

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONE IV PENALE

Sentenza 29 gennaio - 9 aprile 2013, n. 16237

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE QUARTA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. BRUSCO Carlo G. - Presidente -

Dott. MASSAFRA Umberto - Consigliere -

Dott. BLAIOTTA R. - rel. Consigliere -

Dott. VITELLI CASELLA Luca - Consigliere -

Dott. MONTAGNA Alfredo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

C.G. N. IL (OMISSIS);

avverso la sentenza n. 8613/2010 CORTE APPELLO di ROMA, del 24/10/2011;

visti gli atti, la sentenza e il ricorso;

udita in PUBBLICA UDIENZA del 29/01/2013 la relazione fatta dal Consigliere Dott. ROCCO MARCO BLAIOTTA;

Udito il Procuratore Generale in persona del Dott. V. D'Ambrosio, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

Udito il difensore Avv. Madia T., che ha chiesto l'annullamento senza rinvio.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Il Tribunale di Roma ha affermato la responsabilità dell'imputato in epigrafe in ordine al reato di omicidio colposo in danno di L.A.. La sentenza è stata riformata dalla Corte d'appello solo per ciò che attiene alla pena, essendosi sostituita la sanzione detentiva con quella pecuniaria.

L'imputazione attiene all'esecuzione, in una clinica privata, di intervento di ernia discale recidivante, nel corso del quale venivano lese la vena e l'arteria iliaca. L'imputato, esecutore dell'atto chirurgico, disponeva il ricovero presso nosocomio attrezzato per un urgente intervento vascolare riparatorio, ma senza esito giacchè, nonostante la tempestiva operazione in laparotomia, la paziente veniva meno a seguito della grave emorragia.

Il Tribunale ha affermato la responsabilità in relazione alla condotta commissiva afferente all'erronea esecuzione dell'intervento di ernia discale. Si assume che sia stata violata la regola precauzionale, enunciata in letteratura, di non agire in profondità superiore a 3 centimetri; e di non

procedere ad una pulizia radicale del disco erniario, per evitare la complicità connessa alla lesione dei vasi che corrono nella zona dell'intervento.

E' stata invece espressamente esclusa l'esistenza degli altri contestati o ipotizzati profili di colpa, afferenti alla mancata esecuzione di un intervento in laparotomia per suturare il vaso lesionato; ed alla mancata predisposizione di equipe chirurgica e di attrezzatura idonea, al fine di fronteggiare eventuali complicanze del genere di quella verificatasi.

Tale valutazione è stata condivisa dalla Corte d'appello per ciò che attiene al profilo di colpa commissiva. La stessa Corte ha peraltro ritenuto che il sanitario sia in colpa anche per non aver preventivato la complicità e per non aver organizzato l'esecuzione dell'intervento in una clinica attrezzata per far fronte alla possibile lesione di vasi sanguigni.

2. Ricorre per cassazione l'imputato deducendo diversi motivi.

2.1 Con il primo si prospetta travisamento della prova in ordine all'asserita regola precauzionale di non introdurre lo strumento chirurgico ad una profondità superiore a 3 centimetri. Il testo scientifico evocato sinteticamente dalla pronuncia impugnata è in realtà di ben altro tenore: si afferma, infatti, che il rischio può essere talvolta ridotto se la penetrazione all'interno dello spazio intersomatico è limitata a meno di 3 centimetri. Dunque, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'appello, la regola cautelare è tutt'altro che rigida.

2 D'altra parte, non esiste un metodo per misurare la profondità di penetrazione dello strumento. Le argomentate deduzioni della difesa non sono state per nulla esaminate dal giudice.

2.2 Con il secondo motivo si deduce mancanza della motivazione in ordine alla natura della colpa ascritta all'imputato. Non si è chiarito se si tratti di imperizia o imprudenza. Si è trascurato di considerare le caratteristiche dell'operazione: recidiva di ernia discale, che comporta un inevitabile aumento del rischio chirurgico.

Tale decisiva questione non è stata minimamente esaminata e si è omesso di considerare che l'intervento chirurgico in questione è caratterizzato da un delicato equilibrio: agire in profondità per asportare il materiale discale e prestare attenzione a non lacerare i vasi che corrono a breve distanza. Nel caso in esame si sarebbe dovuta quindi considerare l'esistenza di una misura di rischio consentito. Infine, si è omesso di mettere a confronto la tesi scientifica che ha fondato il rimprovero colposo con le altre prospettate dal consulente della difesa.

2.3 Con il terzo motivo si lamenta violazione dell'effetto devolutivo dell'impugnazione. La Corte ha ritenuto la responsabilità in ordine alla presunta inadeguatezza della struttura sanitaria prescelta per l'esecuzione dell'intervento, in relazione ai rischi ad esso connessi. Invece il primo giudice aveva espressamente escluso tale profilo di colpa, che non era stato peraltro neppure formalmente contestato, essendosi considerato che la complicità vascolare è molto rara. Sul punto non vi era stata alcuna impugnazione e si era quindi formato il giudicato.

2.4 Con il quarto motivo si prospetta vizio della motivazione quanto al profilo di colpa afferente all'indicata questione dell'adeguatezza della struttura sanitaria. Il primo giudice ha ampiamente argomentato al riguardo, aderendo alle valutazioni espresse sia dal consulente dell'accusa pubblica che da quello della parte civile. La Corte d'appello ha ribaltato tale ponderazione senza sottoporla a revisione critica.

2.5 Ha fatto seguito la presentazione di motivi aggiunti in forma di deposito di atti richiamati nel ricorso.

2.6 Infine, con motivo nuovo si è esposto che, per effetto della L. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3, è stata operata una parziale abolizione della fattispecie di omicidio colposo, essendo stata esclusa la rilevanza della colpa lieve nel caso in cui il sanitario si attenga alle linee guida ed alle buone pratiche terapeutiche. Il caso oggetto del processo, d'altra parte, riconduce alla nuova disciplina. Si tratta di stabilire se esista una buona pratica chirurgica che imponga di non introdurre l'ago a non più di 3 centimetri e se, con riguardo alle accreditate linee guida, vi sia colpa non lieve.

3. Il ricorso è fondato alla luce del motivo nuovo (p.2.6).

Va tuttavia preliminarmente esaminato il terzo motivo, dal quale dipende l'ampiezza del tema demandato a questa Corte suprema, afferente, nel suo complesso, all'esistenza di condotta colposa.

La questione sollevata è fondata. Dall'esame della sentenza del Tribunale, infatti, emerge che con apprezzabile chiarezza il dispositivo reca l'affermazione di responsabilità esclusivamente con riguardo alla condotta commissiva che ha determinato la rottura dei vasi e la conseguente emorragia. Non solo. Nella parte motiva si argomenta che il profilo di colpa afferente all'inadeguatezza della struttura prescelta per l'esecuzione dell'intervento non è stato esplicitato nel capo d'imputazione. Esso è emerso nel corso del giudizio, ma il P.M. non ha ritenuto di elevare contestazione al riguardo. Tale valutazione dell'accusa pubblica viene condivisa. Si argomenta che la clinica in cui l'atto chirurgico fu eseguito non era attrezzata per un intervento in laparotomia, non erano stati allertati i sevizi di chirurgia vascolare, nè erano stati predisposti gli apparati occorrenti. Tuttavia è emerso che simili cautele, sebbene astrattamente auspicabili, non sono previste per l'intervento di ernia discale, anche a cagione della rarità delle complicanze. Al riguardo tutti gli esperti hanno convenuto. Si aggiunge che pure il profilo di colpa omissiva afferente alla mancata, immediata esecuzione di un intervento riparatore in laparotomia va escluso. Residua, in conseguenza, il solo profilo di colpa commissiva afferente alla ridetta lesione dei vasi sanguigni.

La pronuncia non è stata impugnata nè dall'accusa pubblica nè da quella privata. Ne discende che, sia che si voglia riguardare le cose sotto il profilo dell'immutabilità della contestazione, sia che si voglia tenere in conto l'effetto devolutivo dell'impugnazione, non vi è dubbio che al giudice d'appello fosse stato demandato il solo tema della colpa commissiva di cui si parla. Ne discende che la pronuncia impugnata va censurata quanto alle enunciazioni afferenti agli altri profili di colpa; e che l'unico tema oggetto di discussione nella presente sede di legittimità riguarda la colpa commissiva afferente alla lesione dei vasi.

4. Come si è accennato, correttamente il motivo nuovo chiama in causa l'innovazione introdotta con la L. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3. La nuova normativa prevede che l'esercente una professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida ed a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve.

L'innovazione è pertinente al caso in esame poichè, come esposto nella sentenza impugnata, larga parte della discussione sulla colpa si è incentrata proprio sull'esistenza e sul contenuto di linee guida in ordine all'esecuzione dell'intervento in questione, nonchè sulla loro osservanza da parte del C.. Si tratta, allora, di comprendere quale sia la portata della riforma e quali ne siano gli effetti nel caso concreto.

Non può essere del tutto condiviso il pur argomentato punto di vista del Procuratore generale requirente, che ha rimarcato le imperfezioni, le incongruenze nonchè l'apparente contraddittorietà della legge. Si è considerato che non è facile comprendere come possa configurarsi colpa nel caso

3

in cui vi sia stata l'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche terapeutiche; e se ne è desunto che si è in presenza di una novità di modesto rilievo.

Non vi è dubbio che l'intervento normativo, se sottoposto a critica serrata, mostrerebbe molti aspetti critici. Si è in effetti in presenza, per quel che qui interessa, di una disciplina in più punti laconica, incompleta; che non corrisponde appieno alle istanze maturate nell'ambito del lungo dibattito dottrinale e della vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica. E' mancata l'occasione per una disciplina compiuta della relazione terapeutica e delle sue patologie. Tuttavia, piuttosto che attardarsi nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere e valorizzare il senso delle innovazioni.

Orbene, già ad una prima lettura risulta chiaro che due sono i tratti di nuova emersione. Da un lato la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva.

Dall'altro, la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purchè corroborate dal sapere scientifico.

Si tratta di novità di non poco conto. La colpa penale, sia pure in un contesto limitato, assume ora una duplice configurazione. E d'altra parte viene abbozzato, in ambito applicativo, un indirizzo sia per il terapeuta che per il giudice, nel segno della documentata aderenza al più accreditato sapere scientifico e tecnologico.

4

Come si è accennato, tali nuovi tratti della disciplina legale non nascono dal nulla. Al contrario, essi germinano sul terreno di controverse letture della colpa professionale, maturate sia in ambito teorico che giurisprudenziale. Non meno importante, poi, è la temperie di politica del diritto che sta sullo sfondo: le istanze difensive della professione, le attese delle vittime, i problemi afferenti all'allocazione dei costi, il contemperamento tra esigenze terapeutiche e limitatezza dei bilanci pubblici. Ne discende che, pur volendo porre le cose nel modo più semplice e breve, rifuggendo da inutili complicazioni, il senso della nuova disciplina sfuggirebbe se essa non fosse collocata in una prospettiva storica, particolarmente per ciò che attiene allo sviluppo della giurisprudenza in tema di colpa dell'esercente le professioni sanitarie. Tale pur sommaria analisi è funzionale alla complessiva lettura del sistema, alla comprensione dell'esatta portata della riforma ed all'armonizzazione del nuovo con il preesistente.

5. La storia della responsabilità medica appare complessa, sfumata e ricca di insegnamenti. Essa costituisce, tra l'altro, il topos per lo studio della colpa grave ora normativamente introdotta nell'ordinamento penale. La più antica giurisprudenza di legittimità in tema di colpa nell'esercizio della professione medica si caratterizza per la particolare larghezza: si afferma che la responsabilità penale può configurarsi solo nei casi di colpa grave e cioè di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte. Nelle pronunzie risalenti si legge che la malattia può manifestarsi talvolta in modo non chiaro, con sintomi equivoci che possono determinare un errore di apprezzamento, e che sovente non esistono criteri diagnostici e di cura sicuri. La colpa grave rilevante nell'ambito della professione medica si riscontra nell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria. Dovendo la colpa del medico essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perchè la scienza medica non determina in ordine allo

stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perchè nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile, l'esclusione della colpa professionale trova un limite nella condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica. Insomma, in questa ormai remota giurisprudenza l'esclusione della colpa è la regola e l'imputazione colposa è l'eccezione che si configura solo nelle situazioni più plateali ed estreme.

Il supporto normativo di tale orientamento è stato solitamente individuato nell'art. 2236 cod. civ., letto come strumento per limitare la responsabilità ai soli casi di errore macroscopico. In dottrina il rilievo in ambito penale di tale norma è stato ricondotto ad un'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, cioè alla necessità di evitare che comportamenti che non concretizzano neppure un illecito civile assumano rilevanza nel più rigoroso ambito penale. Tale connessione tra le due normative, tuttavia, è stata sottoposta in ambito teorico ad importanti precisazioni, che la giurisprudenza ha spesso trascurato: le prestazioni richieste devono presentare speciali difficoltà tecniche, ed inoltre la limitazione dell'addebito ai soli casi di colpa grave riguarda l'ambito della perizia e non, invece, quelli della prudenza e della diligenza. In tale visione si ritiene che la valutazione della colpa medica debba essere compiuta con speciale cautela nei soli casi in cui si richiedano interventi particolarmente delicati e complessi e che coinvolgano l'aspetto più squisitamente scientifico dell'arte medica.

- 5 La questione della compatibilità tra l'indirizzo "benevolo" della giurisprudenza ed il principio d'uguaglianza è stata posta, nell'anno 1973, all'attenzione della Corte costituzionale (sent. 28 novembre 1973, n. 166) che ha sostanzialmente recepito le linee dell'indicata dottrina, affermando che dagli artt. 589, 42 e 43 c.p. e dall'art. 2236 cod. civ. è ricavabile una particolare disciplina in tema di responsabilità degli esercenti professioni intellettuali, finalizzata a fronteggiare due opposte esigenze: non mortificare l'iniziativa del professionista col timore d'ingiuste rappresaglie in caso d'insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso.

Tale particolare regime, che implica esenzione o limitazione di responsabilità, però, è stato ritenuto applicabile ai soli casi in cui la prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e riguarda l'ambito della perizia e non quello della diligenza e della prudenza. Considerato che la deroga alla disciplina generale della responsabilità per colpa ha un'adeguata ragion d'essere ed è contenuta entro il circoscritto tema della perizia, la Corte ha ritenuto che non vi sia lesione del principio d'uguaglianza.

L'orientamento indulgente della giurisprudenza ha finito col coprire anche casi di grave leggerezza ed ha determinato una situazione di privilegio per la categoria, che è parsa ad alcuni giuristi anche in contrasto col principio costituzionale d'uguaglianza. Si è pure ritenuto che tanta comprensione verso comportamenti spesso gravemente censurabili fosse espressione della deteriore visone paternalistica della medicina.

Per effetto di tali critiche le cose sono ad un certo punto mutate.

Fattasi strada una visione relazionale del rapporto tra sanitario e paziente, a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo, si è affermata e consolidata una giurisprudenza radicalmente contrapposta, che esclude qualsiasi rilievo, nell'ambito penale, dell'art. 2236 del codice civile; ed impone di valutare la colpa professionale sempre e comunque sulla base delle regole generali in tema di colpa contenute nell'art. 43 cod. pen. Si è considerato che la norma civile riguarda il risarcimento del danno, quando la prestazione professionale comporta la soluzione di problemi

tecniche di particolare difficoltà, e non può essere applicata all'ambito penale nè in via estensiva, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale della colpa, nè in via analogica, vietata per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi in materia. La gravità della colpa potrà avere eventualmente rilievo solo ai fini della graduazione della pena. Con tale approdo, occorre annotare, l'istanza di coerenza interna dell'intero ordinamento è stata sacrificata a quella di uniforme applicazione dell'imputazione colposa in ambito penale.

6. Tuttavia la questione della ponderazione in ordine alla gravità della colpa non si è esaurita. Espunto l'art. 2236 dal novero delle norme applicabili nell'ordinamento penale, esso vi è rientrato per il criterio di razionalità del giudizio che esprime. Questa Suprema Corte ha così affermato (Sez. 4, n. 39592 del 21 giugno 2007, Buggè, Rv. 237875) che la norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico, quando il caso specifico sottoposto al suo esame impone la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versa in una situazione emergenziale, sia quando il caso implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

6 Questa rivisitazione della normativa civilistica appare importante, non solo perchè recupera le ragioni profonde che stanno alla base del tradizionale criterio normativo di attenuazione dell'imputazione soggettiva, ma anche perchè, in un breve passaggio, la sentenza pone in luce i contesti che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione benevola del comportamento del sanitario: da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall'altro (aspetto mai prima enucleato esplicitamente) le situazioni nelle quali il medico si trovi ad operare in emergenza e quindi in quella temperie intossicata dall'impellenza che rende quasi sempre difficili anche le cose facili. Quest'ultima notazione, valorizzata come si deve, apre alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa.

Il principio enunciato da tale sentenza è stato recentemente ribadito e chiarito più volte. In una pronuncia ([Sez. 4, n. 16328 del 5 aprile 2011](#), Montalto, rv. 251941) si è posta in luce la connessione tra colpa grave ed urgenza terapeutica; e si è rimarcato che una attenta e prudente analisi della realtà di ciascun caso può consentire di cogliere le contingenze nelle quali vi è una particolare difficoltà della diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza; e di distinguere tale situazione da quelle in cui, invece, il medico è malaccorto, non si adopera per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omissivi, tanto più quando la sua specializzazione gli impone di agire tempestivamente proprio in emergenza. E' stata quindi confermata la sentenza assolutoria di merito che aveva compiuto una ponderazione basata sull'ambiguità della sintomatologia e dell'esito degli esami ematochimici, nonchè sulla necessità di avviare con prontezza il paziente alla struttura sanitaria che, nella situazione data, appariva ragionevolmente dotata delle competenze ed attrezzature più adeguate in relazione alla prospettata patologia neurologica.

In altra sentenza (Sez. 4, n. 4391/12 del 22 novembre 2011, Di Lella, rv. 251941) si è affermato che il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio o sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate. Da questo punto di vista, si è concluso, l'art. 2236 cod. civ. non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose.

In breve, quindi, la colpa del terapeuta ed in genere dell'esercente una professione di elevata qualificazione va parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli ed al contesto in cui esso si è svolto. Il principio è stato enunciato in un caso in cui si discuteva della responsabilità dello psichiatra di una casa di cura in cui era da tempo ricoverato un degente affetto da una grave patologia psichiatrica e che era precipitato al suolo, perdendo la vita, a causa della sua condizione, verosimilmente per la realizzazione di proposito suicidiario. Si è affermato che vi sono contesti, come quello psichiatrico, nei quali esiste una ineliminabile misura di rischio consentito; e che la linea di confine tra il lecito e l'illecito è spesso incerta, sicchè la valutazione della colpa non può prescindere dalla considerazione di tale contingenza. La psichiatria mostra patologie che non di rado sono difficilmente controllabili completamente. Tale situazione è in gran parte connessa all'abbandono di deprecate pratiche di isolamento e segregazione. In breve, si cura e si protegge il paziente con terapie rispettose della sua dignità che, tuttavia, non possono eliminare del tutto il rischio di condotte inconsulte. Il rischio è insuperabile ma è accettato dalla scienza medica e dalla società:

esso è dunque "consentito". Di tale situazione occorre consapevolmente prendere atto nel valutare la colpa: l'esistenza di una posizione di garanzia non basta di certo, da sola, a fondare l'imputazione, dovendosi esperire il giudizio di rimprovero personale che concretizza la colpevolezza, tenendo adeguatamente conto dei margini d'incertezza connessi all'individuazione dell'area di rischio socialmente accettato.

7

7. Gli spunti giurisprudenziali di cui si è dato conto si collocano prevalentemente sul versante soggettivo della colpa. Si tenta di valorizzare, sul piano del rimprovero personale, le categorie di rischio e le contingenze che rendono ardua la perfetta osservanza delle *leges artis*.

La nuova legge non incide su tale approccio, che resta dunque parte dell'attuale ordinamento normativo della colpa penale e fornirà nel prosieguo dell'esposizione qualche ulteriore utile indicazione proprio attorno ai problemi connessi all'interpretazione della riforma. La legge aggiunge a tale stato dell'arte qualcosa di nuovo.

Il primo dato importante è costituito dalla valorizzazione delle linee guida e delle affidabili pratiche terapeutiche, quando esse siano confortate dal consenso della comunità scientifica.

Come è noto, le linee guida costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche. Si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta. I vantaggi di tale sistematizzata opera di orientamento sono tanto noti quanto evidenti.

Tali regole, come sarà meglio chiarito nel prosieguo, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica. Esse, tuttavia hanno a che fare con le forti istanze di determinatezza che permeano la sfera del diritto penale. Tale enunciazione, assai utile alla comprensione del sistema e delle implicazioni di fondo connesse alla riforma, ha bisogno di un breve chiarimento.

Occorre partire dalla considerazione che la fattispecie colposa ha necessità di essere eterointegrata non solo dalla legge, ma anche da atti di rango inferiore, per ciò che riguarda la concreta disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo. La discesa della disciplina dalla sfera propriamente legale a fonti

gerarchicamente inferiori che caratterizza la colpa specifica, contrariamente a quanto si potrebbe a tutta prima pensare, costituisce peculiare, ineliminabile espressione dei principi di legalità, determinatezza, tassatività.

La fattispecie colposa, col suo carico di normatività diffusa, è per la sua natura fortemente vaga, attinge il suo nucleo significativo proprio attraverso le precostituite regole alle quali vanno parametrati gli obblighi di diligenza, prudenza, perizia.

Questo stato delle cose traspare se guardiamo alla storia dell'istituto. Con la rivoluzione francese si afferma la signoria della legge come antidoto contro i privilegi dell'antico regime; e nello stesso contesto storico, nel codice napoleonico, la colpa cessa di essere generica imprudenza e diventa anche violazione di leggi, regolamenti, ordini. Questa stessa normativa noi ritroviamo nei codici preunitari, nel codice Zanardelli e, infine, nel codice Rocco:

nulla è sostanzialmente mutato nelle moderne definizioni legali della colpa. Come la signoria della legge era l'antidoto contro radicati privilegi, la specificazione della norma cautelare era ed è ancora l'antidoto più forte contro l'imponderabile soggettivismo del giudice ed è quindi garanzia di legalità, imparzialità, prevedibilità delle valutazioni giuridiche.

8

Naturalmente, la fiducia che noi possiamo avere nella colpa specifica non può essere illimitata. Anche a questo proposito la storia è maestra. Essa ci mostra che per tutto l'ottocento e fino alla metà dello scorso secolo, prima che alcuni giuristi svelassero le sottili connessioni che si nascondono dietro questa fattispecie un pò oscura e misteriosa, la colpa specifica è stata intesa in guisa deteriore, essendo fondata sul disvalore d'azione, sulla violazione della regola cautelare. L'evento è stato visto come condizione obiettiva di punibilità e questo ha messo in ombra i valori costituzionali ai quali noi ora ci ispiriamo. La riflessione teorica ci ha spiegato che la colpa specifica non si radica nella sola violazione di una prescrizione ma implica anche la comprensione, con l'aiuto del sapere scientifico, dei molteplici intrecci causali che connettono la condotta all'evento. Noi, ora, parliamo tranquillamente di nesso di prevenzione, di nesso di rischio, di evitabilità in concreto dell'evento, di causalità della colpa. Queste sintetiche espressioni, con il loro carico di sofisticata teoria, valgono da sole a farci intendere quanto importante e sovente intricata sia la connessione tra l'evento illecito e la violazione della prescrizione cautelare: nell'evento, si afferma in breve ed efficacemente, si deve essere concretizzato il rischio che la cautela intendeva evitare.

Quest'ordine concettuale è penetrato nella giurisprudenza di legittimità e costituisce un'importante parte della teoria della colpa.

Sebbene la colpa specifica costituisca la forma più evoluta e determinata d'imputazione, della colpa generica, pur con il suo inevitabile carico di preoccupante vaghezza, non è proprio possibile fare a meno. Essa è parte vitale ma per certi versi inquietante dell'illecito colposo. Con la colpa generica dobbiamo in qualche modo fare i conti, perchè è illusorio pensare che ogni contesto rischioso possa trovare il suo compiuto governo in regole precostituite e ben fondate, aggiornate, appaganti rispetto alle esigenze di tutela. Qui si annida un grande pericolo: il giudice prima definisce le prescrizioni o l'area di rischio consentito e poi ne riscontra la possibile violazione, con una innaturale sovrapposizione di ruoli che non è sufficientemente controbilanciata dalla terzietà. Di tale pericolo occorre avere consapevolezza.

Rispetto a tale quadro d'insieme l'ambito della responsabilità medica presenta alcune peculiarità interessanti. Intanto, a parte la recente innovazione, si registra nel complesso un sostanziale vuoto normativo che enfatizza il ruolo della giurisprudenza. Al contempo, si è in presenza di un'attività

davvero difficile e rischiosa che merita una speciale considerazione. Infine, l'attività medica non è di regola governata da prescrizioni aventi propriamente natura di regole cautelari, ma è fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire oggettività e determinatezza ai doveri del professionista e possono al contempo orientare le pur difficili valutazioni cui il giudice di merito è chiamato.

Per queste ragioni l'ambito del rischio terapeutico promette di far maturare la colpa sia sul versante della determinatezza che su quello del rimprovero soggettivo. 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. Traspare, così, quale interessante rilievo abbiano le linee guida nel conferire determinatezza a fattispecie di colpa generica come quelle di cui ci si occupa.

L'indicazione è semplice, lineare, ma non altrettanto lo è l'itinerario per il conseguimento della scientificità del giudizio.

Infatti, l'acquisizione al processo di informazioni scientifiche adeguatamente attendibili non è sempre agevole, tanto più quando si entra in ambiti complessi, controversi, caratterizzati da sapere in divenire. Il tema deve essere qui brevemente accennato per il rilievo che la questione della qualità delle informazioni scientifiche ha nell'ambito dell'applicazione delle linee guida.

9

Questa Suprema Corte (Sez. 4, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, Rv. 248943) ha già avuto modo di porre in luce i pericoli che incombono in questo campo: la mancanza di cultura scientifica dei giudici, gli interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali oppure occulte tra i membri di una comunità scientifica; la provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche; addirittura, in qualche caso, la manipolazione dei dati; la presenza di pseudoscienza in realtà priva dei necessari connotati di rigore; gli interessi dei committenti delle ricerche.

Tale situazione rende chiaro che il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico, ma deve svolgere un penetrante ruolo critico, divenendo (come è stato suggestivamente affermato) custode del metodo scientifico.

Si è pure posto in luce che il primo e più indiscusso strumento per determinare il grado di affidabilità delle informazioni scientifiche che vengono utilizzate nel processo è costituito dall'apprezzamento in ordine alla qualificazione professionale ed all'indipendenza di giudizio dell'esperto. Tuttavia, ciò può non bastare. Infatti non si tratta tanto di comprendere quale sia il pur qualificato punto di vista del singolo studioso, quanto piuttosto di definire, ben più ampiamente, quale sia lo stato complessivo delle conoscenze accreditate. Pertanto, per valutare l'attendibilità di una tesi occorre esaminare gli studi che la sorreggono; l'ampiezza, la rigosità, l'oggettività delle ricerche; il grado di consenso che l'elaborazione teorica raccoglie nella comunità scientifica.

Inoltre, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. Insomma, dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato.

Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un'indagine siffatta: le informazioni relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti. Costoro, come si è accennato, non dovranno

essere chiamati ad esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, vi sia conoscenza scientifica in grado di guidare affidabilmente l'indagine. Di tale indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto. Si tratta di indagine afferente alla sfera del fatto e dunque rimessa alla valutazione del giudice di merito; mentre il controllo di legittimità attiene solo alla razionalità ed alla rigorosità dell'apprezzamento compiuto.

Alla stregua di quanto precede risulta chiarito e nobilmente enfatizzato il ruolo di peritus peritorum tradizionalmente conferito al giudice. Nessuna rivendicazione di potere e di supremazia.

Piuttosto, l'indicazione di un metodo. Il giudice, con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, metabolizzando la complessità e pervenendo ad una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione ed umanamente plausibile: il più alto ed impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio. Il perito non è più (non avrebbe mai dovuto esserlo) l'arbitro che decide il processo, ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito cui il giudizio si interessa, spiegando quale sia lo stato del dibattito nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati della scienza o della tecnologia. Tutto ciò ha a che fare con i temi della legalità, della determinatezza e della colpevolezza. Si vuol dire che l'ontologica "terzietà" del sapere scientifico accreditato è lo strumento a disposizione del giudice e della parti per conferire oggettività e concretezza al precetto ed al giudizio di rimprovero personale.

10

Tale ordine di idee trova puntuale applicazione nell'ambito di cui ci si occupa: il legislatore ha evidentemente colto l'importanza del sapere scientifico e tecnologico consolidatosi in forma agevolmente disponibile in ambito applicativo ed ha al contempo richiesto il sicuro, condiviso accreditamento delle direttive codificate.

Questo stato delle cose consente una provvisoria conclusione: il giudizio sull'imputazione soggettiva, nella responsabilità medica, non da corpo alla colpa specifica in senso proprio, ma le istanze di determinatezza cui si è fatto cenno sopra possono essere soddisfatte attraverso lo strumento diffuso del sapere scientifico, anche nelle sue forme codificate costituite, tra l'altro, dalle linee guida. Il giudice, tuttavia, nei casi dubbi, dovrà prestare particolare attenzione all'accREDITAMENTO scientifico delle regole di comportamento che hanno guidato l'azione del terapeuta.

8. Diverse sono le ragioni per le quali le direttive di cui si discute non sono in grado di offrire standard legali precostituiti;

non divengono, cioè, regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica: da un lato la varietà ed il diverso grado di qualificazione delle linee guida; dall'altro, soprattutto, la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della prescrittività propria di una regola cautelare, per quanto elastica.

Tali aspetti richiedono un chiarimento.

La generica definizione sopra proposta delle linee guida non rende conto del multiforme, eterogeneo universo che da corpo alla categoria: diverse fonti, diverso grado di affidabilità, diverse finalità specifiche, metodologie variegata, vario grado di tempestivo adeguamento al divenire del

sapere scientifico. Alcuni documenti provengono da società scientifiche, altri da gruppi di esperti, altri ancora da organismi ed istituzioni pubblici, da organizzazioni sanitarie di vario genere. La diversità dei soggetti e delle metodiche influenza anche l'impostazione delle direttive:

alcune hanno un approccio più speculativo, altre sono maggiormente orientate a ricercare un punto di equilibrio tra efficienza e sostenibilità; altre ancora sono espressione di diverse scuole di pensiero che si confrontano e propongono strategie diagnostiche e terapeutiche differenti.

Tali diversità rendono subito chiaro che, come si è accennato, per il terapeuta come per il giudice, le linee guida non costituiscono uno strumento di preconstituita, ontologica affidabilità. Si ripresenta nell'ambito della scienza applicata lo stesso rilevante problema che attiene all'utilizzazione della conoscenza generalizzante di cui si è già fatto cenno a proposito del metodo dell'indagine scientifica nel processo penale. Dunque, anche nell'ambito delle linee guida non è per nulla privo di interesse valutare le caratteristiche del soggetto o della comunità che le ha prodotte, la sua veste istituzionale, il grado di indipendenza da interessi economici condizionanti. Rilevano altresì il metodo dal quale la guida è scaturita, nonché l'ampiezza e la qualità del consenso che si è formato attorno alla direttiva. A tale riguardo è sufficiente rammentare sinteticamente che si è con ragione diffuso un orientamento che rapporta la qualità scientifica delle indagini e delle "istruzioni" che se ne traggono alle prove oggettive che le corroborano.

11

Il legislatore ha evidentemente inteso la delicatezza del problema e ne ha indicata la soluzione, rapportando le linee guida e le pratiche terapeutiche all'accreditamento presso la comunità scientifica. Il terapeuta, dunque, 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.

Si tratta di una prima, importante enunciazione normativa. La legge propone un modello di terapeuta attento al sapere scientifico, rispettoso delle direttive formatesi alla stregua di solide prove di affidabilità diagnostica e di efficacia terapeutica, immune da tentazioni personalistiche. Tale responsabile, qualificato approccio alla difficile professione giustifica, nella valutazione del legislatore, l'attribuzione di rilievo penale alle sole condotte connotate da colpa non lieve. Naturalmente, quelle stesse accreditate direttive costituiranno, al contempo, la guida per il giudizio sulla colpa. Si tratta di una conclusione che, come si vede, pone in sintonia il legislatore con i più recenti approdi della giurisprudenza di questa Corte in tema di prova scientifica.

9. Tale prima indagine sull'attendibilità delle linee guida non esaurisce l'itinerario che conduce all'individuazione dell'approccio terapeutico appropriato. Sono infatti in questione la natura, la struttura e lo scopo delle direttive. Si entra qui in un ambito che riguarda la conformazione delle linee guida e che tocca da vicino la comprensione del significato della novella di cui ci si occupa.

Una prima lettura della norma induce a cogliervi una contraddizione:

un terapeuta che rispetta le linee guida e che è al contempo in colpa. La contraddizione è in realtà solo apparente. Per risolverla occorre considerare che, come si è sopra esposto, le linee guida, a differenza dei protocolli e delle check list, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico.

Potrà ben accadere, dunque, che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia

e che, in alcuni casi, si trovi a doversi addirittura derogare radicalmente. Il legislatore ha evidentemente tenuto conto di tale situazione, disciplinando l'evenienza di un terapeuta rispettoso delle "istruzioni per l'uso" e tuttavia in colpa.

10. Tale ricostruzione del ruolo non meccanicistico delle linee guida si rinviene nella giurisprudenza di questa Suprema Corte. Da essa, nel complesso, emerge che l'osservanza o l'inosservanza delle guida terapeutica indizia soltanto la presenza o l'assenza di colpa, ma non implica l'automatica esclusione o affermazione dell'imputazione soggettiva. Le linee guida, in effetti, sono utilizzate frequentemente, con esiti tuttavia variabili sulla sorte del processo.

Il tema è stato recentemente colto riassuntivamente (Cass. 4, 11 luglio 2012, n. 35922, Ingrassia), anche attraverso la lettura della giurisprudenza più recente. Si è considerato che le linee guida hanno un rilievo probatorio indubbio ma non esaustivo. Esse non possono fornire, infatti, indicazioni di valore assoluto: non si può pregiudizialmente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga, attese le particolarità del caso clinico, di dover coltivare una soluzione atipica. D'altra parte, le raccomandazioni possono essere controverse oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia. E' evidente che i suggerimenti codificati contengono indicazioni generali riferibili al caso astratto, ma è altrettanto evidente che il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano ciascun concreto caso clinico. In ogni caso, i documenti devono essere in linea con il sapere scientifico accreditato e non possono essere improntati all'esclusivo soddisfacimento di esigenze di economia gestionale, trascurando le reali esigenze di cura.

12

11. La considerazione delle caratteristiche delle linee guida aiuta a comprendere la portata della nuova normativa ed risolverne l'apparente contraddittorietà.

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 determina 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 persegue 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. Tale disciplina, naturalmente, trova il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia.

13

12. La protezione offerta non è però illimitata. Si vuol dire che, alla 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.

13. Resta, infine, da esaminare il tema più nuovo ed oscuro introdotto dalla nuova disciplina, quello della distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

E' intanto da escludere senz'altro che si sia configurata un'esimente. Infatti, non si è in presenza di una giustificazione che trovi la sua base in istanze germinate in altre parti dell'ordinamento giuridico. Nè può pensarsi ad una scusante, cioè ad una causa di esclusione della colpevolezza.

Il legislatore ha evidentemente utilizzato lo strumento costituito dal modellamento della colpa che, come si è visto, si rinviene nella tradizione penalistica italiana proprio in tema di responsabilità medica; e che si riscontra pure in molti ordinamenti stranieri. Si è quindi scelto di distinguere colpa lieve e colpa grave.

La nuova normativa non ha definito le due figure, nè 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 già evocata giurisprudenza.

L'assenza di una definizione legale complica senza dubbio le cose.

L'esperienza giuridica insegna che, quando una categoria giuridica si scompone in distinte configurazioni, l'interprete si trova solitamente ad affrontare complesse questioni che riguardano il tratteggio dell'area di ciascuna figura e la collocazione nell'uno o nell'altro contenitore concettuale

di comportamenti che si trovano in una sfumata zona grigia sita ai margini del metaforico segno di confine. Tale compito si annunzia particolarmente arduo in un ambito come quello di cui ora ci si occupa. Intanto, si è al cospetto del lato soggettivo del reato, quello che per sua natura maggiormente sfugge all'umana comprensione, che assai spesso non mostra clamorosi segni di sè e chiede al giudice l'immane compito di scorgere e ponderare segni, indizi impalpabili dai quali inferire l'atteggiamento interiore. La difficoltà diviene massima nell'ambito della colpa, figura soggettiva d'impronta marcatamente normativa, priva di contenuto psicologico: qui, in fin dei conti, tutto si risolve nella valutazione che il giudicante esprime. Dunque, il peso dell'apprezzamento tecnicamente "discrezionale" è massimo.

Naturalmente, 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 dottrinale si rinvencono utili e sostanzialmente concordi indicazioni.

14

Si osserva che, poichè 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 un 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.

Nella giurisprudenza non si rinvencono indicazioni analitiche circa i fattori di graduazione della colpa, ma solo riferimenti impliciti o appena accennati alla distanza tra la condotta tenuta e quella pretesa, alla misura della prevedibilità dell'evento.

14. La valutazione di cui si parla, normalmente altamente "discrezionale", assume ora, nell'ambito della responsabilità medica, un peso diverso, estremo. Essa segna l'essere o il non essere del reato. Dunque, non si tratta più di graduare, ma di tentare di definire con qualche precisione il cruciale confine che determina l'estensione dell'illecito. Si tratta di sfuggire, per quanto possibile, alla tentazione di ricorrere a sinonimi, ad artifici retorici, ad itinerari argomentativi circolari, tautologici; ed occorre provare ad aggiungere, per quanto possibile, qualcosa di definito, oggettivo e pertinente a ciò che l'idea di gravità del rimprovero intuitivamente implica.

15

Il panorama normativo non fornisce aiuto concreto. In diverse norme compare l'evocazione della colpa grave, senza che segua alcuna definizione che possa ritenersi anche solo limitatamente pertinente al contesto. Per contro, qualche indicazione può essere fornita propria dalla già evocata giurisprudenza di questa Corte suprema.

Come si è visto, per un lungo periodo si è ritenuto che la responsabilità colposa del sanitario potesse configurarsi solo in caso di macroscopica violazione delle regole più elementari dell'ars medica: la plateale ignoranza o l'altrettanto estrema assenza di perizia nell'esecuzione dell'atto medico. Naturalmente, in casi di tale genere non vi può essere dubbio sulla gravità della colpa.

Tuttavia tale definizione appare riduttiva. Essa si confronta con la marcata violazione delle regole basilari e traccia la figura di un terapeuta radicalmente inadeguato rispetto al suo ruolo. Tuttavia, occorre considerare che lo stato attuale della medicina appare assai più complesso e sofisticato: la valutazione sull'adeguatezza dell'approccio terapeutico non può essere realisticamente rapportata a poche, essenziali regole di base. Al contrario, si assiste al proliferare di complesse strategie diagnostiche e terapeutiche, governate da "istruzioni" articolate, spesso tipiche di ambiti specialistici o superspecialistici. In tali contesti sarebbe riduttivo discutere di gravità della colpa con riguardo alle sole regole basilari. Al contrario, l'entità della violazione delle prescrizioni va rapportata proprio agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base. 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 definito dalle standardizzate regole d'azione. Attraverso tale raffronto la ponderazione demandata al giudice acquisisce una misura di maggiore determinatezza o, forse, solo di minore vaghezza.

Infatti non può essere taciuto che, per quanto ci si voglia sforzare di congegnare la valutazione rendendola parametrata a dati oggettivi, a regole definite, e quindi non solo intuitiva, resta comunque un ineliminabile spazio valutativo, discrezionale, col quale occorre fare i conti.

L'indicato criterio generale non appare incompatibile con la nuova normativa. La novella, infatti, come si è visto, si riferisce ad un terapeuta che si sia mantenuto entro l'area astrattamente, genericamente segnata dalle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative e tuttavia, nel corso del trattamento, abbia in qualche guisa errato nell'adeguare le prescrizioni alle specificità del caso trattato. Qui, verosimilmente, per misurare il grado della colpa sarà scarsamente concludente il raffronto con le regole standardizzate, con le linee guida, che si assumono rispettate nella loro complessiva, generica configurazione. Si può ragionevolmente affermare che, in tale situazione, la colpa assumerà connotati di grave entità solo quando l'erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente.

Discorso non dissimile può esser fatto nel caso in cui il terapeuta si attenga allo standard generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti fattori di rischio o le contingenze che giustifichino la necessità di discostarsi radicalmente dalla routine. In tale situazione potrà parlarsi di colpa grave solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente.

16

E' chiaro che la ponderazione sulla gravità della colpa, nelle situazioni descritte sopra in coerenza con la conformazione della nuova disciplina legale, tende ad allontanarsi dal piano delle regole oggettive e standardizzate per concentrarsi su differenti criteri di valutazione. Si tratta di compiere un apprezzamento basato sulle conoscenze scientifiche ed al contempo marcatamente focalizzato sulle particolarità del caso concreto.

Gli strumenti concettuali per muoversi su tale terreno sono quelli della tradizione. Invero non si potrà mancare di individuare le caratteristiche dell'atto medico, la sua complessità; e di definire la figura di professionista, l'agente modello cioè, adeguatamente qualificato per gestire lo specifico rischio terapeutico; e di comprendere se l'agente concreto si sia altamente discostato dallo standard di qualità dell'agire terapeutico che il professionista archetipico esprime regolarmente. Si tratta del classico modello dell'homo eiusdem professionis et condicionis, di un professionista, cioè, che opera al livello di qualificazione dell'agente concreto e che esprime un modo di operare appropriato, tipico. In breve, ci si sposta sul terreno della colpa propriamente generica e si utilizza lo strumento di analisi dell'agente modello, accreditato sia in dottrina che nella prassi. A tale riguardo occorre chiarire che questa Corte suprema non ha alcuna ragione per prender parte alla disputa teorica tra quanti preferiscono accreditare un modello di valutazione della condotta basato sulle regole e procedure scientifiche qualificate, nel segno delle oggettività e della determinatezza e quanti, invece, preferiscono concepire un giudizio basato sul raffronto con la figura archetipica e quindi inteso a valorizzare le componenti più soggettive della colpa. L'enorme compito che grava sul giudice lo induce senza riserve o incertezze ad un approccio eclettico: si usano gli strumenti di analisi appropriati alla concreta situazione probatoria del processo.

A tali generali indicazioni di metodo si devono aggiungere altre più specifiche e forse anche più decisive. Per articolare un giudizio sulla colpa ispirato al canone del rimprovero personale si dovrà porre speciale attenzione alle peculiarità del caso concreto; ci si dovrà dedicare a considerare i tratti della specifica vicenda, in linea con le istanze che si sono espresse nella recente giurisprudenza di legittimità e che sono state prima sintetizzate.

Allora, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati, come si è esposto, rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard. E quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del terapeuta che, pur uniformandosi ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e determini la negativa evoluzione della patologia.

15. Occorre infine chiarire quale influenza abbia la nuova normativa sul caso in esame. Si pone un problema di diritto intertemporale che trova piana regolamentazione alla luce della disciplina legale. Non pare dubbio, infatti, che la riforma abbia determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie ed, in particolare, per quel che qui interessa, di quella di cui all'art. 589 cod. pen..

Come si è visto, la restrizione della portata dell'incriminazione ha avuto luogo attraverso due passaggi: l'individuazione di un'area fattuale costituita da condotte aderenti ad accreditate linee guida;

17

e l'attribuzione di rilevanza penale, in tale ambito, alle sole condotte connotate da colpa grave, poste in essere nell'attuazione in concreto delle direttive scientifiche. Insomma, nell'indicata sfera fattuale, la regola d'imputazione soggettiva è ora quella della (sola) colpa grave; mentre la colpa lieve è penalmente irrilevante. Tale struttura della riforma da corpo ad un tipico caso di abolito criminis parziale. Si è infatti in presenza di norma incriminatrice speciale che sopravviene e che restringe l'area applicativa della norma anteriormente vigente. Si avvicendano nel tempo norme in rapporto di genere a specie: due incriminazioni di cui quella successiva restringe l'area del penalmente rilevante individuata da quella anteriore, ritagliando implicitamente due sottofattispecie, quella che conserva rilievo penale e quella che, invece, diviene penalmente irrilevante. Tale ultima sottofattispecie è propriamente oggetto di abrogazione. La valutazione non muta se, per controprova, si guardano le cose sul piano dei valori: il legislatore ha ritenuto di non considerare soggettivamente rimproverabili e quindi penalmente rilevanti comportamenti che, per le ragioni ormai più volte ripetute, presentano tenue disvalore.

Il parziale effetto abrogativo, naturalmente, chiama in causa la disciplina dell'art. 2 c.p., comma 2, e quindi l'efficacia retroattiva dell'innovazione. Tale ordine di idee trova conforto nella giurisprudenza delle Sezioni unite di questa Suprema Corte: si è infatti condivisibilmente affermato che il fenomeno dell'abrogazione parziale ricorre allorchè tra due norme incriminatrici che si avvicendano nel tempo esiste una relazione di genere a specie (Sez un., 27 settembre 2007, Magera, Rv. 238197; Sez. Un. 26 marzo 2003, Giordano, Rv. 224607).

Invero, quando ad una norma generale subentra una norma speciale "ci si trova in presenza di un'abolizione parziale, perchè l'area della punibilità riferibile alla prima viene ad essere circoscritta, rimanendone espunti tutti quei fatti che, pur rientrando nella norma generale venuta meno, sono privi degli elementi specializzanti. Si tratta di fatti che per la legge posteriore non costituiscono reato e quindi restano assoggettati alla regola dell'art. 2 c.p., comma 2, anche se tra la disposizione sostituita e quella sostitutiva può ravvisarsi una parziale continuità" (Sez. Un. 26 marzo 2003, Giordano, cit.).

16. Ne discende che nel caso in esame la vicenda illecita dovrà essere nuovamente esaminata dalla Corte d'appello. Infatti, come emerge esplicitamente dalla sentenza impugnata, il giudizio in



ordine alla colpa si è incentrato proprio sul tema delle linee guida e delle prassi terapeutiche, nonchè sulla loro osservanza da parte del C. Si è discusso se esistessero direttive scientificamente accreditate in materia, pertinenti alle modalità di esecuzione dell'intervento ed in particolare alla profondità dell'Inserimento dello strumento chirurgico. Si è pure dibattuto se le prescrizioni in questione fossero rigide ovvero elastiche, tanto che la questione ha formato oggetto di specifico motivo di ricorso, incentrato sui ritenuto travisamento delle indicazioni espresse al riguardo in un documento scientifico.

Ne consegue che il giudice di merito dovrà stabilire se il fatto si collochi nella sottofattispecie abrogata o in quella ancora vigente.

L'indagine si muoverà con le cadenze imposte dalla riforma. Posto che l'innovazione esclude la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve che si collochino all'interno dell'area segnata da linee guida o da pratiche mediche scientificamente accreditate, il caso dovrà essere riesaminato per determinare se esistano direttive di tale genere afferenti all'esecuzione dell'atto chirurgico in questione. Nell'affermativa, si dovrà accertare se l'intervento eseguito si sia mosso entro i confini segnati da tali raccomandazioni. In tale eventualità dovrà essere pure chiarito se nell'esecuzione dell'atto chirurgico vi sia stata colpa lieve o grave. Ne discenderà l'esistenza o meno dell'elemento soggettivo del reato alla stregua della normativa sopravvenuta.

P.Q.M.

18

Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo esame alla Corte d'appello di Roma.

Così deciso in Roma, il 29 gennaio 2013.

Depositato in Cancelleria il 9 aprile 2013.

Su [marasciuolo.it](http://www.marasciuolo.it) puoi trovare il **podcast** e il **video** relativi a questo documento e altro ancora!!

Seguimi anche sui social! **Basta cliccare qui sotto!**