

# Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni

## SOMMARIO

1. LA GENESI DELLA NUOVA NORMA: DIRITTO PENALE E MEDICINA, UNA DIFFICILE CONVIVENZA – 2. UN PRIMO PROBLEMA INTERPRETATIVO: LE LINEE GUIDA E LE BUONE PRATICHE ACCREDITATE DALLA COMUNITÀ SCIENTIFICA – 3. UN SECONDO PROBLEMA INTERPRETATIVO: LA MANCATA DEFINIZIONE DI COLPA LIEVE – 4. UN TERZO PROBLEMA INTERPRETATIVO: NON RISPONDERE PER COLPA LIEVE SIGNIFICA DAVVERO RISPONDERE SOLO PER COLPA GRAVE? – 5. ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI. – 6. UNA CHIOSA: LA DUBBIA COMPATIBILITÀ DELLA NORMA CON LA TUTELA DELLA VITA, GARANTITA EX ART. 2 CEDU.

**1**  
LA GENESI DELLA NUOVA NORMA:  
DIRITTO PENALE E MEDICINA, UNA  
DIFFICILE CONVIVENZA

L'articolo 3 comma 1 della legge n. 189 del 2012, c.d. legge "Balduzzi", dal nome dell'allora Ministro della Salute, prevede che *"l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento delle proprie attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve"*.

La norma ha il condivisibile scopo di soddisfare un'esigenza non più prorogabile: porre un argine alla c.d. medicina difensiva<sup>1</sup>. Tale prassi, ormai ben conosciuta sia alla comunità medica che alla dottrina penalistica, si ripartisce in comportamenti, posti in essere al fine di evitare i contenziosi legali, di tipo negativo e di tipo positivo. Quanto alle condotte negative, esse si riscontrano nei casi in cui i sanitari rifiutano pazienti, atti chirurgici o pratiche mediche potenzialmente rischiosi da un punto di vista delle ricadute giudiziarie, con evidenti pregiudizi per soggetti che necessiterebbero di cure in tempi celeri. Le condotte positive riconducibili alla nozione di medicina difensiva, invece, si estrinsecano principalmente nella prescrizione di esami diagnostici non necessari, il che ha ricadute negative sia sui pazienti, i quali vengono sottoposti ad esami più o meno invasivi in realtà non utili, sia sul sistema sanitario nazionale, che si trova a pagare costi enormi<sup>2</sup>.

Quanto a quest'ultimo punto è stato calcolato, nel 2007, che l'importo di soldi pubblici sprecato per esami non necessari richiesti per ragioni di medicina difensiva si aggirava intorno al 15% della spesa sanitaria annua, ossia, in quell'anno, 15 miliardi di euro<sup>3</sup>. Nell'anno successivo, ad un incontro specifico sul tema<sup>4</sup>, l'allora Ministro della Salute Fazio stimò che il costo di tali pratiche in Italia fosse oscillante tra i 12 ed i 20 miliardi di euro annui<sup>5</sup>.

1. Tale obiettivo emerge dai lavori preparatori della nuova legge, consultabili all'indirizzo [http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Re\\_saula&leg=16&id=00682538&part=doc\\_dc-ressten\\_rs-ddltit\\_rddddd13534tds:1-intervento\\_carlinoidv&parse=no](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Re_saula&leg=16&id=00682538&part=doc_dc-ressten_rs-ddltit_rddddd13534tds:1-intervento_carlinoidv&parse=no).

2. Sul punto la letteratura è estremamente vasta. Si veda per tutti, da ultimo, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, p. 4 e ss.

3. Il dato è riportato da A. PANTI, *La responsabilità nelle attività mediche*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche d'impresa*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, p. 167.

4. Tale incontro, dal titolo "Medici in difesa - prima ricerca del fenomeno in Italia: numeri e conseguenze", si svolse a Roma in data 24 settembre 2008 e aveva la funzione di rendere pubblici i risultati di uno studio sul tema in questione.

5. Per una sottolineatura dei gravi problemi derivanti dalla prassi in questione, v. di recente R. BARTOLI, *I costi economico - penalistici della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1107 e ss.

La ragione che ha causato questa prassi risiede anzitutto nell'enorme mole del contenzioso giudiziario a carico dei medici e nel conseguente fondato timore degli stessi di finire coinvolti in processi penali. Il motivo principale per il quale tale categoria risulta particolarmente esposta al pericolo di venire chiamata a rispondere penalmente delle proprie azioni, è il rischio intrinseco nell'attività medica<sup>6</sup>, cui si affianca un coacervo di problemi che non di rado porta il sanitario ad essere un vero e proprio capro espiatorio<sup>7</sup>, chiamato a rispondere anche di disfunzioni che nascono in altre sedi e per questo iperresponsabilizzato dalla società che nutre in lui aspettative quasi miracolistiche<sup>8</sup>. Tali processi penali – il cui avvio già di per sé comporta a carico dei sanitari evidenti problemi personali e costi economici per approntare la difesa – si concludono spesso con esiti di condanna per innumerevoli ragioni che la dottrina ha, tra l'altro, individuato: nella 'disinvoltura' con la quale viene attribuita al sanitario la posizione di garanzia rispetto a tutti gli eventi lesivi astrattamente connessi alla prestazione professionale o alla mancata esecuzione della medesima<sup>9</sup>; nella valutazione, in sede di accertamento della colpa, della prevedibilità dell'evento non in concreto ma in astratto<sup>10</sup> secondo il modello dell'*hindsight bias*<sup>11</sup>; nel trasferimento in capo al medico operante della responsabilità per disfunzionalità proprie in realtà della struttura in cui opera<sup>12</sup>; nella presunzione, infine, della sussistenza del nesso tra colpa ed evento sulla base della sola violazione di una norma cautelare<sup>13</sup>.

Tali effetti profondamente negativi, che per ragioni di spazio si sono qui solo sommariamente riassunti, hanno quindi posto l'*interrogativo se ed in che misura*, nella materia di cui si tratta, fosse il caso di prendere, per lo meno in parte, "congedo dal diritto penale"<sup>14</sup>, ossia di non lasciare integralmente alle pene e allo stesso processo penale, considerato il loro elevato carico di afflittività, il compito di sanzionare i sanitari per danni cagionati con colpa ai propri pazienti nell'esercizio della loro attività.

---

6. Sul punto cfr. diffusamente A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 2 e ss.

7. Non è questa la sede per trattare compiutamente di un problema così vasto. Si rinvia pertanto alle numerose pubblicazioni sul tema, ad es. L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Rivista italiana di Medicina legale*, 2011, p. 1085 e ss.; G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzacuto - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva – Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legata al rischio clinico*, Pisa, 2010; A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 16 e ss.; G. ROTOLO, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 1259 e ss. In generale, sulla tendenza della moderna società del rischio a tramutarsi in una "società del capro espiatorio", cfr. U. BECK, *World Risk Society*, Cambridge, 1999; traduzione italiana a cura di F. Pagano Trieste, 2001, p. 62 e ss.

8. In tali termini si veda L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico – chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 191.

9. Sul punto si veda ad es. L. FURNARI, *La posizione di garanzia del medico*, in A. Belvedere - S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, p. 839 e ss. in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011; A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 270 e ss.

10. Così A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 159 e ss.

11. Con tale espressione, in pratica quello che noi intendiamo per "il senno di poi", si intende l'incapacità di fare un salto nel passato e di non considerare lo sviluppo delle dinamiche materiali, una volta che se ne conosca il compimento. Con il senno di poi, la gente regolarmente esagera quello che si sarebbe potuto prevedere creando un vero e proprio pregiudizio per il quale una volta che un evento si verifichi esso risulta essere inevitabile. Sul punto si veda diffusamente G. ROTOLO, *Medicina difensiva*, cit., p. 1263 – 1264, nonché F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici – Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, p. 35 e ss.

12. In particolare su questo tema P. PISA – G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche di impresa*, Firenze, 2010, p. 9 e ss.

13. Svolge questa considerazione con la citazione di pronunce giurisprudenziali sul punto ancora A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 170 e ss.

14. L'espressione è mutuata dal titolo dell'opera di F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici – Il problema del congedo dal diritto penale*, cit.

La risposta all'interrogativo sopra posto è stata pressoché unanimemente positiva<sup>15</sup> e la disposizione contenuta all'articolo 3 comma 1 della legge n. 189 del 2012 è quindi nata circondata dall'aspettativa di fornire la soluzione, se non a tutte, quantomeno ad una parte delle cause della medicina difensiva<sup>16</sup>. Per comprendere tuttavia se tale ambizioso obiettivo sia stato raggiunto dal legislatore con questo provvedimento, occorre anzitutto interrogarsi sulla corretta esegesi della novella.

Al di là delle considerazioni sulla legittimità di una norma “*ad professionem*”<sup>17</sup>, per una cui compiuta analisi, data la complessità del tema, si rinvia ad altra sede, tre sono i punti su cui, ad avviso di chi scrive, occorre soffermarsi a riflettere.

Il primo problema interpretativo concerne l'interpretazione della formula “*linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*”. Secondo alcuni dei primi commenti, tale perifrasi sarebbe, in sostanza, un'endiadi, sicché con essa la legge intenderebbe in realtà fare riferimento alle sole linee guida<sup>18</sup>. A nostro sommesso avviso non si tratta di un'opinione condivisibile<sup>19</sup>. Sia la comunità scientifica di riferimento che la dottrina penalistica sembrano invero operare una distinzione tra i due concetti.

Le “*linee guida*” sono infatti le raccomandazioni di comportamento clinico elaborate, mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche<sup>20</sup>. Differenti invece paiono essere le “*buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*”. Tale perifrasi sembra infatti poter identificare quelle che, in dottrina, si sono qualificate come regole prasseologiche di esperienza generalmente riconosciute e condivise<sup>21</sup>. Chiarire questo passaggio, come

15. Oltre agli autori menzionati nelle note precedenti, sottolineano la necessità di rimodellare le categorie penalistiche per adattare ai rischi del settore sanitario al fine di non paralizzare la sua importante funzione R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in M. Donini - R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013, p. 313 e ss.; F. PALAZZO, *Responsabilità medica, disagio professionale e riforme penali*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 1061. Anche una parte della giurisprudenza, in tempi recenti e prima della novella normativa, sembra aver avvertito i problemi summenzionati, cui ha cercato di dare risposta ‘rispolverando’ l'utilizzo, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c., che limita alla sola colpa grave la responsabilità (contrattuale) del prestatore d'opera nei casi in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà. La giurisprudenza, che in passato applicava tale norma anche in ambito penale soprattutto in casi di responsabilità medica proprio per evitare un'eccessiva criminalizzazione delle condotte dei sanitari, a partire dagli anni '80 l'aveva ritenuta non più estensibile al settore penale, salvo poi un ritorno sui propri passi proprio negli ultimissimi anni: v. Cass. pen., sez. IV, sent. 39592 del 2007, Buggè; Cass. pen., sez. IV, sent. 16328 del 2011, Montalto; Cass. pen., sez. IV, sent. 4391 del 2012, Di Lella.

16. Che tale sia la *ratio* della norma emerge anche dai lavori parlamentari, consultabili in [http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=16&id=00682538&part=doc\\_dcsressten\\_rs-ddlrit\\_rddddd13534tds:1-intervento\\_carlinoidv&parse=no](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=16&id=00682538&part=doc_dcsressten_rs-ddlrit_rddddd13534tds:1-intervento_carlinoidv&parse=no). Si veda ad. es. pag. 58 del documento pdf scaricabile all'indirizzo indicato.

17. Tale formula è rinvenibile nell'ordinanza con cui di recente il dott. Bruno Giordano, del Tribunale del Milano, ha rimesso gli atti di un processo in tema di colpa medica alla Corte costituzionale, sollevando molteplici profili di collisione della norma in questione con alcuni principi costituzionali di cui si darà parzialmente conto, in nota, nel prosieguo della trattazione. Il provvedimento, in cui si parla tra l'altro di “*ingiustizia ed ingiustificabilità della depenalizzazione della colpa lieve per gli operatori sanitari*” in ragione della mancata tutela della persona offesa, è consultabile in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013, con nota di M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la “norma penale di favore” al giudizio della Corte costituzionale*. In senso critico nei confronti della norma “di favore” per la classe medica si veda F. G. CAPITANI, *Esimente della colpa lieve: i primi dubbi di costituzionalità per il salvacondotto concesso al sanitario. Ovvero quando i colpevoli si disegnano la norma esimente*, in *Dir. e Gius. online*, 2 aprile 2013.

18. Pare essere di questo avviso P. PIRAS, *In culpa sine culpa – commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012. Nello stesso senso L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini*, cit., p. 202 e ss.

19. Ritiene che l'espressione non costituisca un'endiadi anche A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 224. Tale A., tuttavia, identifica le “*buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*” con i protocolli, ossia con “*schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico che descrivono le procedure alle quali l'operatore sanitario deve strettamente attenersi in una situazione specifica*”.

20. Tale definizione fu coniata da M. J. FIELD-K. N. LOHR, *Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington, Institute of Medicine, National Academy Press, 1992, p. 35 e l'utilizzo della stessa ripreso, tra gli altri, da P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, tomo II, *I delitti colposi*, diretto da G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, Padova, 2003, pp. 175 ss. Per un'interessante ricostruzione sulla natura e ruolo delle linee guida, anche con specifico riferimento all'esperienza americana, si veda di recente G. ROTOLO, *Guidelines e leges artis in ambito medico*, nota a Cass. pen., sez. IV, sent. n. 35922 del 2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 277 e ss.

21. Cfr. F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 165 e ss. Similmente D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una ricerca sul campo*, *Ibidem*, p. 171 e ss.

si vedrà<sup>22</sup>, assume un'importanza cruciale nella spiegazione degli effetti che la nuova norma può avere.

Mentre infatti pare certo che le linee guida siano veri e propri testi, i quali cristallizzano il sapere scientifico su un certo tema in un dato momento storico, sulla cui generale attendibilità si avrà modo di tornare più avanti<sup>23</sup>, le “buone pratiche”, secondo parte della dottrina, parrebbero essere un qualcosa di molto meno determinato che con le linee guida convivono e che continuano ad esistere anche successivamente alla creazione di queste ultime, conservando la loro autonomia e importanza<sup>24</sup>. Tali regole prasseologiche coesisterebbero con le linee guida, spesso a lungo, fino ad una loro completa sostituzione<sup>25</sup>, poiché le linee guida, con il loro complesso procedimento di creazione, cristallizzerebbero metodi e principi che abbisognano di tempi, talora anche lunghi, per affermarsi e diffondersi nella prassi.

In particolare si è sottolineato che le linee guida “normativizzerebbero” i parametri attuati dalle regole prasseologiche. Linee guida e regole prasseologiche sembrano mantenere quindi la loro reciproca autonomia e diversità di ruoli in quanto mentre le prime tenderebbero a fornire agli operatori parametri certi, le seconde conferirebbero a consulenti e periti una più ampia libertà di ricostruzione delle regole cautelari<sup>26</sup>. Va, peraltro, subito aggiunto che se le regole prasseologiche potrebbero di per sé risultare indeterminate, l'articolo 3 in commento ha provveduto a correggerle di due requisiti utili a restringerne l'efficacia. Non tutte le regole prasseologiche sono infatti valevoli ad esimersi da responsabilità per colpa lieve, ma solamente quelle che sono (i) “buone” e (ii) “accreditate presso la comunità scientifica”<sup>27</sup>.

D'altro canto, non si comprende perché se effettivamente, come ha ritenuto la gran parte della dottrina cui si è fatto in precedenza riferimento, l'*intentio legis* era quella di limitare la responsabilità penale solamente per il medico che si attenga alle linee guida, il legislatore abbia inserito il riferimento alle buone pratiche dell'attività medica. Sembra che il riferimento a questo ulteriore e differente parametro, cui il medico deve uniformarsi per beneficiare dell'esclusione di condotte tenute con colpa non grave, possa avere la funzione di evitare il sorgere di alcuni possibili effetti pregiudizievoli della novella legislativa, legati ad un'eccessiva standardizzazione del comportamento del medico. Tale standardizzazione dell'attività medica sarebbe peraltro contraria al principio di libertà terapeutica che rappresenta un valore che non può essere compresso ad alcun livello, a pena di gravi rischi per la salute di tutti<sup>28</sup>.

---

22. Cfr. *infra* par. 5.

23. Cfr. ancora *infra* par. 5.

24. In tal senso cfr. A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, p. 62 e ss.

25. Cfr. ancora A. DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., p. 69. In particolare l'A. rileva che l'adesione alle prassi mediche diffuse, rispetto alle linee guida, sia un parametro maggiormente conservativo, favorevole alla categoria di professionisti di volta in volta rappresentati, e pertanto non scritto e meno determinato. Va osservato tuttavia come in dottrina vi è chi ha ritenuto che le “buone pratiche dell'attività medica” sarebbero in buona sostanza i protocolli: oltre, come già segnalato alla nota n. 19, ad A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche*, cit., p. 234 e ss., nel medesimo senso C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 250 e ss. Le prime pronunce giurisprudenziali sul tema paiono andare nel senso di non operare alcuna distinzione tra linee guida e buone pratiche: si veda ad es. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 11493 del 2013, Pagano, p. 10, nonché l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale del dott. Giordano di cui alla nota 17 (si veda, in particolare, il paragrafo 9).

26. Cfr. di nuovo A. DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., p. 71 e ss.

27. Tali requisiti risultano a prima vista soffrire anch'essi di una certa indeterminatezza che dovrà essere risolta in via interpretativa. Non può tuttavia omettersi di considerare che, come si vedrà più compiutamente *infra* al par. 5, è l'essenza stessa dell'attività medica a sembrare refrattaria, per le sue peculiarità, alla sottoposizione a parametri troppo rigidi.

28. Si è espressa in questi termini Cass. pen., sent. n. 2865 del 2001, Bizzarri.

Un ulteriore punto che merita riflessione concerne poi il fatto che la norma, prevedendo l'esclusione della responsabilità penale per colpa lieve, ad una prima lettura parrebbe esprimere una litote che sta ad indicare la previsione di responsabilità per colpa grave<sup>29</sup>.

Che questa interpretazione possa rispondere all'intenzione del legislatore pare in effetti risultare dai lavori parlamentari<sup>30</sup>, in cui emerge che l'intendimento sia stato appunto quello di far sì che i sanitari rispondano solamente per colpa grave. Tuttavia, non può non evidenziarsi come tale formulazione di una norma così delicata quanto ai suoi effetti lasci perplessi.

La disposizione in questione non è, infatti, l'unico caso previsto nel nostro ordinamento in cui la responsabilità penale viene limitata alla sola colpa grave. Le altre ipotesi attualmente previste sono:

- l'art. 64 del codice di procedura civile, in cui si prevede esplicitamente la responsabilità penale del consulente tecnico all'interno del processo civile unicamente "per colpa grave";
- l'art. 217 comma 1, n. 4) l. fall., che prevede la responsabilità dell'imprenditore che abbia aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, o "con altra grave colpa";
- l'art. 217 comma 1, n. 3) l. fall., che statuisce la medesima responsabilità dell'imprenditore nel caso in cui questi abbia compiuto operazioni di "grave imprudenza" al fine di ritardare il fallimento;
- ancora, l'art. 217 comma 1, n. 2) l. fall., che prevede la responsabilità dell'imprenditore qualora questi abbia consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni "manifestamente imprudenti".

In nessuna di queste disposizioni si rinviene, tuttavia, una definizione di "colpa grave", e la novella legislativa non compie alcun passo in avanti in tale direzione (nemmeno definendo il concetto, ivi espressamente menzionato, di "colpa lieve"). Il legislatore, intervenendo quindi in un settore delicatissimo come quello in questione, pare aver perso una buona occasione per fornire finalmente una definizione del concetto di colpa grave, fondamentale per comprendere quando si debba punire e quando no<sup>31</sup>.

Una siffatta lacuna definitoria rischia di avere gravi ricadute da un punto di vista pratico se – guardando ad analoghe vicende di altri ordinamenti – si considera che in Germania, nell'ambito dei delitti qualificati dall'evento, l'introduzione del criterio della colpa grave da parte del legislatore senza la definizione dello stesso si è tradotta in una vera e propria delega in bianco alla giurisprudenza ed alla dottrina con conseguente incapacità da parte degli operatori del diritto di dare a questa nozione contorni univoci e sicuri nei casi in cui essa doveva essere applicata<sup>32</sup>.

Del resto, la necessità di una definizione di tale concetto era emersa, prima della novella legislativa del 2012, tanto in dottrina, con specifico riferimento alle proposte di

29. Cfr. ancora P. PIRAS, *op. cit.*, p. 1. Nello stesso senso anche A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche*, cit., p. 217 e ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini*, cit., p. 201.

30. Per uno sguardo alla discussione del provvedimento alla Camera dei deputati si veda <http://www.camera.it/410?idSeduta=0706&tipo=stenografico>; per consultare la discussione del provvedimento al Senato cfr. [http://leg16.senato.it/leg/16/BGT/Schede\\_v3/Ddliter/aula/38969\\_aula.htm](http://leg16.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/aula/38969_aula.htm).

31. Il problema è stato uno dei punti oggetto dell'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale del dott. Giordano citata alla nota n. 18. Si veda in particolare il paragrafo n. 2 dell'ordinanza in cui si ritiene che la mancanza di definizione in questione violi l'art. 25 Cost.

32. In tema cfr. F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, p. 794 e più diffusamente p. 607 e ss.

riforma della colpa in attività sanitaria, quanto a livello legislativo, in sede di lavori per la riforma del codice penale.

E difatti, con riferimento alla dottrina, una delle proposte di riforma<sup>33</sup> aveva auspicato l'inserimento di un articolo del codice penale, rubricato "Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario" che prevedesse che "l'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito o ommesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale a un paziente è punibile ai sensi degli artt. 589 e 590 solo in caso di colpa grave" specificando che la colpa si considerasse grave "quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte" avesse creato "un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento".

Con riferimento ai progetti di riforma dell'intero codice penale, invece, il progetto Pisapia, all'art. 13, lett. e) aveva dato una puntuale definizione di colpa grave affermandone la sussistenza nei casi in cui, "tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell'agente, è particolarmente rilevante l'inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili"<sup>34</sup>.

Il nostro sistema penale, orfano di una tale disposizione definitoria e da poco arricchito di una nuova norma che prevede la responsabilità penale solamente per colpa grave in un settore, come si è visto, estremamente delicato, rischia quindi di creare agli interpreti i medesimi problemi che si sono verificati in Germania, potendo così la norma risultare lesiva del principio di precisione<sup>35</sup>, corollario del principio di legalità stabilito dall'art. 25 Cost, che è garanzia per la libertà e la sicurezza del cittadino, il quale solo di fronte a leggi precise e chiare può comprendere ciò che gli è consentito e ciò che invece gli viene vietato<sup>36</sup>. Non solo, il rispetto di tale principio nella formulazione normativa è altresì fondamentale al fine di evitare che il cittadino possa invocare a propria scusa l'erronea interpretazione della legge penale quando questa sia stata determinata dalla totale oscurità del testo legislativo<sup>37</sup>.

Da ultimo, la mancanza di una definizione della nozione in questione che fissi dei paletti certi comporta la possibilità che il concetto possa essere dilatato dalla giurisprudenza sino a ricomprendere ipotesi che in realtà appartenerebbero alla colpa lieve, con erosione di quest'ultima ai fini di un ampliamento delle condotte penalmente rilevanti.

## 4

### UN TERZO PROBLEMA INTERPRETATIVO: NON RISPONDERE PER COLPA LIEVE SIGNIFICA DAVVERO RISPONDERE SOLO PER COLPA GRAVE?

Come visto nel paragrafo precedente, che l'intendimento del legislatore con la novella in commento sia stato quello di prevedere una responsabilità solamente per colpa grave pare essere confermato dai lavori preparatori.

Va tuttavia osservato che, mentre nelle altre (poche) ipotesi di colpa grave previste dal nostro ordinamento, tale requisito è espressamente richiesto e non introdotto mediante

33. Cfr. G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema*, cit.

34. Lo Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo codice penale è reperibile sul sito del Ministero della Giustizia all'indirizzo [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_2\\_7\\_6\\_1&contentId=SPS47483](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_2_7_6_1&contentId=SPS47483). Per una valutazione sulla proposta di riforma in punto di elemento soggettivo cfr. P. VENEZIANI, *Esame e valutazione dello schema di disegno di legge delega della commissione Pisapia, La colpa*, Relazione tenuta al Seminario dei professori di diritto penale, Siracusa, giugno 2007, in [www.isisc.org](http://www.isisc.org).

35. Sul principio di precisione v. per tutti G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IV ed., Milano, 2012, p. 57 e ss. La norma in commento viene ritenuta imprecisa anche dall'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale, citata alla nota n. 17.

36. In questi termini Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

37. Ancora Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

una “litote”, nella presente ipotesi espressamente prevista è solo la non-responsabilità per colpa lieve. Ebbene, tale previsione potrebbe essere teoricamente foriera di problemi applicativi in quanto presuppone un’ottica dicotomica della colpa – lieve o grave – senza prevedere un livello mediano, una colpa che potrebbe essere definita “ordinaria”.

Nelle interpretazioni finora fornite dalla dottrina, la colpa che viene definita lieve sarebbe in realtà la colpa ordinaria, cui si contrappone la colpa grave. Quest’ultima, volendo accedere ad una definizione suggerita da attenta dottrina<sup>38</sup>, sussisterebbe nei casi in cui l’evento lesivo o mortale<sup>39</sup> fosse prevedibile, nel caso concreto, in grado elevato dal punto di vista dell’agente modello poiché “quanto più l’evento prodotto risulta prevedibile, tanto più elevata risulta essere la divergenza tra la condotta dell’agente concreto e quella dell’agente modello e, conseguentemente, tanto più intensa la violazione della regola di cautela”<sup>40</sup>. La “colpa grave” sarebbe quindi un *quid pluris* rispetto allo *standard* colposo, alla colpa ordinaria. Sarebbe cioè una violazione maggiormente intensa dell’obbligo di cautela, cui si accompagna una maggiore prevedibilità dell’evento lesivo. E la colpa lieve? Nella ricostruzione dominante<sup>41</sup> essa sembrerebbe coincidere con la colpa ordinaria, sul presupposto di una duplicità dei gradi della colpa: lieve – grave. Non può, tuttavia, essere *a priori* esclusa un’ulteriore interpretazione che, sulla base del fatto che la colpa grave è come osservato un *quid pluris* di negligenza, imprudenza ed imperizia rispetto alla condotta tenuta dall’agente modello, potrebbe considerare la colpa lieve un *quid minoris*, ossia una violazione meno intensa dell’obbligo cautelare con annessa prevedibilità in grado minimo dell’evento lesivo. In tal senso, quindi, la ripartizione della colpa in ordine alla gravità della condotta tenuta dall’agente sarebbe in realtà un trinomio: colpa lieve – colpa ordinaria – colpa grave.

Una tale ricostruzione pare leggersi tra le righe di una recentissima sentenza della Corte di Cassazione (n. 10615 del 2013) che sembra operare un distinguo tra colpa non lieve e colpa grave. I giudici di legittimità, infatti, dopo aver ritenuto di applicare nel caso di specie l’art. 2236 c.c.<sup>42</sup> che prescrive che il prestatore d’opera non risponda se non nel caso di dolo o colpa grave qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà<sup>43</sup>, hanno statuito che “in caso di ambiguità della sintomatologia è giusto che la responsabilità professionale del medico vada valutata secondo i parametri della colpa grave o, quantomeno, non lieve”, ponendo un interrogativo di fondo: *tertium datur?*

Se la risposta alla domanda fosse affermativa, come si potrebbe astrattamente ricavare leggendo le ermetiche righe della pronuncia della Cassazione, l’individuazione di un terzo grado di colpa potrebbe avere effetti dirimpenti sulla norma in commento, riducendone significativamente gli spazi applicativi.

Anzitutto, lo “scudo” offerto dalla norma verrebbe infatti limitato ai casi in cui il sanitario versi in colpa lieve, quindi alle ipotesi in cui il soggetto non solo non versi in colpa grave, ma neanche in colpa ordinaria. Il sanitario, pertanto, sarebbe escluso da

---

38. Cfr. F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 650 e ss.

39. I reati commessi dai sanitari, e di cui gli stessi vengono chiamati a rispondere in sede penale, risultano essere infatti principalmente reati colposi d’evento, in particolare lesioni ed omicidio.

40. Cfr. ancora F. BASILE, op. cit., p. 653.

41. Si veda per tutti L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini*, cit., p. 201.

42. Per una rapida ricostruzione dell’utilizzo di tale disposizione nella materia di cui trattasi si rinvia alla nota n. 15.

43. L’estensione dell’applicabilità di tale norma al diritto penale, come si è anticipato alla nota n. 15 del presente contributo, è da sempre controversa ed oggetto di dibattito in dottrina ed in giurisprudenza. Quanto a quest’ultima, per la tesi che nega l’applicabilità dell’art. 2236 c.c. in ambito penale, cfr. Cass. pen., sent. 7 febbraio 2002, in *Giust. Pen.*, p. 333; Cass. pen., sent. 1 ottobre 1999, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 469; Cass. pen., sent. 29 settembre 1997, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 42; Cass. pen., sent. 22 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2756. Per la tesi che ne ammette l’applicabilità si veda invece Cass. pen., sent. 20 ottobre 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3449 e ss.; Cass. pen., sent. 24 novembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 359 e ss.

responsabilità penale solamente qualora l'evento fosse stato prevedibile e/o evitabile in minimo grado.

In secondo luogo, ulteriori effetti si avrebbero con riguardo all'*abolitio criminis*<sup>44</sup> conseguente alla novella normativa, che interverrebbe solamente per i casi in cui il soggetto abbia agito con una condotta che si discosti in minima parte da quella che avrebbe dovuto tenere l'agente modello, ma non per i casi in cui il soggetto abbia versato in colpa grave o in colpa ordinaria.

## 5

### ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

Dopo aver illustrato le problematiche interpretative che sono a nostro avviso di maggior rilievo, procediamo ora ad alcune considerazioni sugli effetti scaturenti dalle differenti possibilità interpretative che si sono velocemente tratteggiate. Quanto al primo punto, vale a dire la supposta limitazione della responsabilità penale connessa al rispetto delle sole linee guida da parte del sanitario, e non anche delle regole prasseologiche (v. *supra*, paragrafo 2), si possono svolgere alcune osservazioni.

Tra i primissimi commenti alla norma è emersa la considerazione che essa sarebbe, in buona sostanza, inutile<sup>45</sup>. Ciò sulla base di due presupposti. Il primo, che la disposizione sia fondata sul solo rispetto delle linee guida. Il secondo, sul fatto che il medico che rispetti la linea guida non risulterebbe essere mai in colpa e la norma sarebbe quindi applicabile ai soli casi in cui le circostanze del caso concreto dovrebbero imporre al sanitario di discostarsi dalle linee guida. Entrambi i presupposti di partenza, però, non paiono poter essere condivisi.

Quanto al primo, già si è detto che “linee guida” e “buone pratiche accreditate” non sono concetti sovrapponibili. Un'interpretazione della norma che faccia propria la distinzione tra i due concetti appare quella preferibile in quanto ritenere che riceva il beneficio il solo medico che rispetti le linee guida significa condizionare pesantemente l'operato del medesimo ad una fonte – le linee guida appunto – che parte della dottrina ha efficacemente equiparato alla figura letteraria del dottor Jekyll e Mister Hyde<sup>46</sup>. Infatti, dietro il nome di “linee guida” si celano testi assai eterogenei<sup>47</sup>, creati per motivi diversi ed in cui la salute del paziente può non essere il motivo centrale e preminente della loro stesura. E' il caso, ad esempio, di quelle linee guida pensate per il risparmio economico delle strutture sanitarie, che mirano al contenimento dei costi<sup>48</sup>. Prevedere che il sanitario sia beneficiario dell'esclusione della responsabilità penale solamente qualora segua le linee guida significa porlo nella paradossale situazione di scegliere se (i) seguire una linea guida, magari improntata al contenimento dei costi, preservando se stesso, ovvero (ii) discostarsene nell'interesse della salute del paziente ma rischiare di subire un'imputazione, a titolo di colpa, per lesioni od omicidio.

Così interpretata la disposizione sarebbe quindi foriera di condotte potenzialmente

44. In generale, sul tema dell'*abolitio criminis* si veda G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008; con specifico riferimento agli effetti della norma in commento cfr. ancora 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.

45. In tal senso P. PIRAS, *In culpa*, cit., p. 3 e ss.

46. Cfr. M. CAPUTO, “*Filo d'Arianna*” o “*flauto magico*”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*”, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012, p. 6.

47. Come acutamente osservato da M. CAPUTO, “*Filo d'Arianna*”, cit., p. 5, “*Da strumento di riduzione dell'incertezza, le linee guida, moltiplicandosi, hanno finito paradossalmente per confermare lo smarrimento del personale sanitario. L'utente dell'informazione medica è così costretto a confrontarsi con documenti apparentemente affini per tecnica di costruzione e finalità che, però, riportano raccomandazioni pratiche anche molto dissimili*”.

48. Sul punto, tra i tanti, si veda ampiamente A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 68. Con specifico riferimento ad alcuni casi in cui le linee guida hanno avuto il vero obiettivo di contenere i costi ed evitare il contenzioso legale al posto della salute del paziente cfr. P. VENEZIANI, *I delitti*, cit. p. 176.

dannose per i pazienti, incoraggiando comportamenti di medicina difensiva<sup>49</sup>, la cui eliminazione era proprio l'obiettivo che si era proposto il legislatore all'atto della emanazione della norma. Non solo, dietro le linee guida possono nascondersi anche ulteriori interessi negativi ed ancora confliggenti con le esigenze di cura del sanitario, che derivano dai conflitti di interesse che si celano nei rapporti tra redattori – o editori<sup>50</sup> – delle linee guida, ricercatori che costituiscono i *panel* per la loro stesura nonché industrie che finanziano le ricerche<sup>51</sup>.

Al fine di evitare tale problema, l'interprete potrebbe utilizzare il criterio dell' "accreditamento presso la comunità scientifica", parametro che la norma sembra richiedere tanto per le "buone pratiche" quanto per le linee guida, ritenendo non accreditate e quindi non valide ad escludere la responsabilità per colpa lieve, le linee guida che siano improntate a scopi differenti dalla migliore tutela per la salute del paziente<sup>52</sup>. Ma anche qualora si scegliesse di procedere in tale direzione, sorgerebbero comunque i problemi anzidetti in quanto il porre il sanitario di fronte alla scelta illustrata in precedenza contrasterebbe comunque anzitutto con il principio di libertà di cura<sup>53</sup>. A ciò si aggiunge la considerazione che le linee guida, in ragione dei tempi occorrenti per la loro approvazione, corrono sempre il rischio di poter essere meno aggiornate rispetto alle scoperte scientifiche più recenti<sup>54</sup>, potendo avere quindi la norma addirittura il paradossale effetto di paralizzare l'adozione, da parte dei medici, delle cure più recenti in quanto non ancora cristallizzate in tali testi<sup>55</sup>.

La previsione, accanto alla linea guida, del rispetto delle buone pratiche accreditate presso la comunità scientifica consente quindi, a parere di chi scrive, di ampliare la portata della norma, slegando l'azione del sanitario dal pericoloso riferimento alle sole linee guida ed evitando il rischio di una incostituzionalità della disposizione<sup>56</sup>. Si pensi, per rendersene ulteriormente conto, a questo esempio: un medico, particolarmente zelante ed attento al proprio aggiornamento professionale, apprende ad un convegno internazionale cui partecipano i più illustri studiosi di un dato tema, una metodologia maggiormente efficace per gestire una determinata patologia, la cui descrizione è già stata pubblicata sulle più importanti riviste di settore, ma non ancora recepita dalle linee guida. Sarebbe ammissibile porre il sanitario di fronte alla scelta se seguire le linee guida ignorando quanto appreso, al fine di beneficiare, se del caso, dello scudo offerto dalla nuova normativa, oppure utilizzare il nuovo metodo, più efficace per la cura del paziente, con il rischio, tuttavia, di essere chiamato a rispondere anche per colpa lieve?

La risposta non può che essere negativa, risultando una norma che ponga il sanitario di fronte a tale dilemma incostituzionale per violazione del diritto alla salute garantito

---

49. Nel senso che il sanitario, per beneficiare della non punibilità per colpa lieve, non fa ciò che ritiene il meglio per il paziente, ma ciò che la linea guida gli impone.

50. Alcune linee guida sono infatti pubblicate da veri e propri editori, all'interno di specifiche pubblicazioni dedicate ad uno specifico tema. Si pensi, ad esempio, alle linee guida ACCP dell'American College of Chest Physicians.

51. Il problema è segnalato, tra gli altri, da M. CAPUTO, "Filo d'Arianna", cit., p. 4 e ss.

52. Che questa sia l'interpretazione corretta pare emergere dalla recente sentenza della Cassazione, sez. IV, n. 11493 del 2013, Pagano, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013. Difformemente, nel senso che anche le linee guida improntate al contenimento dei costi dovrebbero essere utili a limitare la responsabilità del sanitario unicamente ai casi in cui questi versi in colpa non lieve, C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli*, cit. p. 274 e ss.

53. In ambito medico in particolare vi è chi ha osservato l'assoluta non predeterminabilità della regola cautelare atteso che, come osservato da A. ROJATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 140, "per sua natura, la medicina cura singoli organismi, l'unicità delle cui risposte sfugge a qualsiasi astrazione categoriale e le cui situazioni di rischio variano in relazione ad innumerevoli fattori, riproducendosi raramente in maniera costante ed indistinta".

54. Con il che si tornerebbe, per il medico, alla scelta diabolica di cui si è detto in precedenza.

55. In maniera non del tutto dissimile osserva che la norma allo stato possa limitare il progresso scientifico anche il dott. Giordano, al par. 3 dell'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale di cui alla nota n. 17.

56. In particolare per violazione dell'art. 32 Cost. su cui si veda *infra*.

dall'art. 32 Cost.<sup>57</sup> poiché, come sottolineato anche dalla Corte di Cassazione<sup>58</sup>, l'adesione totale del sanitario alle linee guida potrebbe risultare lesiva della salute dei pazienti e, conseguentemente, il beneficio promesso dalla norma, ossia l'innalzamento del grado di negligenza, imprudenza o imperizia penalmente rilevante, connesso alla sola adesione a tali parametri, sarebbe foriero di rischi per le persone sottoposte alle cure.

Ecco che allora il riferimento alle buone pratiche, cui peraltro è richiesto l'ulteriore requisito dell'accreditamento presso la comunità scientifica, pare poter essere utile per offrire un'interpretazione conforme a Costituzione della norma<sup>59</sup>. Se così fosse, il sanitario potrebbe quindi non essere responsabile per colpa lieve anche qualora seguisse un comportamento giudicato quale "buona pratica" presso la comunità scientifica, per quanto non ancora cristallizzato per le più varie ragioni all'interno di una specifica linea guida<sup>60</sup>.

La buona pratica accreditata presso la comunità scientifica, interpretabile quale una pratica medica dotata di consenso ed approvata in pubblicazioni scientifiche di rilievo<sup>61</sup>, potrebbe quindi servire quale utile argine ad un utilizzo "burocratico" delle linee guida. Sul tema delle linee guida in rapporto alla responsabilità colposa del sanitario, peraltro, pare utile osservare che nessuna delle proposte formulate in precedenza dalla dottrina aveva ipotizzato di subordinare il limite della responsabilità per colpa grave solo all'attuazione di comportamenti conformi alle linee guida<sup>62</sup>.

L'avallo di tale tesi non sembrerebbe d'altronde comportare allo stato l'applicabilità della responsabilità per colpa non lieve anche ai casi di negligenza od imprudenza in quanto le buone pratiche intese nel senso sopra proposto, al pari delle linee guida, sembrerebbero contenere a prima vista solo regole di perizia le quali limiterebbero, ad avviso di alcuni autori nonché della primissima giurisprudenza della Corte di Cassazione sul tema<sup>63</sup>, l'applicabilità dello scudo offerto dalla norma ai casi in cui il sanitario sia stato imperito<sup>64</sup>.

La norma, come emerge dalle brevi osservazioni precedentemente esposte, pare aprirsi a molteplici interpretazioni che possono mutarne il contenuto, l'utilità, nonché la stessa compatibilità con il quadro costituzionale. Chi scrive ritiene che un'interpretazione che veda nelle buone pratiche accreditate presso la comunità scientifica non il secondo corno di un'endiadi ma la possibilità di far beneficiare il sanitario dello scudo offerto dalla disposizione, qualora si uniformi a condotte scientificamente accreditate,

---

57. Anche l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale del dott. Giordano di cui alla nota 17, al paragrafo 7, segnala la possibilità che la norma in commento contrasti con la citata disposizione costituzionale, tuttavia sotto un differente profilo, ossia quello della tutela giudiziaria offerta dalla persona offesa dal reato commesso a titolo di colpa lieve. La novella normativa creerebbe ad avviso del giudice remittente un vuoto di tutela che penalizzerebbe la vittima del reato ledendo, tra l'altro, il suo diritto alla salute. Sul tema della mancata tutela della persona offesa, con specifico riferimento agli obblighi derivanti dalle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si veda *infra*, par. 6.

58. Cfr. di recente Cass. pen., sent. 35922 del 2012.

59. In generale, segnala la possibilità che un'interpretazione conforme ai vincoli costituzionali possa risolvere numerosi problemi di compatibilità della norma coi vincoli costituzionali M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida*, cit. Sembra distinguere nettamente il concetto di buona pratica da quello di linea guida, pur definendo soltanto quest'ultima, anche la Corte di Cassazione nella recente sentenza 16237 del 2013, Cantore, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013.

60. In particolare sul ruolo del tempo nel procedimento di formazione delle linee guida cfr. ancora A. DI LANDRO, *Dalle linee guida ai protocolli*, cit., p. 62 e ss. Ulteriormente, con particolare riguardo all'obsolescenza delle linee guida, cfr. L. RAMPONI, in D. CASTRONUOVO - L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. Belvedere - S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, p. 975 e ss. in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011.

61. A tal fine va ricordato che, in ambito medico, le pubblicazioni scientifiche subiscono valutazioni qualitative assai rigorose.

62. Si consideri a questo proposito che il progetto sicuramente più corposo uscito sul tema, G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema*, cit., non fa alcun riferimento alle linee guida.

63. Così Cass. pen., sez. IV, sent. n. 11493 del 2013, Pagano, p. 10 in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013.

64. Tale tesi è stata proposta da P. PIRAS, *In culpa*, cit., p. 3. Accoglie questa tesi anche L. RISCATO, *Le linee guida e i nuovi confini*, cit., p. 203.

possa per le ragioni anzidette evitare alla norma il rischio di cadere nell'illegittimità costituzionale. A tal proposito, come rilevato in dottrina<sup>65</sup>, va infatti osservato che in materia penale la lettera della legge è il solo limite esterno imposto all'opera dell'interprete il quale deve ricorrere, tra le molteplici ipotesi che la *littera legis* gli consente, a quella particolare interpretazione sistematica denominata interpretazione conforme alla Costituzione<sup>66</sup>.

Il secondo problema interpretativo segnalato all'interno del presente contributo, relativo alla mancata definizione di colpa lieve<sup>67</sup>, parrebbe, almeno in via teorica, di più difficile soluzione. Come si è osservato in precedenza, infatti<sup>68</sup>, l'assenza di tale definizione potrebbe dar luogo ad un contrasto con il dettato costituzionale non risolvibile, almeno all'apparenza, per via interpretativa.

Va tuttavia osservato come di contrario avviso sia stata la Corte di Cassazione in una recentissima pronuncia<sup>69</sup> in cui, pur dando atto della novità ed oscurità del tema in questione, introdotto dalla legge in commento, nonché della estrema difficoltà di definire il concetto, stante anche l'assenza di parametri utili a questo fine, ha sottolineato la necessità che il giudice adotti un approccio di tipo eclettico, ponendo attenzione alle peculiarità del caso concreto e optando per un'interpretazione che propenda per considerare, in caso di insuccesso del trattamento, maggiormente lieve la colpa del sanitario quanto più problematica, oscura ed equivoca sia l'individuazione della corretta condotta da tenere per risolvere la patologia di cui è affetto il paziente, ovvero quanto più intensa sia l'urgenza della situazione concreta<sup>70</sup>.

Si avrà modo di vedere se la Corte costituzionale, avanti alla quale è stata recentemente sollevata questione di legittimità della norma in commento rispetto ad alcune disposizioni della nostra Carta fondamentale<sup>71</sup>, avallerà questa tesi con riferimento alla mancata definizione della colpa grave<sup>72</sup>. Quel che sembra emergere dalle parole della Suprema Corte, a sommosso parere di chi scrive, è, tuttavia, il riconoscimento di una enorme discrezionalità che l'attuale testo legislativo riconoscerebbe all'interprete nel valutare ciò che "*segna l'essere e il non essere del reato*"<sup>73</sup>, che parrebbe a prima vista mal conciliarsi con il rispetto dei principi indicati nel paragrafo 3 del presente contributo<sup>74</sup>. La Suprema Corte, invece, pur di non disperdere quanto di buono c'è nella novella del 2012, ha sostenuto che, "*piuttosto che attardarsi nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere e valorizzare il senso delle innovazioni*"<sup>75</sup>. Non è detto che una tale impostazione, volta a "salvare" una norma che lo stesso giudice di legittimità ha riconosciuto presentare numerosi profili critici, sarà avallata dal giudice delle leggi.

Quanto all'ultimo problema sollevato nel presente contributo, concernente l'equiparazione tra colpa grave e colpa non lieve, non sembra essere questa la sede per

---

65. Il riferimento è a G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 75 e ss.

66. Su tale tipologia di interpretazione si veda per tutti, a cura di M. D'Amico - B. Randazzo, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009.

67. Sul punto cfr. ampiamente il par.2.

68. Cfr. *supra*, par. 3.

69. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 16237 del 2013, Cantore, p. 18 in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013.

70. Cfr. p. 22 della sentenza citata.

71. Nel presente contributo si è dato conto in nota dei singoli profili di incostituzionalità della norma sollevati dal giudice remittente. Cfr. ad es. la nota n. 17.

72. Si rinvia a pag. 5, in cui si tratta espressamente di tale profilo di illegittimità costituzionale sollevato dall'ordinanza.

73. Cfr. p. 20 della sentenza citata.

74. Nella stessa sentenza, tra l'altro, la Suprema Corte riconosce che la novella contiene "*una disciplina in più punti laconica, incompleta; che non risponde appieno alle istanze maturate nel lungo dibattito dottrinale e della vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica*".

75. Cfr. p. 5 della sentenza.

## 6

### UNA CHIOSA: LA DUBBIA COMPATIBILITÀ DELLA NORMA CON LA TUTELA DELLA VITA, GARANTITA EX ART. 2 CEDU

considerazioni più approfondite che necessiterebbero per forza di cose di spazi maggiori di quelli che qui ci si è proposti di rispettare. Si registra solamente che, al di là della suggestione derivante da tale possibile interpretazione<sup>76</sup>, l'integrità della dottrina<sup>77</sup> e la giurisprudenza<sup>78</sup> paiono allo stato equiparare le due definizioni.

In queste brevi note si è quindi visto come, probabilmente, lo strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione potrebbe costituire, per la maggioranza dei problemi interpretativi che la novella legislativa presenta, la soluzione utile ad evitare la declaratoria di incostituzionalità della norma. Va tuttavia osservato un ulteriore possibile profilo di contrasto con la nostra Carta fondamentale, che a prima vista potrebbe risultare difficilmente superabile con lo strumento interpretativo. Nelle ipotesi in cui l'attività del sanitario posta in essere con colpa lieve abbia causato un decesso, infatti, la norma potrebbe risultare contrastante con l'articolo 117 Cost. con riferimento all'articolo 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>79</sup>.

Difatti, in tema di responsabilità colposa per la morte di un individuo, la Corte europea è intervenuta a più riprese<sup>80</sup>, statuendo, nell'ambito degli obblighi procedurali posti a carico degli Stati membri, la necessità che si imponga un processo penale, e quindi l'insufficienza del solo procedimento civile, tutte le volte in cui si ravvisi la necessità, per la persona che ha subito un pregiudizio derivante dal reato, di svolgere accertamenti tecnici in chiave probatoria particolarmente complessi. Ciò in quanto il processo penale consente di far compiere tali riscontri, particolarmente gravosi da sostenere per il privato, all'autorità statale, in tal modo offrendo quindi piena tutela alla persona offesa. In quest'ambito, ipotesi paradigmatiche sono proprio i processi per colpa medica<sup>81</sup> in cui le difficoltà tecniche dell'accertamento sono spesso consistenti<sup>82</sup>.

L'effetto connesso alla nuova norma introdotta dalla c.d. Legge Balduzzi è tuttavia quello di non procedere penalmente, ma solo civilisticamente, nei processi in cui la colpa del sanitario, secondo quella che è l'interpretazione comune, non sia grave, lasciando impregiudicata la responsabilità sul piano civilistico. La norma prevede infatti che nei casi in cui la colpa dell'agente venga considerata lieve “*resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*”<sup>83</sup>. Ma sotto questo ultimo profilo, la circostanza che la colpa del sanitario per il decesso di un individuo non sia grave non assicura di per sé la semplicità dell'accertamento tecnico, potendo questo ben essere complesso. Anzi, paradossalmente, pare di poter affermare che proprio nei casi di colpa grave, in cui ci si trova di fronte ad una condotta grossolanamente distante da quella che avrebbe dovuto

76. Cfr. il par. 4 del presente contributo.

77. Si veda da ultimo D. PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013.

78. A tal proposito si veda ancora anche la summenzionata recentissima sentenza sez. IV, sent. n. 16237 del 2013, Cantore, che accoglie senza alcun dubbio la concezione dicotomica della colpa: lieve – grave.

79. Sugli effetti del diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'ordinamento interno si veda ampiamente F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in F- Viganò - O. Mazza (a cura di), *Europa e giustizia penale – Diritto penale e processo (Gli Speciali)*, 2011, p. 28 e ss.

80. Sul punto cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010: il diritto alla vita*, in questa *Rivista*, n. 1/2011, p. 216 e ss.

81. La stessa Corte europea si è pronunciata sul tema in questione. Cfr. ad es. i precedenti *Calvelli e Ciglio c. Italia* (n. 32867/96) del 17 gennaio 2002 e, più di recente, *Eugenia Lazar c. Romania* del 16 febbraio 2010 (n. 32146/05).

82. I giudici di Strasburgo hanno infatti evidenziato nella summenzionata sentenza *Eugenia Lazar c. Romania* la “*importance particulière a l'obligation procédurale contenue implicitement dans l'article 2 de la Convention qui, dans les circonstances de l'espèce, s'étend à la nécessité, pour l'Etat, d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu qui se trouvait sous la responsabilité de professionnels de la santé – qu'ils relèvent du secteur public ou du secteur privé – et, le cas échéant, de les obliger à répondre de leur actes*”. Non solo, l'obbligo per gli Stati membri contenuto all'art. 2 della Convenzione “*impose précisément aux autorités nationales de prendre des mesures pour assurer l'obtention des preuves propres à fournir un compte-rendu complet et précis des faits et une analyse des constatations cliniques, notamment de la cause du décès. Toute déficience de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir la cause du décès ou les responsabilités risque de faire conclure qu'elle ne répond pas à cette norme*”.

83. Tratta del problema di tale previsione anche il dott. Giordano al par. 1 dell'ordinanza di remissione degli atti alla Corte costituzionale di cui alla nota 17.

tenere l'agente modello, l'accertamento tecnico circa l'eventuale illiceità della condotta sia in realtà più semplice. Il rapporto tra colpa e accertamento della stessa sul piano probatorio sembrerebbe quindi essere di proporzionalità inversa: maggiore è il grado di colpa, minore sarà, con le dovute eccezioni, la difficoltà di accertamento dell'illiceità della condotta.

Ecco quindi che la norma, in questi termini e limitatamente alle ipotesi di decesso, potrebbe porsi in contrasto con l'art. 2 CEDU (per il tramite dell'art. 117 Cost.), con l'ulteriore conseguenza che, qualora tale incostituzionalità non sia dichiarata, la permanenza della stessa potrebbe generare condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo allorché i congiunti della vittima, vedendosi negata la tutela, decidano di ricorrervi.

A tal fine, per rispettare i principi espressi dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, visto che il processo penale in questi casi non è richiesto in quanto tale ma poiché esso consente di fare compiere i riscontri probatori a spese dello Stato tramite l'attività del Pubblico Ministero, unica soluzione per mantenere la norma così come attualmente formulata ed evitare di incorrere in condanne per le ragioni anzidette, parrebbe essere quella, probabilmente allo stato abbastanza irrealistica<sup>84</sup>, di introdurre nei casi di processo civile conseguente a decesso per colpa lieve una nuova norma che preveda l'accertamento tecnico sul fatto a spese dello Stato.

Nell'ambito del processo civile le spese del consulente risultano infatti attualmente pagate, ai sensi degli artt. 91 e 92 del codice di procedura civile, dalle parti, con conseguente potenziale violazione dell'art. 2 CEDU nei termini sopra descritti.

---

84. Uno dei problemi principali sembra consistere nella circostanza che una tale previsione necessiterebbe di adeguata copertura economica.