

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO: LA SEDAZIONE ERMENEUTICA DI UNA RIFORMA DAL LESSICO INFELICE

Nota a [Cass., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017 \(dep. 7 giugno 2017\), n. 28187, Pres. Blaiotta, Est. Blaiotta e Montagni, Ric. p.c. Tarabori in proc. De Luca](#)

di Manuel Formica

Abstract. *La sentenza in commento formalizza il primo avviso della Cassazione in merito all'art. 590-sexies c.p., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco). Pur riconoscendo nella riforma un serio contributo alla determinatezza e prevedibilità del giudizio sull'imperizia del sanitario, la Suprema Corte non lascia intravedere esenzioni da responsabilità penale se, in concreto, detta colpa viene accertata, anche in forma lieve: rispetto all'art. 3, comma 1, d.l. 158/2012, come modificato dalla l. 189/2012 (c.d. legge Balduzzi), si registra, pertanto, un trattamento meno benevolo. A rassicurare il professionista (ri)compare invece un altro motivo: se questi ha dovuto affrontare problemi tecnici di speciale difficoltà, il giudice può avvalersi del principio ex art. 2236 c.c., con rilevanza della sola colpa grave.*

SOMMARIO: 1. Il quadro tracciato dalla Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario dopo la legge Gelli-Bianco. – 2. Il caso all'attenzione della Corte. – 3. Gli orientamenti di legittimità sedimentati con la legge Balduzzi. – 3.1. Il caso di “adempimento inopportuno” delle linee guida. – 3.2. L'ipotesi di “adempimento imperfetto” delle *guidelines*. – 3.3. La rilevanza della colpa lieve quando sussiste “adempimento insufficiente”. – 3.4. Il caso di “inadempimento” delle linee guida. – 3.5. Le aperture in favore della c.d. misura soggettiva della colpa e verso forme colpose diverse dall'imperizia. – 4. La soluzione dei dubbi interpretativi posti dalla riforma: l'art. 589-sexies c.p. non si applica «qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia». – 4.1. L'inapplicabilità della novella al caso di “adempimento inopportuno”. – 4.2. (Segue) ... ed all'ipotesi di “adempimento imperfetto”. – 4.3. L'art. 590-sexies non rileva neppure quando sussiste “adempimento insufficiente”. – 4.4. Alcuni spunti critici. Il rischio di discriminazione c.d. interna. – 5. Gli approdi scientifici di elevata qualificazione, ma non ancora recepiti dalle raccomandazioni “ufficiali”. – 6. Un motivo di parziale rassicurazione: il giudice «può» avvalersi del principio di razionalità ex art. 2236 del codice civile.

1. Il quadro tracciato dalla Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario dopo la legge Gelli-Bianco.

Con la sentenza in commento, la Cassazione prende iniziale e netta posizione sulla portata applicativa dell'art. 590-*sexies* c.p., inserito nel tessuto codicistico dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco)¹.

Chiaro è il riconoscimento delle potenzialità della riforma in termini di determinatezza e prevedibilità del giudizio sull'imperizia del sanitario, con punto di partenza vincolato alle raccomandazioni "ufficiali", nel contesto di un progetto di "codificazione pubblica" delle *leges artis*² tanto ambizioso quanto problematico³. V'è una

¹ Sui profili penalistici della legge Gelli-Bianco, *ex plurimis*, v. G. AMATO, *Professionisti "salvi" se l'evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, n. 15/2017, 51 ss.; L. ISOLABELLA – A. QUATRARO, *Così l'osservanza delle pratiche cliniche diventa tassativa*, *ivi*, 56 ss.; P. F. POLI, [Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2017, p. 67 ss.; P. PIRAS, [Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590-*sexies* c.p.](#), *ivi*, fasc. 3/2017, p. 269 ss.; C. CUPELLI, [Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco](#), *ivi*, 3 aprile 2017; G. IADECOLA, [Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 \(legge cd. Gelli-Bianco\)](#), *ivi*, fasc. 6/2017, p. 53 ss.; G. M. CALETTI - M. L. MATTHEUDAKIS, [Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 84 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 573 ss.; F. CENTONZE - M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1361 ss.; M. PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, *ivi*, 2017, 523 ss.; M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 293 ss.; *Id.*, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. LOVO - L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, 26 ss.; C. BRUSCO, *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in [www.ilpenalista.it](#), 1 marzo 2017; *Id.*, *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, spec. 233 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in [www.lalegislazionepenale.eu](#), 2 maggio 2017; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, *ivi*, 5 giugno 2017; A. DE LIA, *La "colpa medica": dal tramonto del modello "Balduzzi" all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile "pulp"*, in [www.archiviopenale.it](#), 27 giugno 2017; M. DI FLORIO, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590-*sexies* c.p.), come introdotta dalla legge Gelli-Bianco*, *ivi*, 30 maggio 2017. Per un primo acuto esame della decisione qui annotata, vedasi M. CAPUTO, *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 724 ss.

² Cfr. art. 5, comma 3, l. 24/2017, con protagonista l'Istituto superiore di sanità, che «*pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse*», indicati dal Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), «*previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni*». Le linee guida ed i relativi aggiornamenti sono elaborati dai soggetti di cui al precedente comma 1, vale a dire 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 Ministero della salute*».

³ Il pensiero, *in primis*, va ai «*rischi che, sul piano scientifico culturale, si annidano in un'accentuata standardizzazione o "burocratizzazione" dell'attività medica*», che potrebbero «*fatalmente indurre una pericolosa deriva 'legalistica' dell'attività medica, con erosione degli spazi di discrezionalità individuale ed effetti di deresponsabilizzazione*»: così Cass., Sez. IV, 22 aprile 2015, n. 22455, Plataroti, in *C.e.d. Cass.*, 2015, rv. 263732, nella parte motiva. Per una sintetica rassegna dei pregi e difetti offerti dalla codificazione della colpa medica

(ulteriore) spinta ad accrescere in materia il ruolo delle regole di condotta positivizzate⁴ ed a superare diffidenze legate alla loro attendibilità scientifica⁵.

Le maggiori aspettative *in bonam partem* della classe medica, invece, patiscono una cocente delusione: a dispetto dell'*incipit* dell'art. 590-*sexies*, la relativa lettura offerta dalla Suprema Corte non ammette esenzione da responsabilità penale se, in concreto, v'è anche lieve imperizia. Rispetto all'art. 3, comma 1, d.l. 158/2012, come modificato dalla l. 189/2012 (c.d. legge Balduzzi), si registra un trattamento meno benevolo.

Sussiste però una ragione, svincolata dalla novella, sulla quale la Cassazione invita a *confidare*: se il sanitario sarà chiamato a risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà – innanzi ai quali è più facile che il suo agire si allontani dalla correttezza tecnico-scientifica –, il giudice *potrà* avvalersi, quale "regola di esperienza", del principio *ex art. 2236 c.c.*, con rilevanza della sola colpa grave.

2. Il caso all'attenzione della Corte.

A ben vedere, il *thema decidendum* sollecitato dalla ricorrente parte civile e l'annullamento disposto dal Giudice di legittimità non fondano sulle linee guida e sulla relativa efficacia.

Innanzi all'accusa rivolta ad uno psichiatra per concorso colposo nell'omicidio volontario commesso dal paziente, il G.I.P. del Tribunale di Pistoia sentenza il non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.*, escludendo *tout court* la colpa del sanitario: non sarebbero rimproverabili, infatti, le scelte di questi circa la collocazione residenziale (a bassa soglia assistenziale) dell'omicida e la modulazione del relativo trattamento farmacologico. Mancherebbero elementi, inoltre, per sostenere che la condotta medica sia stata causa scatenante del comportamento assassino.

La Cassazione, dal canto suo, non condivide l'inutilità, pure asserita dal giudice di Pistoia, di un approfondimento dibattimentale mediante perizia, onde saggiare la rispondenza della condotta medica ai dettami della letteratura clinica di settore. La pretesa superfluità dell'accertamento peritale «*contraddice l'ambito cognitivo assegnato al giudice dell'udienza preliminare, qualificato dalla valutazione prognostica circa la possibile evoluzione del materiale di prova raccolto*».

Tale motivo, scrive la Corte, è «*di ordine dirimente*» per annullare la sentenza impugnata. Il conseguente rinvio al Tribunale di Pistoia sarebbe potuto essere "in

mediante *guidelines*, cfr. O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 62 ss.

⁴ Già la legge Balduzzi aveva «*espresso una preferenza, nell'ambito dell'accertamento della responsabilità del sanitario, per criteri più certi e verificabili rispetto a quello dell'homo eiusdem conditionis et professionis*»: così F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «Decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 820 ss., senza peraltro ravvisare i tratti della colpa specifica.

⁵ Minata, tra l'altro, da esigenze di risparmio nella gestione dei costi: cfr. 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 fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, n. 1/2014, 4.

bianco" rispetto alle novità della legge n. 24/2017, come avvenuto poche settimane prima, nel rapportarsi del Collegio con altri giudici di merito⁶.

Nel frattempo, tuttavia, a rendere urgente l'esercizio di funzione nomofilattica sono forse pervenute avvisaglie di un inusitato smarrimento esegetico. Ed, allora, confermati rapidamente noti approdi sulla configurabilità del concorso colposo in delitto doloso⁷ e sulla posizione di garanzia dello psichiatra⁸, la Suprema Corte sottolinea la «peculiare rilevanza che, nel caso di specie, assume la verifica del rispetto, da parte dell'imputato, di eventuali codificate procedure formali ovvero di protocolli o linee guida». Specialmente in ambito medico-psichiatrico, le *guidelines* rappresentano un canone «che garantisce maggiore tassatività nella valutazione degli eventuali profili di colpa del sanitario»⁹.

Si scorge così un'occasione "buona" per prendere posizione sul ruolo delle linee guida rispetto alla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, alla luce dell'entrata in vigore della novella e della conseguente necessità di dirimere questioni di diritto intertemporale.

3. Gli orientamenti di legittimità sedimentati con la legge Balduzzi.

Prima di addentrarci sul nuovo, agevola fare un passo indietro sull'abrogato art. 3, comma 1, d.l. 158/2012, come modificato in sede di conversione, e rievocare una delle immediate osservazioni critiche di allora.

Il sanitario che «si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica», sanciva la legge Balduzzi, «non risponde penalmente per colpa lieve». Ecco, quindi, che sembrava profilarsi un "peccato originale", una evidente contraddizione in

⁶ Cfr. Cass., Sez. IV, 16 marzo 2017, n. 16140, Filippini, in *C.e.d. Cass.*, 2017, rv. 269611: «non è chi non veda», si legge in motivazione, «che l'entrata in vigore delle disposizioni ora richiamate assume rilievo nell'ambito del giudizio di rinvio», con scrutinio del giudice di merito che «dovrà specificamente riguardare l'individuazione della legge ritenuta più favorevole, tra quelle succedutesi nel tempo», ai fini dell'art. 2, comma 4, c.p., posto che l'art. 6 della legge Gelli-Bianco «abroga espressamente il più volte citato D.L. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 8 novembre 2012, n. 189». Stesso tenore in Cass., Sez. IV, 30 marzo 2017, n. 24936, Centulio, inedita.

⁷ In senso favorevole, ad es., Cass., Sez. IV, 14 luglio 2011, n. 34385, Costantino, in *C.e.d. Cass.*, 2011, rv. 251511.

⁸ Al tempo stesso di protezione e di controllo «rispetto alle condotte autolesive o lesive del paziente verso terzi»: cfr. Cass., Sez. IV, 4 febbraio 2016, n. 14766, De Simone, in *C.e.d. Cass.*, 2016, rv. 266831. Nella letteratura, da ultimo, C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra: nuovi spunti, diverse prospettive, timide aperture*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 370 ss., ed ivi per richiami ulteriori.

⁹ La sentenza in commento rinvia a Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, Ingrassia, in *C.e.d. Cass.*, 2012, rv. 254618, che reca esposizione delle più significative pronunce sul ruolo delle linee guida, ante legge Balduzzi, in materia di responsabilità penale sanitaria; in letteratura, cfr. M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 900 ss.; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012.

termini del dettato normativo, dacché sanciva la colpa nonostante il rispetto delle linee-guida¹⁰.

L'impressione che la norma fosse *inutiliter data*, delineando condotte *sine culpa*, e così proclamando non punibili casi per loro natura penalmente irrilevanti, era però superata con discreta disinvoltura sin dalle iniziali pronunce di legittimità. Potevano configurarsi comportamenti rispettosi delle linee guida validate dalla comunità medico-scientifica, accompagnati però dall'inosservanza di regole cautelari integrative ovvero alternative rispetto alle raccomandazioni *standard*¹¹.

Diversamente dai protocolli e dalle *check list*, enunciava la sentenza Cantore¹², le linee guida «*non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti*». Il professionista è quindi tenuto a rapportarsi con la concretezza del caso clinico, a «*modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia*», e può trovarsi, in alcuni casi, «*a dovervi addirittura derogare radicalmente*».

Già prima della legge Balduzzi, del resto, la Corte aveva evidenziato le specificità del rischio patologico del singolo paziente, magari affetto da plurime malattie, con relative linee guida che «*potranno essere richiamate solo contestualmente ad una scrupolosa analisi individualizzata del caso*», senza benefici penali dall'acritica osservanza¹³. Era dunque assodato che «*l'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida (...) non escluda né determini automaticamente la colpa*»¹⁴.

Sempre nella sentenza Cantore, inoltre, si affermava che le linee guida «*non sono in grado di offrire standard legali precostituiti; non divengono, cioè, regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica*», a fronte della varietà, del diverso grado di autorevolezza e della natura meramente orientativa che le qualificano. Benché innegabile potesse essere il ruolo nella ricostruzione della tipicità colposa¹⁵, la mancata coincidenza delle *guidelines* con le regole cautelari “vere e proprie” contribuiva a rendere plausibile una condotta conforme alle prime e tuttavia colposa¹⁶.

¹⁰ Cfr. 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 novembre 2012, 1-2.

¹¹ Per una lettura dell'art. 3, comma 1, d.l. 158/2012, che ravvisa il concorso di precetti cautelari in termini apparenti, cumulativi od alternativi, cfr. A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in Riv. it. med. leg., 2013, 735 ss.

¹² Cfr. Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, in C.e.d. Cass., 2013, rv. 255105; v. anche Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri, in C.e.d. Cass., 2016, rv. 266903, secondo cui le linee guida costituiscono «*raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche*».

¹³ Cfr. Cass., Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254, Grassini, in Foro it., 2011, II, 416 ss.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, Ingrassia, cit.

¹⁵ Basti ricordare che la contemporanea sentenza Pagano evitava di qualificare le linee guida come mere raccomandazioni, ritenendole contenere (solo) regole di *perizia*: cfr. Cass., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493, Pagano, in C.e.d. Cass., 2013, rv. 254756.

¹⁶ Anche al riguardo il Supremo Collegio rimanda a Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, Ingrassia, cit., ove si apprende che le linee guida «*non possono assurgere al rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma dell'art. 43 cod. pen. (leggi, regolamenti, ordini o discipline), non essendo né tassative né vincolanti e,*

3.1. Il caso di “adempimento inopportuno” delle linee guida.

Da queste premesse, poteva quindi ipotizzarsi che, a dispetto delle indicazioni offerte dalle linee guida ed osservate dal professionista, le «peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura di discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria»; circostanza plausibile, ad esempio, in presenza di affezioni concomitanti, con il convergere di rischi che costringa ad intraprendere terapie eccentriche rispetto al consueto¹⁷.

Per siffatte eventualità si è parlato di “adempimento inopportuno”¹⁸, originato da un “errore strategico”¹⁹ del sanitario, commesso cioè al momento della selezione delle raccomandazioni (“a monte”) e non in fase loro adattamento al caso concreto (“a valle”)²⁰. Tale errore conduceva alla responsabilità penale «solo quando l'acritica applicazione della strategia ordinaria riveli un errore non lieve»²¹; in termini meno comodi per l'accusa, «allorquando la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato»²².

3.2. L'ipotesi di “adempimento imperfetto” delle guidelines.

Poteva altresì capitare – si legge ancora nella sentenza Cantore – «che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue

comunque, non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la migliore soluzione per il paziente»; da qui l'avviso secondo cui «le linee guida, pur rappresentando un utile parametro nell'accertamento dei profili di colpa riconducibili alla condotta del medico, non eliminano la discrezionalità giudiziale insita nel giudizio di colpa; il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze concrete esigano una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee guida».

¹⁷ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, cit., nonché Cass., 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, in C.e.d. Cass., 2014, rv. 260739-260740; in senso analogo, Cass., Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 16944, Rota, in C.e.d. Cass., 2015, rv. 263389; Cass., 19 gennaio 2015, n. 9923, Manzo, in questa Rivista, 24 aprile 2015, annotata da P. PIRAS.

¹⁸ Cfr. G. M. CALETTI - M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., 92.

¹⁹ Cfr. F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, cit., 14.

²⁰ Cfr. F. CENTONZE - M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, cit., 1367, precisando come l'errore nella scelta delle linee guida comprenda anche «l'errore da mancato congedo, che s'inverna quanto, nel corso del trattamento, affiorino circostanze tali da imporre al medico un immediato allontanamento da quel sapere codificato, e la ricerca di altra linea guida o, in assenza, di una buona prassi vicaria».

²¹ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, cit., nonché Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, cit.

²² Cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, n. 18787, Longobardo, inedita; Cass., Sez. IV, 28 maggio 2015, n. 27185, Citeresi, inedita.

linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico»²³. Si consideri un chirurgo che non asporti sufficiente tessuto dall'organo malato, a fronte di *guidelines* elastiche in proposito, e così determini una recidiva precoce²⁴; oppure un medico che sottostimi l'emorragia *post partum*, pur avvalendosi delle metodiche suggerite, e/o scelga erroneamente le relative misure rianimatorie, tra le molteplici indicate dalle linee guida di riferimento²⁵.

Detta evenienza è stata appellata in letteratura quale ipotesi di "adempimento imperfetto"²⁶, frutto di un "errore di adattamento"²⁷ delle linee guida alle esigenze del paziente in carne ed ossa: «*in tale caso*», sanciva il Supremo Collegio, «*la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore sia non lieve*».

3.3. La rilevanza della colpa lieve quando sussiste "adempimento insufficiente".

La "protezione" offerta dalla novella del 2012 era invece negata per il caso di "adempimento insufficiente"²⁸, quando cioè l'errore *in executivis*, potremmo dire, cade all'esterno del perimetro regolativo della linea guida.

L'esenzione per colpa lieve, precisava la Corte nella sentenza Stefanetti, «*non interviene in tutte le situazioni in cui, nel corso del trattamento, vi sia stata, in qualche frangente, l'attuazione di una direttiva corroborata*»; occorre prima focalizzare la causa dell'evento, il rischio che in esso si era concretizzato, ed assodare se quel peculiare rischio fosse governato o meno da linee guida appropriate. Il quesito sull'osservanza delle *guidelines* perdeva di significato, allora, non solo «*quando tali direttive manchino*», ma anche «*quando la questione di cui si discute nel processo concerne comunque un aspetto del trattamento che esuli dal tema dell'aderenza alle ridette linee guida*»²⁹.

²³ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, cit.; stesso tenore in Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, cit.

²⁴ Cfr., ad es., il documento *Linee guida - Tumori del colon retto*, edizione 2016, pubblicato sul sito internet www.aiom.it e compilato dall'Associazione Italiana di Oncologia Medica (AIOM), pag. 62, ove, in relazione al trattamento chirurgico delle metastasi epatiche da tumore del colon retto, tra le altre opzioni terapeutiche (chemioterapia, immunoterapia, radioterapia), è annoverata anche la resezione completa della lesione (R0), con margine di tessuto sano asportato anche millimetrico.

²⁵ Cfr. il documento *Emorragia post partum: come prevenirla, come curarla. Linea Guida 26*, ottobre 2016, pubblicato sul sito internet www.srlg-iss.it (attualmente in fase di aggiornamento) del Sistema Nazionale per le Linee Guida (SNLG), spec. pagg. 28 ss. e 57 ss.

²⁶ Così D. PULITANÒ, [Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, p. 80.

²⁷ Cfr. F. BASILE, [Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi \(aspettando la riforma della riforma\)](#), in *questa Rivista*, fasc. 2/2017, p. 272.

²⁸ Per analogia espressione («*adempimenti opportuni ma non sufficienti*»), cfr. G. M. CALETTI - M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit., 104.

²⁹ Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, cit.; v. anche Cass., Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430, Liotila, in *C.e.d. Cass.*, 2014, rv. 261294; Cass., Sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 5028, Usai, inedita.

In altre parole, se le raccomandazioni non erano pertinenti, perché volte a contenere profili di rischio distinti da quello sfociato nell'evento infausto, l'adesione alle stesse non garantiva alcun abbuono.

3.4. Il caso di "inadempimento" delle linee guida.

La necessità *ex lege* di un professionista osservante le linee guida, che si attiene alle stesse, precludeva l'esonero da responsabilità in tutte le ipotesi di relativo "inadempimento", quando cioè il sanitario si distaccava dal modello comportamentale accreditato.

Al riguardo, si esprimeva con nettezza la sentenza Barberi³⁰, distinguendo la "colpa per adesione" alle linee guida, occorrente quando il medico avrebbe dovuto seguire *leges artis* differenti, dalla "colpa per divergenza", che si manifestava, invece, quando detto professionista si discostava indebitamente dalle *guidelines* e dalle *best practices*. Orbene, «solo nel primo caso, ove ricorra la colpa lieve (che quindi potrà dipendere dall'errata preferenza accordata alle linee guida o ad un errore nella esecuzione dell'attività suggerita), si potrà ipotizzare la atipicità del comportamento del sanitario», mentre «in caso di colpa per divergenza, non si potrà mai invocare l'applicazione dell'art. 3, co. 1 del decreto Balduzzi». La novella Balduzzi, spiegava ancora la Corte regolatrice, obbligava a distinguere fra colpa lieve e colpa grave «limitatamente ai casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida».

L'allontanamento dalle linee guida, pertanto, vincolava il sanitario all'esecuzione di un "inadempimento perfetto"³¹, esente da benché minima colpa. Conclusione che alimentava il sospetto di discriminazione (c.d. interna) a sfavore del professionista che, ad esempio, attingeva da conoscenze scientifiche più elevate, non ancora sedimentate, ma nello specifico più efficienti rispetto alle linee guida, oppure che si vedeva costretto ad affrontare situazioni complesse e non disciplinate da alcuna direttiva, ovvero che si allontanava dal trattamento *standard*, avvedendosi con abilità dell'efficacia controproducente per *quel* paziente.

La distinzione tra "inadempimento" delle linee guida (che abilitava la responsabilità per colpa lieve) ed "adempimento imperfetto" delle stesse, dovuto ad «errore nella esecuzione dell'attività suggerita» (che invece l'abbuonava), poteva inoltre risultare nebulosa, traducendosi in un comodo strumento nelle mani del giudice per motivare la condanna (o l'assoluzione) del sanitario di turno.

Nella prassi, in ogni modo, al requisito della "adesione" alle linee guida sembrava talvolta sostituirsi un'esigenza più modesta, vale a dire che la condotta medica oggetto del procedimento penale fosse governata da *guidelines*. Così lasciava intendere, in

³⁰ Cfr. Cass., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, Barberi, in *C.e.d. Cass.*, 2016, rv. 267814.

³¹ Per tale espressione, cfr. L. RISCATO, *Linee guida ed imperizia "lieve" del medico dopo la legge 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 691 ss.; ID., *Colpa medica "lieve" e "grave" dopo la legge Balduzzi: lo iato tra terapia ideale e reale come parametro di graduazione delle responsabilità del sanitario*, in *Giur. it.*, n. 1/2014, 156 ss.

particolare, la sentenza Denegri, assegnando al giudice del rinvio il compito di «*valutare se, nelle ore in cui l'imputato ebbe a gestire il paziente, successivamente al ricovero, siano state omesse le possibili, e dovute, attività diagnostiche, secondo le raccomandazioni contenute nella Linee guida di riferimento; e, in tale eventualità, dovrà essere chiarito se, nella omissione, vi sia stata colpa lieve o grave*»³². Sfumato il *distinguo* tra regole cautelari e linee guida, il medico sembrava rientrare nella franchigia penale anche in caso di divergenza dalle linee guida per colpa lieve.

3.5. Le aperture in favore della c.d. misura soggettiva della colpa e verso forme colpose diverse dall'imperizia.

Indugiando ancora sul passato, poteva cogliersi una moderata benevolenza verso la professione sanitaria nel costante riferimento al limite della colpa "grave", che invero la legge Balduzzi non menzionava, lasciando teorico margine di condanna anche in caso di colpa "media" od "ordinaria"³³.

Si manifestava comprensione pure nell'apertura verso la c.d. *misura soggettiva* della colpa, che la Cassazione collocava senza remore in sede di apprezzamento della relativa gravità³⁴, riconoscendo un *topos* ove transitare facilmente dalla impersonalità dell'agente modello alla concretezza di quello reale.

Sembrava in via di superamento, inoltre, l'opinione che perimetrava la franchigia penale della novella Balduzzi ai soli casi di imperizia, dai magmatici (e manipolabili) confini rispetto alle ipotesi di negligenza e/o imprudenza³⁵: «*la limitazione della responsabilità del medico in caso di colpa lieve, prevista dall'art. 3, comma primo, legge 8 novembre 2012, n.189*», aveva da ultimo sancito la sentenza Denegri, «*opera, in caso di*

³² Cfr. Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri, cit.; di detta tendenza è testimone anche la sentenza in commento, quando sintetizza, nelle battute finali, come «*questa Corte (...) aveva interpretato tale riforma [Balduzzi] nel senso più ampiamente aderente al principio di colpevolezza; ritenendo che, nei contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditati dalla comunità scientifica, si fosse verificato la decriminalizzazione delle condotte connotate da colpa lieve*».

³³ Cfr. G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge cd. Gelli-Bianco)*, cit., 3; F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, cit., 21.

³⁴ Cfr. le motivazioni in Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, cit., nonché in Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, cit.: «*Vi è poi nel grado della colpa un profilo soggettivo che riguarda l'agente in concreto. Si tratta cioè di determinare la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente. Quanto più adeguato il soggetto all'osservanza della regola e quanto maggiore e fondato l'affidamento dei terzi, tanto maggiore il grado della colpa. Il quantum di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari costituisce fattore importante per la graduazione della colpa. Ad esempio, per restare al nostro campo, l'inosservanza di un norma terapeutica ha un maggiore disvalore per un insigne specialista che per comune medico generico. Per contro il rimprovero sarà meno forte quando l'agente si sia trovato in una situazione di particolare difficoltà per ragioni quali, ad esempio, un leggero malessere, uno shock emotivo o un'improvvisa stanchezza*».

³⁵ Basti rammentare come l'errata manovra di strumenti chirurgici costituisca "imprudenza" in Cass., Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 16944, Rota, cit., ed "imperizia" in Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, cit.

condotta professionale conforme alle linee guida ed alle buone pratiche, anche nella ipotesi di errori connotati da profili di colpa generica diversi dall'imperizia»³⁶.

4. La soluzione dei dubbi interpretativi posti dalla riforma: l'art. 589-sexies c.p. non si applica «qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia».

Terminata la ricognizione sul disposto abrogato, passiamo ad inquadrare la norma subentrata con la legge Gelli-Bianco.

Il nuovo art. 590-sexies c.p., introdotto dall'art. 6 della legge appena menzionata, statuisce al comma 2 che, *«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 dalla predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto»³⁷.*

Il dubbio che il legislatore abbia qualificato *in culpa* condotte che, per come descritte, risultano invece *sine culpa*, acuisce enormemente, tanto da far commentare, con rimprovero pungente, che la norma sarebbe affetta da «schizofrenia... neonatale»³⁸.

Non meno incisive sono le parole della Cassazione: la novella pone «*alti dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili*»; mostra «*incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo*»; «*si ha difficoltà*» persino «*a cogliere la ratio*» dell'intervento normativo.

Il disposto dell'art. 6, infatti, rappresenta un sanitario che, non solo ha prestato ossequio alle raccomandazioni contenute in linee guida qualificate e pertinenti, ma le ha pure «*in concreto attualizzate*», adattandole criticamente alle specifiche contingenze. Un professionista che ha agito in tal guisa, nota la Corte, «*è evidentemente immune da colpa*», ed allora «*da questo punto di vista nulla di nuovo*», la casistica additata è di per sé penalmente irrilevante.

³⁶ Cfr. Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri, cit., condivisa anche in Cass., Sez. IV, 3 febbraio 2017, n. 6641, Caracino, inedita.

³⁷ Il testo dell'art. 6, legge n. 24/2017, origina dallo schema di parere illustrato in Commissione Giustizia del Senato, in data 21 giugno 2016, dal relatore Lumia, relativo al disegno di legge n. 2224 assegnato in sede referente alla Commissione Igiene e Sanità; parere che venne rilasciato dalla Commissione Giustizia in senso non ostativo, a condizione che l'art. 6 della legge *in fieri* assumesse le odierne fattezze e che fosse riformulato, altresì, il comma 3 dell'art. 7. Il disposto dell'art. 6, come approvato dalla Camera il 28 gennaio 2016 (dopo l'assegnazione in sede referente alla Commissione Affari Sociali), era infatti ben diverso, prevedendo un nuovo articolo di codice penale del seguente tenore: «*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*». Innanzi alla Commissione Igiene e Sanità del Senato, pertanto, il relatore Bianco presentò gli emendamenti 6.100 (integralmente sostitutivo dell'art. 6 della emananda legge) e 7.100 (sostitutivo dell'art. 7, comma 3), recettivi delle condizioni poste dalla Commissione Giustizia, che vennero approvati nella seduta del 18 ottobre 2016.

³⁸ P. PIRAS, Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p., cit.

Ma il dato legislativo aggiunge una «disarticolante contraddittorietà», una «lampante» e «drammatica incompatibilità logica», giacché formalmente rivolto ad eventi lesivi cagionati da condotte imperite: «*si è in colpa per imperizia*», spiega meglio la Corte, «*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 alle specificità del caso concreto”) all’esito di un giudizio maturato alla stregua di tutte le contingenze fattuali rilevanti in ciascuna fattispecie*».

A fronte di una squalifica tanto risoluta del prodotto parlamentare, verrebbe da reclamare l'intervento della Consulta³⁹. Se davvero «*il legislatore ha l'obbligo di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intellegibilità dei termini impiegati*»⁴⁰, così da rispettare il principio costituzionale di precisione, l'art. 6 della legge n. 24/2017 si posiziona agli antipodi.

Il pensiero, tuttavia, non sfiora il Supremo Collegio, che coglie invece l'opportunità per un'*interpretazione ortopedica* dall'esito *sedativo*, capace di sdrammatizzare i più cupi presagi⁴¹. Proviamo a tirarne le somme, riprendendo classi di condotte con le quali si è tratteggiato l'ambito applicativo del previgente art. 3 della legge Balduzzi.

4.1. L'inapplicabilità della novella al caso di “adempimento inopportuno”.

La Cassazione si esprime a chiare lettere per l'ipotesi di “*adempimento inopportuno*”, con il sanitario che commette “*errore strategico*”, ottemperando linee guida inadeguate all'*hic et nunc*: «*la nuova disciplina non trova applicazione*», si legge in sentenza, «*nelle situazioni concrete nelle quali tali raccomandazioni debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate*».

La Corte argomenta dall'art. 5 della legge n. 24/2017, che delinea il sistema di evidenza pubblica delle linee guida e pone fondamentali direttrici sulle modalità di esercizio delle professioni sanitarie. Si dispone, infatti, che detti professionisti hanno il dovere di attenersi alle raccomandazioni previste dalle linee guida accreditate secondo legge, fatte però «*salve le specificità del caso concreto*»; inciso dal quale il Collegio trae il

³⁹ In tal senso, cfr. M. CAPUTO, ‘Promossa con riserva’. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene rimandata a settembre per i decreti attuativi, cit., 740: «*preso atto che lo schema legislativo calpesta i sacri principi*», suggerisce l'Autore, «*si vada nel tempio e si interpellino i sacerdoti: siano loro a decidere*».

⁴⁰ Noto enunciato in Corte cost. 8 luglio 1981, n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, 806 ss.

⁴¹ «*Siamo tornati al periodo buio dei periti serpenti, di coloro che esaminavano la responsabilità medica a seconda della propria cultura e quindi davano assoluta incertezza a quello che è il comportamento del medico. Oggi, se dovessi consigliare un medico, direi: non seguire le linee guida, perché basterà un giudizio di inadeguatezza della linea guida con riferimento al caso concreto per essere poi immancabilmente tacciato di responsabilità professionale. Si tratta di un clamoroso passo indietro di cui vi assumerete la responsabilità di fronte alla classe medica e di fronte a coloro che, pur avendo fatto il loro dovere, corrono il rischio di essere condannati. La paralisi nelle sale operatorie sarà soltanto vostra responsabilità!*»: così, durante la discussione in Assemblea della Camera, seduta n. 750 del 28 febbraio 2017, nell'intervento del deputato Sisto (pag. 17 del resoconto stenografico).

vincolo «che le linee guida siano appropriate rispetto al caso concreto», vale a dire «che non vi siano ragioni, dovute solitamente alle comorbidità, che suggeriscono di discostarsene radicalmente».

Vigente la Balduzzi, pertanto, se le peculiarità del caso imponevano di disattendere i trattamenti codificati, ma il sanitario comunque vi si atteneva, dell'errore questi non rispondeva penalmente, salvo abbaglio marchiano. Con la Gelli-Bianco, al contrario, si tratti di colpa lieve o grave, l'inopportuno adempimento delle linee guida deborda i confini dell'art. 590-sexies e «trova applicazione la disciplina generale prevista dagli artt. 43, 589 e 590 cod. pen.».

Emerge un profilo *in malam partem* della novella, che la Cassazione formalizza in maniera lampante: per l'ipotesi di errore nella selezione "a monte" delle linee guida, la norma più favorevole per il sanitario, ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p., è quella della legge Balduzzi, applicabile alle condotte poste in essere sino al 31 marzo 2017⁴².

4.2. (Segue) ... ed all'ipotesi di "adempimento imperfetto".

La Suprema Corte, a conti fatti, manifesta il suo intendimento anche sul caso di "adempimento imperfetto", quando cioè il sanitario non adegua correttamente le raccomandazioni alle singolarità del reale, senza che la condotta fuoriesca dal perimetro regolativo accreditato.

Nel connotare le linee guida, la sentenza utilizza concetti già espressi sotto il previgente regime. Esse «hanno a che fare con le forti istanze di determinatezza che permeano la sfera del diritto penale», ma, «di solito, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica». Vanno inoltre distinte da strumenti regolativi maggiormente rigidi e prescrittivi, comunemente denominati "protocolli" o *check list*, giacché «non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti». Da qui la conferma che le raccomandazioni contenute nelle linee guida «vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico».

Da tali premesse, abbiamo visto, con la legge Balduzzi potevano additarsi comportamenti del sanitario aderenti alle linee guida, correttamente selezionate "a monte", ma irrispettosi di cautele integrative "a valle", durante l'applicazione delle raccomandazioni; esisteva così una (ulteriore) classe di ipotesi penalmente esonerate nei limiti della colpa lieve.

⁴² In senso conforme, v. M. CAPUTO, 'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi, cit., 732 («non si ammette che un professionista possa sbagliare nella selezione della linea guida pertinente o nel congedo da essa quando smette di essere tale»). Per la necessità di abbracciare il "criterio della condotta" nell'individuazione del *tempus commissi delicti* ai fini dell'art. 2 c.p., ad es., cfr. M. ROMANO, *Commentario Sistematico del Codice penale. I. Art. 1-84*, 3^a ed., Milano, 2004, 46; *contra*, Cass., Sez. IV, 17 aprile 2015, n. 22379, Sandrucci, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 441, con nota critica di S. ZIRULIA.

Dallo scorso aprile, tale dispensa non è più consentita, dato che l'art. 590-*sexies* c.p. esclude la "punibilità"⁴³ solo quando le raccomandazioni «*risultino adeguate alle specificità del caso concreto*». Presupposto inteso dalla Corte, non tanto come requisito che deve caratterizzare "a monte" le linee guida pubblicate *ex lege* – nel senso che le medesime debbono risultare idonee e pertinenti rispetto al paziente –, ma più ancora quale dovere "a valle", in capo al sanitario, di loro adattamento dinamico alle esigenze del concreto. Le raccomandazioni debbono "risultare adeguate" in virtù (anche) dell'opera di assestamento di detto professionista⁴⁴.

Siffatta piega ermeneutica è compatibile con il dato testuale⁴⁵ e, di fatto, sancisce che la legge Gelli-Bianco *non è in grado di contenere la responsabilità penale per gli "errori di adattamento" delle raccomandazioni al reale*⁴⁶.

Ai fini del dovere di adeguamento, le specificità del caso paiono tutte significative: una restrizione a quelle "rilevanti" si leggeva, infatti, solo nel testo approvato in prima lettura dalla Camera, con aggettivazione sparita nel successivo corso dei lavori parlamentari. Neppure incide l'esiguità dell'errore in questione, essendo venuta meno ogni graduazione: la trasposizione della raccomandazione sul paziente sembra rientrare nell'art. 590-*sexies* solo quando eseguita alla perfezione.

In breve. Con la legge Balduzzi la Cassazione esentava da responsabilità penale quando il sanitario, per colpa lieve, «*nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima*». Tale franchigia è venuta meno in forza della legge Gelli-Bianco, con successione normativa *in malam partem*: lo deduciamo a rime obbligate dalla sentenza in commento.

Anche in questo caso la norma più favorevole per l'operatore sanitario, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., è dunque l'art. 3, comma 1, del d.l. 158/2012, come sostituito in sede di conversione.

⁴³ Si tratta di «*atecnico riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla parametrizzazione della colpa*», puntualizza il Collegio.

⁴⁴ Quando «*siano cioè state attualizzate in forme corrette, nello sviluppo della relazione terapeutica, avuto naturalmente riguardo alle contingenze del caso concreto*» (pag. 18 della sentenza; prima ancora, cfr. pag. 12); in questo senso, ancora, l'art. 590-*sexies* può invocarsi solo «*nell'ambito di condotte che, delle linee guida, siano pertinente estrinsecazione*» (pag. 21).

⁴⁵ Diversa opinione in M. CAPUTO, 'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi, cit., 733, secondo cui «*l'adeguatezza nel testo normativo è chiaramente riferita ai soli momenti della selezione e del congedo, non anche alla fase di attuazione delle linee guida*»; da qui il sapore amaro «*dell'interpretazione analogica in malam partem*» compiuta dalla Corte, che «*rimette al giudice la valutazione di un elemento – la correttezza circa l'applicazione delle raccomandazioni – del quale non v'è traccia nell'enunciato, dove il giudizio di adeguatezza concerne esclusivamente l'esattezza nella scelta della raccomandazione, non anche la sua concreta trasposizione*».

⁴⁶ Preoccupazione contraria – nel senso che l'imperizia *in executivis* possa prestarsi ad essere sempre condonata – è emersa nei primi commenti della riforma, ad es. in F. CENTONZE - M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, cit., 1367, ed in F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, cit., 573 ss., prefigurando l'*escamotage* giurisprudenziale, specie in caso di grave colpa dell'imputato, di classificare la condotta medica come negligente od imprudente, così da eludere la (presunta) impunità elargita dall'art. 590-*sexies*.

Diamo atto, peraltro, che tale risultato è contrastato da autorevole letteratura, secondo cui la Cassazione avrebbe mantenuto gli scudi dell'art. 590-*sexies* c.p. «*qualora l'errore esecutivo 'resti dentro' la disciplina del contesto regolativo*»; quando, cioè, si tratti di «*un errore c.d. 'onesto', espressione di un'imperizia che non si traduca (...) in un "errore tanto enorme quanto drammatico"*»⁴⁷.

Nell'incedere della sentenza, si sottolinea, emerge un caso di errore macroscopico – esemplificato dal chirurgo che «*imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un'arteria con effetto letale*» –, rispetto al quale la Corte nega recisamente l'abbuono penale. Se ne deduce l'applicazione, invece, quando la condotta sanitaria, in sede di attuazione della raccomandazione, non sia «*eccentrica e diversa dalla condotta rispettosa della guideline*», non risulti esorbitante «*rispetto al percorso raccomandato*»⁴⁸. Dalla pronuncia potrebbe ricavarsi, in definitiva, che il grado della colpa ha ancora un ruolo in funzione dell'*an* della responsabilità⁴⁹.

Tuttavia, proprio la scomparsa di detta gradazione, nella battute finali della decisione, è esibita dalla Cassazione quale dato qualificante la novella del 2017; ed il testo di legge sembra darle ragione, ostacolando l'accogliibilità della riferita proposta.

Per non dire che, inoltre, la Corte, con fare discutibile, incasella l'esempio dell'accidentale taglio di arteria, non all'interno dell'imperizia che si manifesta in sede attuativa delle raccomandazioni ("adempimento imperfetto"), ma quale errore che deborda il perimetro regolativo delle medesime raccomandazioni ("adempimento insufficiente"), come andiamo ad esporre nel paragrafo che segue.

4.3. *L'art. 590-*sexies* non rileva neppure quando sussiste "adempimento insufficiente".*

Con indubbio mestiere, il Supremo Collegio non tralascia di vagliare quella che, a suo avviso, costituisce la sola categoria di condotte colpose potenzialmente idonee ad essere ricondotte nella novella, sia pure allo scopo di evidenziarne una ulteriore, marcata incongruenza.

La lettera dell'art. 590-*sexies*, infatti, sarebbe idealmente compatibile con il caso del «*sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata*». La Corte spiega che, in contesti regolati da linee guida, «*può ben accadere che si tratti di compiere gesti o di agire condotte, assumere decisioni*

⁴⁷ Così M. CAPUTO, 'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi, cit., 731.

⁴⁸ Così, ancora, M. CAPUTO, 'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi, cit., 731.

⁴⁹ Al riguardo, cfr. anche C. CUPELLI, [La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio](#), in questa Rivista, fasc. 6/2017, p. 280 ss.

che le direttive in questione non prendono in considerazione». Ed esemplifica, come già anticipato, l'ipotesi del chirurgo che imposta ed esegue un intervento di asportazione di neoplasia addominale ottemperando alle raccomandazioni, e che, tuttavia, al momento di recidere, per errore «tanto enorme quanto drammatico», lesiona un'arteria, con effetti mortali: all'imperizia del gesto, "non considerato" dalle direttive, si accompagnerebbe l'applicazione delle linee guida disponibili nel corso del trattamento e, dunque, viene il dubbio che il medico possa additare l'art. 590-sexies a sua discolpa.

Le parole della Corte rimandano alla categoria degli "adempimenti insufficienti", già illustrata succintamente nella sentenza Stefanetti⁵⁰, rispetto ai quali la Cassazione, nel vigore della Balduzzi, non concedeva esenzioni penali.

La pronuncia in esame offre ancor meno sconti, specie innanzi ad ipotesi ove la colpa medica può anche essere "enorme" e "drammatica". L'abbuono da responsabilità penale perché il sanitario ha adempiuto raccomandazioni avulse dall'imperizia connessa all'evento lesivo risulta inaccettabile «al lume del buon senso», perché «vulnererebbe il diritto alla salute del paziente e quindi l'art. 32 Cost.»; esita inammissibile «sul piano della razionalità, della coerenza con le fondamentali esigenze di difesa della vita e della salute, del rispetto del principio di colpevolezza». Peggio, vi sarebbero ricadute sul quantum risarcitorio, dato che in proposito il giudice, ai sensi dell'art. 7, comma 3, legge n. 24/2017, «tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'art. 590-sexies del codice penale».

4.4. Alcuni spunti critici. Il rischio di discriminazione c.d. interna.

Messa al bando anche detta casistica, l'impressione è che non esistano comportamenti colposi che possano rimanere impuniti in virtù delle linee guida. L'adempimento di queste ultime, quando "inopportuno", "imperfetto" od "insufficiente", nel senso sopraccennato, non attiva il salvacondotto legislativo, che inesorabilmente perde la capacità di orientare l'operatore sanitario.

Nell'argomentare della Cassazione, l'art. 590-sexies viene ad indicare, più modestamente, un «metro di valutazione della colpa», per quanto definito «cogente»: le raccomandazioni pubblicate *ex lege* e le buone pratiche clinico-assistenziali sono essenziali a rendere meno offuscata la figura dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Ed il richiamo all'evento «verificato a causa di imperizia», costituisce «espressione lessicalmente infelice», utilizzata dal legislatore semplicemente per «limitare l'innovazione alle sole situazioni astrattamente riconducibili alla sfera dell'imperizia, cioè al profilo di colpa che involge, in via ipotetica, la violazione delle *leges artis*»; possono trascurarsi, pertanto, tutte

⁵⁰ Cfr. Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, cit., pag. 6 della motivazione. Diverso inquadramento, abbiamo visto (*supra*, par. 4.2) in M. CAPUTO, 'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi, cit., 729 ss., secondo il quale, nel passaggio in questione, la Corte affronterebbe un caso di errore macroscopico in sede attuativa delle linee guida.

le direttive «*la cui inosservanza conduce ad un giudizio non di insipienza tecnico-scientifica ma di trascuratezza, e quindi di negligenza*»⁵¹.

Per *communis opinio*, nondimeno, l'obiettivo della riforma Gelli-Bianco, in ambito penale, non era quello di abbandonare la decriminalizzazione procurata dalla legge Balduzzi, per avere solo in cambio parametri scientifici affidabili ed "ufficiali", rispetto ai quali misurare la perizia sanitaria⁵². Almeno per questa ragione, qualificare, come fa la Corte, la «*soluzione interpretativa*» avanzata come «*l'unica possibile*»⁵³ desta comprensibili perplessità⁵⁴.

Non solo. Le motivazioni della sentenza sulla impraticabilità della franchigia penale, nel suggestivo esempio del taglio accidentalmente d'arteria, paiono gravide di più ampio significato.

L'ambito terapeutico, ammette la Corte, può giustificare una regolamentazione peculiare, «*anche in chiave limitativa*», della responsabilità penale, ma il richiamo alle linee guida non rappresenta, di per sé, «*un'adeguata ragion d'essere*» per concedere «*radicale esonero da responsabilità*». Prende forma, tra le righe, un penetrante, e forse invasivo (rispetto alle prerogative parlamentari), sindacato di eguaglianza-ragionevolezza, pronto ad ostacolare l'eventualità di una disciplina «*priva di riscontri in altre esperienze nazionali*» e che potrebbe sancire «*uno statuto normativo irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili*».

Il monito di legittimità s'inasprisce, peraltro, a fronte dell'insistenza della Cassazione sulla necessità di tutelare la salute del paziente⁵⁵, quasi a presagire un obbligo costituzionale di criminalizzazione, che pacificamente non esiste⁵⁶. Il

⁵¹ Cfr., ad es., *Linee guida sulla gravidanza fisiologica*, richiamate in Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri, cit., e riferite ad un ambito di intervento che comporta l'interazione tra diversi operatori sanitari, anche non medici, nelle quali «*alle regole di perizia (...) si affiancano raccomandazioni che attengono ai parametri della diligenza, ovvero all'accuratezza operativa, nella prestazione delle cure*» (così pag. 13 della decisione appena menzionata).

⁵² Poco aiutano a chiarire, invero, le stringate motivazioni del parere rilasciato dalla Commissione Giustizia del Senato in data 21 giugno 2016 (all'origine del vigente art. 6, legge n. 24/2017: v. *supra*, nt. 35), volte a giustificare la riduzione dell'esenzione penale *ab origine* predisposta dalla Camera.

⁵³ Cfr. pag. 20 della pronuncia.

⁵⁴ Cfr. M. CAPUTO, *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, cit., 739 ss., che propone diversa lettura dell'art. 590-sexies: in particolare, il "rispetto" delle raccomandazioni andrebbe inteso in senso lato, alla stregua di «*un 'tenere in conto', un 'fare attenzione a', una conoscenza e presa in carico delle raccomandazioni per orientare il contegno clinico. Se poi nella traduzione in atto della linea guida debitamente selezionata, e quindi adeguata al contesto, interviene un errore di esecuzione, ecco che l'art. 590-sexies c.p. riconosce la non punibilità al medico che abbia risposto all'appello normativo, dimostrandosi aggiornato e in dialogo con l'ordinamento*»; già in questa direzione, cfr. ID., *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, cit., 296; v. anche G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge cd. Gelli-Bianco)*, cit., 7.

⁵⁵ L'abbuono della pena giustificato dall'osservanza di linee guida estranee alla colpa che ha prodotto l'evento «*rischierebbe di vulnerare l'art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse dichiarate finalità della legge, di protezione del diritto alla salute di cui si dirà anche appresso*»: così al punto 7.3 della sentenza.

⁵⁶ Anche su questo profilo della pronuncia, in chiave critica, cfr. M. CAPUTO, *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, cit., 733 ss.

confinamento penale della responsabilità per colpa del sanitario, infatti, «è il risultato di una valutazione di politica del diritto, di competenza del legislatore; non di un vincolo di tutela penale», che non si rintraccia «nemmeno nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, pur aperta al riconoscimento di obblighi di tutela penale della vita e dell'integrità fisica»⁵⁷.

La problematica resta aperta, pertanto, a più soluzioni legislative, compresa quella di approntare una tutela esclusivamente non penale. Ed al legislatore che volesse meglio plasmare il salvacondotto del sanitario, andrebbero pure segnalate criticità costituzionali in direzione dissimile da quella indicata dalla Cassazione.

Pensiamo al fatto che qualunque esenzione penale in favore della classe medica, ove ritagliata sull'osservanza di sedimentate direttive di condotta, finisce col lasciare "indietro" quei professionisti che, per sorte, siano costretti ad affrontare situazioni patologiche inusitate, magari difficilissime e, comunque, non disciplinate da *guidelines*. Ebbene, la ragionevolezza di siffatta discriminazione (c.d. interna) a carico di sanitari che non operano in un ambito di conoscenze "cristallizzato", e quindi non possono fruire della "protezione" offerta da (inesistenti) raccomandazioni, è tutt'altro che scontata. Il salvacondotto eretto sulle linee guida si espone fatalmente a detta controindicazione.

5. Gli approdi scientifici di elevata qualificazione, ma non ancora recepiti dalle raccomandazioni "ufficiali".

Ferma la sopra descritta rilevanza, le raccomandazioni contenute nelle linee guida, sebbene pubblicamente validate, non rappresentano (*rectius*, non rappresenteranno) comunque un testo "sacro": così sembra dire la Corte quando ammette che «il terapeuta possa invocare in qualche caso particolare quale metro di giudizio anche raccomandazioni, approdi scientifici che, sebbene non formalizzati nei modi previsti dalla legge, risultino di elevata qualificazione nella comunità scientifica, magari per effetto di studi non ancora recepiti dal sistema normativo di evidenza pubblica delle linee guida».

A rafforzamento, il Collegio rammenta un principio consolidato (e di valenza pure accusatoria), secondo cui «le prescrizioni cautelari ufficiali possono essere affiancate da regole non codificate ma di maggiore efficienza nella prospettiva della ottimale gestione del rischio». Ove la piattaforma cautelare formalizzata risulti inadeguata, è possibile, ed anzi occorre, distaccarsi dalla stessa.

Non vediamo, invero, come potrebbe giudicarsi in colpa un sanitario che si attiene ad "approdi scientifici" maggiormente qualificati ed efficaci rispetto agli standard comportamentali cristallizzati nelle linee guida.

Manca, invece, una esplicita presa di posizione della Corte regolatrice per l'ipotesi inversa, con il sanitario che si adagia sulle linee guida ufficiali, pur quando superate da acquisizioni tecnico-scientifiche non (ancora) inserite "a sistema".

⁵⁷ D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, cit., 76, facendo pure richiamo a S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1385.

L'inquadramento dell'art. 590-*sexies* in un contesto normativo volto ad assicurare la «legittima, coerente pretesa» del sanitario «a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli», farebbe propendere in favore del professionista. Ed, in effetti, della legge n. 24/2017 la Cassazione apprezza a gran voce l'impulso innovatore verso la selezione e codificazione delle raccomandazioni, che dovrebbero, al contempo, regolare l'esercizio dell'*ars medica* in maniera aggiornata, uniforme ed affidabile, e consentire un giudizio di responsabilità ancorato su basi precostituite e verificabili.

Il proscioglimento del sanitario "ortodosso" non è però sicuro. Abbiamo già ricordato un ulteriore e significativo passaggio della pronuncia, ove la Corte sancisce l'obbligo di disattendere le raccomandazioni non solo in caso di avverse peculiarità del paziente, ma anche «per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate», in virtù della clausola dell'art. 5 relativa alle «specificità del caso concreto». Lo spettro di un agente modello in versione "deontica"⁵⁸, capace di innalzare *ex post* e troppo in alto l'asticella del dovere, a scapito del terapeuta *sub iudice*, può dunque ancora materializzarsi in udienza.

6. Un motivo di parziale rassicurazione: il giudice «può» avvalersi del principio di razionalità *ex art. 2236 del codice civile*.

A fronte di una pronuncia che ridimensiona significativamente il precipitato dell'art. 590-*sexies*, si stemperano ulteriori problematiche operative, ad esempio rispetto all'individuazione delle buone pratiche clinico-assistenziali⁵⁹, sulle quali la pronuncia glissa, confidando in un rapido attivarsi della codificazione "ufficiale".

Per risolvere il caso concreto, d'altronde, la Cassazione invita il giudice *a quo*, ove ne sussistano i presupposti, ad applicare norma del 2012, più favorevole ai sensi dell'art. 2, comma 4, del codice sostanziale. L'abrogazione dell'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi implica «la reviviscenza (...) della previgente, più severa normativa che, per l'appunto, non consentiva distinzioni connesse al grado della colpa», mentre la legge Gelli-Bianco «non contiene alcun riferimento alla gravità della colpa», non delimita in tal senso la

⁵⁸ Cfr. F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI - R. ORLANDI, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, 2013, 75 ss., con antidoto verso la potenziale deriva colpevolista rinvenuto, appunto, nei protocolli e nelle linee guida.

⁵⁹ Propone di identificarle con «le prassi mediche accreditate dalla comunità scientifica e sostenute da principi scientifici generalmente condivisi», per questa via tornando alle «buone pratiche» della legge Balduzzi, G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge cd. Gelli-Bianco)*, cit., 13. Sulla equivocità anche del concetto additato dalla legge Balduzzi, tuttavia, v. L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 202; P. POLI, [Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, p. 88. Per l'ipotesi, invece, di ricondurre le buone pratiche clinico-assistenziali al genere delle linee guida non ancora validate *ex lege*, cfr. M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, cit., 299.

responsabilità criminale, e quindi «*si applica solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma*».

Nondimeno, quasi a compensare aspettative deluse, la sentenza riserva sul finale parole di conforto verso gli esercenti la professione sanitaria, facendo richiamo all'art. 2236 del codice civile⁶⁰.

Preclusa l'applicazione diretta al settore penale, la Cassazione rammenta il principio di razionalità del disposto civilistico ed il suo orientarsi verso «*situazioni tecnico scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall'urgenza*». La rilevanza della sola colpa grave «*può trovare applicazione in ambito penalistico come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà*».

Si tratta di un *refrain* giurisprudenziale consolidatosi negli ultimi anni – sono in proposito citate le sentenze Barberi⁶¹ e Di Lella⁶², ma ve ne sono ulteriori⁶³ – che, scrive la Corte, «*ha ancora attualità e, si confida, potrà orientare il giudizio in una guisa che tenga conto delle riconosciute peculiarità delle professioni sanitarie*». E con esso riemerge un apprezzamento del grado della colpa legato dall'osservanza di *guidelines*, occorrendo invece il profilarsi di speciali difficoltà («*situazioni tecnico scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall'urgenza*»): altre direttrici rispetto a quelle (malamente) abbozzate dalla legge Gelli-Bianco.

Il maggiore equilibrio del disposto civilistico è chiaramente visibile, fermo restando che il vaglio favorevole della Corte costituzionale, ormai risalente⁶⁴, ne ha contenuto l'operatività al campo della *sola imperizia*. Tale perdurante delimitazione – abbiamo visto replicata nell'art. 590-*sexies* – acuisce la sfida a rintracciare parametri chiari e condivisi per discernere dalle altre forme della colpa generica; non è sufficiente affermare, infatti, che «*rientra nella nozione di imperizia il comportamento attivo o omissivo che si ponga in contrasto con le regole tecniche dell'attività che si è chiamati a svolgere*»⁶⁵, dato che il problema meramente si trasferisce sul concetto di “regole tecniche”⁶⁶.

Lascia perplessi, però, lo stagliarsi non già di una regola di giudizio, intrisa di doverosità, ma «*di esperienza*», alla luce di un «*principio di razionalità*». Il giudice di merito, si legge ancora nella sentenza esaminata, «*può*», «*potrà*» apprezzare le particolari

⁶⁰ Per una sintetica esposizione dello sviluppo avuto dall'art. 2236 c.c. nella giurisprudenza penale sulla responsabilità medica, cfr. le motivazioni in Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri, cit.; Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, cit.; a favore del disposto civilistico, in funzione anche sussidiaria rispetto all'art. 590-*sexies* c.p., cfr. M. CAPUTO, 'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi, cit., 742-743.

⁶¹ Cfr. Cass., Sez. IV, 29 novembre 2015, n. 12478, Barberi, cit.

⁶² Cfr. Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, Di Lella, in *C.e.d. Cass.*, 2012, rv. 251941.

⁶³ Cfr. Cass., Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, Buggè, in *C.e.d. Cass.*, 2006, rv. 237875; Cass., Sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Montalto, in *C.e.d. Cass.*, 2011, rv. 251960; Cass., sez. IV, 16 maggio 2014, n. 24528, Balistrieri, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4/2014, 1275 ss.; Cass., Sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 10615, Perrotta, in *C.e.d. Cass.*, 2013, rv. 256337.

⁶⁴ Cfr. Corte cost. 22 novembre 1973, n. 166, in *Giur. cost.*, 1973, 1795 ss.

⁶⁵ Cass., Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 16944, Rota, cit.

⁶⁶ Cfr. F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, cit., 17.



11/2017

difficoltà affrontate dal professionista, in vista di una maggiore indulgenza nella qualificazione penale della condotta.

Innanzi ad una discrezionalità così dichiarata, determinatezza e prevedibilità del giudizio rischiano di sfumare. Ma forse non potevamo aspettarci miglior risultato, a fronte di un legislatore che si esprime con favella incongruente.

* * * * *

POST SCRIPTUM

Segnaliamo che, in data 31 ottobre 2017, è stata depositata la Cass., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, Pres. Izzo, Est. Piccialli, ric. Cavazza, la quale, in poche pagine, ricostruisce il significato dell'art. 590-*sexies* in termini diversi da quelli della pronuncia qui commentata, che non degna di menzione. La lettera normativa, osserva il (differente) Collegio, si rivolge a situazioni astrattamente riconducibili all'imperizia e non distingue la colpa lieve da quella grave, dato l'obiettivo di *«favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile»*. Pertanto, sicura la rilevanza penale dell'errore nella scelta "a monte" delle raccomandazioni, *«non vi sono dubbi»*, invece, *«sulla non punibilità del medico che seguendo linee guida adeguate e pertinenti pur tuttavia sia incorso in una "imperita" applicazione di queste»*, prescindendo dall'entità della colpa. Rimangono solo alcune perplessità, meramente accennate in sentenza, sulla possibilità di conciliare il *«grave discostamento del sanitario dal proprium professionale con il rispetto delle buone pratiche clinico assistenziali»*, sulla compatibilità della *«colpa grave con un giudizio positivo di adeguatezza delle linee guida al caso concreto»*, e sulla legittimità costituzionale *«di una scelta di non punibilità dell'imperizia grave»*, a fronte della *«persistente punibilità di una negligenza "lieve"»*.

* * * * *