

Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del *novum* legislativo

SOMMARIO

1. DUE APPROCCI DIVERSI. – 2. *IN CULPA SINE CULPA?* – 3. IL LIMITE DELLA COLPA GRAVE. UNA SCELTA O DIFFERENZIAZIONE RAGIONEVOLE. – 4. IMPUTAZIONE PER COLPA E TASSATIVITÀ DELLA LEGGE PENALE. – 5. LA NUOVA NORMA. L'INTERPRETAZIONE DELLA CASSAZIONE. – 5.1. QUALI OSSERVANZA DI QUALI LINEE GUIDA? – 5.2. LA COLPA GRAVE. – 6. PROGNOSE SUGLI EFFETTI E PROBLEMI DI POLITICA DEL DIRITTO.

1

DUE APPROCCI DIVERSI

Letture fortemente divaricate contrassegnano le prime reazioni giudiziarie alla nuova disposizione speciale in materia di responsabilità penale dell'*esercente la professione sanitaria*, introdotta dalla legge n. 189/2012¹: da un lato, una eccezione d'illegittimità costituzionale di un giudice di Milano², dall'altro una sentenza della Corte di Cassazione che è subito stata colta come importante³. I due provvedimenti, entrambi ampiamente motivati, sollecitano una riflessione non solo sul problema specifico della responsabilità medica e sulla nuova disposizione in materia, ma anche su tensioni che attraversano l'attuale situazione spirituale nel mondo penalistico.

La nuova disposizione, com'è noto, recita: "*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*", fermo restando l'obbligo di risarcimento del danno (ovviamente questa disciplina si riferisce ad eventi di morte o lesioni).

La nuova legge non è di facile lettura. Uno dei primi commenti sintetizza icasticamente nella formula *in culpa sine culpa* una censura di "*contraddizione in termini, perché ipotizza la colpa nonostante il rispetto delle linee guida*"⁴. L'eccezione di illegittimità costituzionale del Tribunale di Milano è un attacco frontale sia sul piano della qualità tecnica (violazione del principio di determinatezza e precisione), sia sul piano assiologico (asserita incompatibilità col principio d'uguaglianza, con la tutela della salute, e altro ancora).

Alle normali difficoltà d'interpretazione del nuovo (di nuovi testi linguistici e nuove soluzioni normative) si aggiungono nel caso in esame difficoltà peculiari. Dobbiamo fare i conti con una disciplina che la Corte di Cassazione (§. 3 della sentenza in commento) ha definito "*in più punti laconica, incompleta*", non rispondente alle istanze maturate nel dibattito dottrinale e nella "*vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica*". Ma questo non esime l'interprete dal suo compito: "*piuttosto che attardarsi*

1. Legge di conversione del d.l. 134 settembre 2012, n. 158, "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di tutela della salute".

2. Trib. Milano, Sez. IX (ord.), in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2013.

3. Così la presentazione di F. VIGANÒ, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013, di Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013).

4. 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 *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012. Considerazioni critiche anche in G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle linee guida, tra colpa grave e colpa lieve*, in *Arch. Pen.*, 2013, 1.

nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere, e valorizzare il senso delle innovazioni”.

Potremmo anche dire: *non affrettarsi* nelle censure, prima di avere seriamente approfondito i problemi di interpretazione del *novum*; prima di avere almeno tentato un'interpretazione razionale che non si fermi ad apparenze, e che cerchi di cogliere l'insieme delle connessioni sistematiche in cui il *senso delle innovazioni* possa essere compreso.

La maggior parte delle censure mosse dal Tribunale di Milano sono censure di violazione del principio d'uguaglianza: l'ambito di applicabilità della disciplina speciale sarebbe così ampio da mostrare evidenti profili di irragionevolezza. Ma proprio le argomentazioni in chiave di uguaglianza, svolte nell'ordinanza del Tribunale di Milano, possono essere ragionevolmente utilizzate sul piano (logicamente preliminare a tutti gli altri) dell'interpretazione della nuova norma. Davvero vi rientrano (ordinanza, §. 3), compresi nella generica formula della professione sanitaria, i veterinari, farmacisti, biologi, psicologi, operatori sociosanitari? Vi rientrano (§. 6) tutte le attività e tutti i doveri di operatori sanitari, compresi quelli che attengono alla sicurezza del lavoro e dell'ambiente?

Un interprete attento alla *ratio* della disciplina speciale di cui stiamo parlando, troverà in essa una ragione decisiva di delimitazione dell'ambito di applicabilità. La disciplina speciale si riferisce (secondo la riconoscibile *intenzione del testo*) alla attività tipica degli operatori sanitari: attività diagnostica e terapeutica, volta alla cura della salute di esseri umani. I veterinari non c'entrano, l'organizzazione della sicurezza ambientale non c'entra. Questo ci dice una piana interpretazione testuale e teleologica, restrittiva e chiarificatrice delle formule generiche che il legislatore ha adoperato.

Parimenti risolvibile sul piano ermeneutico è la questione della cooperazione colposa con soggetti diversi dagli operatori sanitari, che l'ordinanza del Tribunale (§. 5) propone come ulteriore violazione del principio d'uguaglianza: coloro che non sono operatori sanitari sono esclusi dalla nuova 'esimente soggettiva', e risponderebbero anche per colpa lieve nei casi in cui il sanitario è prosciolto. Questa differenziazione c'è davvero, ed appare ragionevole sol che si consideri che l'eventuale colpa del non operatore sanitario non sarebbe una colpa medica, ma d'altra natura, collegata alla natura dell'attività del concorrente (potrebbe essere, per es., una colpa concernente il rischio tecnologico). La denunciata differenza di trattamento riguarda colpe obiettivamente diverse e diversamente valutabili.

A fare apparire ideologicamente significativo l'attacco sferrato dal Tribunale milanese è anche l'irrilevanza, nel giudizio *a quo*, di quasi tutte le questioni sollevate. Dall'ordinanza apprendiamo che il giudizio riguarda operatori sanitari di un istituto ortopedico, imputati di lesioni personali colpose (per colpa generica e violazione dell'arte medica); non sappiamo se la questione del rispetto di linee guida (quali?) fosse stato sollevato o emergesse in concreto. Manifesta, in ogni caso, è l'irrilevanza delle questioni evocate dal Tribunale a proposito della responsabilità di soggetti diversi dagli operatori sanitari, o concernenti profili diversi dalla colpa medica.

2

IN CULPA SINE CULPA?

Facendo il suo mestiere di interprete razionale, la Corte di Cassazione ha messo in luce (§. 9) il carattere *solo apparente* (a *prima lettura*) della contraddizione stigmatizzata con la formula *in culpa sine culpa*. La lettera della legge assume ad oggetto della disciplina speciale (non punibilità della colpa lieve), una fattispecie caratterizzata a) dal rispetto di *linee guida* o di *buone pratiche, accreditate dalla comunità scientifica*, e b) da *colpa lieve*, evidentemente fondata nell'inosservanza di altra o altre regole cautelari. Comunque si valuti la statuizione di non punibilità della colpa lieve, i due aspetti della fattispecie sono logicamente compatibili fra loro: l'osservanza di linee guida non esclude la possibilità di altre inosservanze rilevanti per il giudizio di colpa. La sentenza della Cassazione, in linea con la precedente giurisprudenza, ribadisce che le linee guida hanno *un rilievo*

indubbio ma non esaustivo. Non è solo questione di rilievo *probatorio*, ma di rilievo sostanziale nel giudizio normativo sulla colpa: la stessa sentenza pone in luce i limiti di significatività di linee guida che *non* esauriscono il mondo delle regole cautelari.

Il Tribunale di Milano prospetta (§.1) una duplice lettura. Una coincide con quella della Cassazione: “secondo un’interpretazione letterale e razionale si potrebbe ritenere che il comportamento del sanitario è predicato dalla colpa lieve ma non è punibile”. Ma viene additata anche un’altra lettura: “secondo un’interpretazione letterale si potrebbe ritenere che non v’è colpa nell’operatore sanitario che si attenga alle linee guida e alle buone pratiche”. Appunto sulla asserita possibilità di letture *antinomiche*, “non superabili con una mera attività ermeneutica”, viene prospettato un contrasto con il principio di legalità. Fra le righe dell’ordinanza sembra però leggibile una attività ermeneutica che ha diversamente valutato le due interpretazioni poste a confronto: una definita *letterale*, l’altra *letterale e razionale*. La razionalità sta solo da una parte⁵.

Quanto a *collocazione dommatica* (è una formula usata nell’ordinanza del Tribunale milanese), siamo di fronte a una disciplina speciale il cui contenuto normativo è la *non punibilità della eventuale colpa lieve* dell’operatore sanitario che si sia attenuto a *linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*. Come qualificare questo *novum* entro gli schemi concettuali della teoria del reato? In prima approssimazione, possiamo parlare di *causa di non punibilità*, con l’avvertenza che qui sono ridisegnati i confini dell’area del penalmente rilevante: una *restrizione dell’area di responsabilità penale per colpa*, ritagliata su particolari situazioni relative all’attività sanitaria.

Possiamo parlare di *scusante soggettiva*? L’effetto scusante, sul piano penalistico, c’è; è relativo ad un fatto che per l’ordinamento giuridico complessivo resta colpevole (colposo) e produttivo di effetti (obblighi di risarcimento). Rispetto al sistema generale dell’imputazione soggettiva, un istituto di tipo nuovo, il cui inquadramento potrebbe (forse) suggerire adattamenti terminologici.

3

IL LIMITE DELLA COLPA GRAVE. UNA SCELTA O DIFFERENZIAZIONE RAGIONEVOLE

Al di là dei rilievi collegati ad aspetti o a problemi specifici di interpretazione della nuova fattispecie, il senso di fondo o collante ideologico dell’eccezione di illegittimità costituzionale emerge nella censura (§. 7) di avere aperto un vuoto di tutela della persona offesa: un venir meno (nei casi di applicabilità della nuova norma) della tutela in sede penale, rispetto alla quale “*non può considerarsi fungibile la possibilità di ricorrere al giudice civile*”. Il richiamo al principio d’uguaglianza è accompagnato dal richiamo di principi più sostanziali, relativi al bene tutelato (la salute: art. 32) e al diritto ad un’effettiva tutela giudiziaria (artt. 24 e 111).

Viene qui allo scoperto il *nucleo assiologico* dell’approccio del Tribunale: una valutazione negativa della nuova norma *in quanto restrizione della tutela penale*: di per sé censurabile indipendentemente dagli asseriti difetti tecnici del modo in cui è stata articolata.

Emerge ancora una volta, non dichiarata, l’idea di un livello costituzionalmente necessario di tutela penale, che si esprime con eccezioni *in malam partem* di fronte ad arretramenti di tale forma di tutela. In quest’ottica, diritto penale sostanziale e strumenti processuali vengono visti come facce di un medesimo problema, al punto che principi costituzionali relativi alla giurisdizione vengono adottati (come nel nostro caso) a fondamento di censure relative a norme penali sostanziali, e principi sostanziali (come il diritto alla salute) vengono adottati a fondamento anche di censure relative a istituti processuali (caso ILVA)⁶.

5. In realtà, l’interpretazione definita (solo) letterale è semplicemente sbagliata, in contrasto anche con la lettera di un testo normativo che ipotizza la possibilità di una colpa pure in caso di osservanza di linee guida: possibilità di una colpa non solo lieve (sufficiente a fondare obblighi civilistici di risarcimento), ma anche grave, idonea a fondare una responsabilità anche penale.

6. D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa. Riflessioni a margine del caso ILVA*, in *Questa rivista*, 2013, 1, p. 44 ss. Ad oggi, dal

Com'è noto, la Corte costituzionale italiana, con giurisprudenza costante, ritiene inammissibili le questioni di legittimità costituzionale volte alla creazione o all'ampliamento di fattispecie di reato⁷. Di questo indirizzo ho proposto tre decenni fa⁸ una lettura e giustificazione di merito: il principio di legalità, forma istituzionale del diritto penale, ha anche un significato sostanziale. Affidando al legislatore le scelte di penalizzazione, il principio di legalità mantiene il problema penale come problema aperto politicamente e razionalmente. La tutela di beni giuridici è condizione necessaria di legittimazione dello strumento penale, ma non è sufficiente a fondare obblighi di penalizzazione.

La motivazione del Tribunale sulla rilevanza delle questioni sollevate (§.10) pone in rilievo il carattere certamente speciale e comunque più favorevole della norma impugnata, rispetto alla normativa generale previgente altrimenti applicabile. Ciò sembra voler suggerire che le questioni sollevate siano da ricondurre alla tipologia delle norme penali di favore, rispetto alle quali il sindacato di costituzionalità in *malam partem* è stato ritenuto ammissibile (Corte Cost. n. 394 del 2006⁹). Non è esattamente così: le norme penali di favore, su cui la sentenza del 2006 ha ritenuto ammissibile il proprio sindacato, sono norme incriminatrici speciali (più miti) il cui ambito di applicazione è interno all'area coperta da altre norme penali di portata più generale. Nel nostro caso, invece, la norma impugnata ha portato la fattispecie disciplinata (colpa lieve dell'operatore sanitario che si sia attenuto a linee guida pertinenti) al di fuori del confine del penalmente rilevante. Si tratta di un caso di *abolitio criminis* parziale, come la Cassazione ha rilevato (§. 15); accostabile ad altri sui quali la Corte costituzionale si è pronunciata con sentenze di inammissibilità¹⁰.

Nel merito, restrizioni della responsabilità penale per colpa sono coerenti, in via di principio, con la struttura generale del sistema. La colpa è un legittimo criterio d'imputazione penale, ma non è criterio di applicazione generale. Nell'ambito dei delitti la responsabilità per colpa non è il criterio di base; è una scelta possibile, affidata al legislatore di parte speciale (art. 42, comma 2, cod. pen.). Certo, è il criterio cui siamo abituati in relazione ai delitti contro la vita e l'integrità fisica. Ma anche in questo campo ciò è il risultato di una valutazione di politica del diritto, di competenza del legislatore; non di un vincolo di tutela penale, nemmeno nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, pur aperta al riconoscimento di obblighi di tutela penale della vita e dell'integrità fisica¹¹.

Sul piano della politica del diritto, i limiti della responsabilità per colpa sono un problema aperto; non solo nel settore della responsabilità medica. "Estendere il più possibile i casi di imputazione solo per colpa grave": è un indirizzo che un autorevole studioso addita come l'orientamento di politica legislativa più importante per un effettivo superamento della responsabilità oggettiva: il criterio "quanto meno la colpa (lieve)" rischia di essere un mero *maquillage* di facciata¹².

comunicato della Corte costituzionale sappiamo che le questioni sollevate sono state dichiarate infondate o inammissibili.

7. Il principio di legalità dei reati e delle pene (art. 25 Cost.) comporta l'impossibilità per la Corte di "pronunciare alcuna decisione, dalla quale derivi la creazione – esclusivamente riservata al legislatore – di una nuova fattispecie penale": Corte cost. n. 108 del 1981, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 948, con nota di M. BRANCA, *Norme penali di favore: dall'irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*, ivi, p. 913 s. "Solo il legislatore può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali": Corte cost. n. 447 del 1998, sulla riforma del 1997 dell'abuso d'ufficio, dove si ritrova una più ampia motivazione di un indirizzo consolidato e stabile. Sulla prima grossa ondata di eccezioni in *malam partem*, numerose pronunce di inammissibilità sono state emanate nel 1983, sia in relazione ai limiti strutturali di figure delittuose (n. 233 sull'art. 501 *bis*; n. 232 sull'art. 437 c.p.; n. 295) sia su istituti penalistici diversi (n. 114 e 177 in tema di prescrizione; n. 71 in tema di depenalizzazione; n. 166 in tema di aggravanti; n. 167 in tema di semilibertà). In epoca più recente cfr. *ex multis* Corte cost. n. 411 del 1995; n. 317 del 1996; n. 288 e n. 332 del 1996; n. 161 del 2005.

8. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 s. Fra le recenti rivisitazioni del tema: C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009; S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 s.

9. È l'inquadramento di M. SCOLETTA, nella presentazione dell'ordinanza pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013

10. False comunicazioni sociali (n. 161/2005), abuso d'ufficio (n. 447/1998).

11. Riferimenti in S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 1385

12. M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 s. (citazioni da p. 154).

Nella specifica materia della responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria¹³, una proposta di riforma dei penalisti dell'Università Cattolica è così formulata: "Art. 590-ter (morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria): - L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od ommesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave"¹⁴.

Lo spostamento della soglia minima dell'imputazione soggettiva, dalla colpa lieve alla colpa grave, viene dunque proposto per ambiti diversi: sia come soluzione specifica per la responsabilità del medico, sia come soluzione tendenzialmente generale (da estendere il più possibile). La norma speciale introdotta dal 'decreto sanità' copre un ambito assai più ristretto.

La censura d'illegittimità costituzionale, rivolta contro il pur modesto restringimento della punibilità per colpa, va in direzione diametralmente opposta alle indicazioni di politica del diritto provenienti dalla dottrina. La linea sottesa, non certo improponibile sul piano della politica del diritto, è una fra le possibili soluzioni del problema dell'imputazione soggettiva; la responsabilità fino alla soglia della colpa lieve è la soluzione cui siamo abituati, ma non può pretendere di essere una soluzione costituzionalmente obbligata. Il campo della (eventuale!) responsabilità per colpa (fino al limite massimo possibile? o in limiti più ristretti?) è un problema di politica del diritto, aperto ad una pluralità di soluzioni.

È censurabile (alla stregua del principio d'uguaglianza) una soluzione differenziata per l'attività sanitaria? È una soluzione discutibile, nel senso letterale del termine: rientra in un'area di ragionevole discussione, di confronto fra ragioni pro e contro. Sono sul tappeto indicazioni che vanno nel senso di uno spostamento più ampio verso il criterio della colpa grave. In un sistema ancora legato al criterio della colpa *tout court* (cioè fino al limite estremo della colpa lieve) aspetti peculiari dell'attività sanitaria rendono comunque meritevole di considerazione un regime differenziato, un diverso equilibrio fra esigenze di responsabilizzazione ed esigenze di protezione di chi sia impegnato in attività così esposte a rischio.

Quanto alla sfasatura che si è introdotta fra gli ambiti della responsabilità civile e penale, non è certo una novità di sistema: vi è sfasatura in tutti i casi in cui la responsabilità penale (per delitto) è limitata al dolo. La maggiore selettività dei criteri della responsabilità penale (anche dei criteri d'imputazione soggettiva) è coerente con l'idea del penale come *extrema ratio*, idea regolativa dell'approccio liberale al problema penale.

Queste considerazioni conducono a riconoscere la legittimità di principio del differenziare i criteri della responsabilità per colpa. Ciò non chiude il discorso sulla nuova legge, ma è la premessa di ulteriori problemi, concernenti la fattispecie cui si collega il trattamento differenziato.

4

IMPUTAZIONE PER COLPA E TASSATIVITÀ DELLA LEGGE PENALE

La restrizione dell'area di responsabilità penale è stata impugnata dal Tribunale milanese (S. 2) anche per violazione del principio di legalità: difetto di determinatezza e precisione "anche per l'assenza di qualsiasi riferimento normativo per il concetto di colpa lieve" (oltre che per *ampie falle* di determinatezza in altri elementi della fattispecie). In questo paragrafo svolgeremo qualche riflessione sul tema della colpa: sollevando un problema di (in)determinatezza, il Tribunale milanese ha richiamato l'attenzione su un problema che attraversa a tutto campo l'istituto della responsabilità per colpa.

L'ordinanza del Tribunale pone l'accento sull'esigenza che sia data "al cittadino

13. Cfr. *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria*, a cura di G. FORTI-M. CATINO-F. D'ALESSANDRO-C. MAZZUCCATO-G. VARRASO, Milano, 2010.

14. La colpa è definita grave "quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria è inosservante di fondamentali regole dell'arte e ha realizzato un rischio manifestamente irragionevole per la salute del paziente".

prima ancora che al giudice” una definizione della colpa (dei criteri della colpa) non lasciata all’arbitrio ermeneutico. Giustissimo: per il cittadino – *rectius*: per il destinatario dei precetti penali – i criteri della colpa concorrono a definire i contenuti del dovere. Su ciò convergono dottrina e giurisprudenza, là dove affermano che la questione della colpa “non possa esaurirsi nell’ambito della colpevolezza ma attenga direttamente anche alla tipicità del fatto”¹⁵. La violazione di regole cautelari (o di diligenza) ha una *doppia rilevanza*: non solo sul piano della colpevolezza, ma già su quello della tipicità¹⁶. Da ciò i corollari che la più attenta dottrina ha evidenziato: “*attratta nell’orbita del fatto colposo, la regola cautelare condivide la duplice funzione di garanzia che la tipicità svolge, in modo equilibrato e simmetrico, nei confronti del bene giuridico e del favor libertatis*”; la sua determinazione “non può essere rimessa alla discrezionalità giudiziale, ma deve risultare pre-definita e riconoscibile ex ante dall’agente quale regola comportamentale astratta”¹⁷.

In questi termini si pone il problema della determinatezza dei criteri della colpa lieve, là dove questa definisce la regola comportamentale che il destinatario è tenuto ad osservare. Nel caso disciplinato dalla norma speciale del ‘decreto sanità’, v’è uno spostamento del *discrimen* della punibilità, come scrive il Tribunale milanese; uno spostamento sulla soglia della colpa grave. Non v’è però un affievolimento della regola comportamentale posta dall’ordinamento giuridico complessivamente considerato: la responsabilità giuridica (non penale) resta governata dal criterio della colpa *tout court* (cioè della colpa lieve). Il problema nuovo è il *discrimen* della punibilità, cioè la colpa grave.

Sollevando il problema della carenza di tassatività con riferimento alla colpa lieve, il Tribunale milanese ha rimesso (inavvertitamente?) in discussione la legalità/determinatezza della colpa nella sua disciplina generale, costruita fino al *limite della colpa lieve*. Il *novum* della normativa impugnata è invece l’allontanamento da tale limite generale, con spostamento della responsabilità penale sul criterio più selettivo della colpa grave. È la determinatezza della colpa grave, e non della colpa lieve quale estremo *limes* della colpa, il problema ermeneutico portato in primo piano dalla nuova norma.

Questioni relative alla determinatezza di norme penali sono state non raramente sollevate, e raramente accolte. La Corte Costituzionale, fin dalla prima sentenza in materia, ha sottolineato che l’interprete della legge ha innanzitutto l’ufficio di “*attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare l’inserzione del caso concreto in una fattispecie molto ampia e di non agevole interpretazione*”¹⁸. Per salvare la norma incriminatrice dalla censura d’indeterminatezza è necessario e sufficiente che “la descrizione del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento (cioè della formula in discussione) mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato”, sorretta da un “fondamento ermeneutico controllabile”¹⁹.

Comunque si valuti il *restraint* della Corte Costituzionale nella soluzione dei casi concreti, la priorità del procedimento ordinario di interpretazione è una priorità logica, prima che normativa. Nella giurisprudenza costituzionale è un’indicazione di principio, ripetutamente espressa anche con richiamo alla rilevanza ermeneutica dei principi costituzionali, o nella forma di sentenze interpretative²⁰.

15. Cass. 17 maggio 2007, n. 885, pubblicata per intero sul sito Petrolchimico.it; in *Foro it.* 2007, II, p. 550, con nota di R. GUARINIELLO. È la sentenza che ha chiuso nel 2006 il processo relativo al Petrolchimico di Porto Marghera.

16. G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano 1971, p. 157 s.; M. GALLO, voce *Colpa*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, p. 637; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, p. 67, 199.

17. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 90.

18. Corte cost. n. 27 del 1961. in *Giur. cost.*, 1961, p. 537, con nota di ESPOSITO.

19. Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 5, che fa espresso richiamo a precedenti sentenze: nn. 34 e 31 del 1995; n. 247 del 1989; n. 122 del 1993. Gli stessi principi sono richiamati nella sentenza n. 327 del 2008.

20. Anche in tema di colpa è stata pronunciata una interessante sentenza interpretativa: n. 312 del 1996.

Di fronte a norme nuove, l'interprete si sente spesso a disagio, e ciò è comprensibile. Un nuovo testo esige una nuova lettura: la ricognizione di ciò che è nuovo e di ciò che lo collega al sistema. Non si riparte da zero, ma da principi e da tradizioni interpretative; dal sistema che il nuovo inserimento intende modificare, e nel quale cerca il suo spazio. Di fronte alla nuova norma speciale sulla responsabilità dell'operatore sanitario, la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 268/2012, si è caricata di questo compito ermeneutico.

5

LA NUOVA NORMA. L'INTERPRETAZIONE DELLA CASSAZIONE

Nella nuova disposizione speciale, volta a ridisegnare i confini della colpa medica, già a prima lettura la Corte di Cassazione ha messo a fuoco i due tratti di nuova emersione. Primo: la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, non estranea al sistema ma valorizzata in modo nuovo nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva. Secondo: "la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purchè corroborate dal sapere scientifico".

Il percorso argomentativo della sentenza parte dall'esame della storia della responsabilità medica (§. 5), nella quale già si riscontra l'emersione del problema della colpa grave²¹, in relazione all'art. 2236 c.c. (§. 6): la responsabilità civile del prestatore d'opera, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è limitata alla sola colpa grave²². La sentenza in commento così riassume il senso della giurisprudenza penale precedente: "espunto l'art. 2236 dal novero delle norme applicabili nell'ordinamento penale²³, esso vi è rientrato per il criterio di razionalità del giudizio che esprime". La norma civilistica "può trovare considerazione [...] non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia"²⁴. Questa rivisitazione della normativa civilistica è valutata importante: un recupero delle ragioni profonde che stanno alla base del tradizionale criterio di attenuazione dell'imputazione soggettiva.

Sia consentito chiosare che questa conclusione potrebbe essere più linearmente motivata riconoscendo nell'art. 2236 una specificazione dei principi generali sulla colpa, valida per l'intero ordinamento giuridico: ammettere la responsabilità penale per colpa là dove la responsabilità civile sia esclusa²⁵, è incoerente con l'idea del diritto penale come *extrema ratio*, e con la struttura complessiva dei rapporti fra illecito penale e illecito civile.

La sentenza in commento prosegue dando conto (§. 7) delle "forti istanze di determinatezza" in materia di colpa, del valore della specificazione della norma cautelare, ma anche dell'impossibilità di fare a meno della colpa generica, pur con il suo inevitabile carico di preoccupante vaghezza; in questo contesto rivendica il ruolo della giurisprudenza. Segue la parte più impegnativa, dedicata ai temi della rilevanza del sapere scientifico e tecnologico (ancora §. 7), e a quello delle linee guida (§. 8-10).

La portata della nuova normativa è fotografata nel §. 11: riguarda l'ipotesi del professionista sanitario che "si orienti correttamente in ambito diagnostico e terapeutico", secondo strategie suggerite dal sapere scientifico consolidato, ma che "commetta qualche errore proprio nell'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico". "In tale caso, la condotta sarà

21. Un quadro aggiornato in A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, p. 118 s.

22. La limitazione va interpretata come riferita alla sola colpa per imperizia: Corte cost. n. 166 del 1973. Su questa delimitazione la giurisprudenza è pacifica. Il metro della diligenza e prudenza dovute dovrebbe essere invece tanto più severo, quanto maggiori le difficoltà del compito: A. CRESPI, *La colpa grave nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 256; G. GRASSO, *La responsabilità penale nell'attività medico-chirurgica: orientamenti giurisprudenziali sul grado della colpa*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979, p. 80.

23. Cfr. *ex multis* Cass. 5 aprile 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, I, p. 369.

24. Cass. 21 giugno 2007, n. 39592.

25. L'espressa affermazione del criterio della colpa grave, come criterio generale di delimitazione della responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria, è oggetto di una proposta di riforma illustrata ne *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti-M. Catino-F. D'Alessandro-C. Mazzucato-G. Varraso, Milano, 2010.

soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore sia non lieve".

Aiuta a comprendere la nuova norma, secondo la sentenza, la considerazione delle caratteristiche delle linee guida. A ben vedere, la sentenza addita la ragionevole precomprensione del senso della normativa speciale. La non punibilità della colpa lieve si inserisce in un contesto che, ad una valutazione d'insieme, può davvero essere descritto con la formula paradossale *in culpa, sine culpa*, se intesa non come denuncia di una contraddizione (reale o apparente) ma come descrizione di una fattispecie complessa, il cui nucleo è costituito da un sostanziale adempimento dei (principali) doveri del professionista sanitario; un adempimento imperfetto (non immune da colpa), ma per lievi imperfezioni che l'adempimento di fondo consente (e suggerisce) di non considerare ai fini penali.

Questa precomprensione del senso normativo ragionevolmente leggibile nella nuova norma è la premessa (non l'approdo) del discorso ermeneutico sui diversi elementi della fattispecie: si tratta di precisare a) a quali presupposti sia collegata la restrizione della responsabilità per colpa (che cosa significhi attenersi a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica); b) in che cosa consista la colpa grave che fonda la responsabilità penale pur in un contesto di osservanza di linee guida.

5.1

QUALE OSSERVANZA DI QUALI LINEE GUIDA?

Il tema (e problema) delle linee guida nasce dalla realtà dei fatti, di pratiche che il diritto si trova dinanzi e deve valutare, anche in assenza di disposizioni specifiche come quella di fresca introduzione. È in gioco, a tutto campo, l'istituto della responsabilità per colpa: la definizione generica di linee guida si presta a comprendere un variegato mondo di codificazioni (formalizzazioni testuali) di raccomandazioni o regole di comportamento nell'attività sanitaria, per le quali possa porsi il problema della eventuale rilevanza come criteri pertinenti al giudizio di colpa.

Nell'ottica penalistica le correnti definizioni di linee guida, radicate nel discorso e nella pratica sanitaria, additano non un istituto giuridico, ma un campo problematico ben presente nella giurisprudenza e nelle riflessioni sulla responsabilità medica²⁶. La sentenza in commento dà atto (§. 8) di un multiforme universo di fonti diverse, di diverso grado di affidabilità, con diverse finalità specifiche. La giurisprudenza vi ravvisa riferimenti utili, ma *non uno strumento di precostituita, ontologica affidabilità*. Con riguardo a linee guida ospedaliere, la Corte di Cassazione ha affermato che il rispetto di linee guida *"nulla può aggiungere o togliere al diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate né all'autonomia ed alla responsabilità del medico nella cura del paziente"*²⁷. Linee guida *provenienti da fonti autorevoli e caratterizzate da un adeguato livello di scientificità* possono essere uno strumento utile per valutare la condotta del sanitario e misurarne la diligenza o perizia, ma non eliminano la discrezionalità (e quindi la responsabilità) del suo giudizio nel caso concreto.

La nuova norma impone una rivisitazione del tema, per il semplice fatto che la fattispecie speciale, oggetto della nuova disciplina, è imperniata sull'attenersi a linee guida d'un certo tipo: *accreditate dalla comunità scientifica*. Secondo l'ordinanza del Tribunale di Milano (§. 10) *"trattasi di mere raccomandazioni per le quali la legge non offre alcun criterio di individuazione e determinazione"*. Da ciò l'eccezione di violazione del principio di tassatività.

Anche su questo punto la Corte di Cassazione si è impegnata sul piano ermeneutico, logicamente preliminare. Con quali risultati?

Nella troppo laconica formulazione legislativa non v'è alcun riferimento a criteri

26. Nella letteratura penalistica, un'ampia informazione in M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e check list nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 875 s.

27. Cass. 23 novembre 2010, n. 8254, con note di G. MARRA e di T. CAMPANA in *Cass. pen.*, 2012, p. 547 s.; di A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, 2011, II, 424 s. Cfr. anche Cass. 11 luglio 2012, in *Guida al diritto*, 2012, n. 40, p. 62.

formali, a fonti da prendere in considerazione per selezionare le linee guida rilevanti per la valutazione giuridica. Senza confrontarsi con questa lacuna testuale, la Corte di Cassazione ha fatto leva sull'unica indicazione espressa contenuta nel testo: la nuova norma attribuisce rilevanza a linee guida la cui fonte di accreditamento è la *comunità scientifica*. Sarebbe qui "abbozzato un indirizzo sia per il terapeuta che per il giudice, nel segno della documentata aderenza al più accreditato sapere scientifico e tecnologico" (§. 4). "Se ci si chiede dove il giudice, consumatore e non produttore di leggi scientifiche e di prescrizioni cautelari, possa rinvenire la fonte preconstituita alla stregua della quale gli sia poi possibile articolare il giudizio senza surrettizie valutazioni a posteriori, la risposta può essere una sola: la scienza e la tecnologia sono le uniche fonti certe, controllabili, affidabili" (§. 7).

Questa caratterizzazione, di sapore illuministico, riecheggia l'impostazione di una non recente sentenza della Corte Costituzionale, n. 475 del 1978, che, investita di una questione di legittimità (per difetto di determinatezza) dell'art. 24 del D.P.R. n. 303 del 1956 (obbligo di adottare i provvedimenti consigliati dalla tecnica per diminuire l'intensità di rumori dannosi), la ha respinta affermando che "non può farsi questione di genericità e indeterminatezza della fattispecie quando il legislatore fa riferimento a suggerimenti che la scienza specialistica può dare in un determinato momento storico".

Sui rapporti fra scienza e diritto merita di essere ricordata la sentenza n. 282/2002, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Marche che disponeva la sospensione delle terapie di elettroshock. La questione, sorta con riguardo ai poteri legislativi delle regioni, è stata impostata dalla Corte con riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento, e risolta con una ridefinizione restrittiva dei poteri legislativi di *qualsiasi autorità*. "Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. [...] A questi principi si riconduce anche il codice di deontologia medica".

Ciò non significa che al legislatore sia preclusa ogni possibilità di intervenire, per es. col prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici a rischio, ma "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica".

La scienza può dare, dice la Corte costituzionale, indicazioni atte a fondare la compatibilità di date disposizioni col principio di determinatezza. Si tratta di vedere che cosa riesca a dare nei casi concreti: sono problemi (al plurale) non di astratto diritto, ma di fatto, legati allo *stato della scienza in un determinato momento storico*. La giurisprudenza della Corte di Cassazione addita possibili percorsi (per così dire) di interrogazione della scienza da parte di chi ne abbia bisogno. La sentenza in commento richiama espressamente la sentenza Cozzini del 2010 (dello stesso estensore, il consigliere Blaiotta), forse la più matura elaborazione giurisprudenziale, sulla scia della storica sentenza Franzese²⁸, di un tema che solo in prima approssimazione può essere definito come tema della prova scientifica²⁹. Dietro il problema probatorio ci sono problemi e

28. Cass., S.U., 12 luglio 2002, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3643 s.

29. Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, est. Blaiotta, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1679 s., con nota di R. BARTOLI.

principi attinenti al contenuto stesso delle fattispecie legali, ed all'apporto che il sapere scientifico (il sapere sul mondo) può dare per la comprensione di ciò che il diritto descrive e prescrive³⁰.

Rispetto ai problemi esaminati nella sentenza Cozzini, concernenti il nesso di causalità, le questioni relative alla colpa presentano profili più complessi: alla scienza è richiesto non semplicemente un apporto di conoscenze fattuali, ma anche un contributo alla messa a punto di regole di comportamento, alla luce di conoscenze scientifiche utili per il *risk assessment* e il *risk management*.

Tutto questo riguarda non soltanto il giudice e l'accertamento processuale. Riguarda la dimensione normativa e i destinatari dei precetti legali. È la pretesa di offrire una idonea guida di comportamenti, che definisce l'universo di regole cautelari rilevanti ai fini della colpa, e definisce anche il concetto di linee guida.

La nuova disciplina (così la sentenza in commento conclude la trattazione di questo tema) "*propone un modello di terapeuta attento al sapere scientifico*". "*Il terapeuta potrà invocare il nuovo, favorevole parametro di valutazione della sua condotta professionale solo se si sia attenuto a direttive solidamente fondate e come tali riconosciute*".

La rilevanza del sapere, per l'adempimento di doveri di buon comportamento, non è certo una novità; è alla radice della razionalità del sistema dell'imputazione per colpa. Per l'interpretazione della nuova legge è lo sfondo razionale che la sentenza in commento ha richiamato. Un buon punto di partenza per impostare problemi più specifici, non solo di applicazione a casi concreti, ma anche di interpretazione della nuova disciplina.

Il riferimento a *linee guida* implica qualcosa di più che non il mero fondamento o accreditamento scientifico della regola di comportamento. L'idea di linee guida implica una qualche formalizzazione in testi che danno indicazioni di comportamento ed hanno una fonte riconoscibile, attingibile dall'operatore sanitario.

La nuova disciplina, come interpretata dalla sentenza in commento, pur senza indicare fonti formali, addita un criterio di selezione che taglia fuori disposizioni puramente organizzative, e dà rilievo ad indicazioni *accreditate* scientificamente per il loro contenuto: linee guida che dettano *buone pratiche*, ovvero *regole di perizia* funzionali al complessivo svolgimento dell'attività sanitaria. Quale sia (o possa essere) la fonte formale delle linee guida con contenuti scientificamente accreditati, sembra essere lasciato sullo sfondo.

Su questo punto la censura di indeterminatezza (§. 9 dell'ordinanza del Tribunale di Milano) svolge rilievi che meritano considerazione: nella nuova norma "*non vengono specificate le fonti delle linee guida*", non i metodi di verifica scientifica, non le modalità per renderle conoscibili, né "*se l'accreditamento debba provenire dalla comunità scientifica locale, regionale, nazionale, europea o internazionale*".

Questi rilievi sfidano a cercare un'interpretazione della nuova norma, che abbia senso entro il sistema dell'imputazione soggettiva: il *terapeuta attento al sapere scientifico*, evocato dalla Corte di Cassazione, su quali linee guida è tenuto a orientarsi?

Nella nuova norma, il buon terapeuta *non* trova una fonte di nuove indicazioni prelettive. I suoi doveri restano quelli disegnati dall'ordinamento giuridico complessivamente considerato: dai precetti penali e dal contorno di regole cautelari, formalizzate o ricostruibili come regole di diligenza prudenza perizia. Nessuna restrizione (e nessun ampliamento) di *Sorgfaltspflichten* (di doveri di diligenza in senso lato) è leggibile nella norma. Questa non è una lacuna, ma è la scelta del legislatore: la possibile restrizione della responsabilità penale non è legata ad una restrizione o rimodulazione dei *Sorgfaltspflichten* del *terapeuta attento al sapere scientifico*. Caso mai è legata ad un adempimento ritenuto sufficiente – ancorché imperfetto – per una conclusione di non punibilità in presenza d'una colpa lieve.

30. Sia consentito rinviare a D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 795 s.

Per ciascun terapeuta potranno venire in considerazione eventuali linee guida (o regole codificate comunque denominate) che abbiano rilevanza formale per l'organizzazione in cui sia inserito o per la sua professione; anche linee guida o disposizioni di fonte locale, che concorrano a definire l'insieme dei doveri dell'operatore sanitario. Su questo piano entrano in gioco anche disposizioni non valutabili come regole cautelari, ma delle quali il nostro agente debba tenere conto.

Viene comunque in rilievo il sapere scientifico sulla cui base si costruisce il patrimonio delle *leges artis*. Potrà servire da matrice di regole cautelari non codificate, ma individuabili come regole di diligenza prudenza perizia; o come criterio di controllo della valenza cautelare di indicazioni codificate, quale che ne sia la provenienza³¹. Particolare interesse potrà avere l'eventuale codificazione di linee guida nelle sedi e con le forme in cui si esprime la comunità scientifica (sia nazionale che internazionale).

In questo contesto si inserisce la nuova norma, che, come già visto, non immuta i doveri dell'operatore sanitario, limitandosi a prevedere le condizioni di una possibile restrizione della responsabilità penale. Ovviamente, l'*attenersi a linee guida* che può produrre effetti sul giudizio di colpa è quello che cade su linee guida pertinenti al caso concreto, quali regole cautelari idonee: un rispetto che possa essere valutato come sostanziale (ancorché incompleto) adempimento del dovere di diligenza/prudenza/perizia, al punto da togliere rilievo penale all'eventuale residua colpa *lieve*.

Il profilo o presupposto positivo di questa disciplina è che il sanitario si sia attenuto a linee guida o buone pratiche *accreditate dalla comunità scientifica*. La fattispecie disciplinata dalla nuova norma opera una selezione dentro l'insieme degli adempimenti che condurrebbero ad una esclusione totale di colpa: adempimenti, dunque, compatibili con la colpa: sia con la colpa lieve che con la colpa grave. È una costruzione alquanto barocca, non facilmente decifrabile. La Corte di Cassazione ha messo a fuoco gli elementi di base: l'affidamento al sapere scientifico e tecnologico quali *uniche fonti di accreditamento* (cioè di controllo e selezione contenutistica) di linee guida. Coerente, in questo quadro, è l'assenza di riferimenti a fonti formali: ciò che conta è solo l'accreditamento contenutistico.

L'applicazione della nuova norma potrà giovare dell'esperienza giurisprudenziale che già in precedenza si è formata attorno al problema della rilevanza di linee guida per il giudizio di colpa. Restano aperti (e non tematizzati dalla sentenza in commento) ulteriori delicati problemi: in che cosa consiste l'*attenersi a linee guida* che fonda l'arretramento dei limiti della punibilità? Si tratta di definire i requisiti di un *attenersi* imperfetto, ma di possibile rilevanza ai fini della non punibilità. La rilevanza attribuita all'*attenersi a linee guida* richiede ragionevolmente un'osservanza di regole sufficientemente specificate: di regole di comportamento estraibili dalle linee guida, e tali da poter valere come regole cautelari; regole, peraltro, che lasciano margini di adattamento ed eventuali esigenze di scostamento.

Problemi nuovi e intricati sorgeranno in ordine al rapporto fra i profili di adempimento e di inadempimento, dei quali si compone la fattispecie disciplinata dalla nuova norma. Quale consistenza dovrà avere l'adempimento del dovere (l'osservanza di linee guida accreditate), e in che cosa potrà consistere la residua colpa lieve non punibile? L'applicazione nei casi concreti dovrà verificare a quali condizioni questo effetto, in deroga alle regole generali, possa ritenersi ragionevole (o non irragionevole). Sarà la concreta casistica ad avviare una riflessione non scolastica.

31. In questi termini, anche un autore (CIVELLO, *op. cit.*) fortemente critico verso il legislatore del 2012, prospetta una ragionevole interpretazione: "la giurisprudenza effettuerà un vaglio sostanziale delle linee guida invocate dalle parti processuali, al fine di verificarne la natura *stricto sensu* cautelare" (che dunque non può affatto ritenersi postulata sempre e comunque dal legislatore!).

5.2

LA COLPA GRAVE

La distinzione fra colpa lieve e colpa grave è additata dalla Cassazione (§. 13) come il *tema più nuovo ed oscuro* posto dalla nuova disciplina. Forse è meno oscuro di altri, e nuova non è la distinzione, né la sua rilevanza ai fini della commisurazione della pena ex art. 133 c.p. La novità sta nello spostamento del confine della punibilità, alla soglia della colpa grave; ma nemmeno questo è del tutto nuovo, se teniamo conto delle discussioni attorno all'art. 2236 c.civ.

La nuova disposizione di favore, a differenza dell'art. 2236 c.civ., ha un ambito d'applicazione non limitato ai casi di speciale difficoltà; ma delle caratteristiche del caso concreto si dovrà ovviamente tenere conto nel giudizio sulla misura dell'eventuale colpa.

La sentenza in commento propone (§. 13 e 14) alcuni criteri pertinenti alla graduazione della colpa, e quindi utili per l'individuazione della colpa grave: il *quantum di esigibilità* dell'osservanza delle regole cautelari, la *motivazione della condotta*. La valutazione di gravità della colpa presenta comunque spazi di discrezionalità ineliminabili; possono venire in rilievo e vengono normalmente in rilievo *più indicatori*. Sarebbe *riduttivo*, dice la Corte, discutere di gravità della colpa con riguardo alle sole regole basilari. La gravità della colpa viene misurata essenzialmente nella misura del *distacco dal modello di comportamento*: colpa grave “*in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione*”, o “*quando l'erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia*”.

Eccesso di conformismo ed eccesso di scostamento, possiamo forse sintetizzare: sono le ipotesi più gravi nell'ambito di quelle che in dottrina sono state definite *colpa per adesione e colpa per divergenza*³².

I problemi di (in)determinatezza, sollevati in relazione al confine della colpa grave, sono problemi seri, come i problemi relativi alla colpa *tout court*. Certo, una cosa è distinguere ciò che può o non può definirsi colpa, altra cosa è distinguere fra graduazioni della colpa: il graduare può apparire più sfuggente. Ma il criterio della gravità della colpa è più garantista, rispetto al rischio di scivolamenti verso una responsabilità oggettiva occulta. È l'insieme dei problemi relativi alla colpa che chiede di essere ripensato *funditus*, anche sotto il profilo della legalità/determinatezza.

6

PROGNOSI SUGLI EFFETTI E PROBLEMI DI POLITICA DEL DIRITTO

Sugli effetti della nuova norma sono state formulate prognosi negative. Pensata dal legislatore in un'ottica di prevenzione di pratiche di medicina difensiva, sarebbe a rischio di produrre il paradossale effetto di incrementare pratiche del genere, favorendo l'appiattimento delle prassi e scoraggiando la ricerca di scelte più personalizzate e possibilmente più adeguate³³. Nell'ordinanza del Tribunale (§. 3) si innesta addirittura una censura di violazione degli artt. 3 e 33 Cost., per prevedibili effetti frenanti sulla ricerca scientifica e sulla sperimentazione clinica: una critica prevedibilmente destinata ad infrangersi contro i limiti del sindacato di legittimità costituzionale sui presupposti fattuali delle scelte legislative³⁴.

La questione degli effetti della nuova disciplina (ad oggi: prognosi su effetti ipotizzati) resta aperta alle verifiche dell'esperienza. È una questione rilevante sul piano della politica del diritto: fin da subito può porsi il problema di che cosa ci attendiamo e possiamo ragionevolmente attenderci dalla nuova norma, e se vi siano esigenze di riforma.

Azzardo la congettura che la nuova norma potrà risultare di difficile concretizzazione, ed anche di difficile riconduzione a ragionevolezza, nella messa a punto dei criteri di restrizione della responsabilità penale. Nonostante i suoi difetti, merita d'essere

32. M. CAPUTO, op. cit., p. 898.

33. Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario, approvata dalla Commissione nella seduta del 22 gennaio 2013 (Atti della camera dei Deputati, doc. XX-bis, n. 10)

34. D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 s.

difesa come apertura alla ricerca di soluzioni nuove di problemi seri, concernenti i limiti dell'imputazione per colpa ai fini penali. Da difendere, in particolare, contro l'attacco più radicale che si oppone al ritrarsi del penale rispetto ad altre forme di tutela, identificando *tout court* con il penale la tutela dei diritti della persona. L'idea del penale come *extrema ratio*, di difficile traduzione in criteri di legittimità costituzionale, sul piano della politica del diritto è un'idea regolativa fondamentale dell'approccio liberale.

Sulla via del ripensamento della responsabilità per colpa, la strana norma introdotta dal decreto sanità segna, prevedibilmente, un punto di non ritorno; ma anche una tappa provvisoria, un equilibrio instabile. In una prima fase sarà dovere degli interpreti utilizzare ogni risorsa ermeneutica a sostegno di applicazioni passabilmente ragionevoli: è quanto ha cominciato a fare la Corte di Cassazione, con un intervento sollecito ed apripista.

Il lavoro *sulla* nuova norma, e la verifica del suo funzionamento, saranno anche una base di partenza per la ricerca di soluzioni normative migliori: più chiaramente leggibili, e più solide sul piano assiologico. L'obiettivo sarebbe quello di costruire una maggiore determinatezza e minore estensione dell'ambito della colpa: nel solo settore sanitario, in ambito più ampio, in tutti i settori?

Lo spostamento del *limes* ultimo della colpa penale – dalla colpa lieve alla colpa grave – è una strada possibile. Se la si sceglie, sarà bene percorrerla in modo coerente.

Ma si potrebbero esplorare altre strade, percorribili con i mezzi del normale traffico ermeneutico: si tratta di riattraversare i tanti aspetti critici dell'istituto della colpa. Sia la determinatezza, sia l'estensione della responsabilità per colpa (lieve o grave) dipendono in prima battuta da come si individuano le regole cautelari pertinenti, il rapporto fra la colpa e l'evento (si inseriscono qui anche problemi relativi alla causalità, e segnatamente alla causalità omissiva), le componenti soggettive di un giudizio che dovrebbe essere di colpevolezza. Il cantiere è già aperto.