

Il diritto sanitario dell'emergenza: l'eterno "ritorno" dell'esimente della colpa lieve?

di Flavia Alagna*

9 giugno 2020

Sommario: 1. Verso un nuovo volto della colpa medica? – 2. Uno sguardo alle recenti evoluzioni della responsabilità sanitaria. – 3. Le ultime applicazioni della legge Gelli-Bianco. – 4. Le criticità di una disciplina "ulteriormente" speciale per la colpa medica in situazioni di emergenza sanitaria. – 5. Il problema di fondo: il dubbio latente sulla liceità dell'atto medico.

1. Verso un nuovo volto della colpa medica?

L'emergenza sanitaria che da alcuni mesi impegna, oltre che il mondo, l'Italia e il Servizio sanitario nazionale ha rinverdito la tematica della colpa medica in ambito penale.

In particolare, in ordine alle criticità di sistema già note in ambito di responsabilità medica¹ si registra un rinnovato dibattito originatosi in occasione della conversione in legge di uno dei molteplici atti aventi forza di legge emanati dal Governo per far fronte all'emergenza.

La proposta di emendamento formulata in sede di conversione del D.L. n. 18 del 2020 (meglio noto come D.L. "Cura Italia"), contiene una disciplina speciale di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie nel contesto dell'emergenza in atto². La proposta emendativa in parola, in sede di esame parlamentare da parte del

* Avvocato del Foro di Milano.

¹ Il riferimento è alla "iperpenalizzazione" dell'attività medica e al correlato fenomeno della c.d. medicina difensiva. Per una ricostruzione completa, si rinvia a A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Torino, 2009; D. MORANA, *I decreti del 2012 tra le Riforme della Riforma sanitaria*, in *Corti supreme e salute*, fasc. 3/2018, pp. 8-9; G. FORTI – M. CATINO – F. D'ALESSANDRO – C. MAZZUCCATO – G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. it. Med. leg.*, 2011, pp. 1085 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014.

² Si veda il testo all'esame delle Camere, fascicolo emendamenti n. 1, A.S. 1766, articolo 16 bis (*Responsabilità esercenti professioni sanitarie*)

Senato è stata ritirata e trasformata in un ordine del giorno di istruzioni al Governo avente il medesimo tenore letterale. Come è noto, si tratta di un atto di indirizzo che impegna il Governo esclusivamente sul piano della responsabilità politica³, sicchè è da vedere quali iniziative assumerà l'esecutivo in merito. Nonostante ciò, è utile svolgere alcune considerazioni in ordine alla possibilità di intervenire, nuovamente, sullo statuto della colpa medica muovendo da una breve ricostruzione dell'attuale quadro normativo.

2. Uno sguardo alle recenti evoluzioni della responsabilità sanitaria

Con la legge n. 24 del 2017, recante “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*” è stato, almeno a prima vista, rimodulato il confine della colpa medica penalmente rilevante ed introdotta una nuova fattispecie che disciplina specificamente la “*responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*”⁴. Invero, l'articolo 6 della legge c.d. Gelli-Bianco ha determinato

1. Per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie non rispondono civilmente, all'infuori dei casi in cui l'evento dannoso sia riconducibile:

a) a condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona;

b) a condotte caratterizzate da colpa grave consistente nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere.

2. Ai fini della valutazione della sussistenza della colpa grave di cui alla lettera b) vanno anche considerati la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore.

3. Fermo quanto previsto dall'art. 590-sexies del codice penale, per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, la punibilità penale è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito nell'ultimo capoverso del comma precedente.

³ Sul tema si veda, V. DI CIOLO - L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013, pp. 788 – 789; S. M. CICONETTI, *Diritto parlamentare*, Torino, 2019, pp. 242-243; N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018, pp. 237 ss.

⁴ Per i primi commenti si vedano, tra gli altri: F. CENTONZE – M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazione disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. Med. Leg.*, fasc. 4/2016, pp.1361 ss.; G. GATTA, *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen.cont.*, fasc. 4/2017, pp. 200 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma Gelli-Bianco*, in *Dir. Pen. Proc.*, fasc. 5/2017, pp. 573 ss.; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Legis pen.*, 7 giugno 2017.

l'introduzione dell'articolo 590 *sexies* nel codice penale, rubricato "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario", il quale statuisce che «*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.*

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».

Tale norma, almeno a una prima lettura, sembra aver delineato un assetto ben diverso rispetto all'art. 3 della legge n. 189/2012 (cd. legge Balduzzi) in quanto non vi è più traccia di una graduazione della colpa quale criterio di imputazione penale soggettiva, né della causa di esclusione della responsabilità penale⁵ "condizionata" all'accertamento della colpa lieve pur nel rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Stando al tenore letterale dell'articolo 590 *sexies* c.p. la punibilità del sanitario è esclusa solo limitatamente alle condotte colpose, *sub specie* dell'imperizia, purché rispettose di linee guida e, in mancanza, di buone pratiche adeguate al caso concreto.

Invero, quest'ultima rappresenta una fattispecie penale che ha suscitato fin da subito considerevoli dubbi interpretativi, anche di portata maggiore rispetto a quanto non fosse avvenuto con riferimento all'articolo 3 della legge Balduzzi in relazione al quale, buona parte della dottrina⁶ e della giurisprudenza⁷ si è adoperata per sciogliere l'apparente nodo riassumibile nell'espressione "*in culpa sine culpa*" utilizzata per indicare il paradosso scaturente dalla situazione postulata per rendere operante la causa di esclusione della punibilità. Non si vedeva, infatti, come il medico potesse essere in colpa, pur lieve, essendosi attenuto alle linee guida e, ancor più, quale spazio sarebbe residuo per individuare la colpa grave in presenza di una condotta osservante delle *guidelines* e delle *best practices*.

⁵ Si veda, sul punto, C. CUPELLI, *I profili penali della legge Gelli-Bianco*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, G. IUDICA (a cura di), Milano, 2019, p. 238 ad avviso del quale si sarebbe trattato di una di esclusione della tipicità colposa; nello stesso senso R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2018, pp. 236 ss. in cui l'Autore sottolinea il passaggio dal piano della colpevolezza a quello della legalità onde perimetrare *ex ante* il rimprovero di colpa che è possibile muovere nei confronti del medico. Non sono mancate, specialmente in giurisprudenza, ricostruzioni dell'art. 3 in termini di "scriminante", cfr. Cass., 6 giugno 2016, Stefanetti, n. 23283.

⁶ In tal senso, P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, in *Dir. pen. cont.*, 8 novembre 2012, ha precisato che "*In realtà una gravità della colpa pare manifestarsi solo in ipotesi di negligenza o imprudenza e quindi non rilevanti, come nei casi, purtroppo non di scuola, di amputazione dell'arto sano con tecnica chirurgica perfettamente aderente alle linee guida.*"; G. CANZIO, *I nuovi confini del diritto alla salute e della responsabilità medica*, in *Giur. It.*, 2014, p. 2082 in cui l'Autore definisce la legge Balduzzi "una riforma dalla portata limitata e di non agevole praticabilità"; F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cc. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)* in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2017 pp. 167 ss.

⁷ Cass., pen., Sez. IV, n. 16237-13, Cantore.

Si tratta di aspetti in gran parte chiariti dalla giurisprudenza di legittimità attraverso il ricorso al criterio dell'adeguatezza delle linee guida rispetto alla soluzione del caso concreto e della doverosità del discostamento da esse laddove fossero da ritenersi inappropriate anche alla luce del peculiare quadro clinico del paziente, tale da non rendere possibile l'individuazione univoca di *guidelines* da seguire⁸.

Viepiù, per converso, è stato enucleato il concetto di colpa grave nei termini di un macroscopico discostamento dalle condotte appropriate, nonché negli errori grossolani che possono esser commessi nell'attuazione di linee guida pur correttamente individuate⁹.

Tornando all'assetto delineato dalla legge n. 24 del 2017 non si possono non citare i dubbi interpretativi sorti in sede applicativa. In particolare, si è rilevato che lo spazio di operatività della norma contenuta nell'articolo 6 della legge Gelli-Bianco è delineabile in negativo, escludendo tutte le ipotesi in cui non è possibile fare

⁸ Cass., pen. Sez. IV, n. 23283 -16, Stefanetti, in cui la Suprema Corte rileva che: "[...] il giudice di merito, a fronte di linee guida che comunque operino come direttiva scientifica per gli esercenti le professioni sanitarie, in riferimento al caso concreto, e ciò sia rispetto ai profili di perizia che, più in generale, di diligenza professionale, deve procedere alla valutazione della graduazione della colpa, secondo il parametro della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi, sulla base della norma cautelare che si doveva osservare. E, nel determinare la misura del rimprovero, oltre a tutte le evenienze già sopra ricordate, deve considerare il contenuto della specifica raccomandazione che viene in rilievo, di talchè il grado della colpa sarà verosimilmente elevato, nel caso di inosservanza degli elementari doveri di accuratezza. Il delineato paradigma valutativo della responsabilità sanitaria appare coerente rispetto alla cornice legale di riferimento, posto che l'art. 3, legge n. 189/2012, non contiene alcun richiamo al canone della perizia, né alla particolare difficoltà del caso clinico; e rispondente alle istanze di tassatività, che permeano lo statuto della colpa generica, posto che il giudice, nella graduazione della colpa, deve tenere conto del reale contenuto tecnico della condotta attesa, come delineato dalla raccomandazione professionale di riferimento".

⁹ Cass., Sez. IV, n. 9923-15, Manzo, in cui l'organo di nomofilachia afferma: "L'articolo 3 della legge n. 189/2012, per come costruita e come interpretata già da questa Corte [cfr. Sezione IV, 24 gennaio 2013, Pagano], appare porre un limite alla possibilità per il giudice di sancire la responsabilità del medico che abbia rispettato le linee guida e le *best practices*: nel senso che potrebbe pur sempre essere riconosciuta la responsabilità penale per omicidio e lesioni personali che si sia attenuto ad esse, ma ciò solo allorchè invece avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato e questo non abbia fatto per "colpa grave", quando cioè la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque sanitario al posto dell'imputato. È noto che per aversi colpa grave occorre che il medico si sia altamente discostato dallo standard di agire dell'"agente modello", avendo attenzione alle peculiarità oggettive e soggettive del caso concreto. Così, sotto il primo profilo, 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 tipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si sia trovato ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati rendono infatti difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard. Così sotto il profilo "soggettivo", per determinare la misura del rimprovero, bisognerà considerare le specifiche condizioni dell'agente, cosicché sulla base del principio secondo cui tanto più è adeguato il soggetto all'osservanza della regola tanto maggiore deve ritenersi il grado di colpa, l'inosservanza della norma terapeutica avrà un maggiore disvalore per un insigne specialista che per un comune medico generico.

In definitiva, potendosi considerare la "colpa grave" nel caso dell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria".

applicazione della esimente ivi contenuta¹⁰. Secondo la disciplina appena richiamata, l'esercente la professione sanitaria non potrà andare esente da responsabilità laddove *i)* non vi siano linee guida e buone pratiche da osservare; *ii)* pur in presenza di linee guida e buone pratiche cui attenersi, il rimprovero di colpa sia riconducibile al perimetro della negligenza o dell'imprudenza; *iii)* le linee guida non siano pertinenti al caso concreto, o pur essendo pertinenti e adeguate, non siano state rispettate.

Fatte queste premesse, è agevole rilevare che la declinazione, in senso positivo, della disposizione in discorso non rappresenti un'operazione priva di insidie.

La difficoltà di delineare lo spazio di *favor* nei confronti del medico è emersa sin dalle prime pronunce dei giudici di legittimità¹¹, tanto che del profilo in parola sono state investite le Sezioni Unite della Cassazione.

Più nel dettaglio, si sono registrate due sentenze "pilota" le quali hanno cercato, seppur con argomenti nettamente diversi, di ricondurre l'interpretazione dell'articolo 590 *sexies* c.p. all'errore nella fase esecutiva delle *guidelines*. Dapprima, è intervenuta la pronuncia c. d. *Tarabori*¹² che, superato il paradosso, in parte già noto sin dai tempi dell'articolo 3 della legge Balduzzi, per cui vi può essere colpa per imperizia anche nell'osservanza di linee guida adeguate al caso concreto¹³, restituisce una lettura fortemente restrittiva dell'esimente contenuta nell'articolo 590 *sexies* c.p.

La pronuncia *de qua* fa leva sull'argomentazione per cui, riconoscendo alla norma in commento un perimetro più ampio, si rischierebbe di arrecare non solo un *vulnus* al principio di uguaglianza, consistente nel differenziare il trattamento della professione medica dalle altre professioni intellettuali, ma altresì, più gravemente, una minor tutela della salute, in palese contrasto con la *ratio* della novella del 2017.

La seconda sentenza *Cavazza*¹⁴, ha fornito un'interpretazione decisamente più ampia della causa di esclusione della punibilità in commento, assegnando rilievo all'errore nella fase esecutiva delle *guidelines* correttamente individuate¹⁵. Inoltre, la

¹⁰ Cfr. C. CUPELLI, *I profili penali della legge Gelli-Bianco*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, cit., p. 243.

¹¹ Con riguardo al contrasto interno alla IV Sezione si veda C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2017, pp. 244 ss.

¹² Cass. pen., Sez. IV, n. 28187-17.

¹³ In particolare la Suprema Corte rileva che: "La drammatica incompatibilità logica è lampante. Si è in colpa per imperizia ed al contempo non lo si è, visto che le codificate *leges artis* sono state rispettate ed applicate in modo pertinente ed appropriato ("risultino adeguate alla specificità del caso concreto") all'esito di un giudizio maturato alla stregua di tutte le contingenze fattuali rilevanti in ciascuna fattispecie. La contraddizione potrebbe essere risolta sul piano dell'interpretazione letterale, ipotizzando che il legislatore abbia voluto escludere la punibilità anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa del comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata".

¹⁴ Cass., pen., Sez. IV, n. 50078-17.

¹⁵ Sul punto, al § 5 della sentenza si legge che "Da quanto sopra esposto in punto di responsabilità emerge, infatti, con chiarezza che il profilo di colpa è stato individuato nella imperizia nella concreta esecuzione dell'intervento e non nella scelta dello stesso, imperizia che aveva determinato la lesione del nervo sovra orbitario nel corso della sua esecuzione".

Suprema Corte ha supportato tali conclusioni sulla base dell'adesione alle intenzioni del legislatore della riforma e rilevando che una declinazione estensiva¹⁶ della norma risulta maggiormente rispettosa del diritto fondamentale alla tutela della salute di cui all'articolo 32 Cost., nonché del proposito di allontanare lo spettro della medicina difensiva onde assicurare al professionista sanitario di poter agire preoccupandosi esclusivamente dell'interesse del paziente.

A fronte a tale contrasto, sono intervenute le Sezioni Unite¹⁷ per fugare i dubbi di legittimità costituzionale trapelati dai pronunciamenti delle Sezioni semplici e così delineare la portata positiva della norma in discorso.

Sotto il primo profilo, il giudice della nomofilachia rileva che la disparità di trattamento degli esercenti le professioni sanitarie rispetto ad altri professionisti chiamati a gestire problemi di particolare complessità tecnica è stata già valutata come ragionevole dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 166 del 1973, nonché con l'ordinanza n. 295 del 2013. Inoltre, sottolinea che i soggetti e le condotte che beneficiano di tale valutazione "più favorevole" sono solo quelli previsti dall'articolo 590 *sexies* del codice penale.

Quanto, invece, ai chiarimenti sulla portata pratica della causa di esclusione della punibilità, le Sezioni Unite si attestano su una posizione intermedia tra le due pronunce della IV Sezione, una dal tenore quasi abrogatrice (*Tarabori*), l'altra evidentemente estensiva (*Cavazza*)¹⁸. In particolare, la Suprema Corte recupera la distinzione tra colpa lieve e colpa grave ben nota alla legge Balduzzi e, non senza forzature, giunge ad affermare che il limite della colpa lieve, nonostante l'assenza di un richiamo esplicito, risulti sotteso alla disposizione in esame¹⁹. Pertanto, invocando un'interpretazione

¹⁶ Al § 7 della sentenza si legge: "Occorre, inoltre, tener conto della obiezione di fondo secondo la quale in presenza di "colpa grave", sarebbe oltremodo difficile ipotizzare come sussistenti le condizioni concorrenti previste per l'impunità del sanitario, nel senso che sembrerebbe difficile conciliare il grave discostamento del sanitario dal *proprium* professionale con il rispetto delle buone pratiche clinico-assistenziali, e, soprattutto, decisamente, che possa conciliarsi la colpa grave con un giudizio positivo di adeguatezza delle linee guida al caso concreto. È obiezione degna di considerazione, ma alla quale si può opporre il concorrente rilievo della lettera e della finalità della legge: sotto il primo profilo il legislatore, innovando rispetto alla legge Balduzzi, non attribuisce più alcun rilievo al grado della colpa, così che, nella prospettiva del *novum* normativo, alla colpa grave non potrebbe attribuirsi un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell'ambito di operatività della causa di non punibilità [...]".

¹⁷ Cass., Sez Un., n. 8770 -18, Mariotti.

¹⁸ Per un autorevole commento si veda E. LUPO, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente*, in *Dir. sal.*, fasc. 2/2018; P. PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2018; R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018; A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, fasc. 2/2018; A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane*, *ibidem*; L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 948 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 345 ss.

¹⁹ Cfr. § 10 Sez. Un.

sistematica della novella e rilevato che l'articolo 43 del c.p. non prevede graduazioni di sorta per la colpa penale, i Supremi giudici individuano un supporto normativo nell'articolo 2236 del codice civile²⁰, disposizione, per il vero, spesso invocata in pronunce della Sezione IV risalenti al periodo antecedente alla vigenza della Balduzzi²¹.

Le Sezioni Unite si spingono fino a riconoscere nell'articolo 2236 cc. "un principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia", tanto da dover essere utilizzato per concretizzare e valorizzare il parametro dell'*homo eiusedem condicionis et professionis* adoperato nella misurazione della colpa generica. Il Supremo organo nomofilattico precisa, inoltre, che la causa di esclusione della punibilità contenuta nella legge Gelli-Bianco, attiene ai soli casi di colpa lieve e non anche alle ipotesi di colpa grave, come ritenuto dalla IV Sezione nella sentenza Cavazza²².

Invero, una lettura così estensiva determinerebbe sia un corto circuito logico derivante dall'affermazione che il sanitario può essere in colpa grave pur avendo osservato le linee guida o, in mancanza, le buone pratiche adeguate al caso concreto, sia una notevole disparità di trattamento a svantaggio dei professionisti operanti in settori diversi da quello medico seppure in situazioni di grave difficoltà tecnica²³.

La soluzione delle Sezioni Unite ha destato non poche perplessità in dottrina²⁴ sotto diversi profili. In primo luogo, si allude alla reintroduzione, sul piano interpretativo, della distinzione dei gradi della colpa, ermeneusi sorretta dall'argomento dell'interpretazione conforme a Costituzione.

A tal proposito, si è dubitato che all'organo nomofilattico possa essere attribuita una libertà talmente ampia da comportare l'introduzione *ab externo* di un elemento assente nel dato letterale (la graduazione della colpa) per dedurre effetti restrittivi della portata di una causa di non punibilità.

In secondo luogo, non si può negare la difficoltà di distinguere tra condotte connotate da imperizia, negligenza o imprudenza stante la fluidità di tali concetti²⁵

²⁰ Cfr. § 10.1 Sez. Un.

²¹ Cfr. Cass., pen., Sez. IV, n. 4391-11; Cass., pen., Sez. IV, n. 16328-11; Cass. pen., Sez. IV, n. 39592-07.

²² Cfr. § 7 Cass., pen., Sez. IV., n. 50078-17.

²³ Cfr. § 10.2 Sez. Un.

²⁴ Sul punto, si veda C. CUPELLI, *I profili penali della legge Gelli-Bianco*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, cit., pp. 249 ss.; ID., *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 cc.*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 12/2017; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 5/2018, pp. 646 ss.; M. GAMBARDELLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli - Bianco*, in *Arch. pen., Speciale Riforme 2018*, pp. 303 ss.; G.M. CALETTI - M. L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590 sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2018; pp. 25 ss.

²⁵ In argomento si veda, per tutti, M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 637, «La negligenza esprime un'antitesi tra il comportamento tenuto e quelle regole

dovuta alla complessità dell'attività medica in ordine alla quale risulta non facile persino separare le condotte attive da quelle omissive. Infatti, rappresentano la maggioranza le fattispecie nelle quali la negligenza o l'imprudenza è accompagnata da una quota di imperizia dovuta a scelte terapeutiche che seppur assunte con perizia, si sono poi rivelate errate. Si tratta di situazioni che ricorrono di frequente stante l'ontologia dell'*ars medica* che può dare risultati diversi in relazione agli effetti degli atti terapeutici sul singolo paziente, spesso fortemente influenzati dal quadro clinico pregresso.

Le criticità derivanti dalla distinzione formalistica tra negligenza, imprudenza e imperizia erano state già evidenziate tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza in sede di applicazione della legge 189/2012²⁶. Tali difficoltà risultano aggravate dalla necessità di individuare un *discrimen* per discernere tra imperizia grave e lieve, con il rischio che si estenda la tendenza a sussumere l'imperizia in addebiti colposi per negligenza o imprudenza, così rendendo del tutto inoperante l'esimente introdotta dal legislatore del 2017.

3. Le ultime applicazioni della legge Gelli-Bianco

Il quadro fin qui delineato non ha subito significativi mutamenti con le pronunce

sociali che indicano quali sono le condotte diligenti; che prescrivono, cioè, di svolgere certe azioni con determinate modalità. L'imprudenza indica un analogo rapporto con le regole sociali di prudenza le quali vietano certe azioni o certe modalità di esse. L'imperizia si pone come insufficienza della condotta realizzata rispetto alle regole tecniche valevoli per la condotta medesima. L'inosservanza di leggi o di regolamenti ecc. che abbiano la natura di norme giuridiche indica un contrasto tra comportamento e regole di condotta le quali presentano la particolarità di essere direttamente dettate dall'ordinamento giuridico. La trasgressione di regolamenti non giuridici, e di ordini o discipline, costituisce un rapporto di "irregolarità sociale", individuato con riferimento alla posizione del soggetto agente».

²⁶ Si veda, sul punto, 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 *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016 in cui l'Autore sottolinea che "In termini più generali, va tenuto nel debito conto – come peraltro ben fa la sentenza in esame – il fatto che, nell'ambito della pratica medica, tende a sfumare la stessa distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza." e aggiunge che "Nondimeno l'analisi casistica mette in luce la molteplicità – se non la quasi totalità – delle ipotesi di c.d. imperizia mascherata: imputazioni ricostruite su negligenza o imprudenza che celano, tra le righe, un nucleo contenutistico (se non preponderante quantomeno paritario) di imperizia. Con l'eccezione di macroscopiche forme di lassismo e di scelleratezza sanitaria, possono dirsi infatti preponderanti le ipotesi che, formalmente riconducibili a negligenza o imprudenza, contengono una quota di imperizia, per così dire, fisiologica, ben potendo essere rilette quali scelte di merito – intrise di perizia – errate."; F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod.civ. e Legge Balduzzi*, cit., pp.173-178; P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2015, pp. 2 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi. Ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse medicina*, in *Arch. pen.*, fasc. 1/2014, p. 7.

interventute dopo le Sezioni Unite "Mariotti"²⁷.

Tra i numerosi pronunciamenti della Sezione IV, ve ne sono alcuni maggiormente idonei a finalizzare lo sforzo di chiarire il principio espresso dalle Sezioni Unite.

La sentenza "De Renzo"²⁸ ha introdotto un principio ulteriore nell'accertamento della colpa medica in base al quale non può essere ritenuta soddisfacente "Una motivazione che tralasci di [...] specificare di quale forma di colpa si tratti, se di colpa generica o specifica, eventualmente alla luce di regole cautelari racchiuse in linee-guida, se di colpa per imperizia, negligenza o imprudenza, ma anche una motivazione in cui non sia appurato se ed in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee-guida o da buone pratiche clinico-assistenziali". Si impone, dunque, al giudice l'accertamento della forma e del grado della colpa onde vagliare l'applicabilità dell'esimente prevista dalla legge Gelli-Bianco o dalla Balduzzi (per le condotte tenute in epoca antecedente all'1 Aprile 2017).

Inoltre, sono state enucleate due nuove categorie: la colpa per osservanza e quella per inosservanza di linee guida²⁹. Esse si pongono a monte rispetto all'indagine in ordine alla forma ed (eventualmente) al grado della colpa. Invero, se non vi è stata una condotta osservante delle linee guida, non ha senso procedere nell'accertamento della forma e del grado della colpa medica in quanto la causa di esclusione della punibilità, sia dell'art. 3 della legge 189/2012 che dell'art. 6 della legge 24/2017, postulano un comportamento conforme alle linee guida³⁰.

A tal proposito, non si è mancato di sottolineare che le Sezioni Unite del 2018 hanno rintracciato l'operatività della causa di non punibilità in ipotesi di linee guida correttamente individuate ma eseguite tramite condotte connotate da imperizia lieve. Ne deriva che, anche per la fase esecutiva, si deve riscontrare una, pur imperita,

²⁷ Per una rassegna sul tema si veda, P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2019.

²⁸ Cass., pen., Sez. IV., n. 37794-18.

²⁹ Per l'inquadramento dello strumento delle linee guida, si veda S. CANESTRARI- F. GIUNTA-R. GUERRINI- T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 285; A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, p. 167; D. MORANA, *La tutela del diritto alla salute tra discrezionalità legislativa ed evidenze scientifico-sperimentali: spunti dalla giurisprudenza costituzionale*, in F.S. MARINI (a cura di), *Le novità della legge di bilancio 2017 sull'equivalenza terapeutica*, Napoli, 2018, pp. 7 ss.; M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3/2012, pp. 875 ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico - chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 2/2013, p. 197. C. BOTTARI, *La gestione del rischio sanitario: la più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in M. Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 525 ss., spec. pp. 527 ss.; G. FARES, *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamento*, in G. CARPANI - G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Torino, 2017, p. 116.

³⁰ Tale aspetto era già stato ben chiarito dalla Corte di legittimità con la sentenza Pagano, Cass. Sez. IV, n.11493-13 ed è stata, successivamente, approfondita da Cass., pen., Sez. IV, n. 4780-18, Trupo e Cass., pen., Sez. IV, 47748 -18, Franceschini.

osservanza delle *guidelines* non trovando l'art. 590 *sexies* c.p. alcuna applicazione laddove il medico si limitasse a scegliere linee guida adeguate e non si curasse di osservarle. Sul punto, giova sottolineare che non di rado le linee guida disciplinano anche gli aspetti tecnico-procedurali dell'intervento terapeutico³¹.

Pertanto, l'unico caso in cui si ha non punibilità pur nell'inosservanza delle linee guida è rappresentato dalle ipotesi di "speciale difficoltà tecnica" nelle quali trova indiretta applicazione in materia penale il canone civilistico dell'articolo 2236 cod. civ.³².

4. Le criticità di una disciplina "ulteriormente" speciale per la colpa medica in situazioni di emergenza sanitaria

Orbene, una volta ricostruito il quadro normativo attuale e chiaritone lo spazio applicativo è opportuno prendere in esame il contributo che dovrebbe apportare la normativa speciale contenuta nell'emendamento al D.L. c.d. "Cura Italia". Se non ci si limita a una sommaria lettura del testo dell'emendamento proposto, ci si può avvedere che esso non introdurrebbe grandi novità.

Il testo proposto recita *"Fermo quanto previsto dall'art. 590-sexies del codice penale, per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, la punibilità penale è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito nell'ultimo capoverso del comma precedente"*.

Il primo periodo sembrerebbe volto a circoscrivere l'applicazione del criterio di imputazione della responsabilità meglio esplicitato nel secondo periodo, ovvero quello della colpa grave.

Tuttavia, non si può non rilevare che la formulazione è tutt'altro che conforme a esigenze, pur minime, di tassatività. Segnatamente si delineerebbero due ipotesi: *i*) quella della verifica dell'evento infausto durante l'emergenza epidemiologica; *ii*) quella dell'evento infausto causato durante l'emergenza epidemiologica.

Il primo, risulta di più facile individuazione, basti considerare che l'arco temporale cui si fa riferimento è individuabile in maniera puntuale in ragione del rinvio

³¹ Sul tema, P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, cit., p. 5.

³² Sull'argomento si rinvia a F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi*, cit., pp. 159 ss.

a un preciso atto del Governo³³; il secondo, invece, è descritto in maniera decisamente più sfumata.

Ciò posto, la prima fattispecie (relativa all'evento infausto verificatosi durante lo stato d'emergenza) presenta aspetti di scarsa linearità rispetto al proposito dell'emendamento, poi divenuto ordine del giorno, in commento. Invero, limitare la responsabilità solo in ragione del fatto che l'occorrenza infausta sia intervenuta durante l'emergenza Covid-19 (come individuata dal Consiglio dei Ministri con la deliberazione dello stato di emergenza sull'intero territorio nazionale) significa affidare a un elemento totalmente aleatorio la scelta di un "diverso" regime di punibilità.

Verosimilmente, tale disciplina speciale potrebbe trovare applicazione in relazione a condotte poste in essere anche in epoca antecedente al 31 gennaio 2020.

Tale aspetto non è da sottovalutare in quanto si andrebbe a tradire la *ratio* del provvedimento legislativo, e, più gravemente, a determinare un trattamento differenziato non sorretto da alcuna giustificazione valida. In altre parole, almeno in linea teorica, il sanitario che abbia tenuto una condotta colposa anteriormente al 31 gennaio, cui abbia fatto seguito l'evento morte del paziente successivamente a tale data, sarà destinatario di un giudizio di rimproverabilità della condotta posta in essere ben più mite e favorevole rispetto a colui che abbia agito e provocato l'evento nello stesso arco temporale.

La seconda ipotesi, invece, ossia quella dell'"evento infausto che trova causa durante l'emergenza epidemiologica", è quantomai indefinita. Non si comprende se essa si riferisca ai soli malati di Covid-19 (per quanto pochissimi pazienti presentino solo questa patologia, avendone almeno una concomitante, spesso pregressa), oppure se si estenda anche a tutti i casi di *malpractice* che trovano causa nell'impossibilità attuale, per i sanitari, di dedicarsi alla cura di patologie diverse dal Coronavirus. Infatti, è ormai evidente che la pandemia ha fagocitato le strutture sanitarie e le risorse, sia umane che finanziarie, al punto tale da obbligare a una sospensione o un rallentamento generalizzato nelle cure di patologie diverse e, spesso, non meno fatali. Anche in questo caso, la proposta normativa in oggetto apre uno spazio di aleatorietà in grado di creare una zona di non punibilità più ampia di quella che parrebbe voler assicurare a prima vista.

Venendo, poi, al cuore della proposta emendativa, consistente nella espressa limitazione della punibilità alla sola "colpa grave" non si comprende dove sia la novità. A ben vedere, sembra che tale emendamento sia stato scritto ignorando del tutto la riforma della legge Gelli-Bianco e la sua interpretazione, specialmente quella fornita dalle Sezioni Unite "Mariotti" e dalla giurisprudenza successiva a queste. Infatti, il dubbio che la causa di non punibilità prevista dall'art. 590 *sexies* c.p. potesse trovare applicazione anche con riferimento alle condotte connotate da colpa grave (come,

³³ In particolare, la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 ha dichiarato lo stato di emergenza fino al 31 luglio 2020.

affermato dai giudici di legittimità nella sentenza Cavazza) è stato definitivamente fugato dalle Sezioni Unite³⁴.

Inoltre, non muterebbe nulla nemmeno sul piano della forma della colpa e ciò in quanto il testo dell'emendamento prevede nel suo incipit "*Fermo quanto previsto dall'art. 590-sexies del codice penale*". Pertanto, la causa di esclusione della punibilità sarebbe destinata ad operare comunque solo relativamente alla colpa per imperizia.

Com'è noto, poiché la perizia attiene all'osservanza di regole tecniche (note come *leges artis*) essa rappresenta la forma di colpa più strettamente legata all'esistenza di linee guida. Sicuramente, da questo punto di vista non si può negare le criticità che l'emergenza solleva dal momento che non esistono linee guida accreditate per il Coronavirus, infezione virale fino ad oggi sconosciuta e di cui, pure non sono note le modalità di cura.

Tuttavia, una disciplina che fondi la causa di non punibilità sull'esistenza di un'imperizia lieve oltre a non introdurre profili di novità, risulta del tutto inapplicabile sul piano pratico in ragione di quanto appena osservato.

Invero, anche ammettendo, come autorevolmente sostenuto da parte della dottrina³⁵, che non vi sia coincidenza tra linee guida e regole cautelari, queste ultime devono essere ben individuate per affermare la sussistenza della colpa³⁶. Di

³⁴ Cfr. § 7.2 Sez. Un. "Dal canto suo, la sentenza Cavazza ha il pregio di non discostarsi in modo patente dalla lettera della legge, ma, per converso, nel valorizzarla in modo assoluto, cade nell'errore opposto perché attribuisce ad essa una portata applicativa impropriamente lata: quella di render non punibile qualsiasi condotta imperita del sanitario che abbia provocato la morte o le lesioni, pur se connotata da colpa grave".

³⁵ In tal senso si veda, F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali ed implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 402, in cui l'Autore evidenzia che, poiché le *leges artis* sono una specie del più ampio *genus* delle regole cautelari, esse hanno la finalità di eliminare il rischio esistente in attività pericolose lecite quali quella medica, o quantomeno ridurlo fino a ricondurlo al fortuito; M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit., il quale rileva la mancanza di coincidenza tra linee guida e regole cautelari deriva dalla coesistenza nelle guidelines di "*rationales* di marca organizzativa ed economica, che "premono" per assicurare una efficiente allocazione delle risorse sanitarie allo scopo di consentire risparmi di spesa". Tale divergenza è data, dunque dalla "compresenza di obiettivi talora confliggenti - il contenimento della spesa sanitaria, traguardo della trasformazione in senso aziendalistico della sanità pubblica, può ben andare a detrimento della scelta "giusta" da adottare nell'interesse del paziente - impedisce tanto al medico quanto al giudice di far leva sulle linee guida nella identificazione della regola di diligenza senza introdurre opportuni accorgimenti che riequilibrino il contemperamento fra interessi diversi, riportando al primo posto la qualità dell'assistenza per il paziente in cura"; R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, a cura di R. BARTOLI, Firenze, 2010. In una prospettiva diversa, F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, pp. 1287 ss. in cui l'Autore ammonisce la giurisprudenza in ordine ai criteri di valutazione della responsabilità in quanto ritiene che "non di rado le *leges artis* disattese dal caso concreto sono più di una, cosicché il giudizio controfattuale sulla loro efficacia preventiva deve svolgersi prendendole in considerazione complessivamente e potrebbe allora succedere che, tutte insieme, le regole cautelari deboli si trasformino in una misura cautelare forte".

³⁶ Sull'assenza di specificità e determinatezza delle *guidelines* e *best practices* e della distinzione tra esse, si veda D. MORANA, *I decreti del 2012 tra le Riforme della Riforma sanitaria*, cit., p. 11.

conseguenza forse, potrebbe essere più produttivo rilevare l'assenza di regole cautelari, proprie o improprie, per affermare - più correttamente - la radicale assenza di colpa³⁷.

Da ultimo, va notato che anche la statuizione contenuta nel secondo periodo la quale riferisce cosa debba intendersi per colpa grave non fa altro che giungere all'identico risultato cui avrebbe condotto l'applicazione indiretta dell'articolo 2236 cc.

Più volte la giurisprudenza ha riconosciuto la particolare difficoltà tecnica e ha fatto applicazione dell'articolo 2236 cc. per giungere a ritenere l'assenza della responsabilità penale del medico. Come si è già detto, si tratta dell'unica situazione in cui dall'inosservanza delle linee guida possa derivare un esito liberatorio.

In realtà, occorre essere più precisi ed evitare salti logici che condurrebbero a dequalificare la necessaria osservanza delle *guidelines* le quali restano, invece, un parametro fondamentale della colpevolezza colposa nel settore sanitario. Ciò che va chiarito è che una forma di responsabilità colposa potrebbe non residuare in situazioni di emergenza in cui il medico non conformi la propria condotta alle linee guida in quanto le circostanze non gli consentano di adottare il comportamento prescritto, ovvero egli non possa affidarsi a *guidelines* o *best practices* codificate poiché non esistenti³⁸.

La necessità di un giudizio di colpevolezza maggiormente "individualizzato" non risulta essere un'esigenza nuova. Essa era emersa sul piano giurisprudenziale ben prima delle due riforme succedutesi in tema di responsabilità medica³⁹. Del resto, diversamente opinando, si finirebbe per attribuire al medico la responsabilità di un evento infausto esclusivamente per il suo verificarsi⁴⁰.

5. Il problema di fondo: il dubbio latente sulla liceità dell'atto medico

Per concludere, sembra che questa continua ricerca di soluzioni al di fuori di disposizioni e assetti interpretativi già consolidati non sia altro che una "bulimia

³⁷ Per una disamina approfondita, si rinvia a P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

³⁸ In ordine alla necessità di una "concretizzazione individualizzante della colpa" si rinvia a D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 601 e 649; A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, 2012, pp. 229 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, I, pp. 124 ss., in cui l'Autore sottolinea la necessità di recuperare il profilo soggettivo della colpa, onde evitare che essa venga appiattita sull'elemento normativo col rischio di incentivare istanze generalpreventive.

³⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, n. 16328-11; Cass. pen., Sez. IV, n. 4391-11, in cui i giudici di legittimità già avevano ritenuto che il modulo della colpa grave potesse rappresentare un criterio di razionalità attraverso cui valutare la condotta medica tramite un giudizio maggiormente individualizzato.

⁴⁰ Si veda sul punto, L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in M. BERTOLINO - L. EUSEBI - G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011 pp. 964 ss.

normativa” dovuta a fattori, strettamente connessi, che insistono tanto sul piano culturale quanto su quello giuridico.

In ordine al primo profilo, si allude al tramonto dell'alleanza terapeutica, e cioè del rapporto fiduciario tra medico e paziente fondato su un'esclusiva finalità di cura in cui il primo possa operare liberamente e con pieno uso della propria discrezionalità (seppur sempre nel rispetto delle *leges artis*), e il secondo faccia totale affidamento nelle capacità del sanitario. Al contrario, l'atteggiamento diffusosi, almeno fino al verificarsi di questa pandemia, è stato caratterizzato dal prevalere di concezioni contrattualistiche e soggettivistiche del rapporto sanitario che rischierebbe di essere concepito come un diritto a ottenere prestazioni di qualsivoglia natura, anche non terapeutica.

Il secondo fattore, che presenta un'incidenza altrettanto allarmante, consiste nell'assenza di un'opinione univoca in ordine alla liceità dell'atto medico e alle eventuali fonti della sua legittimazione⁴¹. A tal proposito, deve ritenersi che l'affermazione, sul piano del diritto positivo, della liceità dell'attività sanitaria sia divenuta ormai irrinunciabile⁴². Essa potrà costituire il punto di partenza per inquadrare

⁴¹ F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, p. 885, il quale, in una prospettiva del tutto endopenalistica, ha ricercato la legittimazione del trattamento terapeutico, riconducendo la questione a un problema di “giustificazione” di un fatto (l'incisione di parti del corpo seppur ai fini di un miglioramento delle condizioni di salute del singolo) la cui tipicità non era in discussione, a prescindere dall'esito fausto o meno dell'intervento.

Ad avviso di altri, l'attività terapeutica integrerebbe sempre gli estremi di un reato eccetto che in presenza del consenso del paziente, il quale fungerebbe da elemento che elide la tipicità dell'atto nelle ipotesi di positiva riuscita dell'intervento. In tal senso, F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali ed implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 379; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, I delitti colposi*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di) *Trattato di diritto penale*, parte speciale, Padova, 2003, pp. 298 ss.; A. MANNA, *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 476; M. PELLISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 372; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, pp. 57 ss.

Altra parte della dottrina, all'opposto, ritiene più coerentemente che il consenso non rappresenti l'unico fondamento della liceità del trattamento medico chirurgico. Essa riconosce all'attività sanitaria un'autolegittimazione derivante dal fatto che la stessa è ordinata alla cura del paziente, e rafforzata in relazione alla previsione di una posizione di garanzia in capo al medico a presidio dei beni della vita e della salute. Conseguentemente, sarebbe necessario distinguere tra intervento eseguito in conformità alle *leges artis* e quello che *ab initio* non presenti una finalità terapeutica. Così, I. LEONCINI, *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di), in *Medicina e Diritto penale*, Pisa, 2009, p. 67; A. FIORI-D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Milano, 2009, p. 329; G. BARBUTO, *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico chirurgico*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 327; G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 953; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 729.

⁴² A tal proposito, giova dare atto che il Centro studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale dell'Università Cattolica di Milano ha elaborato un Progetto di legge (per il cui testo integrale si rinvia al volume *Il problema della medicina difensiva*, cit.) teso a consacrare la liceità dell'atto medico. In particolare nell'art. 1, rubricato “Trattamento medico-chirurgico”, è previsto che: «I trattamenti medico-chirurgici adeguati alle finalità terapeutiche ed eseguiti secondo le regole dell'arte da un

definitivamente le finalità dell'atto medico e porre un freno alla schizofrenia normativa che continuamente turba e rende fragile la posizione del medico nei confronti del malato e lo conduce a trincerarsi in comportamenti difensivistici⁴³.

In altri termini, la c.d. medicina difensiva non si combatte tramite le riforme. Queste hanno dimostrato che, qualunque sia l'opzione prescelta, il rischio è sempre quello di avere risultati diversi o notevolmente inferiori rispetto a quelli attesi. E ciò perché non si può immaginare di ricostruire un'alleanza fiduciaria medico – paziente solo riequilibrando le armi una volta giunta la fase patologica del rapporto⁴⁴.

Occorre piuttosto chiarire il piano sul quale la relazione terapeutica deve fisiologicamente fondarsi e svilupparsi, anziché doverlo sentire riaffermare sempre e solo in sede giudiziaria.

esercente una professione medico-chirurgica o da un'altra persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia del corpo o della mente, non si considerano offese all'integrità fisica».

⁴³ Sul punto si veda, L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, cit., pp. 108 ss.; *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCATO-G. VARRASO, cit., p. 17; G. ROLOLO, "Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, in *Dir. pen. proc.*, pp. 1259 ss.

⁴⁴ In tal senso, I. SCORDAMAGLIA, *Medico e paziente al cospetto del giudice penale per un rapporto terapeutico divenuto patologico: poche le certezze e molti i dubbi che aleggiano sullo scranno!*, in *Dir. pen. cont.*, 28 giugno 2011.