

**PRIME APERTURE INTERPRETATIVE
A FRONTE DELLA SUPPOSTA LIMITAZIONE DELLA BALDUZZI
AL SOLO PROFILO DELL'IMPERIZIA**

*Nota a Corte di Cassazione, Sez. IV, 9 ottobre 2014 (dep. 17 novembre 2014), n. 47289,
Est. Blaiotta, Imp. Stefanetti*

di Alessandro Roiati

Abstract. Secondo un consolidato leit motiv giurisprudenziale la sfera applicativa della legge Balduzzi sarebbe circoscritta alle sole ipotesi di colpa per imperizia. L'introduzione di questo ulteriore filtro selettivo in realtà non trova alcun appiglio normativo nel dato testuale e, per un verso sembra risentire dell'annoso dibattito sorto in relazione all'art. 2236 c.c., per l'altro si fonda sull'avvertita istanza di non configurare un'area di ingiustificato privilegio in favore del sanitario.

La sentenza in commento si segnala all'attenzione dell'interprete in quanto contiene una prima apertura al profilo della diligenza, là dove si ritiene auspicabile che la distinzione in questione, particolarmente aleatoria, non venga considerata dirimente in ordine al già ristretto ambito di applicazione dell'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189.

SOMMARIO: 1. La fattispecie in esame e la prudente apertura al parametro della diligenza in riferimento alla normativa di cui all'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189. – 2. La supposta inapplicabilità della legge Balduzzi alle ipotesi di negligenza e imprudenza. – 3. Gli argomenti contrari alla necessità di una distinzione tra l'ambito della perizia e quello della negligenza/imprudenza. – 4. Il caso di specie e le incertezze interpretative in merito alla qualificazione della condotta colposa. – 5. Dall'apertura al profilo della diligenza all'incerto destino dell'imprudenza. – 6. L'arroccamento giurisprudenziale sull'imperizia tra istanze di parità di trattamento e medicina difensiva.

1. La fattispecie in esame e la prudente apertura al parametro della diligenza in riferimento alla normativa di cui all'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189.

La sentenza in commento trae origine da un intervento di isterectomia per via laparoscopica, nel corso del quale veniva leso l'uretere con conseguente indebolimento permanente della parete addominale e della funzione renale.

In primo grado venivano individuati due profili di colpa in ordine al reato di cui all'art. 590 c.p., uno connesso all'erronea sutura vaginale, l'altro afferente alla mancanza di un controllo post-operatorio della condizione della paziente attraverso una cistoscopia. Il giudice d'appello ha invece ritenuto sussistenti profili colposi solo in

relazione all'esecuzione dell'atto chirurgico ed all'inidonea gestione dello strumento laparoscopico, avvenuta operando in maniera maldestra la pinzatrice, oppure manovrando in modo malaccorto l'elettrocoagulatore. E' stato altresì ritenuto non applicabile l'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189, in quanto la limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave sarebbe circoscritta a prestazioni che presentino speciali difficoltà tecniche e comunque al solo ambito della perizia.

La Suprema corte ha annullato la sentenza in questione, sia in considerazione dell'intervenuta prescrizione¹, sia in riferimento alle statuizioni civili, con rinvio davanti al giudice civile in grado di appello competente per valore.

In particolare la Cassazione, per un verso ha ritenuto senz'altro accertata la presenza di una condotta colposa, per l'altro ha censurato la supposta inapplicabilità dell'art. dell'art. 3, comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189, al caso di specie, in quanto la valutazione della condotta in questione atterrebbe alla sfera di perizia del terapeuta, a ciò aggiungendo che la nuova normativa non può essere ritenuta applicabile esclusivamente in riferimento ai casi di speciale difficoltà.

Al riguardo, gli stessi giudici di legittimità hanno considerato opportuno precisare che, per quanto tale disciplina trovi il suo terreno d'elezione nell'ambito della perizia, "non può tuttavia escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza; come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale".

2. La supposta inapplicabilità della legge Balduzzi alle ipotesi di negligenza e imprudenza.

Sul carattere per lo più oscuro e largamente impreciso della normativa in questione si sono ormai ampiamente espresse sia la dottrina che la giurisprudenza²,

¹ Sui rapporti tra colpa medica e prescrizione cfr. in particolare MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia* 2008, 189 ss.; si consenta inoltre il rinvio a [ROIATI, Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2013, 99 ss..

² In dottrina, senza pretese di esaustività, cfr. [BRUSCO, Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2013, 51 ss.; [CALETTI, La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi](#), in *questa rivista*, 10 dicembre 2014; CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida"*, tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità), in *Arch. pen.*, 2013, 1 ss.; DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, 1 ss.; GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "Decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 822 ss.; DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, cd. "Balduzzi")*, in *Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 833 ss.; FIORI-MARCHETTI, *L'articolo 3 della Legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 564 ss.; MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2013, 1-2, 91 ss.; PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art. 3 legge n. 189 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 902 ss.; [PIRAS, In](#)

tanto che quest'ultima, nella ben nota sentenza Cantore³, si è sin da subito preoccupata di fissare talune coordinate interpretative di principio atte a colmare le lacune definitorie e, al contempo, ad orientare l'interprete in riferimento a molteplici questioni, individuate in particolare nella valorizzazione delle linee guida e delle pratiche terapeutiche corroborate dal sapere scientifico e nella distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

Al riguardo i giudici di legittimità, oltre a ribadire che il rilievo probatorio delle linee guida "è indubbio ma non esaustivo e la loro applicazione non può essere meccanicistica", in quanto l'osservanza delle linee guida, di per sé, non esclude la responsabilità del medico, si sono a lungo soffermati in merito alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, ritenendo di trovarsi di fronte ad una "sfumata zona grigia", in considerazione dell'assenza di indicazioni da parte del legislatore⁴.

Al contempo, con l'evidente finalità di circoscrivere ulteriormente la sfera applicativa della norma alle sole situazioni qualificate dal peculiare contesto sanitario,

culpa sine culpa, in questa Rivista, 26 novembre 2012; POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2013, 86 ss.; PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2013, 73 ss.; RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 426 ss.; RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 191 ss.; ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 218 ss.; VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 276 ss.; 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.; VALLINI, *L'art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, in *Giur. it.*, 2014, 2057 ss..

³ Cfr. *Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore*, con nota di CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, in questa Rivista, 10 giugno 2013; S. GROSSO, *Grado della colpa e linee guida: una ventata d'aria fresca nella valutazione della colpa medica*, in *Cass. pen.*, 2014, 1670 ss.; PROVERA, *"Residuo di colpa" nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee-guida. Il "paradosso" della culpa in actione perita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1419 ss.; RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 691 ss.; ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, cit.

⁴ In particolare, sempre nella cd. sentenza Cantore, la Cassazione ha orientato l'indagine in primo luogo sulle acquisizioni già consolidate in tema di gravità della colpa, con particolare riguardo al giudizio imposto dall'art. 133 c.p., anche se di per sé privo di specifiche indicazioni, ed al combinato disposto degli artt. 43 e 61 n. 3 c.p., che configurano "la colpa cosciente come un grado particolare e non come una autonoma figura di colpa". Trovano menzione quindi i criteri enucleati a tal fine dalla prevalente dottrina, con particolare riferimento alla misura della divergenza tra condotta effettivamente tenuta e condotta normativamente imposta, al profilo soggettivo che riguarda l'agente concreto e che è costituito dal *quantum* di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari, alla considerazione della "motivazione della condotta" ed alla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell'evento. Nello specifico, afferma la Cassazione "quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definite dalle standardizzate regole di azione... apprezzamento basato sulle conoscenze scientifiche ed al contempo marcatamente focalizzato sulle particolarità del caso concreto".

si è ritenuto che la limitazione in questione dovesse trovare il suo “terreno d’elezione nell’ambito dell’imperizia”⁵.

Detto inciso, che ad una prima lettura sarebbe potuto sembrare meramente indicativo e non dirimente, ha invece trovato pedissequa applicazione nella giurisprudenza successiva⁶, sia di legittimità che di merito, con ciò dando ingresso ad un ulteriore requisito per l’applicazione della cd. legge Balduzzi, che ha portato a precludere aprioristicamente le valutazioni sottese a detta normativa in tutti i casi afferenti a condotte colpose caratterizzate da negligenza o imprudenza. Ne deriva che la distinzione, lungi dall’assumere un rilievo meramente classificatorio, finisce per costituire un primo filtro di selezione delle condotte suscettibili nell’ambito di applicazione dell’art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189, come icasticamente rappresentato dal caso di specie, in cui la corte d’appello non ha nemmeno considerato l’eventuale esistenza di linee guida o buone pratiche, ritenendo tale valutazione preclusa in presenza di una condotta reputata non riconducibile all’ambito della perizia, né caratterizzata dalla presenza di speciali difficoltà tecniche.

3. Gli argomenti contrari alla necessità di una distinzione tra l’ambito della perizia e quello della negligenza/imprudenza.

L’ulteriore limitazione del cd. decreto Balduzzi alle ipotesi di imperizia già in prima battuta era parsa tutt’altro che convincente⁷, e proprio l’analisi della casistica di riferimento sembra confermare le iniziali perplessità. Molteplici argomenti posso essere addotti per dimostrare il carattere tendenzialmente “arbitrario” di tale limitazione:

- in primo luogo la lettera della norma non opera alcuna distinzione in merito alle forme della colpa, posto che la peculiare valutazione in ordine alla sua “gravità” viene subordinata esclusivamente all’osservanza di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (*ubi lex voluit, lex dixit*);

⁵ In dottrina tale conclusione è condivisa da RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica*, cit., 203; IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la cd. legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 549 ss.; PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 3; BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, cit., 65. Contrari a conferire particolare rilevanza a tale distinzione DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 7, che, tra l’altro, sottolinea l’obsolescenza della tradizionale tripartizione, a fortiori in ambito medico; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014, 178.

⁶ Cfr. in particolare Cass., Sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493, Pagano, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 691; in *Ced Cass.* n. 254756; Cass., Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 5460, Grassini, in *Ced Cass.* n. 258846; Cass., Sez. IV, 19.2.2014, n. 7951, Fiorito, in *Ced Cass.* n. 259333; Cass., Sez. IV, 7 aprile 2014, n. 15495, in *Guida al dir.*, 14 giugno 2014, n. 25, 84 ss.; Cass., Sez. IV, 28 agosto 2014, n. 36347, in *Guida al dir.*, 4 ottobre 2014, n. 40, 29. Tale orientamento è incidentalmente richiamato anche da Corte Costituzionale, ord. 6 dicembre 2013, n. 295, in cui si prende atto di come, secondo le prime pronunce della giurisprudenza di legittimità, la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all’addebito di imperizia.

⁷ Si consenta il rinvio a ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, cit., 225.

- alla stessa conclusione si perviene indagando l'*intentio legis* desumibile dai lavori preparatori e dal travagliato *iter* parlamentare, il quale testimonia come la norma sia transitata quasi accidentalmente dall'ambito civilistico a quello penale ed avesse il precipuo scopo di "determinare casi di esclusione dalla responsabilità per i danni derivanti dall'esercizio della professione sanitaria"⁸;

- la limitazione al profilo dell'imperizia viene dedotta in riferimento alle linee guida, per un verso tralasciando il non marginale ruolo delle prassi accreditate⁹, per l'altro senza considerare che le stesse linee guida possono prevedere regole cautelari improntate a diligenza e/o prudenza (ad es. in tema di dimissioni del paziente, parto cesareo elettivo etc.);

- la distinzione tra diligenza, prudenza e perizia, se da un lato può essere sufficientemente delineata in via teorica, dall'altro risulta di frequente non distinguibile nella prassi, perché questi stessi profili si intersecano e sovrappongono nella dinamicità

⁸ In questa direzione l'art. 3, comma 1, rubricato come "Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie", nella sua originaria versione statuiva che "fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale". A seguito dell'emanazione del decreto legge in questione però la Commissione Giustizia rilevava che, in relazione al comma 1 dell'articolo 3, "la limitazione della responsabilità civile per danni ai soli casi di dolo e colpa grave nel caso in cui l'esercente la professione sanitaria si sia attenuto, nello svolgimento della propria attività, a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale, appare essere *in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza*, in quanto per un medesimo fatto un soggetto potrebbe essere penalmente responsabile ma non civilmente rispetto ai danni derivanti dal reato commesso". Sulla scorta di tali rilevi, accolti in sede di conversione dalla Camera dei Deputati ed in lettura conforme al Senato, veniva approvata la legge 8 novembre 2012, n. 158. In dottrina CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, cit., 12, e VALLINI, *L'art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, cit., 2060, sottolineano come l'intero provvedimento legislativo sia ispirato da un progetto di *spending review*, volto tra l'altro ad agevolare il ricorso alla copertura assicurativa da parte del personale sanitario, come si evince dalla stessa collocazione topografica del comma 1, art. 3 legge 8 novembre 2012, n. 158 e dalla sua correlazione funzionale con i commi successivi.

⁹ Nonostante gli sforzi profusi dalla dottrina il concetto di buone pratiche rimane per lo più oscuro, ma prevale comunque la tesi secondo cui linee guida e prassi accreditate non possono essere considerate come un'endiadi, in quanto rispettivamente contraddistinte da specifici aspetti contenutistici. Al riguardo si consideri che il Ministero della salute ha istituito presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali l'Osservatorio buone pratiche per la sicurezza del paziente, la cui funzione consiste nel favorire il trasferimento delle esperienze facilitando l'accesso alle informazioni, sostenendo lo scambio di conoscenze e promuovendo l'integrazione e tra le Regioni, le Organizzazioni Sanitarie e i professionisti. Di recente la Cassazione, Sez. V, 10 gennaio 2014, n. 660, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 421 ss, con nota di RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?*, in riferimento ad una fattispecie in cui il sanitario aveva optato per l'induzione farmacologica al parto in alternativa ad un parto cesareo già programmato come intervento urgente, in una situazione nella quale la paziente era giunta alla trentasettesima settimana di gravidanza ed il feto era già maturo, si è espressa proprio sulla mancata conformità di detta condotta a buone pratiche, negando che la condotta ascritta all'imputato potesse essere ritenuta connotata da colpa lieve. Nel commento l'Autrice rileva altresì come per "buone pratiche" s'intendono regole procedurali volte a evitare che l'evento lesivo si verifichi a causa di negligenza o imprudenza.

delle regole cautelari e nei loro molteplici adattamenti alle peculiari esigenze del singolo caso¹⁰. Di conseguenza è la stessa aleatorietà della distinzione a rendere palesemente ingiustificata una diversità di trattamento tanto rilevante¹¹, al punto che la stessa giurisprudenza, in riferimento all'art. 2236 c.c., in più di un'occasione ha finito con l'accorpere il concetto dell'imperizia con quello di normale prudenza o comune diligenza¹²;

- il richiamo all'imperizia risente infine chiaramente dell'annoso dibattito sviluppatosi in merito alla possibilità o meno di estendere in ambito penale la limitazione di cui all'art. 2236 c.c., senza tenere in adeguata considerazione che il noto dettato della Corte Costituzionale, secondo cui la limitazione della responsabilità medica non riguarderebbe tutte le componenti della colpa, ma andrebbe circoscritta al *profilo della perizia*¹³, ha potuto contare sull'espresso riferimento letterale alla "soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà"¹⁴. Al contrario, come la stessa sentenza in

¹⁰ Al riguardo in maniera inequivocabile già M. GALLO, *Colpa penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 641. Nello specifico della colpa medica cfr. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulla forma e i gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997, 2910; FIORI-MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 2009, 5 ss., a parere dei quali è spesso difficile distinguere quando una condotta inadeguata derivi da intrinseca incapacità tecnica del professionista e quando, invece, da negligenza o imprudenza di un medico pur adeguatamente esperto.

¹¹ Nella manualistica più autorevole si evidenzia come la differenza tra le qualifiche normative in questione non vada sopravvalutata, in quanto ciò che conta è che si riesca ad individuare la regola di condotta violata in concreto e la cui osservanza avrebbe scongiurato l'evento. Inoltre si sottolinea come l'imperizia costituisca un difetto di diligenza riferita ad un settore professionale e consiste in una forma di imprudenza o di negligenza in relazione ad attività che richiedono particolari conoscenze. Al riguardo cfr., in particolare, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014, 549 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 280; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 313. Sul punto inoltre CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 515.

¹² Cfr. Cass., Sez. IV, 11 aprile 1987, in *Riv. pen.*, 1988, 202; Cass., Sez. IV, 8 giugno 1988, n. 6834, in ipotesi di responsabilità del medico per non aver ridotto al minimo i rischi della terapia, prescrivendo farmaci potenzialmente idonei a determinare l'insorgere di intossicazioni acute, con conseguenze sul sistema nervoso centrale o su quello cardiorespiratorio, senza far precedere o accompagnare la somministrazione dagli opportuni accertamenti, dalle necessarie analisi di laboratorio, dalle idonee cautele, configurando in tal modo la colpa sotto il profilo dell'imperizia e, insieme, della mancanza di prudenza o di diligenza, rappresentata dal grado medio di cultura e dalla capacità professionale; più risalente, ma a lungo evocata, Cass., 3 dicembre 1952, in *Arch. Pen.*, 1953, II, 216, secondo cui l'imperizia si risolve in un'imprudenza ed ambedue i concetti si rapportano ad uno stesso criterio giuridico.

¹³ Così Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Foro it.*, 1974, I, c. 19, secondo cui il dettato di cui all'art. 2236 c.c., costituisce il "riflesso di una normativa dettata a fronte di due opposte esigenze: quella di non mortificare troppo l'iniziativa del professionista e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso".

¹⁴ In questa direzione cfr. in particolare CRESPI, *Medico-chirurgo*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, 592, il quale, nel supportare la tesi dell'inaffidabilità di un indiscriminato allargamento del limite della colpa grave in ambito penalistico, ha ritenuto opportuno porre l'accento sull'esplicito riferimento legislativo alle "prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", che giustificerebbe una certa comprensione in sede di giudizio solo laddove la delicatezza e la complessità dell'intervento comportino un aumento dei rischi e delle difficoltà e non in caso di attività scevre da difficoltà di sorta. RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?*, cit., 424, rileva

commento espressamente riconosce, “la nuova normativa non può essere ritenuta applicabile esclusivamente in riferimento ai casi di speciale difficoltà”, proprio in virtù dell’assenza di un appiglio testuale su cui fondare tale conclusione.

Si consideri inoltre che, nonostante l’autorevole indicazione proveniente dalla Corte Costituzionale, la successiva giurisprudenza, come noto, ha sostenuto a più riprese la necessità di accertare la colpa professionale medica “non in base alle norme civilistiche sull’inadempimento nell’esecuzione del rapporto contrattuale, ma a quelle penali”¹⁵, in quanto “l’applicazione dell’art. 2236 c.c. non può avvenire con interpretazione analogica”¹⁶. Ed a ciò si aggiunga che la stessa definizione codicistica del delitto colposo equipara le diverse forme di colpa senza attribuire alla loro distinzione alcuna rilevanza pratica, tanto che nella prassi la contestazione della colpa rimane per lo più generica, convertendosi in una sorta di clausola generale integrabile da qualsiasi inosservanza di regole cautelari astrattamente collegabili all’evento¹⁷.

come “la formula linguistica dell’art. 3, comma 1, l. n. 189/2012 sia molto meno chiara di quella dell’art. 2236 c.c., su cui dottrina e giurisprudenza hanno operato per decenni un affinamento dell’imperizia medico-chirurgica legata unicamente alla soluzioni di problemi tecnici “di speciale difficoltà””.

¹⁵ Cass., Sez. IV, 29 settembre 1997, Azzini, in *C.e.d. Cass.*, n. 210351.

¹⁶ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. IV, 22 febbraio 1991, Lazzeri, in *Cass. pen.*, 1992, 2756; Cass., Sez. IV, 22 marzo 1984, la quale, in merito alla valenza dell’art. 2236 c.c., ha precisato che: o si ritiene che la disposizione abbia natura eccezionale rispetto alla disciplina generale di cui all’art. 1176, comma 1, c.c., a norma del quale nell’adempimento delle obbligazioni si richiede la diligenza del buon padre di famiglia, ma in tal caso “la sua applicazione non può avvenire né con interpretazione analogica, perché vietata per il carattere eccezionale della disposizione, né per interpretazione estensiva, data la completezza e l’omogeneità della disciplina penale del dolo o della colpa, oppure occorre escludere che la norma *de qua* possa comportare un’attenuazione della responsabilità rispetto ai normali principi che regolano l’inadempimento nelle obbligazioni”. Più di recente, attraverso una non sempre lineare interpretazione dell’art. 2236 c.c. quale “*massima di esperienza*, si sostiene che l’art. 2236 c.c. potrebbe trovare riscontro anche in ambito penale, non per effetto di diretta applicazione, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l’addebito di imperizia. Cfr. Cass., Sez. IV, 5 aprile 2011, Montalto; Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, Di Lella; Cass., Sez. IV, 21 giugno 2007, Buggè. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di DONINI-ORLANDI, Bologna, 2013, 90, sottolinea al riguardo il possibile “impiego del giudizio di colpevolezza come spazio di manovra di una benevolenza giudiziaria eventualmente correttiva dell’abnorme ampliamento della pretesa cautelare”.

¹⁷ Nella giurisprudenza di legittimità prevale infatti l’orientamento secondo cui i profili dell’inosservanza cautelare possono considerarsi per lo più fungibili, posto che “la sostituzione o l’aggiunta di una particolare ipotesi di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell’obbligo di contestazione suppletiva e dell’eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra accusa e sentenza a norma dell’art. 521 c.p.p.”, così Cass., 23 ottobre 1997, n. 11538, Geremia, in *Cass. pen.*, 1998, 3381. Sul punto la dottrina è critica, cfr. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa*, a cura di BARTOLI, Firenze, 2010, 115; CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d’imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3836 ss.; ID., *La colpa penale*, Milano, 2009, 197 ss.; MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 189; MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. int. dir. proc. pen.*, 1971, 330 ss.. Si consenta inoltre un rinvio a ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, 91 ss..

4. Il caso di specie e le incertezze interpretative in merito alla qualificazione della condotta colposa.

L'ineliminabile aleatorietà della distinzione tra singole forme di colpa, ed in particolare tra la perizia da un lato e la diligenza e imprudenza dall'altro, è ben rappresentata dalla vicenda in esame, nella quale la corte d'appello ha ritenuto trattarsi di una forma di colpa non riconducibile all'art. 3, comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189, in quanto il chirurgo avrebbe adottato la procedura corretta per l'intervento richiesto, ma la avrebbe eseguita in maniera non accorta. Di conseguenza la fattispecie è stata ricondotta al parametro della normale diligenza, in quanto inerente ad un'attività meramente esecutiva e non ad una scelta diagnostica o relativa all'intervento chirurgico in sé considerato.

Di contro la Cassazione, in maniera piuttosto apodittica, ha affermato come nel caso in questione venisse in considerazione senza dubbio un'ipotesi di colpa per imperizia, ma, al contempo, in virtù delle difficoltà di frequente connesse alla distinzione in esame, ha ritenuto opportuno precisare che le linee guida possono anche individuare regole di condotta rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino compiti non particolarmente qualificanti.

La precisazione, per la quale non constano precedenti in materia, non può considerarsi certo casuale ma allude proprio alla possibile sussistenza di fattispecie non univoche, in cui viene in rilievo un'attività di spettanza del sanitario – che in quanto tale potrebbe sempre considerarsi come “qualificata”¹⁸ – ma che al contempo afferisce, per rimanere all'indicazione testuale, più “all'accuratezza ed alla normale diligenza” che alla perizia.

In particolare la stessa Cassazione pare aver colto come in tali casi, da una distinzione così sottile ed opinabile, non possa farsi discendere *tout court* la possibilità o meno di invocare la normativa in questione, per cui ha ritenuto opportuno suggerire un possibile ampliamento del “prerequisito della perizia”, così come finora indicato nella giurisprudenza di settore, posto che, nel caso di specie, la diversa considerazione del profilo colposo della condotta ha comportato la necessità iniziare un nuovo giudizio, a cui è stato affidato il compito vagliare l'eventuale sussistenza dei requisiti espressamente richiesti dalla legge Balduzzi. Ciò conferma ulteriormente come l'introduzione in via meramente interpretativa del requisito della perizia restringa eccessivamente la già angusta sfera di operatività della normativa in esame, costringendo altresì l'interprete ad un'ulteriore distinzione che, nella prassi, può risultare tutt'altro che agevole ed univoca, ed a cui in sostanza si attribuisce una rilevanza dirimente che non le appartiene e che non trova fondamento nel dettato normativo.

¹⁸ Non a caso in dottrina F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 419 ss., ritiene opportuno configurare un concetto *ad hoc* di colpa speciale o professionale, che riguarda tutte le attività rischiose, ma giuridicamente autorizzate, se mantenute nei limiti regole cautelari.

Inoltre, se per un verso la Cassazione ha prontamente rilevato l'erroneità del riferimento alla "soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", per l'altro non può negarsi come tale richiamo, per quanto improprio, si leghi in maniera quasi automatica alla supposta limitazione della legge Balduzzi al solo profilo della perizia.

5. Dall'apertura al profilo della diligenza all'incerto destino dell'imprudenza.

Si è già avuto modo di sottolineare come nel caso di specie la Cassazione abbia inteso ridimensionare l'indimostrato postulato secondo cui le regole di condotta sottese alle linee guida riguarderebbero esclusivamente il profilo della perizia, mediante una "prudente" apertura al profilo della diligenza. A questo punto si potrebbe essere indotti a ritenere che il solo profilo dell'imprudenza esuli dalla portata della cd. "legge Balduzzi", in quanto di per sé preclusivo in ordine all'applicabilità di detta normativa per una presunta incompatibilità con i suoi rigorosi presupposti (con particolare riguardo all'esistenza di linee guida e buone prassi accreditate ed alla configurabilità di una colpa "non grave"¹⁹).

Per smentire anche questo assunto, o quantomeno per evidenziare come pure la distinzione tra prudenza ed imperizia possa divenire sottile ed in buona sostanza arbitraria, si ritiene utile ricorrere ad un caso giurisprudenziale particolarmente emblematico, che ha visto la Suprema Corte pronunciarsi per ben due volte, una prima antecedente all'introduzione dell'art. 3, comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 18²⁰, una seconda successiva all'entrata in vigore della legge Balduzzi²¹. Già il primo intervento era assurdo agli onori della cronaca, perché in riferimento ad esso la Cassazione aveva evidenziato a chiare lettere come il medico non sia tenuto al rispetto di direttive o linee guida *"laddove esse siano in contrasto con le esigenze di cura del paziente, e non può andare esente da colpa ove se ne lasci condizionare, rinunciando al proprio compito e degradando la propria professionalità e la propria missione a livello ragionieristico"*.

Nella fattispecie il sanitario addetto alle cure ed alle terapie post-operatorie aveva deciso di dimettere un paziente ricoverato d'urgenza per un infarto al miocardio e per un edema polmonare acuto, dopo che lo stesso era stato sottoposto a intervento di angioplastica coronarica; in seguito alle dimissioni il paziente, colto da insufficienza respiratoria, era deceduto. Il giudice di primo grado, sebbene l'elaborato peritale evidenziasse la conformità della condotta del medico alle linee guida in tema di

¹⁹ In termini simili [BRUSCO, Linee guida, protocolli e regole deontologiche, cit., 65](#), secondo cui dal momento che "il presupposto dell'inquadramento della condotta nell'area del non penalmente rilevante è costituito dall'essersi, il medico, attenuto a linee guida o buone pratiche accreditate discende che ci si muove in particolare nell'ambito dell'imperizia e non della negligenza (e tanto meno dell'imprudenza)".

²⁰ Cass., Sez. IV, 23 novembre 2010, GRASSINI, in *Cass. pen.*, 2012, 542 ss., con nota di CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida" e responsabilità penale del medico* e di MARRA, *L'inosservanza delle cd. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico*; con nota di [PIRAS, La colpa medica non solo linee guida, in questa Rivista, 27 aprile 2011](#).

²¹ Cass., Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 5460, Grassini, cit.

dimissioni del paziente, aveva ritenuto colpevole il sanitario, in quanto nel caso di specie vi sarebbero state sufficienti ragioni per discostarsi da tali indicazioni, con particolare riguardo all'anamnesi, alla severità dell'infarto ed all'elevato rischio di recidiva. Di diverso avviso era stata la corte d'appello che, pur condividendo il principio secondo il quale il rispetto delle linee guida non esime automaticamente da responsabilità, aveva assolto il medico, ritenendo che nella fattispecie non vi fossero situazioni di rischio tali da sconsigliare il rispetto delle linee-guida, in quanto il paziente era asintomatico da giorni e compensato²².

La Cassazione ha annullato con rinvio, soffermandosi in particolare sulla ben nota questione sottesa alla rilevanza delle linee guida ed al loro grado di vincolatività²³, nonché ritenendo che la sentenza d'appello non avesse approfondito la complessiva condizione del paziente. Di nuovo però il giudice del rinvio ha assolto il sanitario, per un verso considerando accertata la correttezza delle dimissioni, e per l'altro escludendo che la morte potesse essere evitata, se anche fosse insorta in ambiente ospedaliero.

Infine la Suprema corte ha annullato anche la seconda sentenza assolutoria, reputandola non adeguatamente motivata in riferimento agli specifici fattori di criticità evidenziati dall'anamnesi del paziente e ritenendo la legge Balduzzi non conferente alla fattispecie in esame, posto che "l'ambito di operatività della normativa sopravvenuta appare riservato esclusivamente ai casi in cui venga mosso all'esercente la professione sanitaria un addebito di imperizia e non anche nei casi, come nella specie, nei quali il rimprovero si basa, indipendentemente poi dalla fondatezza o meno di esso, sui rimanenti aspetti della colpa generica".

Al riguardo balza agli occhi come l'assunto giurisprudenziale in questione sia ben presto divenuto nella prassi un espediente argomentativo assai comodo per precludere *ab origine* l'approfondimento imposto dalla legge Balduzzi, a prescindere dalla valutazione circa l'attendibilità e l'osservanza di linee guida e buone pratiche ed al punto di divenire quasi una clausola di stile, per di più sganciata da qualsivoglia approfondimento circa l'effettiva linea di discernimento tra il profilo dell'imprudenza ed il profilo della perizia nel singolo caso.

²² Si consideri inoltre che, se è vero che il paziente in questione, come fumatore, presentava talune criticità ulteriori quali l'ipertensione, l'ipercolesterolemia e l'ipergliceridemia, è altrettanto vero che, da un lato si tratta di fattori di rischio frequentissimi nei casi di infarto al miocardio e, dall'altro, vi erano numerosi elementi di segno contrario. Nello specifico: 1) il livello di funzione meccanica cardiaca residua rientrava nei parametri previsti dagli *standards*; 2) non esistevano segnali predittivi di eventi elettrici avversi né altri segnali di instabilità elettrica ventricolare; 3) all'atto delle dimissioni, il paziente non presentava un quadro di scompenso cardiaco ed i *markers* di necrosi si erano normalizzati.

²³ Quanto alle argomentazioni addotte, la Corte sostiene in primo luogo che "il medico deve, con scienza e coscienza, perseguire un unico fine: la cura del malato mediante l'uso dei presidi diagnostici e terapeutici di cui al tempo dispone la scienza medica, senza farsi condizionare da esigenze di diversa natura". Di conseguenza, si ritiene che il rispetto delle linee guida non possa costituire per il medico "una sorta di salvacondotto capace di metterlo al riparo da qualsiasi responsabilità", per cui "non è sufficiente a render congrua la motivazione della sentenza impugnata il generico riferimento alle linee guida ed al rispetto di esse da parte dell'imputato".

Nella fattispecie infatti gli stessi giudici di legittimità, nella prima pronuncia, hanno addotto che “l’elevata mortalità di pazienti colpiti da infarto al miocardio, specie se, come nel caso di specie, accompagnato da ulteriori gravi patologie che aumentavano il rischio di ricadute, avrebbe dovuto *indurre a maggior prudenza* e ad una *più paziente attesa* di una più consolidata stabilizzazione del quadro clinico complessivo”. Ma non v’è dubbio che nel caso di specie, caratterizzato da un quadro clinico complesso e tutt’altro che univoco, soprattutto in riferimento al sotteso giudizio prognostico, viene in rilievo un’ipotesi solo *prima facie* di mera *imprudenza*, trattandosi in realtà di un’imprudenza ben “*qualificata*”²⁴, in quanto strettamente connessa ad un insieme di valutazioni tecniche, scientifiche e professionali non agevoli, che hanno avuto il non trascurabile riflesso di due pronunce assolutorie in secondo grado e di due pronunce di annullamento in sede di giudizio di legittimità.

In realtà a ben vedere, quando viene in rilievo un’ipotesi di colpa professionale, *tertium non datur*: o si ritiene qualunque attività effettuata come afferente in quanto tale al profilo dell’imperizia, ma in detta ipotesi non avrebbe più senso operare distinzioni di sorta²⁵, oppure si ritiene necessario distinguere in linea teorica tra regole di perizia e regole di diligenza/prudenza per poi constatare, in concreto, che alla base della regola di diligenza/prudenza vi è comunque il compimento di un’attività qualificata dall’agire in ambito professionale che rende il più delle volte arbitraria la linea di discernimento tracciata²⁶.

Tale distinzione poi diviene ora ancora più sfumata nel momento in cui, come opportunamente sottolineato dalla sentenza in commento, la nuova normativa non contiene il riferimento alla “soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà” che invece caratterizza la disposizione di cui all’art. 2236 c.c., e che, pur tra interpretazioni contrastanti, consente in linea di principio di circoscrivere la responsabilità del sanitario al duplice e congiunto parametro valutativo della perizia e della particolare difficoltà tecnica.

Occorre allora ancora una volta domandarsi se sia ammissibile o meno distinguere in linea teorica tra prudenza ed imperizia e, soprattutto, far discendere da una tale distinzione la possibilità o meno di invocare l’applicazione della cd. legge Balduzzi.

²⁴ BELTRANI, *La mancata considerazione delle regole di perizia non rappresenta una corretta soluzione dei casi*, in *Guida al diritto*, 20 aprile 2013, 38, sottolinea che, pur ammettendo che le linee guida contengano unicamente regole di perizia, l’imperizia che necessariamente consegue al loro mancato rispetto può ricomprendere, assorbendole, sia l’imprudenza che la negligenza.

²⁵ Al riguardo già M. GALLO, *Colpa penale*, cit., 641 sosteneva che “la stessa imperizia, intesa come insufficienza rispetto alle regole tecniche vevoli per una data condotta, si risolve, alla fine, in imprudenza o negligenza qualificata.”

²⁶ Sul punto è scettica anche la dottrina medico-legale, cfr. ASMUNDO-SCURRIA, *La sostenibile inesistenza dell’essere: la “colpa lieve” della legge Balduzzi*, in *Giur. it.*, 2014, 2077, secondo cui “non è dato comprendere, ancora oggi, in cosa consista dal punto di vista esclusivamente soggettivo o psicologico (al di fuori, cioè, di ipotesi di negligenza o imprudenza), l’errore per imperizia”.

6. L'arroccamento giurisprudenziale sull'imperizia tra istanze di parità di trattamento e medicina difensiva.

Nonostante le innumerevoli incertezze di una normativa per molti aspetti contraddittoria e lacunosa resta significativo il mutamento di prospettiva ad essa sotteso e la sottostante indicazione di valore per cui, in ipotesi di osservanza degli strumenti di codificazione del sapere medico scientificamente accreditati, l'affermazione di responsabilità andrà adeguatamente circoscritta e di norma esclusa anche laddove si registri la compresenza di valutazioni medico-scientifiche e di valutazioni volte ad una ragionevole ottimizzazione delle risorse²⁷.

Non a caso nella sentenza in commento si afferma che "evidentemente il legislatore ha diviso di avere speciale riguardo per la complessità e difficoltà dell'*ars medica* che, non di rado, si trova di fronte a casi peculiari e complessi nei quali interagiscono sottilmente e magari imponderabilmente diversi rischi o, comunque, particolare contingenze". Di qui l'avvertita necessità di non trasformare lo "speciale riguardo" in un ingiustificato privilegio²⁸, limitando l'ambito applicativo della legge Balduzzi al solo profilo della perizia, in linea con quanto affermava oltre quarant'anni fa, ma in relazione all'art. 2236 c.c., autorevole dottrina, secondo la quale detta norma "può fare riferimento esclusivamente a quell'aspetto della colpa che concerne non già

²⁷ Cfr. MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 205, il sottolinea che "un bilanciamento costi-benefici nel campo della sanità, là dove non sia perseguita da protocolli *standard*, finisce comunque per imporsi sugli operatori anche in ragione di tacite raccomandazioni degli organi amministrativi". Più di recente, la particolarissima tensione tra ideale e reale sottesa alle linee guida è ben evidenziata da GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 82-83, e da RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., 196 ss. Al riguardo però la giurisprudenza si mostra ancora alquanto restia a riconoscere il ruolo svolto dalla limitatezza delle risorse, là dove a più riprese si afferma che "l'efficienza di bilancio può e deve essere perseguita sempre garantendo il miglior livello di cura, con la conseguenza del dovere del sanitario di disattendere indicazioni stringenti dal punto di vista economico che si risolvano in un pregiudizio per il paziente". Cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 8.10.13, in *C.e.d. Cass.* n. 259333.

²⁸ Da almeno cinquant'anni il dibattito in tema di colpa professionale medica si caratterizza, *de iure condito* e *de iure condendo*, per la presenza di istanze volte alla riduzione dell'ambito della responsabilità e, al contempo, di obiezioni in merito alla possibile violazione del canone dell'uguaglianza e della parità di trattamento con le altre categorie. La nuova normativa, come noto, si riferisce espressamente all'esercente la professione sanitaria, a differenza di quanto disposto dall'art. 2236 c.c., il quale fa riferimento, senza distinzione alcuna, al "prestatore d'opera". In merito cfr. le eccezioni di incostituzionalità sollevate da Trib. Milano, Sez. IX, 21.3.13, Giud. Giordano, imp. Andreatta e altri, con nota di SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" a giudizio della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 29 marzo 2013, secondo cui verrebbe in rilievo una normativa "*ad professionem*"; puntuali annotazioni critiche in PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2013, p. 78 ss.. In dottrina MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 192 ss., sottolinea il rischio che la riforma della legge Balduzzi attui una diversità di trattamento irragionevole rispetto ad altri ambiti della responsabilità colposa, mentre DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 8 ss., sottolinea le differenze che intercorrono tra l'attività sanitaria e le altre attività, rilevando in particolare l'incoercibilità causale della biologia ed il ricorrere di casi in cui il sanitario è tenuto ad assumere decisioni indilazionabili, in condizioni di urgenza e di limitatezza di risorse.

la prudenza o la diligenza in senso stretto, bensì la perizia: è cioè la sola colpa per imperizia che può e deve essere valutata nell'ambito della colpa grave, al fine di allargare il campo della discrezionalità tecnica quando si tratti di problemi particolarmente difficili, la cui soluzione implica rischi di insuccesso"²⁹.

Evidente l'assonanza con l'indirizzo giurisprudenziale qui sottoposto a revisione critica, secondo cui "l'ambito di operatività della normativa sopravvenuta appare riservato esclusivamente ai casi in cui venga mosso all'esercente la professione sanitaria un addebito di imperizia e non anche nei casi nei quali il rimprovero si basa sui rimanenti aspetti della colpa generica, in particolare riguardanti la violazione del dovere di diligenza e di prudenza, che imponevano di svolgere l'attività medica conformemente al modello di agente e nel rispetto delle regole di prudenza, la cui violazione si assume che abbia determinato l'evento penalmente rilevante"³⁰.

Sul punto però, da un lato bisogna ribadire che la nuova normativa non può essere sovrapposta con la previsione di cui all'art. 2236 c.c. ed è subordinata esclusivamente all'osservanza di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, dall'altro occorre considerare che la risalente limitazione al profilo dell'imperizia si contrapponeva ad indirizzi giurisprudenziali particolarmente indulgenti³¹, mentre l'approvazione della legge Balduzzi trae origine da un contesto storico diametralmente opposto, là dove l'abnorme dimensione del contenzioso giudiziario ha spinto il legislatore ad intervenire d'urgenza, al fine di ridurre il fenomeno della medicina difensiva ed agevolare il ricorso alla copertura assicurativa da parte del personale sanitario.

Di conseguenza, soprattutto laddove la regola cautelare non risulti di agevole reperimento, per la complessità delle valutazioni ad essa sottese e per la scarsa penetrabilità del successivo sviluppo causale, il giudice dovrà tener conto delle indicazioni provenienti da linee guida e buone prassi accreditate e, in ipotesi di loro

²⁹ Così CRESPI, *La colpa "grave" nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 259, secondo cui verrebbe in rilievo il concetto di "colpa dal punto di vista tecnico", in quanto l'esplicito riferimento legislativo alle "prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", giustificerebbe una certa comprensione in sede di giudizio solo laddove la delicatezza e la complessità dell'intervento comportino un aumento dei rischi e delle difficoltà, e non in caso di attività scieve da difficoltà di sorta. Per IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, 67, tale colpa per imperizia consisterebbe nel "difetto di idoneità professionale rispetto alla risoluzione di un determinato caso".

³⁰ Cass., Sez. III, 04.12.2013, in *C.e.d. Cass.* n. 258846.

³¹ Secondo tali orientamenti si sarebbe dovuta considerare penalmente rilevante solo la colpa marcatamente "grossolana", connessa cioè "a ignoranza dei principi elementari, ed incompatibile con il minimo di cultura e di esperienza che dovrebbe legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione sanitaria". In altre pronunce la colpa viene individuata "nella patente violazione della diligenza elementare e comune al medio grado di cultura esigibile dal medico", ovvero "nella banale trasgressione delle norme che presiedono a tale arte", oppure ancora "nella trascuratezza di quelle norme elementari che il più modesto professionista non deve ignorare". Al riguardo si vedano i numerosi riferimenti giurisprudenziali riportati tra gli altri da CRESPI, *La colpa grave nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 255 ss.; NAPPI, *Il medico tra responsabilità professionale e involuzione burocratica. La responsabilità penale*, in *Cass. pen.*, 2001, 1352.

osservanza, escludere la sussistenza di un'ipotesi di colpa grave³², rifuggendo per un verso al rischio di arbitrarie limitazioni fondate su discutibili operazioni classificatorie in ordine alla diligenza, prudenza, perizia, per l'altro al pericolo, ben noto, di configurare regole cautelari "retroattive"³³ ed improntate alla logica del "senno del poi"³⁴.

Il rilievo comporta altresì significative implicazioni anche in riferimento al problema della medicina difensiva. Se da una parte infatti l'acritica adozione dei parametri di giudizio riferibili a linee guida o a prassi diffuse e generalizzate potrebbe portare ad un improprio appiattimento su di esse da parte del sanitario³⁵, dall'altra un'indicazione giurisprudenziale che non ne tenesse conto, in quanto interamente polarizzata sul livello di rischio e sull'illusoria finalità del suo pieno contenimento veicolerebbe una chiara indicazione di autotutela per il medico. Basti pensare alle fattispecie in cui il sanitario è chiamato a stabilire se procedere o meno con un parto cesareo, là dove la giurisprudenza tende ad imputare al sanitario la mancata realizzazione di un parto cesareo elettivo quale *regola cautelare* in grado di ridurre o azzerare del tutto i fattori di rischio³⁶. Lo stesso dicasi in riferimento a casi in cui il sanitario sia chiamato a valutare la necessità o meno di prolungare un ricovero ospedaliero, in cui il monito giurisprudenziale, laddove sbilanciato nelle esigenze di tutela, potrebbe indurre il medico, per non correre rischi di contenzioso giudiziario, a non dimettere il paziente finché non si sia azzerato (o quasi) ogni fattore di rischio.

³² Sul punto cfr. RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico*, cit., 427.

³³ Così PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1697 ss..

³⁴ VALLINI, *L'art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, cit., 2058, sottolinea che il giudizio *a posteriori* di colpa penale in ambito medico rischia di fondarsi su criteri cui difetta, al momento della condotta, il requisito della prevedibilità e/o esigibilità.

³⁵ RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico*, cit., 423; VALLINI, *L'art. 3, 1° comma, della legge Balduzzi: reazioni, applicazioni, interpretazioni*, cit., 2060.

³⁶ Cass., Sez. IV, 2 aprile 2008, n. 23507, in *Jurisdata*; in termini simili Cass., Sez. IV, 15 dicembre 1999, n. 1147 in *Jurisdata*. Una tale valutazione privilegia *a priori* il fattore costituito dal *massimo contenimento del rischio* e poggia su un'accezione della prevedibilità particolarmente ampia ed astratta, la quale, nell'ottica del perseguimento di una protezione effettiva per chi subisce l'esito infausto, allarga a dismisura i confini della sfera penalmente rilevante. Sul punto cfr. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, cit., 121, secondo cui l'individuazione della regola cautelare "dovrebbe rappresentare un punto di equilibrio tra esigenze di tutela ed esigenze complessive di vario genere, che abbracciano la sfera organizzativa, economica, ma anche la stessa idea della naturalità del parto, come frutto di un'esperienza alla cui formazione contribuiscono non solo le vicende con esito negativo, ma anche quelle con scopo positivo". SUMMERER, *La responsabilità penale del medico in ambito ostetrico-ginecologico*, in *La gestione del rischio in medicina*, cit., 102, segnala che al processo di medicalizzazione della gravidanza è strettamente riconducibile la diffusione dell'idea di "*perfect child*" e la tendenza ad una pericolosa fuga nella "*medicina difensiva*". Quanto all'analisi empirica le nascite con taglio cesareo in Italia (rapporto Osservasalute, 2008) vengono indicate in una percentuale nazionale del 38,3 per cento, quasi di tre volte superiore a quello raccomandato dall'Organizzazione mondiale della sanità (pari al 10-15 per cento), con picchi che in alcune regioni raggiungono il 60 per cento, mentre le recenti statistiche della Unione europea indicano una media del 23,7 per cento e quelle degli Stati Uniti del 27,5 per cento.

Com'è evidente infatti, la pretesa di un utopistico azzeramento dei rischi da attuare in via "prudenziale", oltre che inesigibile nella prassi, risulta foriera di condotte difensive³⁷, nonché in aperto contrasto con le finalità sottese all'intervento di riforma, *a fortiori* in un contesto di risorse sempre più ristrette. Ed in questa direzione si ritiene certamente auspicabile che la giurisprudenza, seguendo il percorso iniziato con la sentenza in commento, muti l'orientamento interpretativo finora più invalso, ritenendo la distinzione tra negligenza, imprudenza ed imperizia non dirimente in ordine alla già ristretta sfera di applicazione della legge Balduzzi.

³⁷ Cfr. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit.; si consenta inoltre un rinvio a ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit.



47289/14 (2)

ACR
ASR

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
QUARTA SEZIONE PENALE

UDIENZA PUBBLICA
DEL 09/10/2014

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GAETANINO ZECCA
Dott. ROCCO MARCO BLAIOTTA
Dott. LIANA MARIA TERESA ZOSO
Dott. GIUSEPPE GRASSO
Dott. EMILIO IANNELLO

SENTENZA
N. 1858/2014
- Presidente -
- Rel. Consigliere - REGISTRO GENERALE
N. 10735/2014
- Consigliere -
- Consigliere -
- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

STEFANETTI MARCO N. IL 22/05/1964

avverso la sentenza n. 2840/2011 CORTE APPELLO di BOLOGNA,
del 22/10/2013

visti gli atti, la sentenza e il ricorso
udita in PUBBLICA UDIENZA del 09/10/2014 la relazione fatta dal
Consigliere Dott. ROCCO MARCO BLAIOTTA
Udito il Procuratore Generale in persona del Dott. Romano
che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

Udito, per la parte civile, l'Avv

Udit i difensori Avv. Petrollo e Passalacqua che hanno chiesto
l'accoglimento del ricorso;

Motivi della decisione

1. Il Tribunale di Rimini ha affermato la responsabilità dell'imputato in epigrafe in ordine al reato di lesioni gravi colpose in danno di Criscuolo Virginia e lo ha altresì condannato al risarcimento del danno nei confronti della parte civile. La pronuncia è stata confermata dalla Corte d'appello di Bologna.

All'imputato è stato mosso l'addebito di aver cagionato alla vittima, nel corso dell'esecuzione di isterectomia per via laparoscopica, una lesione dell'uretere con conseguente formazione di una fistola dalla quale discendeva la necessità di ulteriori interventi chirurgici che comportavano lesioni personali della durata di 276 giorni e l'indebolimento permanente della parete addominale e della funzione renale.

2. Ricorre per cassazione l'imputato con un lungo atto che ripercorre diffusamente gli apprezzamenti tecnici compiuti nel corso dei giudizi di merito pervenendo a porre alcune censure. In breve, la prima attiene al fatto che nessuna dimostrazione sia stata data in ordine all'esistenza di una condotta colposa, cioè concretamente rimproverabile. Dalla verifica dell'evento si è fatta in sostanza discendere automaticamente la responsabilità, senza dimostrazione dell'esistenza di colpa. Sono state completamente trascurate le considerazioni afferenti alla circostanza che è fisiologica e non eliminabile una non trascurabile percentuale di complicate. E si è pure erroneamente ritenuto che si fosse in presenza di un intervento di routine, senza considerare la fibromatosi dell'organo che motivava l'intervento e lo rendeva non immune da rischi che costituiscono una contingenza non del tutto eliminabile.

Oggetto di censura è pure il diniego dell'applicazione della innovazione normativa introdotta con la c.d. legge Balduzzi. La pronuncia ritiene che la disciplina sia applicabile ai soli casi di imperizia. Orbene non è dubbio che in ogni caso, nella vicenda in esame, sarebbe eventualmente configurabile esclusivamente tale profilo di colpa. Neppure corretta è l'affermazione che la limitazione di responsabilità sia afferente ai soli casi in cui si configura una particolare difficoltà tecnica dell'atto operatorio. Nel caso di specie nessun elemento viene indicato per ritenere che si sia in presenza di colpa grave. Mentre non è dubbio che il chirurgo si sia attenuto alle accreditate linee guida nell'esecuzione dell'intervento.

3. Il reato è estinto per intervenuta prescrizione, essendo decorso il termine massimo di sette anni e sei mesi dal fatto del 31 maggio 2006. Né, alla stregua delle pronunzie di merito, si configura la situazione di evidenza della prova che potrebbe determinare l'adozione di pronuncia liberatoria nel merito ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. Le deduzioni difensive vanno dunque esaminate solo sotto i profili

2 Mio -

civilistici connessi alla condanna al risarcimento del danno nei confronti della parte civile.

4. Il ricorso è parzialmente fondato.

Il primo giudice, sulla base delle valutazioni dei periti, ha ritenuto che la lesione si verificò durante la sutura vaginale e che al riguardo si configurino due profili di colpa. Uno connesso alla erronea sutura, che determinò un'indebita pinzatura dell'uretere; e che configura una non corretta condotta chirurgica. L'altro afferente alla mancanza di un controllo postoperatorio della condizione della paziente attraverso una cistoscopia.

Il giudice d'appello ha sottoposto a compiuta revisione gli apprezzamenti tecnici dei periti e dei tre consulenti di parte. Ed ha ritenuto che su alcuni punti le conclusioni raggiunte nella prima sentenza presentino inevitabili margini di dubbio. Da un lato non è provato che l'esecuzione della cistoscopia avrebbe consentito di individuare immediatamente la lesione dell'uretere. D'altra parte, tale indagine di controllo non risulta compiuta comunemente dopo l'intervento di cui si tratta. Inoltre, per ciò che riguarda l'individuazione della causa della lesione, non è certa la sua riconducibilità all'operazione di pinzatura. Non può escludersi, sempre alla luce delle valutazioni espresse dagli esperti, tenuto conto del periodo intercorso tra l'atto chirurgico e l'insorgenza della complicanza, che la detta lesione sia la conseguenza della caduta dell'escara prodotta dall'elettrocoagulatore che impropriamente toccò l'uretere, bruciandolo.

La pronunzia ritiene, pertanto, che la colpa dell'imputato sia ravvisabile solo in relazione all'esecuzione dell'atto chirurgico, quale che sia la causa della lesione. Infatti, come ritenuto dai periti, in ogni caso si è in presenza di comportamento viziato da imperizia, negligenza ed imprudenza. Infatti la lesione presuppone un movimento anomalo dell'operatore o comunque un atto che ha comportato una lesione che normalmente non si verifica. Tale valutazione, secondo il giudice di merito, è corroborata dalla circostanza che si trattava di un intervento standardizzato, in un caso il cui non era presente alcuna delle patologie riportate in letteratura che possono aumentare il rischio di lesioni e quindi parzialmente giustificare l'errore del chirurgo. Tale valutazione è stata condivisa dallo stesso consulente dell'imputato il quale ha parlato di un caso assolutamente semplice.

La sentenza aggiunge che, come riferito dai periti, la frequenza della complicanza in questione si aggira tra lo 0,02 ed il 6%, ma essa va riferita ai casi complessi in cui, ad esempio, siano presenti neoplasie o grosse formazioni che determinano un aumento della difficoltà dell'intervento. Nel caso in esame invece non si configurava alcuna situazione problematica.

3 *Alai*

Il giudice d'appello considera inoltre che la tesi difensiva che riporta la complicità ad una fatalità, ad un'evenienza da accettare e tale da escludere la colpa, non può essere accolta. Infatti, quale che sia l'ipotesi causale accettata, la lesione è comunque frutto di una operazione non corretta compiuta nel corso della esecuzione dell'atto chirurgico. In breve, il medico avrebbe dovuto prestare la massima attenzione nell'esecuzione della sutura vaginale ovvero nell'utilizzo dell'elettrobisturi.

La pronunzia ritiene inoltre che non è pertinente il richiamo della difesa dell'imputato alle innovazioni introdotte con la legge n. 189 del 2012. Tale normativa non è ~~conferente~~ ^Trispetto al caso in esame: il chirurgo ha seguito la procedura corretta per quel semplice intervento, ma lo ha eseguito male causando il danno a causa di una errata manovra. La limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave derivante da tale disciplina è comunque connessa solo a prestazioni che presentino speciali difficoltà tecniche e comunque solo all'ambito della perizia.

5. L'apprezzamento afferente alla individuazione di condotta colposa non è nel suo nucleo censurabile. In breve, il giudice di merito ha ritenuto che l'imputato abbia gestito in modo imperito lo strumentario laparoscopico, alternativamente adoperando in modo maldestro la pinzatrice, oppure gestendo in modo malaccorto l'elettrocoagulatore, sì da vulnerare l'uretere. Tale argomentato apprezzamento è immune da censure logiche o giuridiche; né è vulnerato dalle censure difensive. Non è dubbio che molti atti medici siano gravati da complicità di vario genere. L'espressione è tuttavia vaga ed abbisogna di una chiarificazione non tanto meramente lessicale, quanto connessa alle regole di giudizio del diritto penale in tema di causalità e di colpa. Va posto in luce che l'indicazione generica in ordine all'entità delle complicità non chiarifica né distingue in ordine al dato non di rado dirimente, afferente alla causa della complicità. Si vuol dire che in taluni casi la complicità stessa costituisce una contingenza avversa, spesso connessa alle complesse, imponderabili ed ingovernabili interazioni che si sviluppano in ambito biomedico; che prescinde dalla presenza di condotte rimproverabili del terapeuta. In altri casi, invece, la complicità è conseguenza di condotta non appropriata del sanitario. In tali situazioni non interessa, in fin dei conti, conoscere in che percentuale di casi tale errore si verifichi, quanto piuttosto accertare che l'errore soggettivamente censurabile vi sia stato. La frequenza di tale accidente colposo potrà semmai rilevare ai fini della valutazione della gravità della colpa, posto che una elevata percentuale di errore è nella maggior parte dei casi connessa a difficoltà di vario genere legate all'esecuzione dell'atto medico o chirurgico.

Nel caso di specie, come si è esposto, la presenza di condotta imperita è senz'altro accertata e, dunque, non interessa più di tanto appurare quante volte essa

si verifichi sul piano statistico. Dunque, la sentenza è immune da censure per ciò che attiene alla ritenuta esistenza di colpa per imperizia.

6. La sentenza è invece da censurare per quanto riguarda la ritenuta inapplicabilità della già evocata innovazione legislativa che esonera da responsabilità il terapeuta, in caso di colpa lieve, quando egli si sia attenuto ad accreditate linee guida o ad affidabili pratiche terapeutiche.

Il tema è stato già diffusamente esaminato da questa Corte (Sez. IV, Cantore, 29/01/2013, Rv. 255105). Il non chiaro senso della normativa è stato esplicitato considerando, per risolverne l'apparente contraddittorietà, che potrà ben accadere 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 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. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore sia non lieve. Non solo. Potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura di discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria. Anche in tale ambito trova applicazione la nuova normativa.

Nella logica della novella il professionista che inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali con riguardo ad una patologia e che, tuttavia, non persegua correttamente l'adeguamento delle direttive allo specifico contesto, o non scorga la necessità di disattendere del tutto le istruzioni usuali per perseguire una diversa strategia che governi efficacemente i rischi connessi al quadro d'insieme, sarà censurabile, in ambito penale, solo quando l'acritica applicazione della strategia ordinaria riveli un errore non lieve.

Evidentemente il legislatore ha divisato di avere speciale riguardo per la complessità e difficoltà dell'ars medica che, non di rado, si trova di fronte a casi peculiari e complessi nei quali interagiscono sottilmente e magari imponderabilmente diversi rischi o, comunque, specifiche rilevanti contingenze. In tali casi la valutazione ex ante della condotta terapeutica, tipica del giudizio sulla colpa, dovrà essere rapportata alla difficoltà delle valutazioni richieste al professionista: il terapeuta complessivamente avveduto ed informato, attento alle linee guida, non sarà

rimproverabile quando l'errore sia lieve, ma solo quando esso si appalesi rimarchevole.

In conclusione, alla stregua della nuova legge, le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti.

Si è ritenuto in tale pronuncia che tale disciplina, trovi il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia. Occorre qui aggiungere che non può tuttavia escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza; come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale.

Peraltro, nel caso in esame è senza dubbio in questione la perizia del terapeuta. E dunque già sotto questo profilo l'esclusione dell'applicazione della nuova normativa è censurabile.

Ma la sentenza è pure erronea quando enuncia che l'innovazione trova applicazione solo nei casi di particolare difficoltà. Nulla induce in tal senso. Pure a tale riguardo la richiamata sentenza Cantore ha posto enunciazioni che vanno qui solo richiamate. Si è considerato che la protezione offerta dalla nuova normativa non è illimitata. A stregua della logica della norma, la regola d'imputazione soggettiva della sola colpa non lieve non interviene in tutte le situazioni in cui, nel corso del trattamento, vi sia stata, in qualche frangente, l'attuazione di una direttiva corroborata. Al contrario, occorre individuare la causa dell'evento, il rischio che in esso si è concretizzato. Si richiede altresì di comprendere se la gestione di quello specifico rischio sia governata da linee guida qualificate, se il professionista si sia ad esse attenuto, se infine, nonostante tale complessivo ossequio ai suggerimenti accreditati, vi sia stato alcun errore e, nell'affermativa, se esso sia rimarchevole o meno. Naturalmente, si tratterà pure di valutare se una condotta terapeutica appropriata avrebbe avuto qualche qualificata probabilità di evitare l'evento, ma in ciò non vi è nulla di nuovo rispetto agli ordinari criteri di accertamento della colpa. In conclusione, il paradigma di accertamento e valutazione della colpa che si è sinteticamente tratteggiato seguendo la ratio della riforma non è sempre pertinente: l'indagine sulla correttezza della condotta medica potrà esulare dall'ambito segnato da accreditate direttive scientifiche. Ciò potrà senz'altro accadere quando tali direttive manchino o quando la questione di cui si discute nel processo concerna comunque un aspetto del trattamento che esuli dal tema dell'aderenza alle ridette linee guida.

Dunque, nel caso in esame, andrà preliminarmente chiarito se esistano linee guida accreditate e se esse siano state nel loro complesso seguite.

Posto tale inquadramento occorrerà verificare se il terapeuta abbia posto in essere condotta gravemente colposa che possa fondare l'addebito. Pure a tale riguardo la ridetta sentenza ha posto enunciazioni che vanno qui ribadite.

Si è considerato che il legislatore ha evidentemente utilizzato lo strumento costituito dal modellamento della colpa che si rinviene nella tradizione penalistica italiana proprio in tema di responsabilità medica; e che si riscontra pure in molti ordinamenti stranieri. Si è quindi scelto di distinguere colpa lieve e colpa grave. La nuova normativa non ha definito le due figure, ne' ha tratteggiato la linea di confine tra esse; e d'altra parte non vi sono elementi per ritenere che si sia voluto far riferimento a categorie estranee alla tradizione penalistica nazionale, quale si esprime nella tradizione giuridica.

Si è rammentato che il giudizio sulla gravità della colpa non è per nulla estraneo all'esperienza giuridica penalistica. Esso è imposto dall'art. 133 cod. pen. che prevede che la misura della pena debba essere commisurata anche al grado della colpa, ma non fornisce alcuna indicazione sui criteri che debbono presiedere a tale delicata valutazione. La graduabilità della colpa si desume altresì dall'art. 43 c.p. e art. 61 c.p., n. 3 che configurano la colpa cosciente come un grado particolare e non come una figura autonoma di colpa. La materia è scarsamente approfondita sia in dottrina che in giurisprudenza, soprattutto a causa dell'opinione diffusa che il giudizio sulla colpa e sulla graduazione della pena sfugga ad una analisi razionale fondata su basi logiche e sia alimentato prevalentemente da valutazioni su base intuitiva, che riguardano elementi emotivi, la personalità dell'agente e l'atteggiamento nei confronti degli interessi in gioco. Ciò nonostante nella riflessione giuridica si rinvengono utili e sostanzialmente concordi indicazioni.

Si osserva che, poiché la colpa costituisce la violazione di un dovere obiettivo di diligenza, un primo parametro attinente al profilo oggettivo della diligenza riguarda la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere. Occorrerà cioè considerare di quanto ci si è discostati da tale regola. Così, ad esempio, occorrerà analizzare di quanto si è superato il limite di velocità consentito; o in che misura si è disattesa una regola generica di prudenza. Occorrerà altresì considerare quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell'evento, quanto fosse in concreto evitabile la sua realizzazione. 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 una 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.

Altro elemento di rilievo sul piano soggettivo è quello della motivazione della condotta. Come si è già accennato, un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se compiuto per una ragione d'urgenza. Infine, un profilo soggettivo è costituito dalla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell'evento. Si tratta della colpa cosciente, che rappresenta la forma più prossima al dolo. Peraltro, non sempre ed anzi di rado la valutazione della colpa è fondata su un unico indicatore. Ben spesso coesistono fattori differenti e di segno contrario. In tale caso si ritiene che il giudice debba procedere alla ponderazione comparativa di tali fattori, secondo un criterio di equivalenza o prevalenza non dissimile da quello che viene compiuto in tema di concorso di circostanze. L'analisi comparativa diviene ancora più complessa quando si presenti il concorso di colpa di più agenti o della stessa vittima. In ogni caso, la valutazione della colpa non potrà mancare di considerare la complessità e difficoltà dell'atto medico o chirurgico richiesto, ma è erroneo ritenere che la normativa esoneri da responsabilità solo in caso di speciale difficoltà del compito.

Conclusivamente il giudice, nell'escludere l'applicazione della normativa in questione ha errato quando ha ritenuto che nel caso in esame non fosse in questione la perizia del terapeuta. Ed ha errato quando ha ritenuto applicabile l'innovazione ai soli casi di speciale difficoltà.

Sotto tale riguardo la sentenza va annullata con rinvio davanti al giudice civile che si atterrà ai principi sopra indicati, apprezzando la gravità della colpa alla stregua di tutte le coordinate fattuali proprie del caso; e quindi in primo luogo (ma non solo) considerando la difficoltà della fattispecie e la misura della distanza tra la condotta tenuta e quella corretta.

P q m

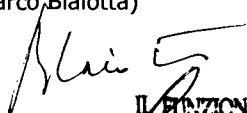
Annulla nella prospettiva penale la impugnata sentenza perché il reato addebitato è estinto per intervenuta prescrizione.

Annulla la stessa sentenza quanto alle statuizioni civili con rinvio davanti al giudice civile in grado d'appello competente per valore.

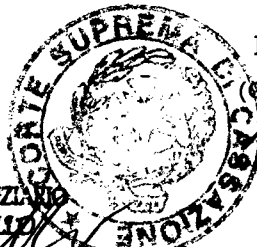
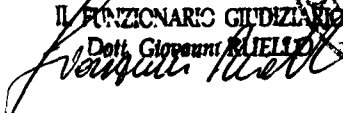
Roma 9 ottobre 2014

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

(Rocco Marco Blaiotta)

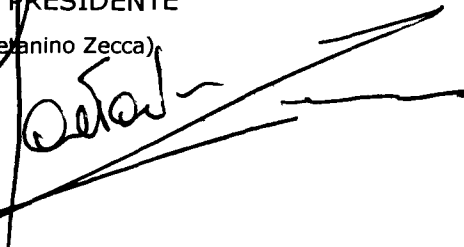


IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott. Giovanni MIELLO



IL PRESIDENTE

(Gennaro Zecca)



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
IV Sezione Penale
DEPOSITATO IN CANCELLERIA

17 NOV. 2014



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott. Giovanni RUELLO

Giovanni Ruello

