'intervento, in quanto lo stesso era stato posto in essere in violazione della regola precauzionale che impone di non agire in profondità superiore a 3 centimetri e di non procedere ad una pulizia radicale del disco erniario, per evitare la lesione dei vasi interessati. Veniva invece esclusa la responsabilità per profili di colpa omissiva, che sarebbero consistiti nella mancata predisposizione di una *équipe* chirurgica e di attrezzatura idonea ad evitare il verificarsi di complicanze come quella di specie. La Corte d'appello confermava la sentenza di condanna in riferimento al profilo di colpa commissiva e riteneva il sanitario in colpa anche per non aver preventivato la complicanza e per non aver organizzato l'intervento in una clinica attrezzata.

La Suprema Corte, limitando la sua indagine ai profili commissivi in virtù dell'immutabilità della contestazione e dell'effetto devolutivo dell'impugnazione¹, ha annullato con rinvio la sentenza di secondo grado ritenendo che, per effetto dell'art. 3, comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189, si è determinata una *parziale abolizione* delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti la professione sanitaria, essendo stata esclusa la rilevanza della colpa lieve nell'ipotesi in cui il sanitario si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche². Il caso di specie, a parere della Cassazione, rientra nella nuova

1. In primo grado l'affermazione di responsabilità era stata circoscritta alla condotta commissiva e non vi era stata sul punto alcuna impugnazione da parte del pubblico ministero e delle parti private.

2. Nello specifico la Cassazione ritiene trattarsi di un tipico caso di *abolitio criminis* parziale, in quanto "si è in presenza di una norma incriminatrice speciale che sopraggiunge e che restringe l'area applicativa della norma anteriormente vigente". A sostegno di ciò si richiama la disciplina dell'art. 2, comma 2, c.p., in linea con la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte. In merito a tali profili cfr. G.L. GATTA, *Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2013, ed i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici ivi contenuti.

previsione normativa, poiché il giudizio colposo si è incentrato proprio sul tema delle linee guida e delle prassi terapeutiche in ordine all'esecuzione dell'intervento in questione, per cui "il giudice di merito dovrà stabilire se il fatto si collochi nella sottofattispecie abrogata o in quella ancora vigente. L'indagine di muoverà con le scadenze imposte dalla riforma".

Al di là delle rilevanti questioni di diritto intertemporale sottese alla vicenda, che esulano dalla ristretta portata del presente lavoro, preme sottolineare il particolare significato che assume la parte centrale delle motivazioni della sentenza in esame, poiché in essa è possibile rinvenire un'approfondita indagine sulla colpa professionale medica, attraverso cui la stessa Cassazione giunge a considerare l'ambito applicativo della nuova disposizione. In numerosi passaggi argomentativi inoltre, non è difficile scorgere gli effetti del prolifico interscambio sviluppatosi nel tempo tra dottrina e giurisprudenza, tanto che la pronuncia in esame finisce per costituire l'immagine di un ideale ponte tra due modi di interpretare il diritto apparentemente contrapposti. Constatata l'esistenza di significative "discrasie"³, è stato opportunamente intrapreso un dialogo che si è snodato in molteplici direzioni, trovando forse la più compiuta espressione proprio in riferimento alle questioni della colpa e della modernità, con particolare riguardo alle sue declinazioni in ambito medico e lavorativo⁴.

Nondimeno occorre sottolineare che dietro l'enunciazione di rassicuranti affermazioni di principio residuano ancora notevoli margini di discrezionalità interpretativa, per lo più derivanti dalla scarsa determinatezza della nuova disposizione e dalla ben nota struttura aperta della fattispecie colposa, e dietro cui continuerà ad oscillare l'insopprimibile dialettica tra istanze punitive ed istanze garantistiche, con le relative, inevitabili, implicazioni valoriali.

E' ormai noto che la giurisprudenza, dopo aver recepito l'indirizzo interpretativo volto ad individuare l'essenza della colpa sul piano normativo, è presto giunta a far coincidere quest'ultima con l'inosservanza di una qualsiasi norma cautelare (non di rado finalistica anziché modale), operazione ermeneutica facilitata dall'ampia componente valutativa che contraddistingue l'individuazione del dovere oggettivo di diligenza⁵ e chiaramente funzionale al soddisfacimento di istanze generalpreventive e risarcitorie⁶.

A fronte del particolare rigore di tali assunti interpretativi, un primo esempio di interazione virtuosa in tema di colpa medica può rinvenirsi nei successivi approfondimenti, dapprima dottrinali e poi giurisprudenziali, svolti in merito alla necessità di verificare l'esistenza di uno specifico nesso di derivazione tra l'inosservanza di un modello comportamentale oggettivamente imposto e l'esito avverso in concreto verificatosi, al fine di discernere le ipotesi in cui l'evento è effettivamente conseguente alla condotta colposa, rispetto a quelle in cui non sarebbe stato altrimenti evitabile⁷. Nella prassi si è andata infatti progressivamente affermando la necessità di accertare un congruo nesso

3. Cfr. A. STILE, *Conclusioni*, in A. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 287 ss., secondo cui "posta dinanzi alla realtà e concretezza del caso specifico, la giurisprudenza tende a volte ad assumersi il compito della difesa dei cittadini e dello Stato (anziché quello di mediazione dei conflitti secondo la legge), in una prospettiva che vede il diritto penale come strumento di difesa sociale. In questa ottica viene posta più attenzione alle (ritenute) conseguenze della decisione che al rigoroso rispetto dei principi costituzionali".

4. Si considerino, ad esempio, nel solo 2009, i convegni tenutisi a Bologna, 20-21 marzo, dal titolo "Sicurezza e diritto penale"; Roma, 20 aprile, dal titolo "Responsabilità penale individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro"; Firenze, 7-8 maggio 2009, dal titolo "Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa - un dialogo con la giurisprudenza".

5. Sul punto, per tutti, F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss. Particolarmente interessante inoltre la chiave di lettura in senso criminologico offerta da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 84.

6. Sui nessi tra concezioni normative e prevenzione generale, limitandoci ai contributi più recenti, cfr. A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3 ss.; M. DONINI, *Lelemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in M. Donini-R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 231 ss.

7. Nello specifico della responsabilità medica cfr. R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 82.

di rischio tra l'evento verificatosi e la regola cautelare trasgredita⁸, recependo taluni punti fermi raggiunti da pressoché unanime dottrina, a partire dalla necessità che l'evento costituisca la concretizzazione del rischio specifico che la regola cautelare violata tende a prevenire⁹, per arrivare all'esclusione della responsabilità per colpa nel caso in cui, pur rientrando l'evento nel raggio della funzione cautelare della norma comportamentale trasgredita, si accerti che il rispetto della regola avrebbe fallito il suo scopo, a causa delle caratteristiche peculiari del caso concreto¹⁰.

Solo in un secondo momento invece la dottrina ha riportato alla luce le istanze sottese al piano della cd. "misura soggettiva della colpa" o della individualizzazione del giudizio¹¹, evidenziando che, una volta accertata la causazione di un evento che si aveva il dovere di evitare, è necessario altresì spostare il fuoco dell'indagine sul potere di prevedere e di evitare quello specifico fatto da parte del singolo agente, in considerazione del proprio livello individuale di forze, esperienze e conoscenze¹². Si tratta di una posizione che si ripropone di coniugare l'indagine generalizzante sul tipo, per lo più volta al soddisfacimento dei bisogni di tutela, con l'indagine individualizzante sulla colpevolezza del singolo, favorendo per tale via anche il ripristino del carattere di sussidiarietà e di *extrema ratio* della sanzione penale¹³.

Questo "mutamento di sensibilità" ha trovato solo di recente le prime aperture da parte di una giurisprudenza a lungo incline a ritenere che, una volta dimostrata l'oggettiva inosservanza di una regola comportamentale, il soggetto, in quanto *normale destinatario delle cautele*, andasse automaticamente considerato in colpa, per non essersi adeguato all'obbligo di diligenza o, non riuscendoci, per non essersi astenuto dall'agire¹⁴.

In questa direzione la sentenza in commento sembra costituire un altro punto di congiunzione con le istanze emerse in dottrina, in quanto da un lato ribadisce le acquisizioni dogmatiche finora derivate dal virtuoso interscambio con la dottrina¹⁵, dall'altro fornisce un'autorevole interpretazione della nuova norma in cui si intravedono taluni segnali di questa "rinnovata sensibilità", attraverso significative aperture al fronte della valutazioni situazionali e personalistiche, anche se per lo più collocate nel ristretto ambito dei parametri di giudizio atti a discernere le ipotesi di colpa lieve da quelle di colpa grave.

8. In particolare a partire da Cass., Sez. IV, 18 marzo 2004, Fatuzzo, in *Cass. pen.*, 2005, 1533 ss., con nota di L. GIZZI, *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*; D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 173, sottolinea che le criticità non riguardano tanto la fase dell'imputazione dell'evento colposo, rispetto alla quale si registrano anzi significativi passi in avanti, quanto piuttosto la ricostruzione della tipicità colposa; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 454 e 455, pone invece in rilievo che la concretizzazione del rischio, come momento *leader* dell'ascrizione della responsabilità penale, vive già nella nostra giurisprudenza, ma «la semplificazione insita negli schemi oggi di moda rischia di produrre un allargamento delle maglie della responsabilità, assolvendo il giudice dal suo dovere di verificare uno per uno tutti gli elementi del reato, e di spingerlo verso soluzioni *globalizzanti*».

9. Sull'evento lesivo quale concretizzazione del rischio che la regola cautelare era volta a prevenire la letteratura è ormai sterminata. Per limitarci alla manualistica cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2009, 516 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, Torino, 2008, 246; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, 336 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 210; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 347; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, 367.

10. Cfr., per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento*, Milano, 1990, 659 ss.

11. Sulle relative distinzioni terminologiche e concettuali si rinvia a D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 183 ss., il quale sottolinea che il fatto tipico colposo – già connotato sotto il profilo soggettivo e psicologico – sarà poi oggetto del giudizio di colpevolezza alla luce dei fattori situazionali e di individualizzazione del giudizio riguardanti il *potere* di adeguamento del soggetto, e relativi alla situazione in cui lo stesso si è trovato in concreto ad agire e/o a un livello più o meno significativo di colposità: «in ogni caso, occorre riferirsi a fattori d'incapacità/inesigibilità *non standardizzabili*: altrimenti, rileverebbero già ai fini della definizione di una *figura differenziata di agente-modello*».

12. Nella nostra dottrina l'indagine è per lungo tempo rimasta ferma a V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977-78, 339 ss. Di recente invece cfr., pur se con accenti diversi, A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Torino, 2011, 186 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 341 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, 2012, 230 ss.; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 293 ss.

13. Per tutti D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 15 ss.

14. Così M. DONINI, *Teoria del reato (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, 289.

15. Si afferma in sentenza, ad esempio, che «parliamo tranquillamente di nesso di prevenzione, di nesso di rischio, di evitabilità in concreto dell'evento, di causalità della colpa. Queste sintetiche espressioni, con il loro carico di sofisticata teoria, valgono da sole a farci intendere quale importante e sovente intricata sia la connessione tra l'evento illecito e la violazione della prescrizione cautelare». Allo stesso modo, contrariamente a quanto a lungo sostenuto nella stessa giurisprudenza di legittimità, si sostiene che «l'esistenza di una posizione di garanzia non basta di certo, da sola, a fondare l'imputazione, dovendosi esprimere il giudizio di rimprovero personale che concretizza la colpevolezza, tenendo adeguatamente conto dei margini di incertezza connessi all'individuazione dell'area di rischio socialmente accettato».

Se la sentenza in esame per un verso può essere considerata quale ulteriore compimento del processo di vicendevole scambio instauratosi tra dottrina e giurisprudenza, per l'altro può rivelarsi quale punto d'inizio di un proficuo dialogo tra scienza giuridica e scienza medica.

Si tratta di un'apertura favorita, se non imposta, dalla nuova disposizione, il cui principale aspetto innovativo può rivenirsi proprio nell'espressa indicazione di criteri di valutazione medico-legale della condotta sanitaria che vincolano giudice e consulenti tecnici al costante confronto con i parametri di giudizio propri dell'agire medico.

La Cassazione al riguardo, pur rilevando l'incompletezza della nuova disciplina, "che non corrisponde appieno alle istanze maturate nell'ambito del lungo dibattito dottrinale e della vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica", individua i due tratti fondamentali di nuova emersione nella distinzione tra colpa lieve e colpa grave e nella valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico.

Nel merito – in linea con un indirizzo interpretativo già ampiamente consolidato – si ritiene che le linee guida, pur costituendo un sapere scientifico e tecnologico codificato e perciò stesso utile al giudizio, scontano evidenti limiti applicativi, esemplificativamente indicati nella mancanza di cultura scientifica dei giudici, negli interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, nelle negoziazioni informali oppure occulte tra i membri di una comunità scientifica, nella provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche e così via. Accanto a questi limiti "intrinseci" delle linee guida¹⁶, occorre poi considerare il carattere relativo di ogni indicazione di genere, tanto che il rilievo probatorio delle linee guida "è indubbio ma non esaustivo e la loro applicazione non può essere meccanicistica"; per questa ragione la contraddizione insita nel configurare un'ipotesi di *culpa sine culpa*¹⁷ sarebbe solo apparente, in quanto l'osservanza delle linee guida, di per sé, non esclude la responsabilità del medico, che è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano ciascun caso clinico.

Nonostante queste limitazioni applicative, la stessa Cassazione sembra cogliere la già evidenziata possibilità che, attraverso il ricorso al sapere codificato e predeterminato, possa in taluni casi ridursi il *deficit* di tassatività che inevitabilmente caratterizza la colpa ed in particolare la colpa medica¹⁸, là dove si afferma che le linee guida "non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica. Esse, tuttavia hanno a che fare con le forti istanze di determinatezza che permeano la sfera del diritto penale". Questo potenziale di accresciuta tassatività, a fronte del pericolo ben evidenziato nella stessa sentenza per il quale "il giudice prima definisce le prescrizioni o l'area di rischio consentito e poi ne riscontra la possibile violazione, con una innaturale sovrapposizione di ruoli", viene però interamente indirizzato nell'alveo del sapere scientifico, sottolineando che l'attività medica è fortemente orientata dalle acquisizioni teoriche e tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire determinatezza ai doveri del professionista e che possono al contempo guidare le valutazioni del giudice, conferendo "oggettività e concretezza al precetto ed al giudizio di rimprovero personale"¹⁹. Vengono così enucleati una serie di parametri valutativi alla

16. Su pregi e limiti delle linee guida di recente M. CAPUTO, «Filo d'Arianna» o «flauto magico»? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 885 ss.; O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 78 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 6 ss.; P. PIRAS-A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. Canestrari-F. Giunta-R. Guerrini-T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, 2009, Pisa, 289. In giurisprudenza da ultimo, Cass., Sez. IV, 19 settembre 2012, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 191 ss. con nota L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*; in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 277 ss., con nota di G. ROTOLO, *Guidelines e leges artis in ambito medico*.

17. P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012.

18. Si consenta il rinvio a A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 218 ss.

19. A tal fine la Cassazione – citando la felice espressione di Federico Stella – sostiene che «il giudice, consumatore e non produttore di leggi scientifiche e di prescrizioni cautelari, può articolare il giudizio colposo senza surrettizie valutazioni a posteriori, solo attraverso la scienza e la tecnologia, pur dovendosi dare atto della complessità intrinseca di un simile giudizio, che impone l'assunzione di un penetrante ruolo critico che rende il giudice custode del mondo

cui stregua vagliare il grado di affidabilità delle informazioni scientifiche utilizzate nel processo, dovendosi avere riguardo: alla qualificazione professionale ed all'indipendenza di giudizio dell'esperto; agli studi che sorreggono la tesi scientifica; all'ampiezza, alla rigurosità, all'oggettività delle ricerche; al grado di consenso che l'elaborazione teorica raccoglie nella comunità scientifica. Simili valutazioni dovranno inevitabilmente essere veicolate nel processo attraverso gli elaborati peritali, sui quali si staglia con accresciuto vigore il ruolo di *peritus peritorum* del giudice, chiamato a dar conto in motivazione dell'apprezzamento compiuto.

Perplessità sul punto derivano però, non solo dalla connotazione altamente discrezionale di tali parametri e dalla loro provenienza tutta giurisprudenziale (a fronte della generica indicazione normativa riguardante l'esistenza di linee guida e buone pratiche "accreditate scientificamente"), ma soprattutto dal rischio che dietro tali assunti possa celarsi un ritorno al ben noto parametro della *migliore scienza ed esperienza di settore*²⁰, là dove l'opera di selezione scientifica viene interamente affidata alle mani del giudice, senza particolari considerazioni per la realtà operativa in cui il sanitario presta la propria attività professionale, spesso condizionata da carenze di formazione, di mezzi e di strutture²¹.

In taluni casi potrebbe determinarsi quindi una singolare *eterogenesi dei fini*, posto che, da un lato si giungerebbe ad un ulteriore innalzamento della pretesa normativa oggettivamente imposta, avendo come riferimento l'ideale indicazione proveniente dalle linee guida e dal sapere scientifico codificato, non necessariamente coincidente con la "migliore scienza ed esperienza cautelare"²², dall'altro aumenterebbero i margini di discrezionalità interpretativa, nonostante l'asserita maggiore tassatività che si vorrebbe conseguire attraverso l'adozione del metodo scientifico. Le *guidelines* descrivono infatti modelli di condotta ideali che, come tali, non necessariamente coincidono con le regole prasseologiche più diffuse e che, stante la loro sostanziale eterogeneità, possono essere più o meno consolidate, così come limitarsi ad individuare un livello minimo di diligenza richiesta o, al contrario, tendere al raggiungimento dello *standard* cautelare più elevato²³.

Si ritiene quindi che significativi passi in avanti in tema di determinatezza del precepto colposo possano conseguirsi non tanto in riferimento alle linee guida, quanto piuttosto in relazione alle "buone pratiche", soprattutto se diffuse e ampiamente consolidate, mentre ad una restrizione dell'ambito di responsabilità si potrà giungere per lo più attraverso il portato selettivo offerto dalla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, e

scientifico». Sul punto F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 79 ss., riporta un isolato precedente giurisprudenziale in cui già si affermava che il giudice è fruitore e non facitore di regole cautelari, sottolineando la necessità di interpretare le regole cautelari come frutto di un processo di formazione collettivo, di cui si avvale il giudice al pari del cittadino, pena la violazione del principio di legalità e, ancor prima, della soggezione del giudice alla legge.

Di certo il mero utilizzo di tale espressione, di per sé, non garantisce il raggiungimento di una "tipicità forte", che passa sempre attraverso i criteri con cui in concreto si individua la regola cautelare.

20. Si tratta della ben nota tesi proposta da F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, 205 ss., il quale sottolinea anche la necessità di integrare la qualificazione della condotta come incauta secondo la miglior scienza ed esperienza del momento storico con il requisito dell'*attribuibilità in concreto* dell'inosservanza all'agente; in termini simili T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 208. La dottrina maggioritaria preferisce invece ricorrere al parametro dell'agente modello, cfr., per tutti, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 194; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 528 ss. Più di recente, F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2012. In riferimento allo specifico tema delle linee guida O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 78, individua il loro scopo precipuo proprio nel conformare il sapere medico alla migliore scienza ed esperienza codificata nelle linee guida.

21. O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 81-82, così sintetizza efficacemente la questione: «le linee guida devono fissare la cautela sulla base di un'ipotetica potenzialità illimitata, alla stregua di un modello astratto scientificamente evoluto e tecnologicamente illimitato di agente oppure calibrare la doverosità del prevedere ed evitare sulla disponibilità materiale di risorse economiche, secondo un giudizio di concreta inverabilità? Questo il terreno accidentato su cui (anche) l'interprete si muove».

22. In questi termini F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 90, il quale sottolinea al riguardo che «le cautele sono regole di condotta, che presuppongono scienza ed esperienza senza identificarsi con esse. Detto con parole diverse: la causalità è scienza e conoscenza; non è ancora regola di condotta, perché manca di per sé della dimensione applicativa e deontica».

23. A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 63.

limitatamente alla (fin troppo) residuale ipotesi di “osservanza colpevole”²⁴. Sullo sfondo resta però il mutamento di prospettiva impresso dalla norma²⁵, che impone un costante confronto dialettico tra sapere scientifico e fattispecie concreta, e la sottostante indicazione di valore per cui, in ipotesi di osservanza degli strumenti di codificazione del sapere medico scientificamente accreditati, l’affermazione di responsabilità andrà di norma esclusa anche laddove, nell’interpretazione del contenuto di linee guida e prassi, si registri la compresenza di valutazioni medico-scientifiche e di valutazioni volte ad una ragionevole ottimizzazione delle risorse²⁶. Di contro l’esplicita indicazione normativa di tali parametri inevitabilmente implica un duplice rischio, da un lato di presumere la colpa del medico che non abbia osservato linee guida o buone pratiche (con l’evidente pregiudizio del principio di liberà di cura), dall’altro che il sapere codificato funga paradossalmente da comodo strumento di diffusione di ulteriori prassi difensive²⁷.

4

LA TASSATIVITÀ DEL PRECETTO COLPOSO: UNA CHIMERA RIMESSA ALLE BUONE PRATICHE?

Il legislatore della riforma conferisce il medesimo rilievo alle *guidelines* ed alle buone pratiche, ma la Cassazione – anche in considerazione del caso di specie – dedica solo un rapido cenno a queste ultime, limitandosi ad evidenziare la loro eterogeneità con le linee guida che, “a differenza dei protocolli e delle *checklist*, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti”. A ciò si aggiunge che le linee guida accreditate operano come direttive scientifiche per l’esercente le professioni sanitarie e “tale disciplina, naturalmente, trova il suo terreno d’elezione nell’ambito dell’imperizia”.

In considerazione delle esigenze di determinatezza del tipo colposo, ed in relazione alla corretta individuazione del campo di applicazione entro cui discernere tra colpa lieve e colpa grave, preme qui rimarcare ulteriormente le differenze sostanziali che intercorrono tra i due strumenti di codificazione del sapere medico. In particolare le “buone pratiche” o *standards* – cresciute all’ombra delle ben più celebrate linee guida – si esprimono per lo più in forma di protocolli, schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico che descrivono le procedure alle quali l’operatore sanitario deve strettamente attenersi in una situazione specifica²⁸. Da questa peculiarità strutturale discende la tendenziale tassatività della loro applicazione, posto che solo il corretto e sistematico adempimento della sequenza comportamentale indicata garantisce l’operatore dal rischio del verificarsi di esiti avversi. Occorre inoltre sottolineare che in relazione alle buone pratiche non di rado vengono in considerazione regole procedurali volte in primo luogo ad evitare che l’evento lesivo si verifichi a causa di *negligenza* o *impudenza*, basti pensare alla diffusione delle cd. *checklist*, per cui, almeno in riferimento ad esse, e contrariamente a quanto generalmente sostenuto, l’indagine imposta

24. Per un’analisi del ben più articolato progetto normativo elaborato dal Centro Studi Federico Stella, e per la definizione di colpa grave ivi contenuta, si consenta un rinvio ad A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, 395 ss.

25. D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013, sottolinea che la nuova norma, nonostante i suoi difetti, merita d’essere difesa «in particolare contro l’attacco più radicale che si oppone al ritirarsi del diritto penale rispetto ad altre forme di tutela, identificando *tout court* con il diritto penale la tutela dei diritti della persona».

26. Cfr. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 205, il sottolinea che «un bilanciamento costi-benefici nel campo della sanità, là dove non sia perseguita da protocolli *standard*, finisce comunque per imporsi sugli operatori anche in ragione di tacite raccomandazioni degli organi amministrativi». Più di recente, la particolarissima tensione tra ideale e reale sottesa alle linee guida è ben evidenziata da F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 82-83, e da L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., 197-198. In giurisprudenza si consideri il precedente costituito da Cass., Sez. IV, 23 novembre 2010, Grassini, in *Cass. pen.*, 2012, 542 ss., con nota di T. CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle «linee guida» e responsabilità penale del medico* e di G. MARRA, *L’inosservanza delle cd. «linee guida» non esclude di per sé la colpa del medico*, in cui il medico addetto alle cure *post-operatorie*, conformemente alle indicazioni provenienti dalle linee guida in ipotesi di stabilizzazione del quadro clinico, aveva deciso di dimettere un paziente ricoverato d’urgenza per un infarto al miocardio e per un edema polmonare acuto; in seguito alla dimissione il medesimo paziente, colto da insufficienza respiratoria, era deceduto.

27. In merito cfr. G. ROTOLO, *Guidelines e leges artis in ambito medico*, cit., 292 ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., 203.

28. Per un’approfondita analisi del fenomeno, anche in un’ottica comparatistica, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 10 ss.; M. CAPUTO, «*Filo d’Arianna*» o «*flauto magico*?», cit., 26 ss.

dall'intervento di riforma non può considerarsi circoscritta al profilo dell'imperizia²⁹.

La dottrina fa riferimento, al riguardo, al concetto di *colpa protocollare o procedurale*, legato alla tendenza alla procedimentalizzazione della prevenzione dell'esito avverso³⁰, posto che il carattere imperativo delle buone pratiche facilita il raggiungimento di un giudizio di tendenziale coincidenza tra le regole di condotta ivi indicate e le regole precauzionali che possono essere poste a fondamento dell'imputazione colposa³¹, anche in considerazione della loro portata spiccatamente cautelare e per lo più scevra di profili attinenti ad esigenze diverse, quali il contenimento dei costi e l'ottimizzazione delle risorse³².

In relazione alle buone pratiche inoltre, anche il requisito del *riconoscimento scientifico* va opportunamente modellato, venendo in considerazione indicazioni comportamentali che derivano dall'osservazione della prassi e che si strutturano sull'opportunità di prevenire i cd. eventi sentinella³³ e, con essi, i singoli esiti avversi. Al riguardo si consideri che il Ministero della salute ha istituito presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali l'Osservatorio buone pratiche per la sicurezza del paziente, la cui funzione consiste nel favorire il trasferimento delle esperienze facilitando l'accesso alle informazioni, sostenendo lo scambio di conoscenze e promuovendo l'integrazione tra le Regioni, le Organizzazioni Sanitarie e i professionisti³⁴. Ad oggi l'Osservatorio buone pratiche ha approvato e pubblicato tredici raccomandazioni che, stante l'esplicito riconoscimento ricevuto, assumono particolare rilievo e ricomprendono, in via esemplificativa, la prevenzione della ritenzione di garze, strumenti o altro materiale all'interno del sito chirurgico, la prevenzione del suicidio del paziente in ospedale, il corretto utilizzo delle soluzioni concentrate di cloruro di potassio – KCL – e altre soluzioni contenenti potassio, la prevenzione della morte materna correlata al travaglio e/o parto etc.

Orbene, stante l'espresso richiamo della nuova normativa al concetto di buone pratiche, gli operatori del diritto sono ora tenuti a confrontarsi con tali indicazioni che, sebbene non strettamente vincolanti e ad applicazione variabile (in quanto inevitabilmente legata alle risorse disponibili), contribuiscono alla corretta individuazione del dovere cautelare su cui si edifica il tipo colposo, aumentando il suo tasso di determinatezza³⁵. In particolare le *checklist*, attraverso la ripetizione di prassi virtuose, agevolano l'adeguamento alla pretesa normativa e l'effettiva fruizione delle regole cautelari, mutuando quella logica funzionale (e non accusatoria) sottesa ad un approccio di sistema volto a comprendere le cause ed i fattori organizzativi di un determinato evento, per evitare che si ripeta in seguito³⁶.

29. Oltre a quanto affermato nella sentenza in esame, cfr. L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica*, cit., 203; G. LADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la cd. legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 549 ss.; P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit.; Tale posizione, da un lato sembra risentire di un'attenzione rivolta esclusivamente alle linee guida, dall'altro risulta "storicamente condizionata" dalla ben nota sentenza n. 166 del 1973 della Corte Costituzionale relativa all'art. 2236 c.c.

30. Per tutti D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 305 ss.; nello specifico settore medico L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in A. Belvedere-S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 977 ss.

31. In questa direzione F. GIUNTA, *Medico (responsabilità penale del)*, in F. Giunta (a cura di), *Dizionari sistematici di diritto penale*, Milano, 2008, 881. Più di recente lo stesso F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 81-83.

32. F. GIUNTA, *Medico (responsabilità penale del)*, cit., 881, rileva che «le linee guida, al di là della variabilità dei nominalismi, vanno distinte dai protocolli: le prime infatti hanno valore tendenziale, mentre i secondi sono ben più precisi e vincolanti. Ne consegue che un autentico contrasto di regole cautelari si può delineare solo tra norme prasseologiche e regole protocollari, in quanto dotate entrambe di sufficiente determinatezza».

33. Definiti nel glossario del documento "*La sicurezza dei pazienti e la gestione del rischio clinico*", redatto dal Ministero della Salute nel 2006: «eventi avversi di particolare gravità, potenzialmente indicativi di un serio malfunzionamento del sistema, che possono comportare morte o grave danno al paziente e che determinano una perdita di fiducia nei cittadini nei confronti del servizio sanitario».

34. Dal sito www.agenas.it si evince che l'attività di monitoraggio per la prevenzione degli eventi sentinella rientra tra le attività dell'Osservatorio Buone Pratiche per la Sicurezza dei Pazienti e lo strumento su cui si fonda il sistema di monitoraggio è una *checklist* di valutazione del livello di implementazione di ciascuna raccomandazione. Al fine di consentire l'autovalutazione da parte delle organizzazioni sanitarie e supportare le stesse nell'implementazione delle raccomandazioni, vengono rese disponibili, al termine del percorso di valutazione, le *checklist* costruite sui contenuti delle raccomandazioni. Queste sono da considerarsi quali guide funzionali a supportare l'implementazione delle raccomandazioni e strumento di autovalutazione finalizzata al miglioramento. I contenuti delle *checklist* sono stati sviluppati dall'Agenas, sottoposti a validazione da parte di esperti del settore e condivisi con il Ministero della salute e con le Regioni.

35. Perplexità in merito sono invece espresse da O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., 89, secondo cui, anche in riferimento alle buone pratiche, verrebbero in rilievo i limiti applicativi caratterizzanti le linee-guida.

36. Così G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 107 ss.

Attraverso il parametro valutativo costituito dalle buone pratiche si può giungere ad un'opportuna restrizione degli obblighi di diligenza soprattutto in riferimento alle fattispecie in cui vengono in considerazione i profili relazionali della colpa e gli *obblighi cautelari di natura secondaria* (di vigilanza o controllo)³⁷, come nei numerosi casi riconducibili alla cd. derelizione di oggetti, che per la giurisprudenza costituiscono ipotesi di colpa macroscopica del tutto inidonee a fondare il legittimo affidamento circa la correttezza dell'operato altrui³⁸.

In realtà il carattere proteiforme delle situazioni prospettabili e le esigenze sottese al fenomeno della divisione del lavoro impongono una più attenta analisi, potendosi affermare che, in assenza di indicazioni sul punto da parte del legislatore, risultano prospettabili almeno tre soluzioni interpretative: attribuzione della responsabilità per l'esito avverso a tutti i membri dell'*équipe* chirurgica, in considerazione della posizione di garanzia ricoperta nei confronti del paziente e dell'agevole rilevabilità di un eventuale errore nella cd. conta dei ferri; attribuzione della responsabilità al solo medico che materialmente ha lasciato l'oggetto nelle viscere del paziente, senza recuperarlo dopo l'uso; attribuzione della responsabilità in via esclusiva al sanitario a cui è stata affidato in concreto il compito della conta dei ferri. Inoltre, laddove si ritenga che il giudizio di responsabilità non debba coinvolgere l'intera *équipe* operatoria, ma i singoli operatori, occorre stabilire se sussista o meno di una responsabilità per omesso controllo a carico del chirurgo capo *équipe*, dovendosi valutare altresì se al medico in posizione apicale spetti soltanto il compito di assicurarsi che la conta dei ferri sia stata effettuata o se, viceversa, debba personalmente provvedere ad un ulteriore conteggio.

Secondo attenta dottrina in simili casi la responsabilità non dovrebbe ricadere sul sanitario che materialmente ha lasciato l'oggetto nel corpo del paziente, bensì su chi ha omesso di contare i ferri (di regola il cd. ferrista), secondo una prassi cautelare che tollera la provvisoria derelizione durante la fase operatoria e che rimette lo svolgimento di detto compito al termine dell'intervento chirurgico: "poiché sarebbe illogico richiedere che i pezzi siano materialmente contati più volte da tutti i partecipanti, sono gli assistenti o il ferrista a provvedervi nella prassi, residuando tutt'al più in capo al chirurgo il dovere di controllare che la conta sia stata fatta, non già l'obbligo di ripeterla"³⁹.

Nella prassi giudiziaria invece prevale da ultimo un atteggiamento molto rigoroso che finisce per coinvolgere tutti i membri dell'*équipe* operatoria, in evidente contrasto con il ruolo che il principio di affidamento svolge nell'ambito dell'imputazione colposa e con la funzione ad esso sottesa⁴⁰.

La raccomandazione pubblicata in materia dall'Osservatorio buone pratiche, prevede una dettagliata procedura per il conteggio sistematico dei materiali chirurgici e per il controllo della loro integrità. In particolare il conteggio deve essere effettuato nelle seguenti fasi: prima di iniziare l'intervento (conto iniziale); durante l'intervento chirurgico, prima di chiudere una cavità all'interno di un'altra cavità; prima di chiudere la ferita; alla chiusura della cute o al termine della procedura; al momento dell'eventuale cambio dell'infermiere o chirurgo responsabile dell'*équipe*. Oltre a ciò, ed al di là delle indicazioni riguardanti le modalità della procedura di conteggio (a voce alta, da due operatori contemporaneamente etc.), riveste particolare rilevanza l'*indicazione dei soggetti deputati a tale conteggio*, così individuati: "il conteggio e il controllo dell'integrità

37. Per tutti, L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 821 ss.

38. Al riguardo cfr. G. IADECOLA-M. BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Milano, 2009, 120, secondo cui occorre prescindere da valutazioni aprioristiche, per valutare di volta in volta le caratteristiche peculiari del singolo caso concreto, accertando, ad esempio, se si sia trattato di "dimenticanza" vera e propria dell'oggetto da parte del chirurgo, o se invece si sia verificato uno "smarrimento" dell'oggetto medesimo, intendendo tale termine significare un accadimento fortuito, e che perciò non coinvolge la responsabilità dell'operatore.

39. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 176-177.

40. Per i necessari rimandi giurisprudenziali si consenta un rinvio ad A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 285 ss.

dello strumentario deve essere effettuato dal personale infermieristico (strumentista, infermiere di sala) o da operatori di supporto, preposti all'attività di conteggio. Il chirurgo verifica che il conteggio sia stato eseguito e che il totale di garze utilizzate e rimanenti corrisponda a quello delle garze ricevute prima e durante l'intervento".

Ne consegue che, valorizzando tali raccomandazioni alla luce del nuovo dato normativo, alla giurisprudenza non sarà più consentito estendere a tutti i sanitari la responsabilità per l'eventuale esito avverso sulla scorta di un indeterminato dovere secondario di controllo, dovendosi al contrario ripartire gli obblighi cautelari in virtù delle indicazioni provenienti dalle buone pratiche accreditate, in modo da consentire al singolo operatore di conoscere in anticipo le regole cautelari di cui è destinatario⁴¹. Per tale via è possibile addivenire ad un ragionevole compromesso tra le istanze di chi ricostruisce il contenuto dei doveri cautelari rimettendosi interamente al modello teorico dell'agente modello, particolarmente aleatorio proprio in riferimento alle attività plurisoggettive, e quanti invece ritengono centrale il ruolo delle regole prasseologiche, senza considerare il possibile scarto tra queste ultime ed il livello di tutela richiesto dall'ordinamento; si restituisce inoltre effettività al principio di affidamento che, con le sue regole ed eccezioni, ben si presta anche a ricomprendere i casi in cui l'altrui comportamento si riveli chiaramente colposo⁴². A ciò si aggiunga che il fine ultimo della tutela dei beni vita-integrità fisica del paziente viene di certo meglio garantito dall'effettiva diffusione di uno stringente e collaudato protocollo applicativo⁴³, atto a prevenire la componente ineliminabile dell'errore umano mediante una serie di adempimenti tra loro funzionali ed interdipendenti⁴⁴, anziché attraverso l'indebito innalzamento del piano cautelare che, esasperando il contenzioso, contribuisce in maniera decisiva alla diffusione di prassi difensive.

In ultimo si consideri però che questo potenziale di accresciuta tassatività si riduce allorché le raccomandazioni attengano a situazioni caratterizzate da maggiore complessità, quali ad esempio la prevenzione del rischio suicidio, in cui, tra l'altro, le buone prassi sono chiamate ad interagire con le indicazioni provenienti dalle linee guida. In tali evenienze, non solo le cautele indicate sono da considerare per lo più "improprie"⁴⁵, in quanto funzionali alla riduzione del rischio e non alla sua certa neutralizzazione, ma soprattutto risultano chiaramente condizionate dai mezzi operativi a disposizione dei singoli e dagli investimenti sulla loro formazione specifica⁴⁶, per cui trova ulteriore conferma la centralità del tema delle *carenze di struttura e di organizzazione*⁴⁷.

41. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 305 ss., opportunamente rileva però che la colpa cd. protocollare, da una parte ha il pregio di consentire una limitazione predeterminata di rischi qualificati e sperimentati nell'ambito di un'affidabile cornice nomologica o esperienziale, dall'altra sconta il pericolo di facili automatismi improntati alla logica del *versari in re illicita*.

42. Limitandoci ai lavori più recenti in tema di colpa medica, G. A. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012; A. MASSARO, *Principio di affidamento e obbligo di vigilanza sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. pen.*, 2011, 3861.

43. Al riguardo anche i sanitari, acquisendo maggior consapevolezza della percentuale di fallibilità insita in qualsiasi attività, dovrebbero superare il pregiudizio per il quale le *checklist* «evocano l'idea di burocratizzazione dell'attività medica, che tradizionalmente ruota attorno al concetto di autonomia, piuttosto che di disciplina». In questi termini, citando Gawande, O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., 88.

44. Sul punto G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, cit., 103 ss., sottolinea come «la valorizzazione dei protocolli e delle c.d. *checklist* sia una sorta di compensazione e surrogazione, attraverso la ripetizione di prassi virtuose, della modesta capacità di richiamo emozionale ed assiologico che caratterizza certe prescrizioni, specialmente di natura tecnica e tali da esigere per lo più risposte rapide e automatiche»; M. CAPUTO, *"Agente modello" e responsabilità per colpa in ambito sanitario*, Milano, 2012, 96 ss., pone in rilievo in particolare le cd. *non-technical skills*, abilità cognitive e di relazione, individuali e di gruppo, che secondo le più aggiornate indagini empiriche svolgono un essenziale ruolo preventivo.

45. Secondo la bene nota distinzione proposta da P. VENEZIANI, *Regole "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose casualmente orientate*, Milano, 2003, 39 ss.

46. Nella Raccomandazione pubblicata dall'Osservatorio si legge esplicitamente che: «è opportuno che l'ospedale, nel rispetto della dignità della persona, disponga, rispettando le priorità e i limiti di spesa, di: dispositivi di sicurezza, quali serrature di sicurezza, video a circuito chiuso, allarmi, ringhiere; infissi di sicurezza, ove possibile, assicurandone una manutenzione adeguata (con particolare riguardo ai punti luce/finestre dei piani alti); strutture ed attrezzature (ad esempio, docce e cabine docce) che non suggeriscano usi impropri; misure che impediscano alla persona a rischio di accedere a mezzi per togliersi la vita (ad esempio, oggetti taglienti, cinture, corde, farmaci)».

47. Per una trattazione specifica del tema cfr. A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 330 ss.

6

LA DISTINZIONE TRA COLPA LIEVE
E COLPA GRAVE: UN POSSIBILE
PUNTO
DI (RI)PARTENZA PER
L'ACCOGLIMENTO DI VALUTAZIONI
PERSONALISTICHE E
SITUAZIONALI

Il cuore della sentenza in commento è indubbiamente costituito dalle valutazioni formulate in merito alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave e ciò in considerazione dell'assenza di indicazioni da parte del legislatore, che ha inteso rimettere per intero all'interpretazione giurisprudenziale l'individuazione di criteri di giudizio atti a discernere la rilevanza penale o meno del fatto, con l'evidente vizio di indeterminatezza già denunciato⁴⁸ e prontamente rimesso al vaglio della Corte Costituzionale⁴⁹. Prima di procedere all'analisi dei parametri indicati dalla Cassazione è bene però ricordare che tale distinzione viene in considerazione solo laddove vi sia una linea guida o una prassi pertinente al caso di specie, nonchè a condizione che questa sia ritenuta dal giudice scientificamente accreditata e che l'esercente la professione sanitaria l'abbia osservata. Come si vede uno spazio applicativo particolarmente angusto, che si snoda mediante due requisiti da accertare caso per caso e con non poche difficoltà probatorie: un primo esplicito, rappresentato dall'esistenza o meno di una linea guida o di una prassi ritenuta conforme al parametro della migliore scienza ed esperienza; un secondo implicito, costituito dalla necessità di disattendere quell'indicazione scientificamente accreditata a fronte delle peculiarità del singolo caso.

Esclusivamente a fronte del positivo accertamento di entrambi i requisiti in questione la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, e con essa l'eventuale restrizione della sfera di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, potrà essere considerata effettivamente rilevante. Ne deriva ulteriormente che l'ingresso nel giudizio delle valutazioni situazionali e/o personalistiche per il tramite della "colpa non lieve" appare significativo per un verso, ma oltremodo riduttivo per l'altro, posto che tali valutazioni dovrebbero sempre presiedere al giudizio sulla responsabilità colposa⁵⁰.

Entrando nel merito della distinzione, la Cassazione a ragione ritiene di trovarsi di fronte ad una "sfumata zona grigia" e dunque orienta l'indagine in primo luogo alle acquisizioni già consolidate in tema di gravità della colpa, con particolare riguardo al giudizio imposto dall'art. 133 c.p., anche se di per sé privo di specifiche indicazioni, ed al combinato disposto degli artt. 43 e 61 n. 3 c.p., che configurano "la colpa cosciente come un grado particolare e non come una autonoma figura di colpa". Trovano menzione quindi i criteri enucleati a tal fine dalla prevalente dottrina, con particolare riferimento alla misura della divergenza tra condotta effettivamente tenuta e condotta normativamente imposta, al profilo soggettivo che riguarda l'agente concreto e che è costituito dal *quantum* di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari, alla considerazione della "motivazione della condotta" ed alla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell'evento. Dati questi parametri al giudice spetterebbe una "ponderazione comparativa di tali fattori, secondo un criterio di equivalenza o prevalenza non dissimile da quello che viene compiuto in tema di concorso di circostanze", valutazione che la stessa Cassazione, con lucida consapevolezza, definisce "altamente discrezionale".

In merito non v'è chi non veda, da un lato il rischio che il giudice si erga ad improprio Demiurgo in grado, mediante il suo imperscrutabile scrutinio, di trasformare gli indici quantitativi (relativi al *quantum* della pena) in indici qualitativi (relativi all'*an* della pena), dall'altro la difficile compatibilità tra la valutazione di tali parametri ed i requisiti a cui è subordinata la stessa valutazione. Come si è già avuto modo di accennare, occorre infatti che si verifichi una situazione per cui il medico si sia attenuto a

48. Sul punto in particolare G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa"*, cit., 121 ss. Si consenta inoltre il rinvio ad A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, cit., 225.

49. Trib. Milano, Sez. IX, 21.3.13, Giud. Giordano, imp. Andreata e altri, con nota di M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" a giudizio della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013. Puntuali annotazioni sull'eccezione di incostituzionalità sollevata dal tribunale di Milano in D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013, che sottolinea «il nucleo assiologico dell'approccio del Tribunale: una valutazione negativa della nuova norma in quanto restrizione della tutela penale: di per sé censurabile indipendentemente dagli asseriti difetti tecnici del modo in cui è stata articolata».

50. Cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 469 ss.

linee guida e prassi scientificamente accreditate e riconosciute, nonché pertinenti almeno in astratto al caso di specie, ma che in concreto avrebbe dovuto disattendere; a fronte di ciò la necessità di operare in maniera difforme rispetto alle indicazioni scientifiche dovrebbe altresì configurare una colpa “non lieve”, da valutare in riferimento al concorrere di aleatori parametri quantitativi o situazionali. Nello specifico, afferma la Cassazione “quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all’agire appropriato definite dalle standardizzate regole di azione... apprezzamento basato sulle conoscenze scientifiche ed al contempo marcatamente focalizzato sulle particolarità del caso concreto”. Trattandosi di situazioni in cui si richiede al medico di discostarsi dalle indicazioni di genere provenienti dal sapere scientifico consolidato, non resta che adottare quale base del giudizio un agente modello sempre più immaginifico e sempre meno aderente alla realtà, e più precisamente, a parere della sentenza in commento, “il comportamento dell’agente modello laddove risulti necessario disattendere le indicazioni scientifiche o esperienziali accreditate ed invalse⁵¹”; come si vede un paradigma deontico del tutto sganciato dal quadro nomologico di riferimento ed interamente forgiato dalla testa del giudicante, tanto che la pena finisce inevitabilmente per ammantarsi di un’impropria funzione morale e pedagogica⁵².

Simili contraddizioni però non possono essere poste ad esclusivo carico dell’interprete, costretto a confrontarsi con il dato testuale, ma chiamano in causa direttamente le modalità attraverso cui è stata formulata la disposizione e le contingenze che ne hanno condizionato il contenuto⁵³. Un timido spiraglio di luce, nei tortuosi percorsi che caratterizzano la disposizione in questione, si intravede nella possibilità che, attraverso l’introduzione del requisito della colpa grave, si favorisca un ingresso alle valutazioni soggettive⁵⁴, usualmente neglette in giurisprudenza, là dove la stessa Cassazione afferma che “oltre a doversi valutare la complessità, l’oscurità del quadro patologico etc., occorre considerare la situazione nella quale il terapeuta si trova ad operare: l’urgenza e l’assenza di presidi adeguati, come si è esposto, rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli *standard*”.

In realtà si tratta di valutazioni imposte dal rispetto del principio di colpevolezza o comunque sottese alla ricostruzione di una tipicità connotata soggettivamente, a prescindere dalla necessità di discernere le ipotesi di colpa lieve da quelle di colpa grave, come comprovato d’altronde dalla più recente giurisprudenza, che era già arrivata a conferire una qualche rilevanza a tali elementi, seppure attraverso una non proprio lineare interpretazione dell’art. 2236 c.c. quale “*massima di esperienza*”⁵⁵.

Non resta quindi che constatare l’attuale distanza che intercorre tra la dottrina e la

51. In particolare si afferma che «gli strumenti concettuali per muoversi su tale terreno sono quelli della tradizione. Invero non si potrà mancare di individuare le caratteristiche dell’atto medico, la sua complessità; e di definire la figura di professionista, l’agente modello cioè, adeguatamente qualificato per gestire lo specifico rischio terapeutico; e di comprendere se l’agente concreto si sia altamente discostato dallo *standard* di qualità dell’agire terapeutico che il professionista archetipo esprime regolarmente».

52. F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 75, rileva che «non c’è modo di incarnare la figura dell’agente modello, di fare uomo questa idealità; essa resta astratta, inconoscibile *ex ante*, non consultabile: la sua dimensione deontica ha una superba e irrinunciabile funzione pedagogica».

53. A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, cit., 216 ss.

54. D. CASTRINUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 200 ss., secondo cui «la colpa grave può rivelarsi dunque un “grimaldello” per accedere dal livello del fatto illecito – “soggettivamente” connotato da una colpa spesso tutta “oggettiva” – al piano superiore della colpevolezza, concretizzando e individualizzando il giudizio di responsabilità». In termini simili, in riferimento alla possibile applicazione dell’art. 2236 c.c., l’estensore della sentenza in commento R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 324 ss., «attraverso il concetto di colpa grave rivisitato in chiave logica si rinviene lo strumento concettuale, il *topos* per far entrare il profilo più squisitamente soggettivo della colpa nel giudizio di responsabilità».

55. In particolare si sostiene che l’art. 2236 c.c. potrebbe trovare riscontro anche in ambito penale, non per effetto di diretta applicazione, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l’addebito di imperizia. Cfr. Cass., Sez. IV, 5 aprile 2011, Montalto; Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, Di Lella; Cass., Sez. IV, 21 giugno 2007, Buggè. F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 90, sottolinea il possibile «impiego del giudizio di colpevolezza come spazio di manovra di una benevolenza giudiziaria eventualmente correttiva dell’abnorme ampliamento della pretesa cautelare».

giurisprudenza da una parte, che nonostante i diversi ruoli ed i diversi approcci hanno comunque provato ad intraprendere un proficuo interscambio, ed il legislatore dall'altra, sempre più condizionato da logiche estemporanee e dall'assenza di politiche di ampio respiro. Un'ulteriore riprova di ciò può essere agevolmente rinvenuta laddove si passi in ultimo a considerare, anche alla luce della riforma in esame, il decisivo ruolo e le evidenti contraddizioni di un'indiscussa protagonista che sempre si staglia sul fronte della responsabilità per colpa medica: la prescrizione del reato⁵⁶.

Una volta ritenuta sussistente la *parziale abolizione* delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti la professione sanitaria, nel caso in cui il sanitario medesimo si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche scientificamente accreditate, è sin troppo agevole prevedere l'oblio della prescrizione quantomeno per i casi di annullamento con rinvio volti a riconsiderare il fatto, per poi stabilire se lo stesso si collochi nella sotto-fattispecie abrogata o in quella ancora vigente, nonché per determinare la sussistenza o meno di una colpa lieve.

Al di là delle contingenze determinatesi in virtù dei profili intertemporali conseguenti alla riforma però, preme sottolineare che la complessa indagine imposta dal legislatore determinerà inevitabilmente un significativo impatto sui tempi del processo, dovendosi, per rimanere alle parole utilizzate dalla Suprema Corte, "comprendere se la gestione di quello specifico rischio sia governata da linee guida specificate, se il professionista si sia ad esse attenuto, se infine, nonostante tale complessivo ossequio ai suggerimenti accreditati, vi sia stato alcun errore e, nell'affermativa, se esso sia rimarchevole o meno". Ciò porta anche ad escludere la possibilità che l'intervenuta riforma possa svolgere una funzione deflattiva e/o selettiva dell'enorme contenzioso che coinvolge l'attività sanitaria, posto che solo all'esito del giudizio potrà stabilirsi se nella fattispecie vi sia stata o meno colpa lieve.

Questa accresciuta complessità del giudizio va anche raffrontata con gli interventi di riforma che hanno modificato sensibilmente la sfera applicativa delle fattispecie colpose, operando in particolare sui termini di prescrizione. Si consideri al riguardo la l. 5 dicembre 2005 n. 251⁵⁷, che ha raddoppiato il tempo necessario a prescrivere in relazione ad alcune specifiche ipotesi di reato, ovvero in riferimento ai delitti di cui agli articoli 449 e 589, secondo, terzo e quarto comma⁵⁸, c.p. (oltre che in relazione ai reati di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.), senza includere in tale ambito le fattispecie non circostanziate riconducibili all'art. 589, comma 1, c.p.; in tal modo fruiscono del regime speciale le ipotesi di colpa specifica, dove per lo meno la regola cautelare è più facilmente reperibile, mentre rimangono escluse le ipotesi di colpa generica, da sempre esposte alla falce della prescrizione⁵⁹. Inoltre i livelli edittali riferibili alla

56. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 189 ss., sottolinea efficacemente come la prescrizione del reato colposo costituisca una *grave minaccia alla precisione contenutistica della regola cautelare*, stante l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di una causa estintiva del reato, il giudice deve pronunciare l'assoluzione nel merito solo nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto emergano dagli atti in modo assolutamente incontestabile; D. CASTRINUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 1596, fa riferimento ad esiti di "bagatellizzazione processuale".

57. In merito R. BRICCHETTI, *Un nuovo criterio fissa la gravità dei reati*, in *Guida al diritto*, 2006, Dossier n. 1, 67; D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in F. Giunta (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 246 ss.; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al dir.*, 2006, Dossier n. 1, 34 ss.. Si consenta inoltre il rinvio ad A. ROJATI, *I limiti applicativi della colpa penale e la riforma introdotta dalla L. 5 dicembre 2005 n. 251: verso l'adozione di regimi sanzionatori differenziati?*, in *Riv. pen.*, 2006, 617.

58. Occorre considerare anche la successiva legge 24 luglio 2008 n. 125 che ha convertito, con modifiche, il decreto-legge 23 maggio 2008 n. 92, e che all'art. 1 racchiude le innovazioni apportate al codice penale, a partire dal comma 2 dell'art. 589 c.p., il cui livello edittale è stato innalzato *da cinque a sette anni di reclusione* (rispetto ai sei previsti dal d.l. ed ai cinque originariamente previsti dalla norma). E' stata inoltre introdotta una nuova *circostanza aggravante ad effetto speciale* per l'ipotesi in cui il fatto sia stato commesso, con violazione delle norme sulla circolazione stradale, da un soggetto in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope e, nel caso di morte di più persone o di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone, la soglia massima per il relativo aumento di pena è stata innalzata da dodici a quindici anni di reclusione.

59. Così D. MICHELETTI, *op. ult. cit.*, 250.

responsabilità medica sono rimasti invariati ed il termine di prescrizione ordinario è stato ulteriormente ridotto, contrariamente a quanto previsto per le fattispecie verificatesi in violazione delle norme sulla circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro⁶⁰.

Orbene, manipolando in maniera tanto difforme il regime di prescrizione, si è inteso configurare veri e propri *settori di colpa differenziati*, non potendo disconoscersi né il rapporto di mutua implicazione esistente tra diritto sostanziale e disciplina processuale, né il ruolo decisivo che la prescrizione svolge nella prassi giudiziaria⁶¹. La risposta sanzionatoria viaggia così su percorsi tra loro eterogenei, posto che la violazione delle norme sulla circolazione stradale o di quelle sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro spinge il reo verso il percorso carcerario, mentre le ipotesi non circostanziate rimangono nel limbo di una ineffettività prossima alla depenalizzazione di fatto, tanto che, in riferimento alla responsabilità medica, la pena tende ad essere strumentalizzata a fini eticizzanti⁶² e/o meramente risarcitori⁶³. L'acclarata mancanza di efficacia del sistema punitivo⁶⁴, in altri termini, consente di controbilanciare la tendenza a soddisfare la prospettiva vittimologica, per cui il diritto penale finisce per invertire impropriamente i termini della sussidiarietà.

Al riguardo, l'intervenuta riforma non sembra di certo in grado di correggere le distorsioni insite nel complessivo sistema sanzionatorio, potendosi al più salutare con favore l'eventualità che, attraverso di essa, possa aprirsi un proficuo percorso dialogico tra scienza medica e scienza giuridica e possano trovare maggiore considerazione gli elementi che attengono al giudizio individualizzante ed alle caratteristiche peculiari della situazione data (caratteristiche personali del soggetto agente, urgenza dell'intervento, concitazione, assenza di presidi adeguati, carenza di personale etc.).

Simili giudizi però non dovrebbero essere ridotti al momento – tutto eventuale – in cui il giudice è chiamato a discernere tra colpa lieve e colpa grave, posto che il principio di colpevolezza richiede – sempre – il rispetto della dignità della persona come limite invalicabile all'intervento punitivo statale⁶⁵.

60. A ciò si aggiunga che la casistica più ricorrente nella prassi giudiziaria è condizionata dalla presenza di fatti interruttivi del corso della prescrizione, ed al riguardo la novella legislativa stabilisce che, salvo le eccezioni espressamente previste, «in nessun caso i termini stabiliti possono essere prolungati di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere».

61. In particolare, in riferimento all'omicidio colposo, si delineano tre diversi livelli di operatività e la responsabilità medica si colloca *al gradino più basso*, al pari di tutte le ipotesi non circostanziate. *Il livello intermedio* comprende invece gli eventi verificatisi in violazione delle norme sulla circolazione stradale o per la sicurezza del lavoro e si caratterizza per: margini edittali più alti, sia nel minimo che nel massimo; un termine di prescrizione pari al doppio di quello previsto per l'ipotesi base; l'esistenza di fattispecie contravvenzionali di mera condotta che anticipano la soglia di rilevanza penale al pericolo. *Al livello più alto* si colloca il delitto colposo commesso dal guidatore in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, la cui pena è raddoppiata nel massimo rispetto alle ipotesi non circostanziate e aumentata nel minimo da sei mesi a tre anni, con l'evidente intento di precludere al giudice la possibilità di accordare benefici e misure alternative.

62. D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, t.i. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004.

63. Cfr. O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., 63. Da ultimo, per un tentativo di svincolare la responsabilità penale da quella civile, cfr. A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., 233 ss.

64. Già F. SUGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 90, sottolineava come tutto è controbilanciato ed attutito dalla scomparsa del principio di indefettibilità della pena, tanto che il diritto penale è ridotto ad una sorta di mimica inoffensiva.

65. Cfr. H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 622 ss.