



La responsabilità penale del sanitario dopo riforma Gelli-Bianco: profili di diritto sostanziale e processuale.

di

Sarah Grieco *

SOMMARIO: 1. Le questioni ancora aperte. – 2. La tassatività delle regole di condotta secondo la riforma Balduzzi. - 3. La nuova causa di non punibilità prevista dalla legge n. 24/2017 - 4 Profili di diritto processuale. - 5 I profili di incostituzionalità della Riforma Gelli-Bianco e l'interpretazione "ortopedica" delle Sezioni Unite.

1. Le questioni ancora aperte

La centralità del tema in oggetto muove dall'esigenza di arginare quel fenomeno conosciuto come "medicina difensiva". Con tale termine, coniato negli Stati Uniti, si fa riferimento a tutte quelle condotte in cui i medici prescrivono accertamenti o terapie non necessari, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, allo scopo principale di sfuggire ad accuse¹. L'aumento continuo dei processi a carico degli operatori sanitari ha, negli anni, inevitabilmente alterato il rapporto medico-paziente² comportando, da un lato, la penalizzazione di un'intera classe medica che, di fronte al pericolo di un procedimento penale, preferiva astenersi dall'intervenire; dall'altro, la compromissione dell'inviolabile valore costituzionale del diritto del cittadino alla salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione.

Anche a causa di atteggiamenti poco indulgenti e ondivaghi della giurisprudenza - che nella materia in oggetto, si mostrava sempre più severa e finanche incline ad uscire dalla dimensione della colpa a favore della preterintenzione e del dolo

* Avvocato presso il Foro di Cassino.

¹ Office of Technology Assessment *Defensive medicine and medical Malpractice*, 1994

² A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva; una sintesi problematica ed un azzardo de iure condendo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, pag.1

eventuale³ - nel corso di pochi anni si sono susseguite ben due riforme volte a ridisegnare la colpa del sanitario, nel dichiarato intento di chiarirne i contorni e uniformarne i criteri di imputabilità.

Tra le principali criticità in materia, infatti, si registra la mancanza di regole cautelari certe e predeterminate. La presenza di *leges artis* plurime e contraddittorie, non consente una definizione *ex ante* della colpa, rimettendo le sorti processuali dei professionisti alla discrezionalità di giudici e consulenti. Tale doglianza è meritevole del massimo grado di tutela normativa, in quanto l'art. 25C impone il principio della tassatività che può essere soddisfatto solo quando le condotte, nel momento in cui sono poste in essere, sono sufficientemente individuate come idonee a ledere l'interesse protetto. Una regola cautelare disponibile solo "*ex post*" rispetto alla condotta, o peggio creata dal giudice con l'ausilio del perito, violerebbe irrimediabilmente il principio di legalità e quello di colpevolezza,⁴ nei termini di prevedibilità e prevenibilità che le appartengono.

A dire il vero la Suprema Corte, nonostante l'approccio severo di cui sopra, aveva iniziato ad affrontare il problema introducendo, in ambito penale, sotto forma di "regola di esperienza" il parametro civilistico dell'art. 2236 cc, volto a limitare la responsabilità medica alla sola colpa grave nei casi di particolare difficoltà tecnico-scientifica, aggiungendo anche i casi di urgenza.⁵

2. La tassatività delle regole di condotta secondo la riforma Balduzzi

La legge 189 del 2012, meglio conosciuta come riforma Balduzzi, più che la graduazione della colpa⁶, utilizza una tecnica differente per limitare la responsabilità del sanitario, introducendo, con l'art.3, comma 1, per la prima volta il parametro delle linee guida e delle buone pratiche "accreditate dalla comunità scientifica", per circoscrivere l'operatività dei principi posti dall'art.43 c.p.,

³ A. L. TERRIZZI, *Linee guida e saperi scientifici "interferenti"*. La Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-bianco, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.7/2018, 2018, pag.97

⁴ P. VENEZIANI, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, dir. Da G. MARINUCCI e E. DOLCINI, Padova, 2009, pag. 189.

⁵ Cfr. Cass. Pen., sez IV, 21 giugno 2007, n.3952; Cass. Pen., sez IV, 1 febbraio 2012, n. 4391

⁶ Come suggerito anche dal *Centro Studio Federico Stella*

derogando agli stessi. Tanto che il risultato era sostanzialmente quello di un *abolitio criminis*.⁷

Per linee guida si intendono tutte quelle raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate al fine di orientare medici e pazienti nelle specifiche circostanze cliniche sia diagnostiche che terapeutiche.⁸ Differiscono dalle buone pratiche in quanto, queste ultime, più che indirizzi operativi di comportamento, sembrano sostanzialmente in “regole prasseologiche”, protocolli generalmente condivisi ed applicati in ambito medico.⁹ Si tratta sostanzialmente di regole cautelari non scritte e meno determinate rispetto alle linee guida, ma con il pregio di essere estese allo svolgimento della pratica clinica nel suo complesso.¹⁰

Il medico, pertanto, veniva esonerato dalla responsabilità per colpa lieve, se nel compimento della sua funzione si atteneva a linee guida e buone pratiche, “accreditate dalla comunità scientifica”. Il testo normativo, tuttavia, non operava alcuna definizione di colpa lieve e grave e non effettuava alcuna distinzione in ordine alla tipologia del rimprovero colposo, in termini di perizia, prudenza o negligenza.

Se l’obiettivo era quello di rendere conforme la responsabilità penale medica al principio di tassatività, il legislatore ha di fatto fallito il suo proposito con la legge Balduzzi. Ciò non solo per una tecnica legislativa, definita dai più alquanto “approssimativa”¹¹, ma soprattutto perché le linee guida, seppure in un rapporto di complementarietà con le buone pratiche, si presentavano spesso talmente eterogenee nei contenuti, nei metodi, nelle finalità e nella provenienza, da non

⁷ Cass. Pen., S.U. 21 dicembre 2017, n.24.

⁸ Cass. Pen. Sez. IV, 5 novembre 2013, n.18430. In tal senso anche A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffré, Milano, 1999; L. CAJAZZO, M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Corr. Giur.*, 2013, p.485

⁹ A.D. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012

¹⁰ C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. legge Balduzzi*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013 in cui si afferma che “il concetto di buone pratiche sembra fare riferimento più che alla disciplina regolamentata, alla concreta attuazione delle medesime linee guida o a procedure non previste dalle linee guida ma comunemente applicate, e di cui sia riconosciuta l’efficacia terapeutica o comunque la non dannosità per il paziente.

¹¹ L.A. TERRIZZI, op.cit.

poter fornire ai medici risposte chiare e univoche.¹²Del resto, del fatto che di tale criticità il legislatore fosse già consapevole al momento della redazione del testo normativo, è dimostrato proprio con la specificazione che tali regole dovevano essere accreditate dalla comunità scientifica; quasi a voler restringere il campo delle linee guida applicabili. Di fronte a tale incertezza in sede giudiziaria della regola cautelare, anche il criterio della colpa lieve perdeva il proprio effetto limitativo di responsabilità.

La stessa giurisprudenza contribuiva a ridurre ulteriormente la portata innovativa della legge, limitandone il campo di applicazione alla sola imperizia, sebbene il dato letterale facesse riferimento alla colpa *tout court*; lasciando pertanto, punibili tutti i casi di imprudenza e negligenza, seppur lievi.¹³

3. La nuova causa di non punibilità prevista dalla legge 24/2017

Solo cinque anni più tardi, la colpa professionale come delineata dalla legge Balduzzi veniva abrogata da un nuovo testo normativo, la Legge dell'8 marzo 2017 (la cd. legge Gelli - Bianco), che applicava una tecnica normativa molto diversa dalla precedente. Tramite l'introduzione dell'art. 590 *sexies* nel codice penale, coniava una specifica causa di non punibilità delle fattispecie ex artt. 598 e 590 c.p., determinata dalla presenza simultanea di più fattori: la responsabilità del sanitario per morte o lesione personale è esclusa quando l'evento è dovuto ad imperizia, purché siano rispettate le linee guida, o in mancanza le buone pratiche, e le stesse risultano adeguate al caso concreto. Resta salva, ai sensi dell'art. 7 della legge 24 /2017, la responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 cc.

¹² A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, cit., pag.515 che evidenziava come solo in alcuni casi le linee guida si presentavano come vere e proprie regole doverose di condotta; in altre parti erano costituite da suggerimenti di massima che il medico deve adattare al singolo caso o può non seguire.

¹³ Cass. Pen., Sez.IV, 24 gennaio 2013, n.11493; Cass. Pen. Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 7346; Cass. Pen., Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 32756.

Si tratta pertanto di “comportamenti che, pur integrando gli estremi del reato, non richiedono, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la sanzione penale, alle condizioni date.”¹⁴

La riforma Gelli si inserisce nel solco tracciato dalla legge Balduzzi, come sottolineato negli stessi lavori parlamentari, non solo per le finalità – la restituzione di una maggiore serenità al sanitario nell’affidarsi alla propria autonomia professionale con il perseguimento di un effettivo diritto alla salute per il paziente – ma anche per il richiamo ai parametri delle linee guida e delle buone pratiche, con la specifica tuttavia che debba trattarsi di regole “adeguate al caso concreto”.

Proprio in tema di linee guida e della loro non univoca individuazione, criticità che ha tacciato il decreto Balduzzi di incostituzionalità nei termini descritti, la riforma ha avuto l’innegabile merito di aver inserito un “procedimento pubblicistico” per la loro formalizzazione ed il loro monitoraggio. L’art. 5 ha, infatti, stabilito che i soggetti legittimati alla loro elaborazione sono solo quelli iscritti in apposito elenco istituito con Decreto del Ministero della salute; con tale previsione in buona sostanza, il legislatore vincola il governo a prevedere dei paletti in grado di garantire l’affidabilità dei soggetti legittimati, ponendo una forma di “controllo preliminare” alla redazione delle linee guida.¹⁵ Istituisce inoltre il Sistema Nazionale per le Linee Guida, istituito con Decreto Ministeriale dello scorso febbraio, gestito da un Comitato strategico e governato dall’Istituto Superiore della Sanità preposto a valutarle, inserirle nel SSLG, stabilirne standard metodologici e criteri di valutazione.¹⁶

E’ indubbio che, con tale processo di formazione pubblicistica, che ha fornito alle linee guida un carattere “scientifico - ministeriale”, il legislatore abbia voluta non solo indurre un criterio di affidabilità e rilevanza, ma anche rispondere alle esigenze di maggior e determinatezza delle fattispecie colpose,¹⁷ emerse

¹⁴ Cass. Pen. S. U., sent. 21 dicembre 2017, n.29

¹⁵ G. M. VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Dike giuridica editrice, marzo 2017.

¹⁶ Per un approfondimento cfr. D.M. 20.02.2018

¹⁷ Cass. Pen., S.U., 21 dicembre 2017, n.29.

all'indomani della legge Balduzzi; non lasciando così a giudici e consulenti, discrezionalità nell'individuazione delle regole di condotta.

Si tratta della definitiva consacrazione delle linee guida come strumento di supporto, sul piano tecnico-scientifico, per l'operatore, per la struttura e finanche per il giudice, con la fuoriuscita dagli strumenti di *soft law*, trasformandole in vere e proprie prescrizioni legali, con l'effetto di completare e specificare il precetto normativo.¹⁸ Va da sé che compito del consulente non sarà quello di esprimere il loro personale, seppure qualificato, giudizio, quanto piuttosto di "delineare lo scenario di studi e fornire gli elementi di giudizio che consentono al giudice di comprendere se e quale sia la conoscenza scientifica adeguata in grado di guidare l'indagine."¹⁹

Altro elemento da salutare con favore è la chiarificazione del rapporto tra linee guida e buone pratiche, che si pongono non più in una posizione di complementarietà ma di sola alternatività, in caso di non pubblicazione delle prime. Si pone così fine all'ingiustificata disparità di trattamento di quei sanitari penalizzati per il sol fatto di operare in un caso, allo stato, non disciplinato da linee guida.

Il legislatore, se da un lato stabilisce il carattere vincolante delle linee guida scientifico-ministeriali, dall'altro introduce con chiarezza la necessità che tali regole siano adeguate al caso concreto. Come già sotto il vigore della legge Balduzzi, ed in linea con la consolidata giurisprudenza in materia²⁰, si conferma la necessità che, l'applicazione delle regole cautelari "codificate", sia proceduta da una necessaria opera intellettuale di verifica della loro idoneità al caso specifico che, tranne in casi di particolare semplicità, non possono certo essere state prese in considerazione dai redattori delle linee guida. Queste quindi, nonostante siano elaborate da autorità pubbliche, conservano il loro carattere orientativo e mai tassativo, proprio perché

¹⁸ G. FARESE, *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità delle procedure di accreditamenti*, in A.A. V.V. *Guida alle nuove norme sulle responsabilità professioni sanitarie*, a cura di G. CARPANI - G. FARES, 2017, pag.97

¹⁹ C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in Cass. Pen., 2013,9, 2984.

²⁰Cass. Pen. Sez. IV, 18 febbraio 2010, n.10454

l'esigenza di personalizzare le scelte diagnostiche e terapeutiche rappresenta in sé un principio "rigorosamente scientifico"²¹. Tale disposizione tutela così, da un lato, l'espressione di autonomia del medico salvaguardata dall'art.33 C; dall'altro, dissolve il rischio per la comunità di "appiattimenti burocratici".

Già da una sommaria lettura della disposizione in esame, risulta tuttavia immediatamente evidente come grandi assenti siano, da un lato, la graduazione della colpa e, dall'altro, le altre tipologie di colpa, facendosi riferimento alla sola imperizia.

Quanto a quest'ultimo aspetto, si assiste indubbiamente ad un (ingiustificato) "passo indietro"²² del legislatore che, nonostante qualche interpretazione giurisprudenziale, delimitava la responsabilità del sanitario anche nei casi di negligenza (nelle ipotesi omissivi) e di imprudenza (in quelle commissive). Con la riforma del 2017, invece, unica responsabilità a rilevare resta l'imperizia, ovvero la non conformità dell'operato medico alle regole tecniche, quali imperizie o negligenze "qualificate", a seconda che le regole tecniche violate prescrivano un *facere* o un *non facere*.²³

E' opportuno sottolineare come la distinzione tra le differenti tipologia di colpa riacquista, oggi, una peculiare rilevanza, riportando però alla luce tutte le difficoltà, legate alle estrema fluidità dei confini fra le dette nozioni. Non sempre, infatti, di fronte alla violazione di regole tecniche si assiste ad un caso di imperizia in quanto, come sottolineato da attenta giurisprudenza²⁴, qualora il "comportamento del sanitario sia improntato ad indifferenza, scelleratezza o comunque assoluta superficialità"²⁵, il parametro valutativo diviene quello della diligenza e della perizia, in quanto trattasi di regole cautelari notorie e di comune esperienza, che possono ritrovarsi anche all'interno delle stesse linee guida.

²¹ A. FIORI, D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Milano 2009, pag.315

²² C. CUPELLI, op.cit.

²³ F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, pag. 308

²⁴ Cass. Pen, Sez. IV, 20 marzo 2015, n.16944

²⁵ Cass. Pen, S.U., 21 dicembre 2017, n.24

Tuttavia, a destare le maggiori preoccupazioni già tra i primi commentatori, è indubbiamente il mancato riferimento alla colpa lieve, che sembra legittimare la configurazione di una vera e propria immunità penale per il medico imperito che abbia rispettato le linee guida.²⁶ E' evidente, infatti, che l'irrilevanza penale anche dell'imperizia grave, dinnanzi peraltro alla punibilità della negligenza e dell'imprudenza lievi, suscita non poche questioni di costituzionalità.

L'impostazione letterale dell'art.6 appare difficilmente compatibile col principio di ragionevolezza, sia in termini di logica che di proporzionalità, in quanto il legislatore collega la punibilità ad una distinzione sottile e manipolabile come quella tra imperizia, imprudenza e negligenza.²⁷ Anche la determinatezza ex art. 25 C viene compromessa, non potendo i sanitari conoscere *ex ante* a quale categoria possa appartenere il loro errore professionale. In discussione viene posto l'art. 32 C: la *vis preventiva* della punibilità civile o disciplinare, così come congeniata dalla riforma, non ha indubbiamente la stessa efficacia di quella penale, attesa l'obbligatorietà della copertura assicurativa. Quanto al principio di uguaglianza, appare evidente la disparità rispetto alle altre categorie professionali che possono cagionare la morte o le lesioni a terzi per imperizia e che non possono godere della stessa impunità del sanitario. La previsione legislativa confliggerebbe anche con la dignità professionale tutelata dall'art.33 C nonché con la libera valutazione del giudice, che si troverebbe innanzi ad un criterio di giudizio non flessibile, basato sulla rigidità delle linee guida. D'altronde tale norma si pone come irragionevole rispetto all'intero complesso del nostro sistema che appare fortemente, "panpenalistico" nonostante le numerose riforme, e che considera rilevante la colpa grave rispetto alla lesione di beni meno importanti quali la vita e l'incolumità individuale.

²⁶ P. GRILLO, *La legge Gelli- Bianco va alle sezioni Unite: l'imperizia non è punibile soltanto se lieve*, in *Diritto & Giustizia*, 23 febbraio 2018, fascicolo 35/2018

²⁷G. M. VERGALLO, op.cit, pag.35.

4. Profili di diritto processuale

È a questo punto opportuno dedicare alcuni cenni alle innovazioni apportate dalla novella in punto di diritto processuale penale.

Da un primo punto di vista, va segnalata l'insensibilità della costituzione di parte civile ex art. 74 ss. c.p.p. alla generalità delle novità introdotte dalla legge in ordine all'esperimento di un'azione risarcitoria in sede civile.

Non risulta, infatti, applicabile al processo penale la condizione di procedibilità delineata dall'art. 8 della legge in relazione alla proposizione di "un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria", la quale è stata subordinata alla previa istanza di consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c. (ovvero, in alternativa, di un procedimento di mediazione ex art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28).²⁸

Altro elemento di riflessione a seguito della riforma, è la possibilità per il medico ospedaliero, imputato di reato commesso per colpa professionale, nel caso di costituzione di parte civile, di chiamare in causa nel processo penale, quale responsabile civile, l'azienda ospedaliera di appartenenza.

Diversi e contrastanti si presentavano gli orientamenti da parte della giurisprudenza di legittimità *ante* riforma.

In senso affermativo²⁹, si è dichiarato che l'azione risarcitoria contro il responsabile civile in sede penale è ammessa nei confronti della P.A. e costituisce un'ipotesi di responsabilità diretta per fatto proprio ex art. 2043 c.c., in quanto dipende dal rapporto organico che lega il funzionario o il dipendente all'ente ed in forza del quale si ha, di fronte ai terzi, identità tra ente pubblico e dipendente.

La conseguenza è che, ai sensi dell'art. 575 c.p.p., il responsabile civile può proporre impugnazione contro le disposizioni della sentenza riguardanti la responsabilità dell'imputato e contro quelle relative alla condanna di questi, e del responsabile civile, alle restituzioni, al risarcimento del danno e alla rifusione delle spese processuali.

²⁸P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 marzo 2017

²⁹ Cass. pen. 30 giugno 1984, n. 9583

In senso contrario,³⁰ è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 83 c.p.p. nella parte in cui non prevede la possibilità per il medico ospedaliero imputato di reato commesso per colpa professionale, nel caso di costituzione di parte civile, di chiamare nel processo quale responsabile civile l'Azienda ospedaliera di appartenenza, poiché – in ragione del rapporto contrattuale sussistente tra la vittima e tale Ente gestore del servizio sanitario, ed in ragione altresì della distinzione tra gli obblighi del sanitario e quelli dell'ospedale nei confronti del malato – si versa in un'ipotesi di non operatività dell'art. 185 c.p. con riferimento alla responsabilità per fatto del terzo.

La Corte ha precisato che la responsabilità della ASL è diretta ed autonoma rispetto a quella del sanitario, in forza del contratto d'opera professionale concluso con il paziente che viene curato nella struttura ospedaliera.³¹

A diverse conclusioni induce, tuttavia, la legge Gelli-Bianco che ha decretato la generalizzata natura contrattuale della responsabilità delle strutture, ex art. 1228 c.c. (art.7, n.1), anche per fatto del sanitario, dipendente o in regime libero professionale, e non solo per prestazioni proprie, quali, ad esempio, quelle alberghiere o di adeguatezza della struttura.³² Tale criterio di imputabilità comporta che l'ente, o la struttura privata, assumeranno in ogni caso la veste di responsabile civile del fatto illecito del medico.³³

Unica novità esplicita introdotta in materia processuale penale dalla riforma, concerne la specializzazione dei tecnici chiamati a coadiuvare il giudice penale nell'accertamento della responsabilità dei sanitari.

A mente dell'art. 15, infatti, tanto nei procedimenti civili quanto in quelli penali "aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria", "l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e

³⁰ Cass. pen. 9 luglio 2008, n. 37992

³¹ Cass. pen. 13 aprile 2005, n. 23724; cfr. anche Corte cost. 16 aprile 1998, n. 112.

³² Tale impostazione è in linea con l'orientamento costante della giurisprudenza in materia civile; cfr. *ex purimis* Cass. civ. Sez. III, 30 settembre 2015, n.19541; Cass. Civ., Sez. III, 26 giugno 2012, n.10616

³³ D. CHINDEMI, *Profili processuali civili e penali rilevanti in tema di responsabilità medica*, in *Responsabilità del medico nella struttura sanitaria pubblica e privata*, in *Altalex*, 2018

pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi”.

Affinché tali direttive siano concretamente perseguibili, si prevede che nell’albo dei periti ex art. 67 att. c.p.p. (come anche nell’albo dei consulenti tecnici ex art. 13 att. c.p.c.) siano “indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina”, prescrivendo peraltro che l’elenco sia aggiornato “con cadenza almeno quinquennale”, al duplice fine di “garantire, oltre a quella medico-legale, un’idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche riferite a tutte le professioni sanitarie” (art. 15, comma 3) e di indicare “relativamente a ciascuno degli esperti ... l’esperienza professionale maturata, con particolare riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati” (art. 15, comma 2).

Alcuni dei primi commentatori hanno rilevato come, la disposizione in parola, sia inidonea ad assicurare in ogni caso la nomina di soggetti particolarmente esperti, dal momento che “la necessità di scegliere all’interno di tale albo non vale né per il giudice – per il quale l’art. 221 prevede nella nomina del perito la facoltà di scelta ‘tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina’ – né tantomeno per il Pubblico Ministero – in favore del quale il combinato disposto degli articoli 359 c.p.p. e 73 disp. att. c.p.p. prescrive la possibilità di scegliere il proprio consulente senza formalità alcuna e, conseguentemente, rimane aperta la possibilità che entrambe le figure decidano di avvalersi di soggetti non ricompresi in tali elenchi.”³⁴.

Nondimeno, sembra possibile pervenire ad un conclusione diversa, dal momento che il tenore imperativo del nuovo art. 15 (“l’autorità giudiziaria affida l’espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato ... tra gli iscritti negli albi”) appare dettare una disciplina speciale rispetto alle disposizioni codicistiche, in grado di limitare grandemente la discrezionalità di

³⁴ P. F. POLI, *Il ddl Gelli - Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2017

giudici e p.m., vincolandoli a selezionare i consulenti tra gli iscritti all'albo, allorché venga in questione un'ipotesi di responsabilità medica.³⁵

5. I profili di incostituzionalità della riforma Gelli-Bianco e l'interpretazione "ortopedica" delle Sezioni Unite

L'interpretazione della nuova colpa medica ha dato avvio ad un contrasto giurisprudenziale all'interno della stessa Quarta Sezione della Cassazione, competente tabellarmente per i reati colposi, a brevissima distanza dall'approvazione della legge.

La questione, insorta sul piano intertemporale con applicazione della legge più favorevole ex art.2 c.p, quarto comma, è virata sul piano, necessariamente preliminare, del corretto ambito di applicazione dell'art. 590 sexies c.p.

In particolare, secondo una prima pronuncia, la sentenza Tarabori, la previgente disciplina sarebbe più favorevole. La formulazione letterale del nuovo precetto, - escludendo ogni responsabilità penale del sanitario anche in caso di errori macroscopici e/o grossolani - se applicato, creerebbe un "corto circuito capace di renderlo inservibile", ledendo sia principi costituzionali di portata fondamentale (quali, ad esempio, la tutela della salute e l'uguaglianza tra le diverse figure professionali) che quelli fondanti la responsabilità penale stessa. Di talché, la sentenza in commento, non rinviene alcuno spazio applicativo della causa di non punibilità, né in fase di selezione che di applicazione della linea guida, negando finanche la capacità semantica della stessa che non definisce neppure tale ma un "atecnico quanto ripetitivo riferimento al giudizio di responsabilità", parametrato alla colpa.³⁶

Di contro, la successiva pronuncia Cavazza individuava nella imperizia *in eligendo*,³⁷ ovvero nell'applicazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso

³⁵ F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, *ibidem*, 23 febbraio 2017

³⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, Tarabori; sul punto anche C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, Giuffré, Milano, 2017

³⁷ C. CUPELLI, *La legge Gelli - Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la graduazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 cc.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 dicembre 2017

concreto, l'unica ipotesi di responsabilità per imperizia medica. Di talché, non approfondendo le conseguenze di carattere sistematico della nuova disciplina ed i possibili profili di incostituzionalità, individuava la legge Gelli-Bianco come più favorevole rispetto alla precedente, con la sua conseguente applicazione anche alle condotte avvenute prima della sua entrata in vigore.

Le Sezioni Unite, con sentenza 21 dicembre 2017, dopo aver valorizzato il ruolo delle linee guida come strumento di standardizzazione delle pratiche mediche e presidio di garanzia di salute per il paziente³⁸, - in quanto "*condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche..., reputate dopo un'accurata selezione distillazione dei diversi contributi*", - e aver ribadito il dovere del sanitario di discostarsene, qualora non adeguate alle specificità del caso, si sofferma sul contrasto giurisprudenziale insorto. La Corte, a differenza di quanto sostenuto dalla pronuncia Taraburi, recuperando l'impostazione della sentenza Cantore,³⁹ ritiene "scindibile" la condotta del sanitario in due fasi: quella dell'individuazione e selezione delle linee guida adeguate al caso concreto, e quella dell'esecuzione materiale delle stesse. Attenta dottrina, infatti, all'indomani di quella sentenza, aveva individuato casi di "adempimento inopportuno", o *culpa in eligendo*, ovvero quelli in cui la peculiarità del caso concreto suggerisce al professionista di discostarsi dalle linee guida e di disattenderle, da quelli di "adempimento imperfetto", o *culpa in executivis*, ovvero quando il sanitario, pur orientandosi correttamente nella scelta delle regole, abbia commesso qualche errore nel "concreto farsi del trattamento".⁴⁰ Tale ultimo soggetto, sempre secondo le Sezioni Unite, è l'agente che in base al legislatore precedente non rispondeva per colpa lieve. Ne consegue che, anche con la legge vigente, ambito applicativo resta la fase attuativa delle linee guida, con la conseguenza che, in caso evento lesivo o mortale nel rispetto delle linee guida adeguata al caso specifico, potrà essere coperto dalla nuova causa di non punibilità solo l'errore colpevole per imperizia.

³⁸ L. RISICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia lieve del medico*, in *Giur. It.*, n.4/2018

³⁹ Cass. Sez. IV, 29 gennaio 2013, n.16237

⁴⁰ D. PULITANO', *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. Pen. Cont - Riv. Trim.*, 2013, 4, 80.

Tuttavia, nonostante il dato letterale e attraverso una lettura dell'ar.12 delle Preleggi - che consentirebbe un'interpretazione *praeter legem*, individuando quale unico divieto quella *contra legem* - la Suprema Corte reintroduce la graduazione della colpa e lo fa recuperando il criterio civilistico dell'art. 2236 cc. come massima di esperienza. Per fornire un'interpretazione costituzionalmente conforme, salvando così l'art. 590 *sexies* c.p., la Corte di fatto introduce un elemento nuovo ed ulteriore quale quello della graduazione della colpa. Questa riscrittura del testo di legge in *malam partem*, in virtù dell'eliminazione dell'imperizia grave dall'area di non punibilità⁴¹, viene giustificata come "mancata evocazione esplicita della colpa lieve", in quanto il legislatore afferma chiaramente di porsi nel solco di quello precedente che aveva parcellizzato la condotta del sanitario e graduato la colpa.

D'altronde un'interpretazione in chiave sistemica dell'intera riforma volge in tal senso: un'immunità del sanitario anche in caso di errore inescusabile, seppure nella fase esecutiva, appare in contrasto con l'intento di effettiva tutela della salute del paziente, al quale, in ambito civilistico, viene garantito il risarcimento dovuto anche con il sistema di assicurazione obbligatoria accompagnato dall'introduzione di un'azione diretta nei confronti della stessa compagnia. Il recupero dell'art. 2236, già utilizzato, come dichiarato in premesso dalla giurisprudenza anche precedente alla riforma Balduzzi per l'articolazione colpa lieve/colpa grave, avviene non come diretta applicazione del principio civilistico ma come comune regola di esperienza e in ossequio al principio di razionalità. Come osservato da attenta dottrina, sarebbe irragionevole un'attenuazione della colpa in ambito civilistico e non penalistico, rappresentando la risposata punitiva penale una *extrema ratio*⁴²; anche se vi è chi ritiene che il concetto di colpa in sé, avendo connaturati gli elementi della prevedibilità ed evitabilità, detiene tutti gli anticorpi necessari per una

⁴¹ P. PIRAS, *Un distillato di nomofiliachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 aprile 2018

⁴² G. M. VERGALLO, op.cit.

graduazione della responsabilità, anche senza dover ricorrere al summenzionato criterio civilistico.⁴³

Con tale ragionamento la Corte, pronunciandosi sul punto di diritto per la quale era stata interpellata –ovvero la successione di leggi nel tempo – dichiara esplicitamente più favorevole la previgente disciplina, in quanto include anche i casi connotati da negligenza o imprudenza qualora la colpa sia lieve, tra gli esoneri di responsabilità.

In secondo luogo, l'errore per imperizia nel momento selettivo per la specificità del caso concreto, non risulta scusato neppure in caso di colpa lieve, a differenza della *ratio* sottesa all'art. 3 della legge 189 del 2012, che va considerata sul punto più favorevole. Tale aspetto lascia indubbiamente perplessi perché ignora quella presunzione di affidamento da parte sanitario ad altri criteri, come l'esistenza di fonti qualificate, spingendolo ad optare per le sole regole ufficialmente adeguate al caso concreto; in caso di esito infausto il sanitario potrebbe ricorrere più agevolmente all'esonero di responsabilità ex art. 590 *sexies* cp, rispetto a quanto accadrebbe se applicasse strategie e linee guida non accreditate ma più adeguate al caso concreto⁴⁴.

Inoltre resta ancora aperta la questione dell'effettiva distinzione tra i diverse forme di colpa, la cui fluidità di contorni continua a permanere.

C'è da chiedersi infine se, di fronte ad una interpretazione "ortopedica"⁴⁵ delle Sezioni Unite, non sarebbe stato più appropriato un contributo razionalizzante della Corte Costituzionale.

Infine, se l'obiettivo era quello di fornire maggiori garanzie in termini di irresponsabilità alla classe medica, ponendo così un freno alla medicina difensiva, la constatazione che anche questa riforma abbia fallito, sembra decretata dalle stesse Sezioni Unite che hanno chiaramente definito la normativa previgente più favorevole per l'imputato.

⁴³A. MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni Unite l'ardua sentenza*, in *Giurisprudenza Penale*, 2018

⁴⁴P. ZIVIZ, *Responsabilità sanitaria: appunti sul rilievo delle linee guida in ambito civilistico*, in www.rivistapenalemedica.it 2017,1,45

⁴⁵ L.A. TERRIZZI, op.cit., pag.101.

Al sanitario non resta, pertanto, che la speranza di aver compiuto la condotta prima dell'entrata in vigore della nuova normativa.

dirittifondamentali.it