



2/2017

IL D.D.L. GELLI – BIANCO: VERSO UN'ENNESIMA OCCASIONE PERSA DI ADEGUAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO AI PRINCIPI COSTITUZIONALI?

di Pier Francesco Poli

***Abstract.** Il D.d.l. Gelli – Bianco, in fase di definitiva approvazione alla Camera, si pone l'obiettivo di riformare nuovamente la materia della responsabilità sanitaria con alcune rilevanti novità, in particolare, per quel che concerne la materia penale, l'eliminazione definitiva di qualsiasi riferimento alla colpa grave. Nel contributo vengono pertanto illustrate le molteplici criticità dell'articolato normativo e proposte alcune soluzioni, finalizzate a rendere la materia della responsabilità penale del medico conforme ai principi costituzionali.*

SOMMARIO: 1. Il D.d.l. Gelli – Bianco e le norme rilevanti in ambito penale. – 2. Una prima critica: la continua indifferenza del legislatore ai gravi problemi della classe medica. – 3. Una seconda critica: il contrasto della normativa in materia di responsabilità penale del medico con i principi di proporzione e *ultima ratio* dell'intervento penale. – 4. Una terza critica: la permanente violazione del diritto alla salute, del principio di libertà terapeutica e del diritto all'autodeterminazione del paziente. – 5. Una quarta critica: il congedo dal criterio del grado della colpa e l'introduzione di un generale dovere di adesione alle linee guida. – 5.1. Una possibile definizione di colpa grave. – 6. Una quinta critica: la mancata soluzione dei problemi legati all'individuazione delle linee guida valevoli ad escludere la responsabilità penale. – 7. Le (poche) idee positive contenute nel disegno di legge. – 8. Una proposta: la generalizzata irrilevanza penale della colpa lieve in ambito sanitario.

1. Il D.d.l. Gelli – Bianco e le norme rilevanti in ambito penale.

In data 11 gennaio 2017 il Senato, dopo una prima approvazione da parte della Camera dei Deputati del 28 gennaio 2016, ha approvato con emendamenti il Disegno di Legge Gelli – Bianco¹, intitolato “*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*” che mira a riformare, ad appena quattro anni dall'introduzione del D.L. Balduzzi², la disciplina della responsabilità professionale del medico.

¹ Si tratta del Disegno di Legge n. 2224.

² Per un'illustrazione delle norme di rilevanza penale introdotte dal D.L. Balduzzi, convertito in legge n. 189 del 2012, sia consentito rinviare a P.F. POLI, [Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 86 ss.

Per quel che concerne le norme di rilevanza penale, il Disegno di Legge, che deve ancora ricevere la definitiva approvazione da parte della Camera dei Deputati in seguito alle modifiche apportate da parte del Senato, introduce alcune significative novità.

In particolare l'articolo 6, rubricato *“Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria”*, prescrive che, dopo l'articolo 590-*quinquies* del Codice penale, sia inserito il seguente *“Art. 590-sexies (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario). – (co. 1) Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. (co. 2) Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico – assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”*.

Rispetto a quanto previsto dal D.L. Balduzzi, la norma in questione:

- i) colloca la speciale disciplina della colpa medica all'interno del codice penale, anziché in una legge *“complementare”*;
- ii) elimina, al fine del giudizio sulla responsabilità in sede penale, il riferimento al grado della colpa;
- iii) limita l'esclusione della responsabilità penale in caso di osservanza delle linee guida ai soli reati colposi di omicidio e lesioni, mentre il D.L. Balduzzi è in teoria applicabile a tutti i reati colposi commessi dal medico³.

L'articolo 5 del disegno di legge in commento, poi, rubricato *“Buone pratiche clinico – assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida”*, prescrive al primo comma che *“Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico – assistenziali”*.

A differenza del testo previgente, quindi, il Disegno di legge prevede, mediante il combinato di tale norma con l'art. 6 esaminato in precedenza:

³ Tale profilo, unitamente a molti altri, era stato rilevato all'interno dell'Ordinanza del Tribunale di Milano del 21.3.2013 (Imp. Andreatta e altri), con la quale il Tribunale di Milano aveva sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme introdotte dal D.L. Balduzzi. Il testo dell'Ordinanza è reperibile in questa Rivista, 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](#). La questione, tuttavia, non è stata oggetto di decisione da parte dei giudici delle leggi in quanto non ne era stata specificata la rilevanza ai fini della decisione sul caso oggetto di giudizio da parte del Giudice di merito, sul punto si veda G. L. GATTA, [Colpa medica e linee guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del Decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano](#), in questa Rivista, 9.12.2013.

i) una selezione delle condotte tenute dal sanitario nell'esecuzione delle quali il rispetto delle linee guida dà luogo al beneficio dell'irresponsabilità: non più, sempre in astratto, qualsivoglia attività posta in essere dal sanitario, bensì solamente quelle che costituiscono l'estrinsecazione dell'esercizio di una delle tradizionali attività mediche: la prevenzione, la diagnosi, la cura, la riabilitazione, la palliazione o la medicina legale;

ii) un sostanziale obbligo, per il sanitario, di attenersi, nella normalità dei casi, a quanto previsto dalle linee guida⁴;

iii) la circostanza che, almeno apparentemente, non tutte, ma solamente alcune linee guida – e precisamente quelle emanate da enti pubblici o privati nonché da società scientifiche e associazioni tecnico – scientifiche iscritte nell'elenco del Ministero e inserite nel Sistema Nazionale per le Linee Guida (SNLG) – sono i testi cui i sanitari devono attenersi.

Ad avviso dello scrivente, per le ragioni che si esporranno nei paragrafi che seguono le norme appena illustrate, qualora venissero approvate, costituirebbero l'ennesima occasione persa, per il legislatore, di creare un sistema di responsabilità professionale del medico conforme ai principi costituzionali. Scopo del presente lavoro è conseguentemente quello:

i) di evidenziare le criticità del disegno di legge in commento e i profili di frizione del medesimo con alcuni principi costituzionali, tra cui quelli di proporzione e *ultima ratio* dell'intervento penale, di libertà terapeutica, del diritto all'autodeterminazione del paziente nonché di precisione;

ii) di cercare di fornire, all'interprete e al legislatore, una possibile definizione di colpa grave.

2. Una prima critica: la continua indifferenza del legislatore ai gravi problemi della classe medica.

Il legislatore, con il Disegno di legge in esame, pare manifestarsi ancora una volta drammaticamente sordo ai gravi problemi che la classe medica oramai denuncia da anni⁵ e che incidono profondamente sulla vita dei cittadini. La dimensione del contenzioso giudiziario avverso i medici, infatti, ha come noto raggiunto proporzioni estremamente

⁴ Nota acutamente questa particolarità C. CUPELLI, [La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione \(e i rischi della riforma alle porte\)](#), in *questa Rivista*, 27 giugno 2016. In effetti il testo della riforma pare profondamente diverso dal precedente: se infatti il D.L. Balduzzi rendeva irresponsabile per colpa lieve il sanitario il quale si fosse attenuto alle linee guida, la nuova norma prevede, quale criterio generale di indirizzo nell'attività del medico, che quest'ultimo si attenga a tali testi, il che pare una disposizione foriera di una forte compromissione del principio di libertà terapeutica. Sul punto cfr. *infra*, par. 4.

⁵ Si veda da ultimo A. PANTI, *Introduzione*, in AA. VV., "Decreto Balduzzi" e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento?, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 736 e ss.

ragguardevoli⁶ e ciò ha comportato, nel personale sanitario, una sorta di reazione di massa, che si manifesta attraverso la medicina difensiva, di tipo positivo o negativo.

Con la c.d. medicina difensiva negativa i sanitari rifiutano pazienti, atti chirurgici o pratiche mediche potenzialmente rischiosi da un punto di vista delle ricadute giudiziarie, con evidenti pregiudizi per i soggetti affetti da patologie, i quali necessiterebbero di cure in tempi celeri; con le condotte di c.d. medicina difensiva positiva, invece, i sanitari pongono in essere prescrizioni di esami diagnostici non necessari al solo fine di preconstituirsì giustificazioni per il remoto caso che il paziente subisca un qualche tipo di pregiudizio, con ricadute negative sia sui singoli individui, 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 enormi⁷. Nel 2007, l'importo di denaro pubblico 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 euro⁸; nell'anno successivo, ad un incontro specifico sul tema⁹, 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 annui¹⁰.

La medicina difensiva, quindi, incide in maniera profondamente negativa non solo sulla salute dei pazienti, che si vedono rifiutati o subiscono esami strumentali non necessari¹¹, ma anche sulle finanze pubbliche. Questo è il dato indiscutibile da cui un legislatore attento e scrupoloso dovrebbe prendere le mosse prima di apprestare una qualsivoglia riforma della responsabilità sanitaria. Prima di riformare, sarebbe insomma opportuno riflettere sulle cause dell'imponente contenzioso avverso la classe medica,

⁶ A proposito della misura del contenzioso giudiziario nei confronti dei medici si vedano 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. MAZZUCATO – 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 e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 16 e ss.; G. ROTOLO, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 1259 e ss.; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2013, p. 1 e ss. Esprime un'isolata opinione contraria sulle proporzioni del fenomeno C. BRUSCO, [Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica](#), in questa Rivista, 27 giugno 2016, il quale ritiene che esso non abbia dimensioni significative in ragione dello scarso numero di sentenze di conferma di pronunce di condanna assunte dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni. Nella letteratura medica in materia è possibile consultare F. TRAINA, *Medical malpractice: the experience in Italy*, in *Clinical orthopaedics and related search*, 2009, p. 434 e ss.

⁷ Sul punto la letteratura è estremamente vasta. Si veda per tutti, di recente, A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 4 e ss.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ Per una sottolineatura dei gravi problemi derivanti dalla prassi in questione, v. di recente R. BARTOLI, *I costi economico – penalistici della medicina difensiva*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, p. 1107 e ss.

¹¹ Sul punto cfr. le riflessioni di M. BARNI, *Diritti – doveri – responsabilità del medico*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 345; in termini non dissimili A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 249.

dalla medesima percepito come tremendamente iniquo, non foss'altro perché il medico si sente chiamato a rispondere, talora anche in spregio al principio di affidamento¹², di responsabilità dovute a difetti estranei alla sua sfera di competenza quali, a titolo meramente esemplificativo, la vetustà degli strumenti impiegati nella struttura in cui opera, la difettosa organizzazione dei turni da parte degli organi amministrativi competenti, la mancanza di macchinari utili a curare meglio determinate patologie, e così via¹³.

L'attività medica, infatti, ha un evidente rischio intrinseco¹⁴ costituito, tra l'altro, dal fatto che il medico interviene in contesti patologici, dovendo risolvere situazioni di crisi dell'organismo e quasi sempre prestare attenzione ad una molteplicità di fattori che interagiscono tra loro in modo differente da individuo a individuo¹⁵; d'altra parte, spesso il medico è costretto addirittura a ledere per curare, con tutto ciò che ne consegue in termini di probabilità di provocare, o non riuscire ad evitare, esiti infausti¹⁶.

Nondimeno, l'attività medica è, come è ovvio, indispensabile per l'uomo perché tutela beni fondamentali garantiti dalla Costituzione quali l'integrità fisica, la salute e la

¹² Si veda ad es. Cass. pen., sez. IV, sent. 1410, 14 giugno 2000 in cui si è affermata, senza alcun riferimento al menzionato principio, la responsabilità del primario per problemi respiratori collegati al lavoro compiuto da un anestesista. Per un'analisi sull'applicazione del principio di affidamento in tema di responsabilità medica d'*equipe* si veda l'ancora attualissimo G. MARINUCCI – G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in equipe*, ora in G. MARINUCCI, *Scritti*, cit., p. 273 e ss. Rileva come nella prassi giudiziaria sia ancora presente un atteggiamento estremamente rigoroso che vede ad esempio attribuire la responsabilità per il ferro lasciato nel corpo del paziente non al solo ferrista, cui è specificamente deputato il compito del conteggio dei ferri, ma a tutti i membri dell'*equipe* A. ROIATI, [Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione](#), in questa Rivista, 20 maggio 2013. In giurisprudenza si veda di recente però un'illuminata ordinanza di archiviazione del GIP presso il Tribunale di Vercelli reperibile in [questa pagina web](#), concernente un caso di decesso di un paziente in seguito alla dimenticanza di una garza nell'addome, in cui il giudicante ha ritenuto, applicando proprio il principio di affidamento in unione con le linee guida in materia secondo il dettato del D.L. Balduzzi, che nessuna responsabilità possa ritenersi sussistente in capo al chirurgo, dovendo la medesima ricadere unicamente sull'addetto a tale compito.

¹³ Cfr. A. PANTI, *Introduzione*, cit.; 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. nonché più di recente G. FORTI, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra norme auspicate e riforme attuate*, in AA. VV., "Decreto Balduzzi" e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento?, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 739, il quale condivisibilmente rileva che "la misura della responsabilità richiesta da una comunità ai suoi appartenenti, proprio per poter avanzare nei loro confronti una pretesa normativa, specie laddove questi svolgano attività ad alto rischio, dovrebbe essere sempre calibrata in base al livello di riconoscimento sociale e giuridico che quella comunità è disposta ad accordare loro. Ci è parso quindi che una 'appropriata' condotta del medico (anche nel significato con cui in campo sanitario ci si riferisce all'appropriatezza di un intervento sanitario), di per sé non difensiva, potesse attendersi solo in un quadro complessivo capace di modulare 'appropriatamente' la reazione all'errore: 'essere al contempo un soggetto e un oggetto appropriato di atteggiamenti reattivi significa essere un membro della comunità normativa all'interno della quale ci si assume delle responsabilità e si è ritenuti responsabili di quanto si fa'".

¹⁴ Sul punto cfr. diffusamente A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 2 e ss.

¹⁵ In termini simili R. BARTOLI, *Ancora difficoltà ad inquadrare i presupposti applicativi della legge c.d. Balduzzi*, in *Diritto penale e processo*, 2016, p. 647.

¹⁶ Su questo problema si vedano le riflessioni di F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica. Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1231.

vita. È solo grazie all'esistenza del sanitario, ossia di un soggetto che si assume la responsabilità di agire in un contesto di elevatissimo rischio come quello descritto¹⁷, che i beni costituzionali in gioco sono tutelati, in quanto, se egli non vi fosse, essi non potrebbero ricevere protezione.

Tra le denunce esposte dalla classe sanitaria sui gravi problemi derivanti dal contenzioso subito ve n'è una ancora più significativa: le specializzazioni mediche più a rischio di eventi lesivi – e come intuibile, più necessarie, come chirurgia e ortopedia – stanno via via vedendo scemare sempre più i professionisti disposti a svolgerle. In altre parole, al momento della scelta della specializzazione sono moltissime le persone che, pur di evitare il pericolo di subire procedimenti giudiziari correlati alla propria attività e la connessa sottoposizione a premi assicurativi enormemente elevati – quando non, addirittura, ad una difficoltà di trovare compagnie assicurative disposte a stipulare le polizze – proprio in ragione di tale pericolo, preferiscono optare per ambiti di attività meno rischiosi¹⁸.

Il motivo delle scelte legislative sino ad ora compiute e della conseguente indifferenza alle istanze della classe medica pare doversi ricercare, almeno sullo sfondo, in una incapacità del legislatore di sottrarsi alla logica della ricerca del capro espiatorio, propria della società contemporanea. La veloce trasformazione della società nell'epoca della post-industrializzazione e la novità degli strumenti di comunicazione hanno contribuito in maniera decisiva ad aumentare il senso di inadeguatezza dell'individuo a dominare gli eventi¹⁹ e la conseguente necessità di individuare sempre e comunque, anche a fronte di eventi imprevedibili che altro non costituiscono se non delle disgrazie²⁰,

¹⁷ Sul punto si vedano di recente G. FORTI, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra norme auspicate e riforme attuate*, cit., p. 739; C. PIZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 312.

¹⁸ Come emerso in numerose notizie di stampa le iscrizioni alle specializzazioni più a rischio sono in netto calo per varie ragioni tra le quali il timore di essere sottoposti a denuncia penale assume un peso preponderante. Si veda, per quanto concerne la chirurgia, le considerazioni emerse in un incontro della Società Italiana di Chirurgia riportate in [questa pagina web \(repubblica.it\)](#) mentre, per quel che concerne l'Ortopedia, i rilievi sostanzialmente analoghi compiuti dai responsabili della Società Italiana di Ortopedia e Taumaturgia reperibili in [questa pagina web](#). Sembra in altre parole che in tali materie le pretese dell'ordinamento siano tali da ingenerare nei sanitari una rinuncia a porre in essere determinate attività; sul rischio paralisi connesso a pretese troppo elevate nell'ambito della responsabilità colposa si veda F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *questa Rivista*, 13 marzo 2012, p. 13.

¹⁹ Cfr. a tal proposito J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 14. Il medesimo concetto è ripreso in termini similari da numerosi autori, si veda ad esempio C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 849 e ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, Giuffrè, 2003; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004. Considerazioni sostanzialmente analoghe sono state svolte anche da G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità penale dello psichiatra*, in *Foro italiano*, 1988, p. 118 e da L. RISICATO, *L'attività medica in equipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, Giuffrè, 2013, p. 4 e ss.

²⁰ Si veda la lucida analisi di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario: difesa del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 119, in cui l'Autore, in un significativo paragrafo intitolato "Un illecito, non la sfortuna", evidenzia che "interventi del diritto penale infondati o anche solo eccessivi possono opprimere per anni o anche persino rovinare la vita delle persone colpite, possono annientare le basi su cui poggiano la reputazione sociale di una persona

un responsabile²¹. Questa tendenza dell'uomo contemporaneo a trasformare gli avvenimenti avversi in ingiustizie è stata a più riprese sottolineata dalla dottrina.

La circostanza, recentemente rilevata²², per cui le sentenze di legittimità che coinvolgono sanitari sarebbero in realtà molto poche sicché il problema della medicina difensiva sarebbe più che altro effetto di una enfaticizzazione dei rischi connessi alla professione, pare a sommo parere di chi scrive non cogliere nel segno. Anzitutto deve rilevarsi che i disagi denunciati dalla classe medica nascono non dalla condanna definitiva in sede penale, bensì dalla sola esistenza del processo penale per numerose ragioni, tra le quali si possono annoverare, senza pretesa di completezza: i) lo stigma rappresentato, a livello sociale e professionale, dalla pendenza di un siffatto procedimento; ii) i tempi e i costi per la preparazione della propria difesa; iii) l'abnorme aumento dei premi assicurativi per i rischi legati all'esistenza di tale contenzioso²³; iv) il timore per le eventuali conseguenze pregiudizievoli scaturenti da una pronuncia di condanna. Tali ragioni possono essere ben riassunte nell'espressione di Carnelutti il quale, quasi un settantennio fa, già osservava che il processo penale è per l'imputato innocente una pena ingiusta che, come tale, deve essergli il più possibile evitata²⁴.

e anche i suoi mezzi di sostentamento. Un esempio di queste violazioni non è solo il giudizio errato formulato sull'innocente, ma lo è anche la lotta priva di risultati condotta per anni dalla vittima di un reato nei confronti delle procure e dei tribunali in sede di ricorso contro l'archiviazione degli atti [...], per ottenere l'avvio o la prosecuzione di un procedimento penale che gli garantisca la conferma di essere stata vittima di un illecito, non della sfortuna".

²¹ Tra gli altri, ha sottolineato questo aspetto J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit., p. 21, il quale rileva che nella società di oggi, caratterizzata da un vasto numero di "soggetti passivi" ossia di persone, costituenti la maggioranza, che non creano autonomamente utili ma che sono beneficiari del trasferimento di ricchezza da parte dello Stato, "esiste anche una resistenza psicologica rispetto al caso fortuito, di fronte alla produzione accidentale di risultati lesivi" aggiungendo "è evidente che ne consegue una crescente tendenza a trasformare l'Unglück (accidente, fortuito, disgrazia) in Unrecht (illecito), ciò che a sua volta inevitabilmente conduce ad un ampliamento del diritto penale". Rileva ancora l'Autore, a p. 22, che "alla sensazione di insicurezza si somma l'esistenza di un prototipo di vittima che non ammette la possibilità che il fatto di avere sofferto sia dovuto a una 'propria colpa' o, semplicemente, al caso. Si parte sempre dall'assioma per cui deve esserci sempre un terzo responsabile, cui imputare il fatto e le sue conseguenze patrimoniali e/o penali". Si veda poi l'interessante F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, p. 879.

²² C. BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità*, cit.

²³ Anche su tale tema la stampa e le Associazioni dei medici hanno già da tempo denunciato il problema. Si vedano ad esempio i contributi apparsi su [questa pagina web \(corriere.it\)](#), in cui si evidenzia che per le professioni maggiormente a rischio i premi assicurativi possano arrivare sino a sedicimila euro all'anno, nonché su [questa pagina web \(repubblica.it\)](#). La problematica è stata anche rilevata dalle stesse imprese assicuratrici che hanno evidenziato come a tratti il rischio giudiziario fosse talmente elevato da rendere la prestazione professionale medica non assicurabile, sul punto si veda il rapporto dell'Associazione Nazionale delle Imprese Assicuratrici del 2014 reperibile in [questa pagina web](#).

²⁴ Così F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, Edizioni dell'Ateneo, p. 35, il quale rilevava che "non è dato giudicare senza punire né punire senza giudicare; in altre parole, non vi è atto del giudizio il quale non cagioni una sofferenza a chi vi è giudicato". Ancora, il medesimo Autore in F. CARNELUTTI, *Le miserie del processo penale*, Roma, Edizioni Radio Italiana, p. 46, osservava che "il processo medesimo è una tortura. Fino a un certo punto, dicevo, non si può farne a meno; ma la cosiddetta civiltà moderna ha esasperato in modo inverosimile ed insopportabile questa triste conseguenza del processo. L'uomo, quando è sospettato di un delitto, è dato ad bestias, come si diceva una volta dei condannati offerti in pasto alle fiere. La belva, l'indomabile e insaziabile belva è la folla... Appena sorto il sospetto l'imputato, la sua famiglia, la sua casa, il suo lavoro sono inquisiti, perquisiti, denudati



2/2017

Ciò che innesca la medicina difensiva, in altre parole, è il timore dell'insorgenza di un contenzioso, e non solo l'epilogo del medesimo, perché è la sola esistenza di un procedimento che scatena le problematiche cui si è fatto cenno. E alla genesi di tale contenzioso, indubbiamente, contribuiscono talvolta in maniera significativa campagne pubblicitarie che associano, automaticamente, la mancata cura di un problema di salute all'errore di un medico ed alla sua responsabilità. Internet, la stampa e la televisione sono infatti piene di *reclame* all'interno delle quali soggetti più o meno qualificati si propongono di offrire assistenza, talvolta anche gratuita, per procedere contro un medico o un sanitario che "*si pensa abbia sbagliato*"²⁵ e la ragione, purtroppo, è spesso legata al fatto che coloro che offrono le proprie prestazioni in tali pratiche hanno sovente un interesse direttamente collegato all'ottenimento del risarcimento, in quanto le compagnie assicurative sono solite liquidare le spese di assistenza in percentuale rispetto alle somme elargite al danneggiato a titolo di risarcimento del danno.

Secondariamente, anche la metodologia di conteggio dei procedimenti, impiegata dai sostenitori della tesi poc'anzi esposta per argomentare sull'inesistenza di una significativa dimensione del contenzioso penale in ambito sanitario, non appare pienamente condivisibile. È, infatti, noto che, per quanto concerne i procedimenti aventi ad oggetto il reato di lesioni colpose, procedibili a querela di parte, gli stessi si chiudono sovente mediante trattative che sfociano, grazie all'intervento anche delle compagnie assicurative, in declaratorie di estinzione del procedimento per remissione di querela dietro il pagamento di somme a titolo di ristoro del danno patito. Con riguardo agli omicidi colposi, invece, spesso il procedimento penale è attivato dietro presentazione di denuncia dopo aver infruttuosamente domandato il risarcimento alla compagnia assicurativa. In breve, la circostanza che vi siano poche sentenze definitive in materia pronunciate dalla Corte di Cassazione, di per sé, nulla pare provare in relazione all'impatto che il procedimento penale – o la minaccia del medesimo – può avere sulla classe sanitaria.

Nessuna di queste considerazioni è stata compiuta ed il Disegno di legge in commento pare dimostrare una volta di più quell'incapacità del legislatore degli ultimi anni di creare le condizioni affinché la classe medica sia in grado di percepire come ragionevole e prevedibile il livello di esposizione alle possibili conseguenze giudiziarie del proprio agire²⁶, ciò che appare il presupposto affinché la norma sanzionatoria sia in grado di orientare i comportamenti dei consociati. Il legislatore infatti, con la riforma in esame, non solo sostanzialmente mantiene un impianto il cui impatto sull'effettiva

alla presenza di tutto il mondo. L'individuo, così, è fatto a brani e l'individuo, ricordiamoci è il solo valore che dovrebbe essere salvato dalla civiltà".

²⁵ Si veda a tal proposito, ad esempio, la campagna pubblicitaria di Obiettivo Risarcimento, trasmessa in televisione nel 2011, e reperibile in [questa pagina web \(youtube.it\)](#), oppure quella, radiofonica, dell'Associazione Danno alla Salute reperibile in [questa pagina web \(youtube.it\)](#), per non parlare delle molteplici pubblicità presenti su svariati siti internet quali ad esempio [risarcimentodannigratis.it](#), reperibile in [questa pagina web \(youtube.it\)](#); oppure Dimensione risarcimento che, come riferisce nel proprio video reperibile in [questa pagina web \(youtube.it\)](#) trasforma "*il tuo danno in soldoni! Subito e senza spese*".

²⁶ Esattamente in questo senso G. FORTI, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspiccate e riforme attuate*, cit., p. 739.

decriminalizzazione di alcune condotte colpose in ambito sanitario, come dimostra la giurisprudenza successiva al D.L. Balduzzi, non pare essere stato particolarmente significativo, ma addirittura modifica in senso peggiorativo alcune disposizioni. Dimostrazione di quanto asserito è anzitutto la restrizione della responsabilità penale per colpa in ambito sanitario alle sole condotte connotate da imperizia nonché l'eliminazione del riferimento al grado della colpa per la selezione delle condotte di penale rilevanza.

Come noto, il testo del D.L. Balduzzi non specificava nulla a proposito di quali tipologie di colpa generica – negligenza, imprudenza e imperizia – potessero rientrare nel beneficio della irresponsabilità per colpa lieve.

Sul punto si era, tuttavia, formato un orientamento largamente maggioritario in giurisprudenza e condiviso da alcuni autori²⁷, che limitava l'applicazione della irresponsabilità per colpa lieve alle sole condotte connotate da imperizia, sulla base della circostanza che le linee guida conterrebbero indicazioni di sola perizia. In maniera più condivisibile, un orientamento giurisprudenziale più recente²⁸ e sostenuto da altra parte della dottrina²⁹ rilevava che le linee guida non contengono solamente prescrizioni di perizia, ma altresì di prudenza e diligenza, potendo così la norma applicarsi anche alle altre ipotesi di colpa generica.

Tale ultima soluzione, peraltro, appariva la più adatta al fine di sottrarre la norma ad una sostanziale disapplicazione. Come insegna la dottrina penalistica da svariati decenni³⁰, infatti, l'imperizia non è altro che una negligenza o un'imprudenza qualificata dall'ambito tecnico in cui essa ha luogo, potendo verificarsi, come già avvenne in passato nell'applicazione in campo penale della norma sull'irresponsabilità per colpa grave in caso di problemi tecnici di speciale difficoltà prevista dall'art. 2236 c.c., di cui si tratterà nel prosieguo del presente lavoro³¹, una tendenza della giurisprudenza a definire un contegno in un modo piuttosto che in un altro in ragione della sola volontà di sottrarlo o meno alla sanzione penale.

A dispetto di tali rilievi e del menzionato orientamento minoritario, il quale rilevava la necessità di estendere l'irrelevanza penale della colpa lieve anche ai contegni connotati da imprudenza e negligenza, nel presente D.D.L. si è eliminato del tutto il riferimento alla responsabilità per sola colpa grave³² legando il beneficio

²⁷ Espone tale orientamento, tra gli altri, P. PIRAS, [Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi](#), in *questa Rivista*, 24 aprile 2015.

²⁸ Trattasi di Corte di Cassazione, Sez. IV, 19 gennaio 2015 (dep. 6 marzo 2015), n. 9923, Est. Piccialli, Imp. Manzo, reperibile in *questa Rivista*; Cass. pen. Sez. IV, 9 ottobre 2014 (dep. 17 novembre 2014), n. 47289, Est. Blaiotta, Imp. Stefanetti.

²⁹ Cfr. A. ROIATI, [Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia, Nota a Corte di Cassazione, Sez. IV, 9 ottobre 2014 \(dep. 17 novembre 2014\), n. 47289, Est. Blaiotta, Imp. Stefanetti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 231 e ss.; C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza*, cit.

³⁰ Sulla facile intercambiabilità dei concetti di negligenza, imprudenza e imperizia si veda in passato G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, CEDAM, 1982, p. 477.

³¹ Cfr. par. 7.1.

³² Tale decisione è frutto dell'intervento del Senato, avendo la Camera mantenuto, nella prima approvazione del Disegno di legge, il riferimento alla irresponsabilità per colpa grave recitando il testo originario

dell'irresponsabilità penale per colpa all'adesione del sanitario alle linee guida ma per le sole condotte connotate da imperizia, il che pone il serio pericolo di andare incontro ai problemi denunciati.

Tale intervento pare andare in controtendenza sia rispetto alla strada intrapresa con il D.L. Balduzzi – in cui comunque vi era una timida apertura verso una generalizzata valorizzazione del grado della colpa ai fini della delimitazione della responsabilità penale in ambito sanitario – che rispetto ai principi che hanno ispirato altri legislatori europei, i quali hanno introdotto drastiche limitazioni della rilevanza penale della colpa “non grave” o, comunque, “non qualificata”³³.

Si rinvia ad altra sede per un esame compiuto sulla questione, anche perché essa coinvolge non solo il problema della responsabilità in ambito sanitario ma più in generale della responsabilità per colpa. Per quel che interessa ai fini del presente contributo è sufficiente rilevare che in numerosi Paesi europei non esiste la responsabilità penale per colpa semplice come noi la intendiamo e, ove l'aver commesso un fatto per colpa semplice dia luogo a sanzioni penali, ciò non comporta sovente conseguenze gravi in termini sanzionatori. Per rendersene conto è sufficiente considerare che i) in Spagna, a) l'omicidio colposo è sanzionato come delitto – con pena da uno a cinque anni di reclusione – solamente per *imprudencia grave* (colpa grave) ai sensi di quanto previsto dall'art. 142 comma 1 del Codice penal, e non per *imprudencia leve* (colpa lieve), quest'ultima dando luogo solamente ad una contravvenzione a querela di parte, punita con la multa ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 621 del Codice penal e b) le lesioni personali sono pure sanzionate quali delitto ai sensi dell'art. 152 del Codice penal solamente ove realizzate per *imprudencia grave*, dando luogo altrimenti a contravvenzione a querela di parte, sanzionata anch'essa con una semplice multa secondo quanto previsto sempre dall'art. 621 del Codice penal; ii) in Portogallo a) l'omicidio per semplice *negligencia* (colpa) è sanzionato penalmente ma dà luogo, alternativamente, alla pena della reclusione sino a tre anni o della multa, secondo quanto previsto dall'art. 137 comma 1 del Codice penal, mentre in caso di *negligencia grosseira* (colpa grave), secondo quanto previsto dal secondo comma della medesima disposizione, la sanzione diviene sino a cinque anni di reclusione mentre b) le lesioni sanzionate a titolo di *negligencia*, punibili a querela, danno luogo alternativamente, ai sensi dell'art. 148 del Codice penal, alla pena della reclusione o della multa ma se la lesione è scaturita da atto medico e ha dato luogo ad una malattia inferiore agli otto

“L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge”.

³³ Siffatta impostazione richiama alla mente quanto osservato perspicuamente da G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 1673 e s., *“una sensazione pervade: nella realtà politica e normativa del nostro tempo l'affermazione di un valore passa necessariamente per la criminalizzazione della sua offesa. Come l'araba fenice, il diritto penale si rigenera continuamente: da un lato si decriminalizza (o comunque almeno si decarcerizza); dall'altro l'allarme sociale finisce per imporre sempre la stessa risposta: nuove incriminazione”.*

giorni il giudice può dispensare il soggetto dalla pena; iii) in Inghilterra, a) l'omicidio è sanzionato, a determinate condizioni, unicamente a titolo di *gross negligence* (colpa grave) la quale viene peraltro parametrata non confrontando la condotta dell'agente concreto con quella di un agente modello bensì con quella di un *reasonable man* (uomo ragionevole), il che innalza ulteriormente la soglia di rilevanza penale delle condotte e b) le lesioni colpose non hanno rilevanza penale³⁴; iv) in Francia, a) l'omicidio colposo è sanzionato ai sensi dell'art. 221-6 del Code penal con una pena di tre anni di reclusione e 45.000 euro di multa, mentre, b) le lesioni – che rilevano solamente ove determinino un'incapacità totale di lavorare per più tre mesi – sono sanzionate a titolo di *faute* (colpa) con la pena di due anni di reclusione e 30.000 euro di multa (deve però considerarsi che in Francia, secondo la nozione di colpa elaborata da dottrina e giurisprudenza, è esclusa la rilevanza penale della colpa lieve³⁵ e che, nella valutazione di colpa generica, il parametro di riferimento per valutare i contegni dell'agente concreto non è l'*homo eiusdem condicionis et professionis* o agente modello nostrano bensì l'uomo « normalmente diligente », il « buon cittadino », « buon padre di famiglia » o « buon professionista »³⁶, circostanza che innalza il livello di colpa penalmente rilevante in ragione del meno rigoroso parametro di riferimento con cui comparare il contegno dell'agente concreto).

3. Una seconda critica: il contrasto della normativa materia di responsabilità penale del medico con i principi di proporzionalità e *ultima ratio* dell'intervento penale.

Le considerazioni svolte nel paragrafo che precede paiono utili al fine di introdurre una riflessione sulla frizione dell'attuale sistema sanzionatorio per gli episodi di omicidio colposo e lesioni colpose commesse dai sanitari nell'esercizio della propria attività – e di quello derivante dall'eventuale definitiva approvazione del Disegno di legge in commento – con alcuni fondamentali principi che regolano il nostro diritto penale.

Il ricorso alla sanzione penale, come noto, costituisce infatti la risposta estrema tra tutte quelle di cui l'autorità dispone³⁷ ed il ricorso alla stessa, dall'illuminismo in poi, è consentito solamente in presenza di due requisiti: i) l'assoluta necessità della medesima anche alla luce di un bilanciamento tra i costi dell'intervento penale e i benefici che la sanzione penale provoca sulla tutela dei beni giuridici (principio di proporzionalità) e ii)

³⁴ Per un contributo della dottrina italiana sul tema si veda G. PAVICH, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 50 e ss.

³⁵ Si veda B. BOULOC, *Droit pénal général*, XIV ed., Parigi, Dalloz, 2005, p. 243 e ss.

³⁶ Cfr. sul punto in dottrina tra i tanti S. PETIT, *Une nouvelle définition des délits d'imprudence*, in *Gazette du palais*, 2000, p. 1171 e ss. ed E. DREYER, *Droit pénal général*, II ed., Parigi, LexisNexis, 2012, p. 543 nonché, in giurisprudenza, Cass. crim., sent. 15 aprile 2008, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, p. 910 e, in tempi meno recenti, Cass. crim., sent. 13 novembre 1980, in *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambre criminelle*, 1980, n. 298 ; Cass. crim., sent. 23 ottobre 2001, in *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambre criminelle*, 2001, p. 218.

³⁷ Tra i tanti di recente G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, cit., p. 1654.

l'inadeguatezza di qualsiasi altro strumento previsto dall'ordinamento a proteggere in egual modo il medesimo bene giuridico (principio di *ultima ratio*). Ciò in quanto la sanzione penale lede il bene, pure costituzionalmente garantito, dell'inviolabilità della libertà personale, protetto dall'art. 13 Cost.³⁸, il che comporta che la sua lesione risulti possibile unicamente ove ciò sia assolutamente necessario³⁹. Inoltre, una sanzione la cui inflizione dia luogo a benefici inferiori ai costi della sua irrogazione sarebbe percepita come sproporzionata dal soggetto cui la stessa è inflitta, con conseguente violazione del principio di rieducazione del condannato, contenuto nell'art. 27 comma 3 Cost.⁴⁰.

Tali requisiti, proprio perché ancorati ai parametri costituzionali richiamati, prescindono totalmente dall'eventuale rilevanza costituzionale del bene giuridico danneggiato o offeso con il contegno tenuto dal singolo consociato, giacché tale eventuale rilevanza costituzionale non può da sola determinare automaticamente la necessità di proteggere il relativo bene a mezzo della sanzione penale. In altre parole, come ha rilevato da tempo parte della dottrina⁴¹, non esistono nella nostra Costituzione obblighi costituzionali impliciti di tutela di un bene giuridico. Applicando tali assunti teorici alla materia di cui ci si occupa, la circostanza che i comportamenti tenuti dai sanitari siano lesivi dei beni "vita" e "salute", quindi di beni che godono in massimo grado di protezione a livello costituzionale, non appare da sola sufficiente a giustificare l'incriminazione di condotte lesive degli stessi qualunque sia il grado di colpa del soggetto agente⁴².

Con riferimento al principio di proporzione, va rilevato che esso postula, come osservato, che i vantaggi che la società si attende dalla comminatoria penale formulata per la tutela di un bene giuridico – o di una determinata modalità di lesione di un bene giuridico – siano confrontati con i costi della pena di ordine sociale, economico ed individuale in termini di pregiudizio per la libertà personale, per il patrimonio, per la reputazione del soggetto condannato e così via⁴³. Il controllo sul rispetto di tale principio passa, secondo la dottrina, per la duplice verifica sull'efficacia ed effettività della sanzione penale⁴⁴ rispetto a un determinato comportamento.

Quanto alla prima, occorre che la pena abbia a livello empirico un reale effetto di prevenzione generale tale per cui l'incriminazione di un certo tipo di contegno determini, a livello sociale, l'automatica diminuzione del medesimo. Con riferimento,

³⁸ M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 41 e ss.

³⁹ Così fra gli altri G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Vol. I, Torino, Giappichelli, 2004, p. 52 e ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, V ed., 2015, Milano, Giuffrè, 2015, p. 14; F. MANTONVANI, *Diritto penale*, VIII ed., Padova, CEDAM, 2013, p. 204 e ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 11 e ss.; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit.

⁴⁰ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 14.

⁴¹ Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano Giuffrè, 2001, p. 512.

⁴² Sulla circostanza che al giorno d'oggi si debba essere contrari all'idea che identifica *tout court* la tutela dei diritti della persona con il diritto penale si veda G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, cit., p. 1690.

⁴³ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 14.

⁴⁴ Il passaggio è chiaramente esplicitato da G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1660 e ss.

invece, alla verifica sull'effettività, è necessario dimostrare l'idoneità del mezzo-pena a realizzare, mediante la diminuzione dei comportamenti costituenti illecito penale, una sorta di utile sociale che sia superiore ai costi dell'inflizione della pena⁴⁵.

Ebbene, la oramai pluridecennale storia dell'indiscriminato intervento penale nel settore sanitario sembra dimostrare che esso sia, da un lato, non solo inutile, ma addirittura dannoso, confliggendo così il suo mantenimento con il sopra menzionato principio di proporzionalità in ambito penale e, dall'altro, facilmente sostituibile con presidi non penali, collidendo la sua permanenza con il principio di *ultima ratio* dell'intervento penale.

Sulla dannosità di un massiccio intervento penale in ambito sanitario riteniamo che, oltre alle considerazioni già esposte in precedenza, sia opportuno rilevare come esso, in realtà, paia comportare a livello generale una diffusa lesione proprio di quei beni che astrattamente vorrebbe tutelare – ossia la vita e l'integrità fisica – in misura forse addirittura maggiore di quanto non lo facciano i contegni lesivi dei singoli sanitari che vengono penalmente sanzionati. Sulle problematiche per la salute dei cittadini derivanti dalla medicina difensiva nonché sugli enormi costi della medesima – il che comporta una dispersione di fondi che potrebbero utilmente essere destinati altrove⁴⁶ – si rinvia a quanto scritto in precedenza⁴⁷.

Non solo, come visto non pare neppure che l'intervento penale sia conforme al menzionato principio di *ultima ratio*, ben potendo altri rami dell'ordinamento, in particolare quello civile, disciplinare e amministrativo⁴⁸, assolvere al compito di sanzionare per lo meno le più lievi irregolarità nella condotta dei medici, come già avviene nella stragrande maggioranza dei Paesi europei, in cui solo di rado contegni di colpa medica ricadono nell'ambito penale⁴⁹.

4. Una terza critica: la permanente violazione del diritto alla salute, del principio di libertà terapeutica e del diritto alla autodeterminazione del paziente.

Il Disegno di legge in commento non si premura di risolvere nemmeno un ulteriore grave problema che è scaturito dall'applicazione del D. L. Balduzzi. Come osservato, infatti, l'esclusione della responsabilità per colpa lieve è stata condizionata, i) alla circostanza che il medico abbia effettivamente seguito una linea guida che tuttavia,

⁴⁵ Sul punto C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 1447; G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1661.

⁴⁶ Per rendersene conto si pensi che l'importo stimato dell'ultima legge di stabilità ammonta a 27 miliardi di euro, come riportato in [questa pagina web \(repubblica.it\)](http://www.repubblica.it), ossia neanche il doppio dei costi sostenuti per le attività di medicina difensiva nell'anno 2007.

⁴⁷ Cfr. paragrafo 2.

⁴⁸ In generale, con riferimento a vari rami dell'ordinamento, proposte simili sono state fatte tra gli altri DA F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 365 e ss., con riferimento agli eventi lesivi connessi ad attività ad alto rischio tecnologico, nonché da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 221 e ss., per ciò che concerne attività di impresa complesse.

⁴⁹ Si rinvia sul punto ancora al paragrafo 2.

nel caso pratico, non doveva essere seguita⁵⁰ o ii) secondo parte della giurisprudenza, al fatto che il sanitario, nel seguire una linea guida, abbia compiuto un errore⁵¹, impostazione non modificata dal testo in commento che elimina il riferimento al grado della colpa ma concepisce l'esclusione da responsabilità penale per imperizia in caso di adesione alle linee guida.

Siffatta interpretazione pare, tuttavia, porsi in frontale contrasto con il principio di libertà terapeutica, con il diritto alla salute e con il diritto all'autodeterminazione del paziente, garantiti dagli artt. 32 e 33 della Costituzione, in quanto prospetta al sanitario un beneficio da un punto di vista del possibile risvolto penale delle sue azioni, condizionato all'esecuzione delle proprie prestazioni in possibile difformità i) dalle conoscenze scientifiche più recenti e ii) dalla volontà del paziente.

Per rendersi conto di tali problematiche è sufficiente ipotizzare due casi, la cui ricorrenza appare del tutto possibile nella prassi.

Esempio a): 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 di quelle sino a quel momento conosciute ed impiegate presso la comunità scientifica, per gestire una determinata patologia, la cui descrizione è già stata pubblicata sulle più importanti riviste di settore, ma non ancora recepita dalle linee guida⁵².

Esempio b): un altro sanitario è a conoscenza di una tecnica di cura la cui validità scientifica è pacifica, perché anch'essa recepita in riviste scientifiche di settore la quale,

⁵⁰ Cfr. sul punto P. PIRAS, [In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 \(linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica\)](#), in questa Rivista, 26.11.2012.

⁵¹ In questo senso, alcune sentenze della Corte di Cassazione hanno così, sia pur minimamente, esteso i presupposti applicativi della norma, ricomprendendo circostanze in cui di fatto il sanitario, errando nell'esecuzione delle prescrizioni di una linea guida, non sta, effettivamente, seguendo la linea guida. In questo senso si è pronunciata Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, in questa Rivista, 11 aprile 2013, con nota di F. VIGANÒ, [Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione](#), che ha rilevato come "potrà ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico e terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore proprio nell'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore non sia lieve". In senso contrario si veda però ad esempio Cassazione penale, Sez. IV, sent. 3 febbraio 2016, n. 4468, in *Diritto penale e processo*, 2016, p. 642 e ss., in cui la Suprema Corte ha affermato "ciò che rileva al fine della non configurabilità della colpa lieve è che, rimasta accertata una errata manovra di esecuzione dell'esame strumentale in parola, tale condotta, come delineata e censurata dal CT, e come ritenuta dai giudici del merito (v. supra), indubitabilmente non può integrare l'ipotesi di colpa lieve, nell'accezione della novella, atteso che essa è sintomatica della mancata adozione di quelle necessarie attività mediche (linee guida) che avrebbero evitato la lesione procurata alla paziente".

⁵² Le linee guida, proprio perché dovrebbero cristallizzare le migliori e più condivise acquisizioni scientifiche su un dato tema, necessitano di tempi lunghi ai fini della loro adozione dovuti i) alle tempistiche necessarie alla formazione dei panel di esperti ed alla riunione dei medesimi, ii) allo studio dei testi scientifici di riferimento e iii) alla selezione, studio e stesura dei migliori contegni possibili. Sul tema delle modalità di adozione e stesura delle linee guida e sulle problematiche a ciò connesse si veda M. CAPUTO, ["Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica](#), in questa Rivista, 16 luglio 2012.

pur non essendo cristallizzata in una linea guida, è a suo giudizio meglio aderente alle esigenze del paziente, il quale peraltro vorrebbe seguire tale percorso e non, invece, quello previsto dalle linee guida.

Nelle ipotesi sopra descritte, le disposizioni del D.L. Balduzzi, che sul punto non vengono in alcun modo modificate dal D.D.L. Gelli – Bianco, pongono il sanitario di fronte a scelte drammatiche, ossia se seguire quanto previsto dalle linee guida e beneficiare dell'esclusione di responsabilità, ovvero applicare una tecnica aggiornata (nell'esempio a) o un percorso terapeutico riconosciuto e condiviso con il paziente (nell'esempio b) ma non beneficiare di siffatta esenzione di responsabilità.

Il condizionamento del beneficio dell'irresponsabilità penale all'adesione alla linea guida, introdotto dal D.L. Balduzzi e rafforzato dalle disposizioni del D.D.L. Gelli – Bianco, appare pertanto lesivo, in quanto interpretato dalla giurisprudenza nei termini che si sono prospettati, del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione del paziente, di cui all'art. 32 Cost., nonché del principio di libertà terapeutica, garantito ex art. 33 Cost. Con riferimento al primo, appare evidente la lesione nella misura in cui il condizionamento del beneficio all'aver seguito una linea guida rischi di indurre la classe medica a non rappresentare al paziente tecniche o possibilità terapeutiche magari più aggiornate e già cristallizzate nella comunità scientifica di riferimento – ovvero preferite dal paziente – ma non ancora recepite in linee guida bensì solo quelle contenute nei testi menzionati. Con riguardo al secondo, sembra pure significativa la violazione derivante dalla circostanza che, anche in questo caso, il medico viene indotto a seguire non la tecnica che gli appare preferibile in ragione del complesso di conoscenze scientifiche di cui è in possesso ma, ancora una volta, quella cristallizzata nel testo medesimo.

5. Una quarta critica: il congedo dal criterio del grado della colpa e l'introduzione di un generale dovere di adesione alle linee guida.

Oltre ai problemi già rilevati, ve n'è un altro che assume una significativa importanza.

Il D.L. Balduzzi, infatti, si segnalava per tutta una serie di problematiche, tra le quali la principale era la circostanza che il legislatore non avesse in alcun modo definito la colpa grave.

Le gravi conseguenze, sul piano pratico, di tale mancata definizione erano state sottolineate dalla Corte di Cassazione nella pronuncia più importante che abbia riguardato la normativa in commento⁵³, all'interno della quale i Supremi Giudici hanno rilevato che *“il legislatore ha evidentemente utilizzato lo strumento costituito dal modellamento della colpa che, come si è visto, si rinviene nella tradizione penalistica italiana proprio in tema di responsabilità medica; e che si riscontra pure in molti ordinamenti stranieri. Si è quindi scelto di distinguere tra colpa lieve e colpa grave. La nuova normativa non ha definito le due figure, né ha*

⁵³ Si tratta della già menzionata Cassazione penale, sentenza n. 16237 del 2013, in *questa Rivista*, 11 aprile 2013, con nota di F. VIGANÒ, [Linee guida](#), cit.

tratteggiato la linea di confine tra esse; e d'altra parte non vi sono elementi per ritenere che si sia voluto far riferimento a categorie estranee alla tradizione penalistica nazionale, quale si esprime nella già evocata giurisprudenza. L'assenza di una definizione legale complica senza dubbio le cose. L'esperienza giuridica insegna che, quando una categoria giuridica si scompone in distinte configurazioni, l'interprete si trova solitamente ad affrontare complesse questioni che riguardano il tratteggio dell'area di ciascuna figura e la collocazione nell'uno o nell'altro settore concettuale di comportamenti che si trovano in una sfumata zona grigia sita ai margini del metaforico segno di confine. Tale compito si preannunzia particolarmente arduo in un ambito come quello di cui ora ci si occupa. Intanto, si è al cospetto dell'elemento soggettivo del reato, quello che per sua natura maggiormente sfugge all'umana comprensione, che assai spesso non mostra segni di sé e chiede al giudice l'immane compito di scorgere e ponderare segni, indizi impalpabili dai quali inferire l'atteggiamento interiore. La difficoltà diviene massima nell'ambito della colpa, figura soggettiva d'impronta marcatamente normativa, priva di contenuto psicologico: qui, in fin dei conti, tutto si risolve nella valutazione che il giudicante esprime. Dunque, il peso dell'apprezzamento tecnicamente "discrezionale" è massimo".

Le parole della Cassazione sembravano rimproverare al legislatore del D.L. Balduzzi una eccessiva trascuratezza in punto di precisione della norma⁵⁴, che pur costituisce parte integrante del principio di legalità garantito dall'art. 25 comma 2 Cost.: il D.L. Balduzzi, infatti, avrebbe estromesso taluni contegni dall'area del penalmente rilevante, senza tuttavia aver chiarito in termini netti quali siano tali contegni, rendendo così più difficile per l'interprete comprendere quando sia necessario punire e quando no e per il medico capire quando la sua condotta colposa può essere oggetto di sanzione penale, con una valutazione rimessa ampiamente alla discrezionalità del giudicante.

Con il disegno di legge in commento il legislatore, anziché cogliere il monito dei giudici di legittimità e tentare di riparare alle lacune evidenziate non solo non ha offerto alcun tipo di possibile soluzione, ma ha addirittura peggiorato il quadro normativo, eliminando il riferimento al grado della colpa⁵⁵ ed introducendo un generale dovere per il medico di seguire le linee guida, che pare poter influire sullo stesso giudizio di valutazione della colpa in capo all'agente. Come rilevato in precedenza, l'art. 5 di tale disegno di legge prevede infatti che gli esercenti la professione sanitaria "*si attengono, salvo le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 [...]*". Tale norma, ad avviso di chi scrive, sembrerebbe addirittura poter avere l'effetto di mutare profondamente il quadro della responsabilità sanitaria, introducendo a livello normativo una regola cautelare scritta – il dover seguire la linea guida – che potrebbe comportare l'affermazione della sussistenza di una condotta colposa in capo all'esercente la professione medica per il solo fatto di non aver seguito tale regola cautelare.

Inoltre, l'inciso che impone al medico di discostarsi dalle linee guida in caso di "*specificità del caso concreto*" non pare far altro che peggiorare il quadro normativo in quanto del tutto generico, come tale passibile di possibili interpretazioni

⁵⁴ Sul punto cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, cit., p. 63 e ss.

⁵⁵ Su tale scelta si vedano le considerazioni di C. CUPELLI, [Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità](#), in questa Rivista, 16 gennaio 2017.

giurisprudenziali antitetiche e quindi anch'esso contrastante con il principio di precisione per le medesime ragioni poc'anzi esposte.

In altre parole, mentre in precedenza la valutazione sulla colpa a carico del sanitario era una valutazione di colpa c.d. generica e l'eventuale uniformarsi del medesimo ad una linea guida serviva unicamente i) prima dell'introduzione del D.L. Balduzzi, a ricostruire il contegno che avrebbe dovuto tenere l'agente modello nel caso di specie⁵⁶ nonché ii) dopo l'introduzione del D.L. Balduzzi, a beneficiare del parziale scudo offerto dalla novella normativa, se dovesse essere approvata la riforma pare che il solo fatto di non aver seguito una linea guida, per effetto di tale norma che sembra avere nell'ottica del legislatore una chiara finalità preventiva⁵⁷, possa essere foriero dell'affermazione di sussistenza del carattere colposo della condotta a titolo di colpa specifica per violazione di legge. Vero che, come ha ormai da tempo rilevato la dottrina più attenta, un giudizio di colpa rispettoso del principio di colpevolezza dovrebbe abbracciare non solo la condotta ma, nei reati d'evento – che sono quelli aventi ad oggetto la responsabilità dei sanitari – anche l'evento, tuttavia è evidente che un tale, pressoché automatico, giudizio sul carattere colposo della condotta potrebbe pesare come un macigno sulla valutazione di responsabilità del sanitario, stante anche la purtroppo sempre più consolidata prassi giurisprudenziale di non conferire un significativo valore al giudizio di colpa sull'evento⁵⁸.

L'inadeguatezza delle linee guida ad essere fonte di responsabilità a titolo di colpa specifica era stata tuttavia già rilevata da parte della giurisprudenza, all'epoca in cui si rifletteva circa la collocazione di tali testi all'interno delle "discipline", valevoli a fondare un addebito a titolo di colpa specifica *ex art. 43 c.p.* In sede di legittimità era stato infatti rilevato che *"le linee guida non possono fornire, infatti, indicazioni di valore assoluto ai fini dell'apprezzamento dell'eventuale responsabilità del sanitario, sia per la libertà di cura, che caratterizza l'attività del medico, in nome della quale deve prevalere l'attenzione al caso clinico particolare e non si può pregiudizialmente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga causa cognita di coltivare una soluzione terapeutica non contemplata nelle linee guida, sia perché, come già evidenziato da alcuna delle sentenze citate, in taluni casi, le linee guida possono essere indubbiamente influenzate da preoccupazioni legate al contenimento dei costi sanitari oppure si palesano obiettivamente controverse, non unanimemente condivise oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia"* e che conseguentemente *"deve essere allora solo ribadito che le linee guida e i protocolli, proprio in ragione delle peculiarità della attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate,*

⁵⁶ Si veda sul punto Cass. pen., sez. IV, sent. 11 luglio 2012 n. 35922, Ingrassia, in *Diritto penale e processo*, 2013, p. 191, con nota di L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*.

⁵⁷ Le regole di condotta rilevanti ai fini del giudizio di colpa sono infatti come noto unicamente quelle con finalità preventiva che, conseguentemente, hanno lo scopo di neutralizzare o ridurre il pericolo che da quella condotta possano derivare effetti dannosi o pericolosi rilevanti ai sensi di una fattispecie di reato colposo. Sul punto si vedano diffusamente G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 339.

⁵⁸ Svolge questa considerazione con la citazione di pronunce giurisprudenziali sul punto ancora A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 170 e ss.

non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'articolo 43 c.p. "leggi, regolamenti, ordini o discipline"⁵⁹.

La circostanza che l'uniformarsi a tali testi diventi una vera e propria regola cautelare pare quindi poter generare ulteriori dubbi di costituzionalità della introducenda disciplina per le medesime ragioni sopra esposte.

Con riferimento a tale ultimo problema, nell'ottica di fornire all'interprete un possibile aiuto nell'ipotesi in cui la norma in commento dovesse essere definitivamente approvata, era stato rilevato⁶⁰ che una soluzione per evitare una eventuale incostituzionalità della norma avrebbe potuto essere quella di valorizzare l'istituto delle "buone pratiche", facendovi rientrare tutte quelle istruzioni di comportamento, clinico e assistenziale, dotate di consenso scientifico le quali non sono ancora cristallizzate all'interno di una specifica linea guida – la quale come noto richiede molto tempo per la sua formazione – ma che tuttavia costituiscono patrimonio della Comunità di riferimento in quanto diffuse nei convegni o nei testi scientifici.

A tale qualificazione non appariva ostare il tenore letterale della norma, la quale anzi pare prestarsi, data la sua vaghezza, a ricomprendere significanti del tipo di quelli indicati, i quali paiono utili ad evitare le serie problematiche di costituzionalità della norma nei termini prospettati.

Il D.D.L. in commento pare non consentire più all'interprete una soluzione di questo tipo in quanto, esplicitamente, prevede all'articolo 6 che le buone pratiche clinico – assistenziali siano utilizzabili ai fini dell'affermazione dell'insussistenza di responsabilità in sede penale unicamente in assenza di linee guida sulla materia, circostanza che sussisterà solo in pochissimi casi, esistendo come noto linee guida su ogni ambito della scienza medica.

5.1. Una possibile definizione di colpa grave.

Tra le ragioni per le quali il legislatore ha deciso di eliminare il riferimento al grado della colpa, pare esservi anche la difficoltà della definizione della nozione di colpa grave, concetto che, sotto la vigenza dell'attuale disciplina introdotta dal D.L. Balduzzi, è gravido della conseguenza pratica della rilevanza penale o meno della condotta del

⁵⁹ Acutamente in questo senso Cassazione penale, sent. n. 35922 del 2012.

⁶⁰ Ritiene condivisibilmente che la nozione di buona pratica possa essere impiegata nel senso appena menzionato C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. Decreto Balduzzi*, in *questa Rivista*, 22 settembre 2013, p. 64, secondo il quale tale concetto sembra fare riferimento più che ad una disciplina regolamentata, a differenza di quanto accade nelle linee guida e nei protocolli, alla concreta attuazione delle linee guida o a procedure non previste dalle linee guida ma comunemente applicate, di cui sia riconosciuta – ad esempio in testi scientifici di cui non sia contestata l'autorevolezza – l'efficacia terapeutica o comunque la non dannosità per il paziente. Nel medesimo senso sembra anche C. PIZZIMENTI, *La responsabilità del medico tra linee guida e colpa non lieve*, cit., p. 335; volendo sul medesimo tema cfr. anche P.F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative*, cit.

sanitario, il quale non ha elementi che gli consentano con certezza di stabilire a quali condizioni la sua condotta possa essere penalmente sanzionata⁶¹.

L'estromissione dall'area del penalmente rilevante delle condotte predicate da colpa lieve nella materia di cui trattasi appariva opportuna se si considera che, a livello generale, già il Carrara, nel suo Programma del corso di diritto criminale⁶², scriveva che *"è quasi impossibile immaginare una disgrazia qualunque, che non si fosse potuta antivenire con maggiore previdenza... ma quando tale prevedibilità o prevenibilità era così difficile, così fuori dall'ordinario corso degli umani calcoli, che la maggior parte degli uomini non vi avrebbe posto mente, si avranno i termini ontologici della colpa, ma sarà colpa tanto lieve, che per gli effetti giuridici dovrà equipararsi al caso"*; e ancora, trattando proprio della necessità di escludere che i gradi più bassi della colpa diano in generale luogo a responsabilità penale *"la ragione di siffatta regola è evidente. La pubblica opinione in siffatte contingenze si muove alla pietà, non al timore. Ciascuno, portando l'esame sopra se stesso, ripete nel suo cuore, che ciò sarebbe avvenuto a tutti; e tale coscienza non è compatibile con la coscienza della necessità di una punizione. L'opinione della sicurezza non si commuove per il fatto, e poiché ognuno sente che a sua volta potrebbe trovarsi nel caso uguale di essere causa inconsapevole dell'altrui morte, quell'allarme, che non ha eccitato il fatto, non eccita invece la punizione, ed il fine della tranquillità non è manomesso. Non v'è bisogno di fare un esempio agli scioperati dove non v'è stata scioperataggine, non v'è bisogno di calmare i sospetti dei buoni dove i buoni non sentono timore. La ragione politica dell'imputabilità per colpa scompare affatto. Un omicidio, commesso per colpa lievissima, non è niente di più che una sventura, e le sventure domandano lagrime e conforti, non pene"*.

Nonostante la recente eliminazione del grado della colpa dal corpo del disegno di legge in commento, riteniamo quindi in questa sede comunque utile tentare di formulare una definizione di colpa grave e questo sia nell'eventualità che il legislatore, in "zona Cesarini", decida di reintrodurre il concetto, magari tentando finalmente di qualificarlo, sia per fornire all'interprete un aiuto per la decisione dei casi di colpa professionale medica avvenuti sotto la vigenza dell'attuale disciplina introdotta dal D.L. Balduzzi.

De lege lata, rinviando ad un successivo lavoro per ulteriori approfondimenti, riteniamo innanzitutto che alla colpa grave debba essere riconosciuta la medesima natura della colpa semplice, risultando i contegni tenuti con tale grado di colpa, maggiormente gravi di quelli tenuti con colpa semplice. La differenza tra le due forme di colpa dovrebbe essere, in altre parole solo di tipo quantitativo e non qualitativo (nessuno spazio dovrebbe, insomma, stante l'attuale assetto normativo, essere concesso a concetti come "indifferenza", "malignità" e simili ai fini della individuazione della colpa grave).

⁶¹ Tale situazione pare porre seri problemi di compatibilità, per ciò che concerne la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche con l'articolo 7 CEDU, il quale espressamente tutela altresì la prevedibilità della sanzione penale.

⁶² In questa sede si fa riferimento a F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale – Parte generale*, vol. II, X ed., Firenze, 1907, § 120.

Al fine di misurare il grado dell'elemento soggettivo colposo – nei casi in cui ciò serva ad escludere la responsabilità penale e peraltro anche nelle ipotesi in cui invece sia necessario determinare il *quantum* di pena ai sensi dell'art. 133 c.p. – pare necessario dover richiamare due criteri.

Il primo, di tipo schiettamente oggettivo e basato sul carattere normativo che il giudizio di colpa presenta all'interno del nostro ordinamento, è fondato sulla distanza che sussiste tra la condotta tenuta dall'agente nel caso concreto e quella che al suo posto avrebbe tenuto un *homo eiusdem condicionis et professionis* o omologo agente ideale. Tanto più la condotta tenuta dall'agente concreto si discosta da quella che avrebbe tenuto al suo posto l'*homo eiusdem condicionis et professionis*⁶³, ovvero, nel caso di regole cautelari codificate, dal contegno imposto dalle medesime, tanto più aumenta la gravità della sua colpa.

La funzione del parametro appena descritto, e la sua utilità al fine di verificare la gravità della colpa in una situazione concreta, può ben essere illustrata dall'esempio che segue, impostato, per comodità del lettore, su un caso di colpa c.d. specifica, in cui il contegno tenuto dall'agente concreto contrasta con una regola cautelare scritta.

Un automobilista, viaggiando su una strada il cui limite di velocità è di cinquanta chilometri orari, supera la soglia imposta dalla norma cautelare. Ma ben diversa sarà la gravità della colpa di chi viaggia a sessanta chilometri orari rispetto a quella di chi, invece, proceda alla velocità di centoventi chilometri orari. La condotta sarà infatti "semplicemente" o "lievemente" colposa, ove essa si sia estrinsecata in un superamento di soli dieci chilometri all'ora del limite consentito, mentre sarà, al contrario, "gravemente" colposa nel caso in cui la velocità sia stata di ben settanta chilometri oltre la soglia prevista dalla norma⁶⁴.

Tirando le somme, si può quindi anzitutto affermare che la colpa grave consiste nella divergenza di grado elevato tra la condotta tenuta dall'agente concreto e quella che i) nei casi di colpa specifica, è indicata dalla regola cautelare contenuta in leggi, regolamenti, ordini o discipline e ii) nei casi di colpa generica, avrebbe tenuto l'agente modello o omologo agente ideale⁶⁵.

La domanda che ci si deve porre, tuttavia, è se tale divergenza risulti da sola sufficiente ad affermare la sussistenza della colpa grave a carico dell'agente concreto.

⁶³ Tale è il parametro principale per valutare la gravità della colpa secondo gran parte della dottrina. Si veda ad esempio T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1969, p. 882; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 558; G. LOSAPPIO, *Dosimetria della colpa civile e penale*, in *L'Indice penale*, 1992, p. 713; P. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 493; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, CEDAM, 1979, p. 279; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, CEDAM, 2007, p. 344; M. ROMANO, sub art. 43 c.p., in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., vol. I, Milano, Giuffrè, 2004, p. 470 e ss

⁶⁴ L'esempio è riportato da F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 652 e ss. In senso simile si vedano G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 333, i quali sottolineano che qualora un automobilista abbia superato il limite orario di velocità di un solo chilometro il grado della colpa risulta minimo.

⁶⁵ F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 652.

Secondo la prevalente dottrina, la risposta a tale interrogativo deve essere negativa: la dottrina penalistica ha tentato di individuare, a fianco al criterio della divergenza tra la condotta tenuta dall'agente concreto e quella imposta dalla regola cautelare scritta ovvero ricostruita sulla base dell'agente modello, ulteriori indici da prendere in considerazione ai fini del giudizio sulla gravità della colpa e dai quali pare non potersi prescindere per un giudizio che sia rispettoso dei principi fondamentali sottesi alla sanzione penale per la responsabilità colposa.

Tra questi, un ulteriore indicatore che parte della dottrina ha considerato quale parametro di valutazione utile a valutare la gravità della colpa – e che riteniamo possa costituire il secondo criterio aggiuntivo rispetto alla divergenza tra la condotta posta in essere e quella dovuta sulla base della regola cautelare violata – è quello della prevedibilità dell'evento lesivo. Esso infatti presenta la caratteristica di risultare ampiamente graduabile, ben prestandosi a fungere da indice per la misurazione del grado della colpa⁶⁶.

L'operare di siffatto indice, tuttavia, potrebbe condurre a risultati in ordine alla gravità della colpa non necessariamente analoghi a quelli scaturenti dalla valutazione compiuta sulla base della intensità della violazione della regola cautelare. Ci si potrebbe trovare, in altre parole, di fronte ad una situazione in cui la divergenza tra la condotta imposta dalla regola cautelare e quella tenuta dall'agente concreto sia di grado elevato ma, ciò non di meno, la prevedibilità dell'evento lesivo non risulti elevata. Tale situazione può accadere, con discreta frequenza, soprattutto nell'ambito degli addebiti mossi a titolo di colpa specifica, in cui la norma predisposta dal legislatore indica con precisione il contegno che deve tenere l'agente in determinate circostanze.

Si pensi, con riferimento all'esempio riportato in precedenza, al citato automobilista che viaggia in città ad una velocità di centoventi chilometri all'ora. Ebbene, sul piano della prevedibilità in grado elevato dell'evento lesivo, un conto sarà se questi proceda a tale velocità in pieno orario notturno, su una strada deserta in cui non si vedono altri conducenti lungo la via. Altra gravità avrà invece la condotta tenuta dal medesimo automobilista qualora la violazione di settanta chilometri all'ora del limite di velocità venga tenuta su una strada molto trafficata, magari in presenza di condizioni climatiche sfavorevoli, come accade qualora sulla strada sia presente nebbia, ghiaccio o pioggia.

Il criterio della prevedibilità in concreto dell'evento lesivo risulta quindi prestarsi ad essere un indice ausiliario di definizione della gravità della colpa. La tesi che vede nella prevedibilità dell'evento per l'agente concreto un criterio ausiliario per determinare la gravità della colpa è stata sostenuta dalla dottrina penalistica italiana sin dalla fine del 1800. Già in quel tempo, Carrara rilevava, infatti, che siccome la possibilità di prevedere l'evento risulta suscettibile di essere commisurata tra un minimo ed un massimo, esprimibile anche in percentuale, risultasse del tutto logico dedurre che ad una

⁶⁶ Sottolinea la circostanza che il carattere della prevedibilità dell'evento risulta utile sia a fondare il giudizio sulla sussistenza della colpa che il grado della medesima risultando così coerente da un punto di vista sistematico F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 664.

maggiore possibilità di previsione dovesse corrispondere un maggior grado di colpa e viceversa⁶⁷.

La prevedibilità pertanto presenta la caratteristica di essere un concetto ampiamente graduabile⁶⁸.

Vi è tuttavia una fondamentale differenza rispetto alla valutazione di prevedibilità che veniva fatta un tempo: ciò che rileva non è più il grado oggettivo di possibilità o probabilità che l'evento si verifichi, bensì il grado di possibilità o probabilità che l'evento si verifichi per l'agente modello. La colpa andrà quindi considerata tanto più grave quanto maggiore risultava prevedibile l'evento per un *homo eiusdem conditionis et professionis*⁶⁹.

Questa figura, è stato osservato in dottrina, dovrebbe essere ricostruita prendendo le mosse dalla persona dell'imputato ed individuando, sulla base di alcune note distintive del medesimo, il gruppo di persone a lui omologhe all'interno delle quali andrebbe estrapolata la persona modello o ideale, ossia un agente avveduto e coscienzioso che non sia un uomo medio, ma nemmeno un soggetto sapientissimo ed espertissimo⁷⁰. Circa le note distintive provenienti dall'imputato ed utili a definire la figura dell'agente modello, esse possono essere di volta in volta individuate, in base al caso concreto, in una o più delle seguenti:

- i) nella professione, mestiere o ufficio svolto dall'agente,
- ii) nell'attività svolta nel caso specifico oggetto di giudizio dal medesimo,
- iii) nell'età dello stesso,
- iv) nelle sue caratteristiche più significative e marcate che siano durature e imm modificabili quali la struttura fisica comprensiva di eventuali menomazioni.

Alcune delle posizioni dottrinali menzionate, peraltro, paiono collegare direttamente l'elevata prevedibilità dell'evento alla gravità della difformità tra la condotta tenuta e quella dovuta anche se, a parere di chi scrive, i due criteri potrebbero,

⁶⁷ Così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1882, p. 95.

⁶⁸ Questa impostazione, peraltro, trova un proprio originario fondamento nella valutazione della gravità della colpa che veniva compiuta in diritto romano, in cui la *culpa lata* sussisteva ove ci si trovasse in presenza di una prevedibilità per l'agente, in grado massimo; la *culpa levis* ove tale prevedibilità sussistesse solamente in grado medio e invece la *culpa levissima* nel caso in cui l'evento potesse essere previsto nel caso concreto solamente da un soggetto dotato di intelligenza straordinaria e poco comune. La prevedibilità della colpa, secondo tale impostazione, comportava che in relazione ad una determinata condotta, è possibile sostenere che la verifica di un evento risulti impossibile, possibile, probabile, molto probabile ovvero quasi certa. Sul tema della graduabilità della colpa si vedano F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 244. Sostengono in maniera pacifica la graduabilità del criterio della prevedibilità dell'evento altresì F. CARRARA, *Programma del corso di diritto penale*, cit., p. 95; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, CEDAM, 2007, p. 354; M. ROMANO, *sub art. 43 c.p.*, cit., p. 471.

⁶⁹ In questo senso M. ROMANO, *sub art. 43 c.p.*, cit. In materia di reati fallimentari si veda inoltre C. PEDRAZZI, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, Zanichelli, 2003, p. 135 in cui il chiaro Autore evidenzia, nel reato di bancarotta fallimentare di cui all'art. 217 comma 1 n. 4 l. fall., che il requisito della misura grave della colpa postuli un'agevole conoscibilità del dissesto ed un elevato grado di prevedibilità del risultato di aggravamento facendo pertanto esplicito riferimento alla circostanza che la prevedibilità dell'evento risulti criterio idoneo ad accertare il grado della colpa del soggetto agente.

⁷⁰ F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello*, cit., p. 16.

specie nel caso in cui l'agente violi regole cautelari di tipo scritto, anche essere tenuti distinti, come nell'esempio riportato poc'anzi. Nell'ipotesi effettuata in precedenza, infatti, la divergenza tra la condotta tenuta dall'agente concreto e quella oggettivamente dovuta – in quanto imposta da una regola cautelare di tipo codificato – risulta elevata, eppure la colpa non risulterà grave se la prevedibilità dell'evento sarà presente in grado non elevato e ciò in quanto solamente questo ultimo giudizio consente di soggettivizzare il rimprovero per colpa, adeguandolo alle peculiarità della situazione concreta.

Da un punto di vista lessicale, la locuzione “prevedibilità in concreto dell'evento” risulterà analoga a quella di “riconoscibilità in concreto del pericolo di verificazione dell'evento”⁷¹, la quale conferisce rilievo ai fattori precedenti e concomitanti della condotta da cui dipende il giudizio sull'*an* e sul *quantum* della colpa e non solamente a quelli successivi⁷².

Concludendo, *de lege lata*, la valutazione della gravità della colpa dovrebbe risultare fondata su due differenti indici:

i) il grado di divergenza tra la condotta tenuta dal soggetto agente e quella imposta dalla regola cautelare;

ii) il grado di prevedibilità dell'evento lesivo, per un *homo eiusdem condicionis et professionis*, che si trovi ad operare nella medesima situazione in cui l'agente ha agito nel caso concreto.

È tuttavia necessario, a nostro avviso e sulla base delle posizioni della dottrina menzionata, che i due indici siano presenti contemporaneamente ai fini della sussistenza della colpa grave e che, conseguentemente, non possa parlarsi di colpa grave in assenza della sussistenza di uno dei due criteri appena individuati, non essendo i due criteri slegabili l'uno dall'altro.

La gravità della colpa, se si accede a questa ricostruzione, potrebbe anche essere rappresentata graficamente su un piano cartesiano in cui si colloca, sull'asse delle x, l'intensità della violazione della regola cautelare e, sull'asse delle y, la prevedibilità dell'evento. Più intensa è la violazione della regola cautelare e maggiore è la prevedibilità dell'evento, più lontano dall'origine sarà il valore di riferimento da considerare sulle assi del menzionato piano cartesiano. Collegando, con una linea retta, i valori segnati e colorando il triangolo così ottenuto – i cui tre vertici sarebbero costituiti dall'origine del nostro piano e dai punti posti sulle due assi in corrispondenza dei valori della violazione della regola cautelare e prevedibilità dell'evento – si potrà verificare già da un punto di vista visivo la differenza intercorrente tra contegni in cui entrambi i valori sono presenti in grado elevato e contegni in cui, differentemente, uno dei due valori sia presente in grado minimo.

Una tale impostazione per la valutazione della gravità della colpa certamente potrebbe essere utilizzata per le ipotesi di colpa specifica – in cui la regola cautelare è cristallizzata in una norma scritta e quindi è facile misurare quanto il contegno tenuto dall'agente concreto si discosti da quello dell'agente modello – mentre potrebbe variare,

⁷¹ Utilizzano questa espressione al posto di quella di prevedibilità dell'evento G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 302.

⁷² Si veda sul punto F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello*, cit., p. 214 e ss.

nelle ipotesi di colpa generica, a seconda che si acceda o meno alla tesi della “*doppia misura della colpa*”.

Circa la collocazione della colpa nella sistematica del reato, infatti, ad una tesi che inquadra la colpa nella categoria dogmatica della colpevolezza⁷³, se ne affianca un'altra secondo cui alla colpa va assegnata una doppia funzione (o misura, o posizione o rilevanza)⁷⁴ tale per cui essa, oltre a rilevare sul piano della colpevolezza (c.d. misura soggettiva della colpa) assume un ruolo già sul piano del fatto tipico (c.d. misura oggettiva della colpa)⁷⁵.

In particolare, a mente di questa seconda posizione, mentre in sede di tipicità si accerterebbe la violazione di un dovere oggettivo di diligenza, in sede di colpevolezza si individualizzerebbe il giudizio accertando se il soggetto che ha agito in concreto era in grado di impersonare il tipo ideale di agente collocato nella situazione concreta⁷⁶. La parametrizzazione della condotta dell'agente concreto con quella di un agente di riferimento, rileverebbe quindi già sul piano del fatto tipico, essendo poi necessario

⁷³ Cfr. ad esempio P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, p. 265 e ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 313 e ss.

⁷⁴ In questi termini S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 413; A. MANNA, *Corso di diritto penale – Parte generale*, II ed., Padova, CEDAM, 2012, p. 213 e ss. (sulla c.d. “misura soggettiva” della colpa, cfr. p. 390 e ss.); A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte generale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 261 – 262. Colloca la colpa già tra gli elementi del fatto tipico anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale – Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 319 e ss. Sempre nella manualistica, particolarmente significativo in ragione dell'analisi delle tipologie di reato suddivise in base ai binomi omissivo/commissivo e doloso/colposo, G. FIANDACA, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, VI ed., 2009. In termini simili cfr. pure M. ROMANO, *sub art. 43 c.p. in Commentario sistematico del codice penale*, III ed., vol. I, Milano, Giuffrè, 2004, p. 457 e ss.; G. LOSAPPIO, *Dosimetria della colpa civile e penale*, in *Indice penale*, 1992, p. 711; U. PIOLETTI, *Fattispecie soggettiva e colpevolezza nel delitto colposo. Linee di un'analisi dogmatica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 529 e ss.; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale: lineamenti di una teoria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 90 e ss. e, più di recente, F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI – R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 70 e ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Indice penale*, 2012, p. 21 e ss. Tratta del fatto colposo evidenziando la necessità di considerare la colpa come già pertinente al fatto anche G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 149 e ss. Sembrano aderire all'impostazione appena menzionata, con riferimento ad un'ipotesi di colpa grave di recente introduzione, L. RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa “non lieve” del medico: è vera imperizia?*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 428 e con specifico riferimento ai reati omissivi, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1992, p. 821 e ss. In chiave comparatistica si veda altresì la monografia di A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2011, che propone di anticipare l'integrità degli elementi individualizzanti già a livello di fatto tipico. Nella dottrina tedesca si veda a favore di questa posizione, tra gli altri, H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale* (traduzione italiana a cura di C. PEDRAZZI), in *Jus*, 1952, p. 44.

⁷⁵ Per un'analisi della tematica anche in prospettiva storica e comparatistica si veda l'ampio lavoro di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, p. 133 e ss.

⁷⁶ Cfr. ancora S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., p. 445. In termini non dissimili si vedano pure D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasia tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, nota a Cass. pen., sez. IV, sent. n. 35823 del 2001, in *Cassazione penale*, 2002, p. 3845.

concludere la valutazione con la misura personalistica o individualizzante di tale giudizio⁷⁷.

Seguendo tale tesi, l'impostazione sopra menzionata potrebbe essere utile anche al fine del giudizio di colpa generica in quanto, al fine della valutazione sull'intensità della violazione della regola cautelare posta in essere dall'agente concreto, si sostituirebbe alla norma positiva, da collocarsi sull'asse delle x, quella derivante dall'individuazione della medesima sulla base del parametro oggettivo di diligenza, prudenza o perizia. La valutazione sulla prevedibilità dell'evento, invece, verrebbe comunque compiuta sul parametro dell'agente modello, andando così a rappresentare graficamente il giudizio sulla "misura soggettiva" della colpa.

Impiegando, invece, la tesi del collocamento della colpa nell'ambito della colpevolezza, in caso di colpa grave sarà sufficiente verificare se la condotta dell'agente concreto si discosti in maniera significativa da quella dell'agente modello, rientrando il giudizio di prevedibilità dell'evento già nella costruzione della regola cautelare di diligenza, prudenza e perizia. Queste considerazioni, ovviamente, non valgono nei medesimi termini per i reati colposi di mera condotta. In essa la valutazione circa la gravità della medesima dovrà essere effettuata, oltre che sull'intensità della violazione della regola cautelare, non sulla base della prevedibilità di un evento, che in realtà non sussiste, ma sulla base della rappresentabilità della verificazione del fatto di reato.

Al di là dei dubbi circa l'inquadramento dogmatico della colpa, che chiaramente non possono essere sciolti in questa sede ma che comunque non paiono determinare un reale mutamento di prospettiva con riferimento ai temi che si stanno analizzando, un problema particolarmente significativo che le definizioni di colpa grave appena illustrate potrebbero comportare, e che chi scrive non ignora, è costituito dalla effettiva delimitazione della colpa lieve e grave nei casi dubbi. Se, infatti, tornando all'ipotesi dell'automobilista che circola sulla rete autostradale, un soggetto che marcia a centoquaranta chilometri orari all'alba in una strada semideserta, in assenza di problemi di altro tipo (ad esempio asfalto bagnato, difetti della vettura, etc.), può sicuramente essere considerato, qualora si verifichi un evento lesivo, in colpa lieve e per contro un soggetto che procede a duecentotrenta chilometri orari di sera ed in un tratto di strada affollato certamente può essere ritenuto, sempre qualora si verifichi un'offesa a terzi, in colpa grave, il problema è costituito dai casi incerti: *quid iuris* se l'automobilista, che ha poi cagionato l'evento lesivo, viaggiava a centosessanta chilometri all'ora su una strada mediamente trafficata?

⁷⁷ La dottrina citata, dopo avere inizialmente parlato di "misura soggettiva della colpa", ritiene subito opportuno sostituire tale definizione con quella di "misura personalistica o individualizzante" del giudizio. Ciò in quanto la menzionata rilevanza della colpa a livello del fatto tipico, essendo già fondata su una comparazione del comportamento dell'agente concreto con quello di un agente modello, risulta già essere in realtà qualificabile come "misura oggettivo-soggettiva" (così S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Ibidem*).

Come è stato sottolineato⁷⁸, meno una norma penale è accertabile in sede processuale, più il principio di legalità va sotto *stress*, con conseguente rischio che la medesima venga dichiarata incostituzionale o, ciò che forse è anche peggio, che l'indeterminatezza creata si risolva in una totale discrezionalità ed arbitrio per il giudice, con conseguente grave compromissione del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁷⁹. Gli indici sopra indicati utili a misurare la gravità della colpa posseggono la caratteristica, a tratti inevitabile nel diritto penale⁸⁰, di soffrire, come del resto anche altre figure presenti in tale ramo dell'ordinamento, di una certa indeterminatezza: si pensi ai concetti di tenuità e di irrilevanza del fatto⁸¹, ovvero all'offensività, in cui l'interprete svolge un ruolo determinante nello stabilire la distinzione tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che invece non lo è.

Per eliminare, almeno in parte, l'inevitabile *quantum* di incertezza che connota i criteri suindicati, una vera e propria stella polare che dovrebbe ad avviso di chi scrive orientare l'interprete potrebbe essere costituita dalla regola probatoria dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che risulta avere esplicito riconoscimento normativo nell'art. 533 del codice di procedura penale e che costituisce il vero e proprio limite normativo al libero convincimento del giudice⁸².

Applicata ai criteri che si sono in precedenza indicati, la regola richiamata imporrebbe al giudice di condannare esclusivamente nel caso in cui egli abbia verificato con assoluta certezza sia la gravità della violazione della regola cautelare che, soprattutto, la prevedibilità dell'evento per l'agente modello. La prevedibilità in grado elevato dell'evento e, conseguentemente, la gravità della colpa potrà essere quindi

⁷⁸ C. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi d'azione"*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 149.

⁷⁹ Cfr. F. BASILE, *Fisionomia e ruolo*, cit., p. 28.

⁸⁰ Si veda sul punto l'opera di O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006. Nel medesimo senso di recente G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula "bella e infedele"*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 985 e ss. il quale sottolinea che l'interazione tra fonti interne e fonti sovranazionali che caratterizza l'attuale sistema penale ha indubitabilmente reso ancora maggiore il potere discrezionale del giudice in sede di valutazione dei fatti penalmente rilevanti e di applicazione delle sanzioni relative.

⁸¹ Hanno rilevato l'inevitabilità della discrezionalità di cui trattasi in generale in alcuni istituti del diritto penale e in particolare con riguardo alla tenuità ed irrilevanza del fatto anche i membri della Commissione Palazzo all'interno della propria relazione concernente la formulazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa volti alla riforma del sistema sanzionatorio penale. Cfr. sul punto [Le conclusioni della Commissione Palazzo per la riforma del sistema sanzionatorio penale](#), in *questa Rivista*, 10 febbraio 2014, e la Relazione allegata, in particolare p. 12 in cui, a proposito di tenuità del fatto su cui si tornerà più avanti, si legge "è evidente che l'istituto della particolare tenuità, nella misura in cui opera sul piano giudiziario per realizzare una depenalizzazione in concreto, anziché sul piano astratto – legislativo, si caratterizza per una vistosa discrezionalità, soprattutto in ragione della sua natura di clausola generale. Tuttavia, si è osservato che l'ambito della discrezionalità che verrebbe riconosciuto al giudice non sembra più vasto dei criteri di valutazione che normalmente gli vengono riconosciuti nel nostro sistema con riferimento ad altri istituti".

⁸² C. SOTIS, *Formule sostanziali*, cit., p. 1152. Sul medesimo tema si veda anche C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di "civil law"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 610 e ss. Sul tema del valore dell'oltre ogni ragionevole dubbio e dei suoi effetti sulle categorie del diritto penale sostanziale si veda il fondamentale contributo apportato dal Professor Federico Stella e in particolare F. STELLA, *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, Giuffrè, 2004.

ritenuta sussistente solamente ove ci si trovi in presenza di indici probatori che dimostrino chiaramente la sua sussistenza, con conseguente sua esclusione nelle situazioni di incertezza quale quella che si è precedentemente descritta.

Una tale soluzione sarà attuabile, da parte degli interpreti, solo laddove, finalmente, si decida di fare sul serio con il giudizio in tema di colpa, e per farlo un primo passo deve essere quello di abbandonare formule tratlative, presunzioni, e sovrapposizioni concettuali le quali contribuiscono a creare incertezze interpretative ed a generare arbitrio, con violazione dei principi che governano il nostro diritto penale, sostanziale e processuale.

Un riscontro positivo in ordine all'utilizzabilità dei criteri descritti nei termini che si sono precisati pare essere stato fornito da parte della giurisprudenza formatasi sulle disposizioni del D.L. Balduzzi e, in particolare, dalla sentenza Cantore⁸³, in cui sono stati individuati dei veri e propri indicatori utili a definire il grado della colpa. La Suprema Corte, infatti, si è in tale pronuncia mossa su due direttrici in modo sostanzialmente conforme alla soluzione appena prospettata, ritenendo che la presenza di siffatto grado di colpa vada valutato

i) sulla base della divergenza tra la condotta tenuta e quella che si sarebbe dovuta porre in essere sulla base della norma cautelare violata⁸⁴ e

ii) sul grado di prevedibilità della realizzazione del medesimo⁸⁵.

Tali valutazioni andrebbero compiute, secondo la Corte, non in astratto, ma sulla base del profilo soggettivo dell'agente concreto cioè dalla prospettiva del sopra menzionato agente modello o omologo agente ideale. A differenza di quanto da noi proposto, tuttavia, parrebbe che la corte ritenga che la valutazione sulla sussistenza della colpa grave possa essere compiuta anche impiegando uno solo degli indicatori appena menzionati, ipotesi che non appare del tutto condivisibile per le ragioni anzidette.

Nell'individuare il parametro effettivo su cui valutare il discrimine tra la condotta da tenere e quella effettivamente tenuta, poi, la Suprema Corte ha statuito che esso debba essere ricercato nelle linee guida e nelle virtuose pratiche mediche e che si potrà parlare di colpa grave solamente quando ci si trovi in presenza di una ragguardevole violazione dell'agire dell'individuo rispetto alle direttive standardizzate, naturalmente osservando la situazione in cui versava il professionista nel caso concreto⁸⁶.

⁸³ Trattasi della già menzionata Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, che costituisce senz'altro, per l'ampiezza delle motivazioni e delle riflessioni ivi contenute, la più significativa pronuncia intervenuta sul D.L. Balduzzi.

⁸⁴ Rileva la Corte che, ad esempio, occorrerà analizzare di quanto si è superato il limite di velocità consentito; o in che misura si è disattesa una regola generica di prudenza.

⁸⁵ A tal proposito la Corte evidenzia che occorrerà altresì considerare quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell'evento, quanto fosse evitabile la sua realizzazione.

⁸⁶ Infatti, rileva la Suprema Corte, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati, come si è esposto, rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli *standard*. E quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata

6. Una quinta critica: la mancata soluzione dei problemi legati all'individuazione delle linee guida valide ad escludere la responsabilità penale.

Il recente passaggio del D.D.L. dal Senato della Repubblica pare aver eliminato uno dei pochi aspetti positivi del Disegno di legge in commento, concernente la selezione dei soggetti deputati ad emanare le linee guida valide ad escludere la responsabilità penale del sanitario, aspetto che appariva di fondamentale importanza in quanto sembrava recepire almeno parzialmente le critiche emerse da parte di quella dottrina che aveva fatto notare che, di per sé, la circostanza che una regola di condotta sia cristallizzata in una linea guida non tutela necessariamente la salute del paziente, risultando spesso tali testi prodotti per scopi antitetici rispetto alla sua cura, quali ad esempio il contenimento dei costi⁸⁷.

Nella versione approvata dalla Camera dei Deputati, infatti, si prevedeva che tali testi potessero essere emanati solamente da Società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato da parte del Ministero della Salute. Quanto alla nozione di "società scientifica", essa è quella originariamente prevista dal Decreto del Ministero della Salute 31 maggio 2004, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 153 del 2004, intitolato "*Requisiti delle Società Scientifiche*", che individua all'art. 1 comma 3 i requisiti che debbono possedere le società ai fini di rientrare all'interno della categoria, ossia:

a) rilevanza di carattere nazionale, con organizzazione presente in almeno 12 regioni, anche mediante associazione con altra Società o Associazione della stessa professione, specialità o disciplina;

b) rappresentatività di almeno il 30% dei professionisti attivi nella specializzazione o disciplina o specifica area o settore di esercizio professionale;

c) atto costitutivo e Statuto redatti per atto pubblico contenenti varie indicazioni tra cui i) denominazione dell'Ente, indicazioni del patrimonio e della sede; ii) previsione dell'ammissione, senza limitazioni, di tutti i soggetti che operano nelle varie strutture e settori di attività del Servizio sanitario nazionale (aziende ospedaliere, aziende USL, aziende universitarie, IRCCS, ospedali classificati, case di cura private accreditate, ecc.) o in regime libero professionale (non discriminazione in relazione al luogo di lavoro); iii) previsione dell'ammissione, senza limitazioni, di tutti i soggetti, in possesso dei requisiti previsti dallo statuto, appartenenti alla categoria professionale o al settore specialistico o disciplina dei servizi del S.S.N., che la società o l'associazione rappresenta, ovvero con attività lavorativa nel settore o nell'area interprofessionale che

dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del terapeuta che, pur uniformandosi ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e determini la negativa evoluzione della patologia.

⁸⁷ 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 contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, CEDAM, 2008, p. 176.



2/2017

la società o l'associazione rappresenta (non discriminazione personale); iv) previsione, tra le finalità istituzionali, anche di attività di aggiornamento professionale e di formazione permanente nei confronti degli associati con programmi annuali di attività formativa; v) previsione, tra le finalità istituzionali, anche della collaborazione con il Ministero della salute, le Regioni, le Aziende sanitarie e gli altri organismi e istituzioni sanitarie pubbliche; previsione, tra le finalità istituzionali, anche dell'elaborazione di linee guida in collaborazione con l'Agenzia per i Servizi Sanitari Regionali (A.S.S.R.) e la F.I.S.M.; vi) promozione di trials di studio e di ricerche scientifiche finalizzate e rapporti di collaborazione con altre società e organismi scientifici; vii) previsione di assenza di finalità di lucro; previsione di non esercizio di attività imprenditoriali o partecipazione ad esse, salvo quelle necessarie per le attività di formazione continua; viii) previsione dell'espressa esclusione di finalità sindacali; ix) previsione di finanziare le attività sociali solo attraverso i contributi degli associati e/o di enti pubblici nonché di soggetti privati, con esclusione di finanziamenti che configurino conflitto di interesse con il S.S.N., anche se forniti attraverso soggetti collegati; x) previsione di finanziare le attività ECM attraverso l'autofinanziamento e i contributi degli associati e/o enti pubblici e privati, ivi compresi contributi delle industrie farmaceutiche e di dispositivi medici, nel rispetto dei criteri e dei limiti stabiliti dalla Commissione nazionale per la formazione continua; previsione di sistemi di verifica del tipo e della qualità delle attività svolte; indicazione del procedimento per la elezione democratica degli Organi con votazione a scrutinio segreto e con durata limitata nel tempo; xi) espressa esclusione di retribuzione delle Cariche sociali; xii) approvazione da parte dell'assemblea degli iscritti o degli organismi statutari democraticamente eletti dei Bilanci preventivi e dei consuntivi; regolamentazione delle convocazioni dell'assemblea e degli altri organismi associativi nonché delle modalità con cui l'Assemblea stessa e gli altri organismi deliberano; norme relative all'estinzione della Società ed alla eventuale devoluzione del patrimonio.

Aspetti problematici della norma approvata dalla Camera dei Deputati apparivano i) la necessità di prestare estrema attenzione nella fase attuativa, demandata *in toto* alla regolamentazione effettuata da parte del Ministero, con fissazione dei criteri con i quali tali "società scientifiche" potranno domandare di iscriversi all'interno dell'elenco di cui trattasi e ii) la circostanza che la norma pare prevedere il controllo ministeriale non sulla linea guida, bensì sulla sola società che la emana e non è detto che una tale modalità di controllo sia sufficiente ad evitare che tra le linee guida vevoli ad escludere la responsabilità penale ritornino proprio quelle, improntate al contenimento dei costi, che si volevano escludere.

L'intervento da parte del Senato, anziché risolvere i problemi appena sottolineati, ha prescritto che le linee guida alla cui adesione è subordinata l'esclusione dell'imperizia da parte del sanitario siano tutte quelle *"elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati"* oltre a quelle emanate, mantenendo la medesima impostazione e le stesse problematiche contenute nel testo approvato dalla Camera, *"dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico – scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute dalle società scientifiche"*

iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute”⁸⁸, prescrivendo altresì che “le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborate dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG)”⁸⁹.

L’estensione della possibilità di emanazione delle linee guida a tutti gli “enti e istituzioni pubblici e privati”, i quali, si badi, non debbono essere iscritti all’interno dell’apposito elenco delle società scientifiche e tecnico-scientifiche sopra menzionato, pare quindi avere completamente svilito la portata innovativa della norma, in quanto sembra che i testi l’adesione ai quali comporterà l’esclusione da responsabilità penale del sanitario saranno gli stessi impiegati oggi, con tutte le rilevanti problematiche che ne conseguono.

7. Le (poche) idee positive contenute nel Disegno di legge.

Esaurita la fase di critica delle innovazioni contenute nel Disegno di legge in commento appare utile segnalare alcuni profili (pochi, a dire il vero) che meritano invece, almeno nelle intenzioni, condivisione, racchiusi all’interno dell’articolato normativo.

In primo luogo, appare convincente la ricollocazione topografica delle norme in commento, che passerebbero dal D.L. Balduzzi all’interno del codice penale, in ossequio all’idea-guida che il codice penale contenga il catalogo delle figure di reato fondamentali.

Secondariamente, anche in questo caso in via teorica, positiva sembrerebbe essere la ricerca di una specializzazione dei soggetti tecnici deputati ad offrire ai giudici la propria collaborazione al fine del giudizio vertente sulle materie di cui trattasi, così come la precisazione della necessità di eliminare qualsiasi conflitto di interessi presente in capo a tali professionisti. Tale necessità ha infatti dato luogo alla previsione contenuta nell’art. 15 del Disegno di Legge, in cui si è stabilito che “nei procedimenti civili e nei procedimenti 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 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 [...]”.

Ancora, viene statuito che negli albi dei periti di cui all’art. 67 delle norme di attuazione del codice di rito “devono essere indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina. In sede di revisioni degli albi è indicata, relativamente a ciascuno degli esperti di cui al periodo precedente, l’esperienza professionale maturata, con riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati” ed ancora che i medesimi albi debbano essere “aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a

⁸⁸ Cfr. Art. 5 D.D.L. Gelli – Bianco.

⁸⁹ *Ibidem*.

quella medico – legale, un’idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche riferite a tutte le professioni sanitarie, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento”.

Se lodevole pare l’obiettivo perseguito dalla norma, vista la circostanza, sottolineata dalla dottrina, che sovente l’impreparazione di consulente tecnici e periti nelle materie di giudizio ha condotto a condanne inique⁹⁰, meno convincente sembra la sua realizzazione.

La disposizione infatti, nei termini in cui è stata scritta, non sembra innovare significativamente le procedure. Difatti, leggendo il testo, si evidenzia che solo gli elenchi di cui all’art. 67 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale sono soggetti agli aggiornamenti ed alle novelle introdotte dall’articolato normativo in commento. Tuttavia, come noto, 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”⁹¹ – né tantomeno per il Pubblico Ministero⁹² – 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.

Peraltro, come noto, il giudice non ha alcun obbligo di disporre perizia, potendo nella propria decisione riferirsi unicamente alle opinioni espresse dai consulenti tecnici, il che ulteriormente rafforza l’idea che la normativa, anche sotto questo profilo, non sia in realtà in grado di apportare un’innovazione significativa in termine di tutele per la classe medica.

8. Una proposta: la generalizzata irrilevanza penale della colpa lieve in ambito sanitario.

⁹⁰ In generale, sulla molteplicità e contraddittorietà delle opinioni scientifiche che sovente vengono sostenute all’interno dei processi si veda in senso critico F. CENTONZE, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1232 e ss. Il problema è affrontato anche in F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000. In tema di responsabilità medica, il tema della difficoltà dell’accertamento sulle cause di eventuali eventi lesivi è trattato tra gli altri da A. FIORI, *Medicina legale e della responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 697; A. GENTILOMO, *Consulenze e consulenti. Un discorso sul metodo*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1997, p. 47 e ss. In materia di processi per amianto è possibile consultare riflessioni non dissimili in S. ZIRULIA, *Causalità e amianto: l’eterno “duello” tra i consulenti tecnici delle parti*, in *Il corriere del merito*, 2012, p. 277 e ss.; R. BARTOLI, [La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto](#), in *questa Rivista*, 22 luglio 2014.

⁹¹ L’art. 67 disp. att. c.p.p. prevede unicamente al comma 4 un onere motivazionale in capo al Giudice che scelga di non nominare quale perito un soggetto iscritto agli elenchi.

⁹² Ai sensi dell’art. 73 disp. att. c.p.p. l’organo requirente non ha nemmeno l’onere di motivare le ragioni per le quali ha selezionato l’esperto al di fuori dell’elenco di cui all’art. 67 disp. att. c.p.p.

Tirando le somme di quanto si è avuto modo sin qui di esporre ci pare di aver dimostrato i) che la disciplina attuale della responsabilità penale della classe sanitaria risulta poco attenta ai principi di proporzione, sussidiarietà e *ultima ratio* dell'intervento penale ed altresì ii) che il D.D.L. Gelli – Bianco non comporta alcun progresso sotto tale profilo ma anzi acuisce talune problematiche, introducendo norme in parte dannose ed in parte non risolutive.

Stante la comprovata inefficacia degli interventi riformatori degli ultimi anni, che si sono dimostrati incapaci di creare una normativa idonea a superare le problematiche analizzate nel presente contributo e soprattutto di contrastare il dilagante fenomeno della medicina difensiva, una soluzione da adottare pare essere, a parere di chi scrive, una generalizzata esclusione della rilevanza penale di condotte realizzate in ambito sanitario che siano cagionate per colpa lieve.

L'esperienza della sanzione penale di contegni solo gravemente colposi, del resto, pur non essendo la regola, come avviene in altri Paesi europei⁹³, è già presente nel nostro ordinamento con riferimento i) al reato previsto dall'art. 217 comma 1 n. 2 l. fall., che punisce con la reclusione da sei mesi a due anni, se dichiarato fallito, l'imprenditore che *"ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti"*; ii) al reato previsto dall'art. 217 comma 1 n. 3 l. fall. che sanziona con la medesima pena l'imprenditore il quale *"ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento"*; iii) al reato previsto dall'art. 217 comma 1 n. 4 l. fall. che ancora sanziona in egual modo lo stesso soggetto nel caso in cui abbia *"aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa"*⁹⁴ iv) al reato di cui all'art. 64 del codice di procedura civile, che sanziona per colpa grave il consulente che sanziona con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda fino € 10.329 *"il consulente tecnico che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti"*.

Non è questa la sede per approfondire oltre l'argomento della scelta delle categorie professionali per le quali tale limitazione di responsabilità apparirebbe corretta, né per trattare del tema dell'opportunità di una generalizzata eliminazione dei reati sanzionati a titolo di colpa lieve, quel che appare certo è tuttavia che, per le ragioni sino a qui esposte, nella responsabilità penale del sanitario una tale limitazione appaia necessaria e non più prorogabile in ragione dell'esigenza di proteggere i fondamentali beni giuridici della vita e dell'incolumità individuale di tutti i cittadini e di dare al diritto penale quell'approccio liberale che lo dovrebbe contraddistinguere nell'epoca contemporanea⁹⁵.

⁹³ Cfr. *supra*.

⁹⁴ Per una generale analisi della tematica dei reati menzionati si rinvia a C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale, Vol. IV – Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 829 e ss., nonché a MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, p. 609 e ss.

⁹⁵ D. PULITANÒ, [Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo](#), in questa *Rivista*, 5 maggio 2013, p. 16 e ss.; G. P. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1690.