

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO TRA COLPA GENERICA E SPECIFICA*

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 8.5.2019

Dario Micheletti

SOMMARIO 1. Gli sviluppi della concezione normativa della colpa medica nella giurisprudenza di legittimità. — 2. Le principali acquisizioni giurisprudenziali e i progressi ancora da compiere. — 2.1. La coincidenza del fatto illecito colposo alla violazione cautelare. — 2.2. Le implicazioni derivanti dal carattere modale della regola cautelare. — 2.3. L'indisponibilità della regola cautelare da parte del giudice e la tipicità colposa fondata sugli usi cautelari. — 3 Il debutto della "regola di condotta" nella legislazione sulla colpa medica. — 4 La "natura" della colpa medica dopo la riforma. — 4.1. La distinzione tra colpa generica e colpa specifica e il loro rapporto di alterità. — 4.2. La natura specifica della colpa medica ai sensi dell'art. 5 l. 24/2017. — 5 L'*Anlass*, e il prossimo futuro del diritto penale della medicina. — 5.1. La conoscenza dell'*Anlass* e la misura soggettiva della *colpa normativamente intesa*. — 5.2. *Anlass* e *colpa medica*. — 6. *La colpa generica residuale* del medico: «specificità del caso concreto» e diagnosi differenziale. — 6.1. Colpa generica integratrice (legittima) *versus* colpa generica derogatrice (illegittima). — 6.2. Peculiarità dell'*Anlass* e «specificità del caso concreto». — 6.3. La colposità dell'omessa diagnosi differenziale: limiti e casistica.

1. Gli sviluppi della concezione normativa della colpa medica nella giurisprudenza di legittimità

Raffrontando la più recente giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità penale del medico con quella del decennio scorso¹, è confortante riscontrarne i progressi compiuti nella definizione della colpa penale. Tanto da aversi l'impressione che la IV Sezione della Cassazione, dopo avere inizialmente avallato la concezione normativa della colpa senza coglierne le implicazioni², ne abbia col tempo compreso

* È il testo, rivisto e ampliato della relazione tenuta al corso *La responsabilità colposa nell'ambito delle attività sanitarie*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, il 19 novembre 2018, a Castel Pulci. Il lavoro è dedicato a Giovanni Flora per il suo 70° compleanno.

¹ Si allude nel testo all'analisi svolta nell'ambito di una ricerca MIUR sul diritto penale della medicina, D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 247 ss.

² Da tale assunto teorico muovono infatti tutte e tre le sentenze-manuale redatte dalla Suprema Corte in materia di colpa: v. Cass. IV, 19 maggio 2007, n. 4675, Rv. 235659, Parte IV, Sezione III, Cap. III, Punto c, intitolato «*La natura della colpa*», 272 ss. (sulla vicenda di Porto Marghera); Cass. S.U., 24

le ricadute applicative più di quanto non si rinvenga in taluni scritti accademici che pure tendono a professarla.

La concezione normativa della colpa non va infatti ridotta, come spesso si legge, a mera anticipazione della regola cautelare nell'elemento oggettivo del reato³. Fosse solo questo si tratterebbe di un'opzione sistematica tanto manieristica quanto inutile. Il *novum* della teoria sta nelle ripercussioni costituzionali della diversa collocazione: vale a dire nell'*assoggettamento della regola cautelare, riconosciuta quale perno del fatto colposo, ai principi che sovrintendono* – per l'appunto – *la delimitazione dell'area di tipicità penale ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost.*⁴.

Lungi da ridursi a meri indici di colposità⁵, le regole cautelari utilizzate per definire il fatto colposo non possono quindi che sottostare, da questa angolazione, a tutte le condizioni costituzionali richieste per la delimitazione della fattispecie oggettiva di reato⁶. Ciò significa che *«devono essere determinate perché la norma incriminatrice non può che essere determinata; devono essere acquisibili ex ante perché il precetto penale deve essere conoscibile a priori; devono essere immuni da operazioni di creazione processuale, perché la legge penale non può essere manipolata dal giudice, che vi si deve anzi sottomettere; non possono essere applicate*

aprile 2014, n. 38343, Rv. 261106, § 26, 130 ss. (caso Thyssen); Cass. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, Rv. 267813, § 4 (sentenza c.d. Grandi Rischi).

³ In argomento, v. anche per gli ulteriori ampi riferimenti S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 21 ss.

⁴ Fondamentalmente F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 194 ss., 259 ss., *passim*; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.; ID. *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss. *Contra* la tradizionale dottrina sulla colpa che, anche nella versione più garantista, circoscrive l'operatività dei principi costituzionali derivanti dall'art. 25, comma 2, Cost. solo alle norme che prescrivono il dovere di diligenza e non già a quelle che ne definiscono il contenuto, cui pure si riconosce una funzione integrativa della norma penale: così D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 162 ss., 284 ss., *passim*.

⁵ Così invece, fra i molti, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 124 ss., 130 ss., 138 ss.; G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, 799 ss., spec. 802 s. che sottraggono pertanto l'evoluzione della regola cautelare dall'ambito di operatività dell'art. 2 c.p. *Contra* D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 477 ss., 485 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)* in *Enc. dir. - Annali*, vol. X, 2017, 237 s.

⁶ In termini generali, sulla imprescindibile estensione operativa dei principi che riguardano la disposizione incriminatrice a tutte le sue articolazioni v. D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 54-65; nonché fondamentalmente Cass. S.U., 15 dicembre 2011, Cani, n. 11545, secondo cui *«il principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici, discendente da quello di legalità, è riferibile non solo alle previsioni direttamente contenute nelle norme penali, ma anche a quelle delle fonti extrapenali che ne costituiscano sostanziale integrazione»*.

retroattivamente o analogicamente perché la norma penale non può esserlo. In breve: la regola cautelare non può avere nulla di meno di quanto richiesto alla norma incriminatrice, essendo la prima il perno funzionalistico della seconda. Anzi di più: è la regola cautelare che deve fornire alla norma incriminatrice tutte le caratteristiche che essa deve possedere in forza dell'art. 25 Cost., giacché, se considerata singolarmente, l'incriminazione «a titolo di colpa» è quanto di più evanescente esista nel mondo del diritto»⁷.

Si spiega così, in chi vuol essere coerente con tali premesse, il conseguente e imprescindibile abbandono di quell'armamentario teorico – fatto di *prevedibilità*, *rischio consentito* e *agente modello* – ideato nell'era precostituzionale per diagnosticare la “colpa-elemento soggettivo”. Tutto questo cascame concettuale consente infatti al giudice, nemmeno troppo velatamente, di modellare *ex post* in sede processuale la regola cautelare⁸ eludendo così quei principi posti dall'art. 25 Cost. a presidio della delimitazione oggettiva del fatto tipico. Solo in presenza di una siffatta rinuncia ha quindi senso parlare di concezione normativa della colpa. Diversamente la definizione scade nel gattopardismo dogmatico, buono solo a rivestire formule consunte e illiberali con una nuova veste teorica senza che nulla di sostanziale sia mutato.

La Cassazione sembra averlo intuito; così da prodursi, specie nell'ultimo biennio, in una serie di annullamenti di doppie conformi di condanna che danno la misura di quanta marcata sia la distanza tra il nuovo paradigma e la tradizionale impostazione diagnostica ancora invalsa presso la giurisprudenza di merito⁹. Non deve quindi trarre in inganno se nelle precedenti “sentenze-manuale”, che pure accolgono la concezione normativa, la diagnosi strutturale tende ancora a riprodurre vecchi stilemi. Ci si trova infatti nel pieno di una fase di transizione, in cui il nuovo modello è chiamato a

⁷ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica*, cit., 277 s. In termini antitetici M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., spec. 132 ss., per il quale «*occorrerebbe liberarsi del tutto dalla locuzione “misura oggettiva della colpa”*» essendo questo «*l'inizio di un discorso incostituzionale*». Ma in relazione alla maggiore conformità della concezione normativa della colpa anche con il principio di colpevolezza v. *infra* § 5.1.

⁸ Sulla prevedibilità quale criterio «*ricostruttivo*» della regola cautelare la dottrina è pacifica: si veda per tutti, anche per la consueta limpidezza, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 1990, 201 ss., spec. 520, ove si conclude affermando che «*la diligenza prescritta non [potrebbe essere] preconstituita all'indagine*».

⁹ Si veda in questo senso, tra le più pregevoli e recenti pronunce di legittimità che censurano la carente individuazione della regola cautelare da parte di entrambi i giudici di merito, Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, Rv. 273536; Cass. IV, 22 giugno 2018, n. 37794, Rv. 273464.

scalzare fruste formule motivazionali che riducono la colpa a forma di colpevolezza continuando di fatti a optare, in caso di assoluzione per mancanza di violazione cautelare, per la formula “il fatto non costituisce reato” anziché, come sarebbe corretto, per l’insussistenza del fatto¹⁰.

E tuttavia, sebbene ci si trovi ancora nel mezzo del guado, la IV Sezione della Cassazione non manca di rimarcare in modo sempre più chiaro ed energico i requisiti costitutivi della tipicità colposa normativamente ricostruita. Prova ne sia, per esempio, che sono scomparsi dalle sentenze dell’ultimo lustro in materia di responsabilità medica sia i riferimenti al rischio consentito che trasformava il giudice in un «*arbitro chiamato a stabilire il punto di confine tra il lecito e l’illecito*»¹¹, sia il richiamo al fantomatico agente modello – una vera e propria sciagura della dottrina della colpa dell’ultimo secolo – quale parametro di riconoscimento della regola cautelare¹². Ma persino il criterio della prevedibilità si rivela recessivo nella giurisprudenza di legittimità, vuoi perché già da qualche tempo gli si attribuiva una funzione ricognitiva anziché creativa della regola cautelare che il medico è chiamato ad osservare¹³ – e se così è, tanto varrebbe concentrarsi direttamente su ciò che va rinvenuto – vuoi perché in questa funzione di riconoscimento, la prevedibilità è stata da ultimo rimpiazzata

¹⁰ Si veda per tutte Cass. IV, 12 febbraio 2013, n. 16975, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1435, con la quale si è erroneamente annullato la sentenza d’appello che aveva fatto più correttamente riferimento alla «non sussistenza del fatto».

¹¹ L’idea ha una lunga tradizione giurisprudenziale: cfr. Cass. IV, 21 novembre 1996, n. 2139, Rv. 207873; Cass. IV, 15 ottobre 2002, n. 7026, Rv. 223748; Cass. IV, 9 luglio 2003, n. 37473, Rv. 225958; Cass. IV, 17 novembre 2005, n. 7661, Rv. 233396; Cass. IV, 1 febbraio 2011, Rv. 249932, la quale ritiene che la definizione giudiziale del rischio consentito altro non sottenderebbe se non «*l’usuale compito che il legislatore attribuisce al giudice di riempire di contenuto le regole cautelari generiche (colpa generica) quando non ritenga di dettarne di specifiche*» (p. 18). *Amplius* sul pensiero dell’estensore di quest’ultima pronuncia in materia di rischio consentito C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, 43 ss. L’espressione citata nel testo è stata invece estrapolata dalle sentenze redatte da Rocco Blaiotta: cfr. fra le altre Cass. IV, 27 novembre 2012, n. 4955, Rv. 255012; Cass. IV, 22 novembre 2012, n. 4391, Rv. 251941.

¹² Ovviamente nulla impedisce che il parametro dell’agente modello – per chi vi confida – sia utilizzato invece nella verifica della misura soggettiva della colpa, ovvero per commisurare la rimproverabilità personale della trasgressione: cfr. sul punto L. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 85 ss. Nel testo si contesta invece la funzione tipizzante della regola cautelare assunta dall’agente modello: cfr. per tutte Cass. IV, 26 maggio 2006, n. 31462, Rv. 23542301 secondo la quale «*valutando la prevedibilità di un evento, il giudice si pone, in sostanza, il problema delle conseguenze di una certa condotta commissiva od omissiva avendo presente il modello di agente, ossia il modello dell’uomo che svolge paradigmaticamente una determinata attività che importa l’assunzione di certe responsabilità nella comunità, la quale esige che l’operatore concreto si ispiri a quel modello facendo tutto ciò che da questo ci si aspetta*».

¹³ V. fra le più nitide Cass. IV, 13 dicembre 2016, n. 9390, Rv. 269254.

dall'«*ineludibile*» riferimento alle linee guida e alle migliori prassi comportamentali seguite dagli operatori sanitari nel contesto in cui è intervenuto l'imputato¹⁴.

2. Le principali acquisizioni giurisprudenziali e i progressi ancora da compiere

Sulle prime, potrebbe sorprendere che un mutamento giurisprudenziale così significativo abbia trovato terreno fertile proprio nel settore della colpa medica, notoriamente più esposta, quale forma paradigmatica di “colpa generica”, alla discrezionalità giudiziale. E tuttavia, oltre all'impulso derivante dalle novità legislative in questo settore – su cui si tornerà tra breve (*infra* § 3) – lo sviluppo è stato favorito dalla sedimentazione di alcuni concetti chiave della concezione normativa della colpa che hanno oramai assunto una portata trasversale nella giurisprudenza. Di qui l'opportunità di rammentarli brevemente, non senza accennare agli ulteriori sviluppi che, volendo, si potrebbero ancora compiere in coerenza con l'impostazione normativista.

2.1 - *La coincidenza del fatto illecito colposo alla violazione cautelare*

La prima acquisizione è basilare. Se la regola cautelare non serve solo ad ascrivere l'evento involontario ma si presta anzitutto a circoscrivere il fatto di reato, ne viene che l'esistenza di quest'ultimo “*sta e cade*” con il reperimento di una regola cautelare formalizzata o cristallizzata nell'esperienza collettiva sulla quale l'illecito si fonda. Di qui l'annullamento di pronunce di condanna, un tempo assai ricorrenti, nelle quali, anziché individuare con precisione il parametro di diligenza che l'imputato avrebbe trasgredito, ci si era limitati a evocare, “a mo' di formula magica”, la prevedibilità dell'evento, la miglior scienza ed esperienza del settore o un difetto di attenzione, senza mettere a fuoco il contenuto normativo o sociale del modello comportamentale trasgredito¹⁵.

¹⁴ Il perentorio virgolettato è tratto da Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, Rv. 273536, la quale ha annullato la sentenza d'appello nella quale «*non è dato apprezzare alcuno specifico riferimento ad elementi probatori o valutativi che consentano di escludere (o, per converso, di affermare) l'adesione dell'operato dell'odierno ricorrente alle best practice. Tale passaggio era tuttavia ineludibile*».

¹⁵ V. in modo paradigmatico Cass. IV, 16 giugno 2016, n. 39445, *Riv. it. med. leg.*, 2017, 322 ss., che annulla la sentenza di condanna in quanto «*nulla dice (...) circa le cautele che in concreto sarebbero valse ad evitare l'evento. (...) Non si sa bene quanto consapevolmente, la Corte territoriale cerca di velare il carattere apodittico dell'affermazione richiamandosi alla miglior scienza ed esperienza, alle buone pratiche ampiamente diffuse e consolidate nel settore di competenza del medico, allo stato*

Beninteso. All'origine di tale impostazione sta un'idea ancor più risalente e radicale: vale a dire il superamento della concezione unitaria-eziologica di azione e la conseguente convinzione che la condotta colposa non sia riducibile a quella che ha causato l'evento, potendosi considerare tale soltanto quella contraria a una regola di diligenza¹⁶. Nondimeno, movendo da tale impostazione, solo la concezione autenticamente normativa della colpa è riuscita a conferire al fatto colposo una piena autonomia rispetto al fatto doloso¹⁷ nonché lo stesso grado di frammentarietà e sussidiarietà che caratterizza quest'ultimo (v. *infra* 2.3), laddove *la teoria classica della colpa, incentrata sulla prevedibilità, non conosce lacune*, potendosi sempre individuare in termini predittivi una qualche modalità comportamentale, e in ultima analisi l'astensione (su cui v. *infra* § 2.2), che avrebbe consentito all'agente modello di non cagionare l'evento. Alla base della teoria normativa della colpa – quella autentica (v. *supra* § 1) – sta dunque il convincimento tanto semplice quanto rivoluzionario, che la causazione di un evento involontario, sebbene assistito da un certo grado di prevedibilità (ma a posteriori quale non lo sarebbe?), può risultare atipica in sede penale, e tutt'al più rilevante solo in ambito civile, perché non accompagnata dalla violazione di un'autentica regola positiva o sociale riconoscibile *ex ante* che fosse volta a prevenirlo¹⁸.

dell'arte, senza mai svelare la fonte dalla quale ha tratto la conoscenza». Analogamente, annulla la sentenza di condanna fondata su un generico difetto di attenzione dell'imputata, Cass. IV, 29 novembre 2017, n. 2342, Rv. 271759. Per un'altra pregevole applicazione dello stesso orientamento nel diritto penale della medicina v. Cass. IV, 14 aprile 2016, n. 31490, Rv. 267387, nonché nella sicurezza sul lavoro Cass. IV, 24 aprile 2014, n. 34119, Rv. 262717, che ha annullato la condanna dell'installatore di un cancello per le lesioni procuratosi da alcuni bambini che lo utilizzavano per gioco osservando che «*la Corte di Appello ha ritenuto sufficiente evocare "l'obbligo generico di realizzare l'opera in modo tale che non costituisse una fonte di pericolo". Ma una simile affermazione elude il tema posto dalla assenza di norme specifiche disciplinanti all'epoca della messa in opera il comportamento dell'installatore; tema che era quello di verificare l'esistenza di una norma sociale che prendesse in considerazione l'uso abnorme del cancello prescrivendo all'installatore di farvi fronte con funzionale messa in opera*»; analogamente Cass. IV, 15 gennaio 2014, n. 1471, Rv. 257922 (§ 4 della Motivazione in diritto).

¹⁶ Fondamentalmente G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 37 ss., 157.

¹⁷ Diversamente invece G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell' "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss.

¹⁸ Paradigmatico il caso affrontato da Cass. IV, 9 febbraio 2012, n. 24993, in *Guida al dir.*, 2012, n. 40, 60, che applicando fedelmente il modello tradizionale di colpa si è spinta a condannare per lesioni colpose colui che, gesticolando sul marciapiede, aveva ferito al volto una passante. Per i tradizionalisti, si tratta di un'applicazione coerente della colpa penale che dimostrerebbe l'erroneità della concezione normativa (così G.L. GATTA, *La Cassazione e un curioso caso di colpa generica. Ovvero, quando gesticolare in modo scomposto sul marciapiede integra il delitto di lesioni personali colpose* in *Dir. pen.*

Sennonché, pur avendo la Cassazione definitivamente accolto la corrispondenza tra fatto colposo e violazione cautelare, occorre nondimeno riconoscere che essa non ha ancora tratto tutte le doverose implicazioni di diritto sostanziale e processuale. Quanto al primo aspetto, scarsa sensibilità v'è ancora nella giurisprudenza penale sia per l'irretroattività della regola cautelare¹⁹, sia per il suo assoggettamento al divieto di applicazione analogica²⁰, essendo evidentemente difficile da sradicare l'idea della regola cautelare quale condensato predittivo proiettabile in ogni tempo e contesto.

Sul versante processuale, la Cassazione tende poi a non esigere dai giudici di merito, come sarebbe invece doveroso, che la regola cautelare fondante la tipicità colposa sia indicata sin da subito nel capo d'imputazione – pena la genericità della contestazione²¹ – e non venga più modificata nel corso del procedimento – pena la condanna per un fatto diverso da quello contestato in violazione dell'art. 521 c.p.p.²².

cont. on line del 12 ottobre 2012). I sostenitori di quest'ultima impostazione – se tali lo sono veramente – non esisterebbero invece a concludere che un tale fatto costituirebbe al più un illecito civile, non esistendo una regola comportamentale di matrice sociale concernente la modalità di gestione consentita in pubblico atto a conferire rilevanza penale a quel comportamento.

¹⁹ Paradossalmente riconosciuta invece dalla giurisprudenza civile: cfr. per esempio Cass. sez. lav., 25 giugno 2009, n. 14946, Rv. 608833, che ha escluso la responsabilità del datore di lavoro *ex art.* 2087 c.c. in ragione del fatto che «la normativa sulla pericolosità delle attività inerenti alla prestazione lavorativa (nella specie, per avere fatto bruciare, come combustibile, in una stufa all'interno del locale di lavorazione delle traversine ferroviarie impregnate con una miscela di olio di catrame e pentaclorofenolo) sia stata introdotta solo in epoca successiva ai fatti che hanno dato causa all'infermità». Fra le rare pronunce penali che si frappongono a un'applicazione retroattiva della regola cautelare Cass. IV, 14 dicembre 2000, n. 3516, Rv. 218691.

²⁰ Per un esempio di applicazione analogica della regola cautelare v. Cass. IV, 17 dicembre 1999, n. 1170, in *Cass. pen.*, 2001, 2186 che sfruttando la figura della colpa generica residuale (v. *infra* § 6.1) ha finito per imporre al gestore di una pista di go-kart a noleggio l'utilizzo da parte degli avventori di un casco integrale in realtà previsto dalla Federazione italiana karting solo per lo svolgimento delle gare.

²¹ In tema, per tutti, D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2001, 3836 ss.; ID., *La colpa penale*, cit., 197 ss. A dispetto della ritenuta infondatezza, sacrosanto risultava per esempio il primo motivo di ricorso prospettato dalla difesa in Cass. IV, 8 aprile 2015, n. 14150 [inedita], nel quale ci si doleva del fatto che «la contestazione di profili di colpa generica non varrebbe a garantire l'esercizio del diritto di difesa ove a tale contestazione non si associ la descrizione di un preciso comportamento».

²² Rarissime – e mai registrate dal massimario Ufficiale – sono le sentenze di legittimità che riconoscono una violazione dell'art. 521 c.p.p. nel caso di condanna dell'imputato per la violazione di una regola cautelare diversa da quella originariamente contestate: si veda per esempio Cass. IV, 6 marzo 2013, n. 21055, in *Diritto e Giustizia* on line, 17 maggio 2013, riguardante un caso di omicidio colposo addebitato (nel capo d'imputazione) all'anestesista per non esserti accorto, a causa di un difetto di vigilanza, dell'insorgenza di uno stato di anossia in un paziente sottoposto a intervento chirurgico, che portò dapprima a bradicardia e successivamente all'arresto cardiaco della vittima. Il giudice di primo grado assolse tuttavia l'anestesista non ritenendosi raggiunta una prova certa in merito alle cause dell'arresto cardiaco. In appello, previa rinnovazione dibattimentale ed acquisizione di una perizia

Di questo passo si finiscono tuttavia per violare i diritti della difesa, che non possono adeguatamente esercitarsi di fronte a un addebito approssimativo e al continuo spostamento processuale del parametro cautelare ipoteticamente trasgredito²³.

Com'è risaputo, infatti, una contestazione colposa impegna la difesa in una pluralità di verifiche estremamente puntuali – fra le quali, nell'ordine, l'accertamento della competenza dell'imputato a gestire il fattore di rischio che la regola cautelare intendeva fronteggiare²⁴; l'accertamento dell'*Anlass* (su cui v. *infra* § 5 ss.), dei margini di attuabilità della regola cautelare, nonché della riconducibilità dell'evento allo spettro preventivo della regola trasgredita; la verifica del grado di potenzialità salvifica della regola cautelare nel caso concreto; l'accertamento della rimproverabilità soggettiva concernente l'inosservanza della specifica modalità salvifica – verifiche che si possono correttamente approntare solo rispetto alla contestazione di una specifica trasgressione comportamentale, non essendo materialmente esigibile che la difesa sia chiamata a cimentarsi in una così complessa diagnosi rispetto a tutte le possibili infrazioni cautelari che la sentenza di secondo grado, ad istruttoria conclusa, potrebbe liberamente preferire²⁵.

disposta nel parallelo giudizio civile, l'anestesista fu invece condannato per avere impiegato un sistema di ventilazione improprio ed obsoleto (del tipo "va e vieni" erogato mediante maschera al viso e non tramite il pallone Ambu), che utilizzato per tre quarti d'ora causò un accumulo abnorme di anidride carbonica, e da qui, in sequenza, ipercapnia sanguigna, eccitazione del muscolo cardiaco e il definitivo arresto di quest'ultimo. Un fatto dunque completamente diverso rispetto a quello inizialmente ipotizzato a carico dell'anestesista tanto da indurre la cassazione ad annullare la condanna per violazione dell'art. 521 c.p.p.

²³ Cfr. V. ATTILI, *Dalla struttura alla funzione (probatoria): il "tipo colposo" nel crogiolo dell'accertamento giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1571 ss.

²⁴ *Amplius* su quest'ultimo punto D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, 509 ss.

²⁵ Onde illustrare le aberranti ricadute della giurisprudenza che nega la violazione dell'art. 521 c.p.p. nel caso di mutamento della regola cautelare contestata si vedano per esempio gli esiti di uno dei tanti processi in cui la Cassazione ha assunto tale posizione. Il processo cui si allude [Cass. pen. IV, 7 marzo 2014, n. 35943, Rv. 260161] riguardava un radiologo chiamato a rispondere in concorso con l'ortopedico per non avere correttamente diagnosticato la frattura di una vertebra lombare di un escursionista ruzzolato giù da una scarpata e rimasto per questo vittima di una paraplegia. In primo grado, solo l'ortopedico è stato condannato per non avere ricoverato il paziente di fronte ai forti dolori lamentati, mentre il radiologo è stato assolto dall'accusa di *erronea lettura e interpretazione della TAC*, in quanto effettivamente i fotogrammi non facevano emergere evidenti lesioni vertebrali. Sennonché, proprio la poca chiarezza dei fotogrammi, pur essendo stata confermata dalla Corte d'Appello, ha indotto quest'ultima a riscontrare una diversa regola cautelare ipoteticamente violata dal radiologo – regola cautelare, si badi, emersa solo con la sentenza d'appello e senza alcuna rinnovazione istruttoria – in ragione del fatto che, proprio a causa della scarsa chiarezza delle lastre, egli *avrebbe dovuto sedare il paziente per poi procedere a una ripetizione dell'esame*. Non più dunque la contestazione di un errore

Il vero è, dunque, che al pari di qualunque altro illecito penale, anche il reato colposo dovrebbe essere scolpito nella fase delle indagini preliminari, lasciando che il dibattimento, anziché prestarsi a una sua identificazione tardiva, sia destinato soltanto all'accertamento del fatto storico e alla verifica della sua corretta qualificazione giuridica.

2.2 - *Le implicazioni derivanti dal carattere modale della regola cautelare*

Una seconda fondamentale acquisizione della giurisprudenza sulla colpa penale è rappresentata dalla concezione modale della regola cautelare, secondo la quale essa si sostanzia nella prescrizione di soluzioni comportamentali volte a gestire un determinato fattore di rischio onde evitare che ne derivi uno specifico evento lesivo²⁶.

Un tempo isolata²⁷, tale impostazione risulta di estrema rilevanza ai fini della

diagnostico, bensì l'imputazione di una negligenza che affiora per la prima volta solo con la sentenza d'appello ad istruttoria definitivamente conclusa. Donde il comprensibile ricorso per Cassazione della difesa, la quale giustamente osserva, a dimostrazione di una violazione dell'art. 521 c.p.p., che ove si fosse saputo della nuova contestazione colposa, «*sarebbe stata articolata una prova difensiva sulla circostanza dell'impossibilità di sedare il paziente e praticare l'esame in mancanza del suo consenso, e più in generale si sarebbe potuta dare la dimostrazione che [il radiologo] non intese sottrarsi ad un secondo tentativo di effettuazione della TAC*». Nulla da fare. Il motivo di ricorso è stato dichiarato infondato dalla Corte sulla base della tradizionale interpretazione teleologica dell'art. 521 c.p.p., secondo cui – sembra una beffa – esso risulta rispettato ogni qual volta il mutamento della contestazione non mette a repentaglio i diritti della difesa.

²⁶ Sul punto v. per tutte Cass. S.U., 22 gennaio 2009, n. 22676, Rv. 243381, secondo cui «*La colpa non consiste nella violazione di una generica obbligazione di diligenza dal contenuto neutro ed indeterminato, bensì nella violazione di una specifica regola (...) di condotta che prescrive **modalità di comportamento** da adottare in un caso concreto per evitare il verificarsi di uno specifico evento offensivo*» (§ 6.3, pag. 12 dell'originale); nonché ancor più puntualmente la sentenza Grandi Rischi secondo cui «*la regola cautelare alla stregua della quale deve essere valutato il comportamento del garante, non può rinvenirsi in norme che attribuiscono compiti senza individuare le modalità di assolvimento degli stessi, dovendosi, invece, aver riguardo esclusivamente a norme che indicano **con precisione le modalità e i mezzi necessari per evitare il verificarsi dell'evento***»: Cass. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, Rv. 267813, che su queste basi ha quindi confermato la sentenza di assoluzione dei componenti della Commissione grandi rischi del Dipartimento di protezione civile, ritenendo che non fossero ravvisabili regole cautelari nelle disposizioni che ne disciplinano le competenze, trattandosi di norme che attribuiscono a tale organo esclusivamente compiti di natura consultiva (...) «*senza contenere prescrizioni sul quomodo dell'attività stessa*» (citazione ripresa dalla massima ufficiale, ma si veda sul punto pag. 119 e 131 della sentenza).

²⁷ Per un'ampia illustrazione di questa tesi si rinvia alla sua prima teorizzazione da parte di F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 233 ss.; ID., *La normatività*, cit., 87 ss. La natura modale della regola cautelare è poi entrata nel patrimonio comune della dottrina penalistica: cfr. fra gli altri G. FORTI, voce *Colpa* (*dir. pen.*), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, 947 s.; L. CORNACCHIA, *Concorso*

tipizzazione dell'illecito colposo nella misura in cui esclude che esso possa fondarsi – quanto meno – su tre diverse tipologie di norme comportamentali: quelle che non sono dettate da finalità preventiva; quelle che si limitano a porre un obbligo d'agire di carattere prevenzionistico senza indicare le modalità tramite le quali assolverlo; e infine quelle che si sostanziano in un divieto di agire in quanto tale logicamente antitetico rispetto alla prescrizione di un *modus operandi*.

Le prime due esclusioni paiono definitivamente entrate nella giurisprudenza di legittimità sulla colpa penale, tanto che, per quanto riguarda la prima, è oramai pacifico – per esempio – che la mancata acquisizione del consenso informato del paziente non sia sufficiente a fondare la responsabilità colposa del medico, dato che tale norma comportamentale non ha alcuna finalità prevenzionistica ma è volta piuttosto a favorire l'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica²⁸.

Anche la seconda esclusione è in via di apprezzabile consolidamento. Valga considerare la crescente tendenza della Corte di Cassazione ad annullare pronunce di condanna nelle quali la responsabilità colposa si sia fondata sulla violazione di norme che impongano semplicemente l'obbligo di diligenza senza esplicitare il modo in cui assolverlo²⁹. Con il che ben si comprende la ragione per cui nel diritto penale della medicina non si riscontrino sentenze che abbiano incentrato la responsabilità colposa del medico unicamente sulla violazione di *norme deontologiche*³⁰. Vero è infatti che queste ultime prescrivono anche doveri comportamentali finalizzati alla salvaguardia

di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio, Torino, 2004, 505 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa*, cit., 228 s.

²⁸ V. fra le tante Cass. IV, 21 dicembre 2017, n. 2354, in *Guida al dir.*, 2018, n. 14, 54; Cass. IV, 24 marzo 2015, n. 21537, Rv. 263495. La dottrina tradizionale tende invece a sottovalutare la natura intrinsecamente preventiva della regola cautelare: si veda per esempio G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 235, secondo cui «*esisterebbero prescrizioni emanate manifestamente per scopi diversi dalla prevenzione dei pericoli*» le quali «*tuttavia acquistano un'indiretta rilevanza come "matrici" di responsabilità colposa, attraverso la previsione e l'affidamento dei suoi destinatari nel pieno raggiungimento degli scopi che esse perseguono*». *Contra*, sul carattere necessariamente preventivo di una regola comportamentale quale tratto imprescindibilmente costitutivo della sua natura cautelare, F. GIUNTA, *Illicità*, cit., 233 ss.

²⁹ Si veda fra le più apprezzabili in questo senso la recente giurisprudenza sull'art. 141 c.d.s. che non viene giustamente considerato espressione di un'autonoma regola cautelare nella misura in cui non indica con precisione le modalità tramite le quali si sarebbe dovuto prevenire l'evento infausto: Cass. IV, 29 marzo 2018, n. 40050, Rv. 273871; Cass. IV, 20 giugno 2007, 29206, Rv. 236905.

³⁰ Si veda al riguardo D. MICHELETTI, *La normatività*, cit., 278.

della salute del paziente³¹. È altrettanto vero però che nessuna delle disposizioni previste dall'attuale Codice di deontologia medica (aggiornato al marzo del 2017) reca una precisa indicazione delle modalità comportamentali che il medico dovrebbe adottare per scongiurare l'evento offensivo, ragione per cui, stando per lo meno al loro vigente tenore, non possono considerarsi regole cautelari in senso proprio³². L'imprescindibile carattere modale delle regole cautelari risulterà peraltro di particolare rilevanza pratica allorché entrerà a regime il sistema delineato dall'art. 5 l. 24/2017, dato che, nell'ambito della molteplicità di informazioni e prescrizioni contenute nelle linee guida, potranno prestarsi a fondare la responsabilità penale del medico unicamente quelle che indicano con precisione il modo in cui gestire il fattore di rischio da fronteggiare, non essendo sufficiente a tal fine la loro generica finalità preventiva.

D'altro canto, ove si prendesse sul serio la natura necessariamente modale delle regole cautelari, sarebbe altresì impossibile fondare la colpa sulla violazione delle c.d. *meta-regole cautelari*³³. Il riferimento è alle norme che, invece di descrivere specifiche modalità cautelari, si prefiggono di individuarle, di imporne l'adozione (si pensi nel diritto penale del lavoro all'obbligo di predisposizione del dvr) ovvero di diffonderle (si pensi alle norme che impongono determinati obblighi di formazione e addestramento dei lavoratori, ovvero il conseguimento di determinati titoli abilitativi per lo svolgimento di un'attività). Beninteso: è assolutamente opportuno in termini politico-criminali che tali norme siano previste e autonomamente presidiate da sanzione penale onde stimolare l'adozione di comportamenti virtuosi. Ciò nondimeno, proprio in ragione del loro carattere pre-modale, queste regole comportamentali non

³¹ Lo rileva C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n. 4, 58, che su questo solo presupposto tende ad accreditare le norme deontologiche quali regole cautelari.

³² Per tale conclusione si veda già D. MICHELETTI, *La normatività*, cit., 276 ss. Viceversa, i teorici della colpa come prevedibilità tendono pacificamente ad attribuire natura cautelare alle norme deontologiche: oltre a C. BRUSCO, *La colpa penale*, cit., 174 ss., si veda nello stesso senso P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, I delitti colposi*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2003, 190 s.; G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 551 ss.; F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 277 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 142 ss.

³³ Su tale tipologia di norme v. D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1606, il quale – interpretando la colpa alla luce del canonico giudizio di prevedibilità ed evitabilità – tende invece ad annoverarle tra i parametri comportamentali trasgredendo i quali sarebbe possibile riconoscere una responsabilità colposa.

potranno mai considerarsi di per sé stesse «*causa*» dell'evento offensivo *ex art. 43 c.p.* Prova ne sia che, rispetto ad esse, non riescono a funzionare i consueti criteri d'imputazione dell'evento, essendo per esempio impossibile da stabilire se la loro osservanza avrebbe o meno consentito di prevenire l'offesa senza tenere presente la regola cautelare autenticamente modale che ci si si prefiggeva di individuare o di diffondere³⁴. Ciò significa, con altre parole, che non potrà mai essere la mancata predisposizione del DVR o la carenza di laurea del soggetto che pure pratica attività medica a fondare la colpa per l'evento infausto, potendo questo essere "causato" (*ex art. 43 c.p.*) solo dalla mancata adozione della regola cautelare autenticamente modale che il DVR o una adeguata preparazione professionale avrebbe consentito al soggetto agente di osservare.

La terza radicale esclusione derivante dal carattere modale della regola cautelare non è stata invece pienamente afferrata da parte della Cassazione. Non che manchino adesioni giurisprudenziali esplicite alla tesi secondo cui l'obbligo di astensione non può costituire una regola cautelare³⁵. Il fatto è che la stessa giurisprudenza non è poi coerente con tale premessa teorica, dimostrando così di non averne compreso la portata. Altrimenti non continuerebbe ad annoverare la c.d. "colpa per assunzione" tra le forme di tipicità, così da punire un soggetto sol perché ha intrapreso un'attività pericolosa senza averne titolo o capacità per svolgerla³⁶. La "colpa per assunzione", esprimendo esclusivamente una maggiore rimproverabilità, afferisce infatti solo al piano della colpevolezza (come attestano i nuovi artt. 589-*bis*, comma 6, e 580-*bis*, comma 6, c.p. che prevedono un aggravamento di pena per gli autori di reati colposi contro la persona privi della patente di guida), ma non può mai bastare a fondare il fatto colposo, che continua a reggersi unicamente sulle modalità prevenzionistiche

³⁴ In argomento, ma nel solco della teoria classica, M. GROTTI, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e casualità della colpa*, in *Dir. pen. cont.* on line, 25 settembre 2012.

³⁵ Si veda, tra le più autorevoli, la sentenza sull'alluvione di Sarno: Cass. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, Rv. 247015, ove si legge «*La regola cautelare deve, necessariamente, avere carattere "modale", deve cioè indicare con precisione le modalità e i mezzi ritenuti necessari ad evitare il verificarsi dell'evento (ovviamente la regola cautelare che impone l'astensione dall'attività pericolosa non ha carattere modale)*» (pag. 75 dell'originale).

³⁶ Per tale conclusione v., fra le tante, le sentenze redatte dallo stesso estensore della pronuncia citata alla nota precedente: Cass. IV, 10 dicembre 2009, n. 6215, Rv. 246419; Cass. IV, 10 luglio 2008, n. 32424, Rv. 241963. Incorrono negli stessi equivoci, E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO, *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 513 ss.; N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2012, spec. 103 ss.

che anche la persona capace avrebbe dovuto rispettare³⁷. Trascurarlo equivale ad alimentare un'intollerabile *culpa in re ipsa* determinata dalla indebita trasformazione della colpevolezza in illiceità³⁸. Ecco perché, esemplificando, l'odontotecnico che s'improvvisi odontoiatra non dovrebbe per ciò solo rispondere dell'evento infausto cagionato al paziente: ma questi sarà responsabile per colpa solo se tale evento concretizza il rischio derivante dalla violazione di un'autentica regola modale che ogni odontoiatra avrebbe seguito nell'effettuare quell'intervento³⁹. E parimenti, il soggetto privo di patente non può essere per ciò solo considerato responsabile dell'incidente in cui è stato eventualmente coinvolto: lo sarà solo se egli lo ha causato tramite la violazione di una qualche regola del codice della strada che qualunque partecipante al traffico avrebbe osservato al suo posto.

Non occorre tuttavia infierire con la giurisprudenza. Un identico equivoco caratterizza anche una gran parte della dottrina che, pur accogliendo – almeno a parole – il carattere modale della regola cautelare, fatica poi a comprendere come quest'ultima non possa mai avere contenuto omissivo⁴⁰. Ciò che si confonde, di questo passo, è sempre l'autentica regola cautelare che fonda la tipicità con il suo “riflesso deontologico”: vale a dire con il collaterale dovere di non seguire altre soluzioni comportamentali e, di conseguenza, di astenersi dall'agire se non si è capaci di rispettarla. Così per esemplificare – traendo spunto da un “caso emblematico” indicato in dottrina con l'obiettivo di dimostrare che anche l'astensione integrerebbe il contenuto di una regola cautelare⁴¹ – se una scuderia di Formula Uno è priva di

³⁷ Sull'errata anticipazione nella tipicità dell'obbligo di astensione v., per tutti, F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 235.

³⁸ Coglie perfettamente e diffusamente questo aspetto M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 118-126, secondo cui «per quel soggetto che agisce, sapendo (o potendo rendersi conto) che non sarà in grado di rispettare le pretese comportamentali poste all'ordinamento, scatta l'obbligo di astenersi dallo svolgere l'attività in generale libera, ma che per lui diventa interdetta. Quest'obbligo, però, non attiene all'individuazione della regola cautelare e, quindi, agli aspetti di tipicità colposa (...) Ecco quindi che il dovere di astensione può essere letto in prospettiva di rimprovero soggettivo» (ivi, 125).

³⁹ Sembrerebbe intuire la necessità di scongiurare forme di *culpa in re ipsa* Cass. VI, 24 aprile 2013, n. 21220, Rv. 255626, che configura la responsabilità concorsuale ex art. 113 c.p. del direttore di uno studio medico nelle lesioni colpose cagionate da un odontotecnico solo «se derivanti dalla mancanza di professionalità del collaboratore».

⁴⁰ Cfr. per esempio P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 18 ss.; D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale*, cit., 1619 ss.

⁴¹ L'esempio è proposto da D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale*, cit., 1623 s.

pneumatici affidabili che gli consentano di affrontare un determinato circuito⁴², la regola cautelare che fonda anche in questo caso la tipicità resta quella modale di usare pneumatici adeguati (regola effettivamente seguita dalle vetture che corsero il GP), laddove il dovere di astensione, anziché fondare il fatto tipico colposo, altro non esprime che la soluzione comportamentale che s'impone, *more solito*, a coloro che non riescono a conformarsi alla regola cautelare doverosa.

Del pari – spostandosi nel campo medico – se lo svuotamento di un ematoma cerebrale è correttamente praticabile solo se la pressione arteriosa non supera certi livelli, risponde senza dubbio di omicidio colposo il neurochirurgo che cagioni la morte del paziente per essere intervenuto senza attendere che la pressione scendesse: ciò non toglie tuttavia che la regola cautelare che fonda la sua responsabilità resta quella modale di carattere positivo (che imponeva di intervenire solo con un determinato livello di pressione arteriosa) valendo la c.d. “regola dell’attesa” solo come alternativa deontologica atta a confermare che anche nel diritto della medicina la colpa non può mai fondarsi su un assoluto divieto di agire⁴³.

Non paiono necessari ulteriori esempi. Riflettendo su qualunque ipotetica fattispecie concreta, ben ci si potrà avvedere che il fatto tipico colposo è sempre integrato da una regola modale di contenuto positivo, laddove le prescrizioni negative di agire altro non sono che il “*collaterale deontologico*” – rilevante solo sul piano della colpevolezza – che s'impone a tutti coloro che, per limiti oggettivi o personali, non si trovino nella condizione di poter rispettare la regola cautelare. E questo perché – è il punto di partenza della dottrina normativa della colpa – l’incriminazione colposa non può mai essere trasformata dal giudice in un divieto di svolgere quell’attività, essendo l’imposizione di tale divieto riservato esclusivamente al legislatore.

2.3 - *L’indisponibilità della regola cautelare da parte del giudice e la tipicità colposa fondata sugli usi cautelari*

Per intuibili ragioni, tra le varie acquisizioni della concezione normativa della

⁴² Il riferimento è a un episodio realmente verificatosi durante la stagione di F1 del 2005, allorché il regolamento prevedeva che le scuderie dovessero utilizzare gli stessi pneumatici per due GP di seguito. Sennonché, durante le prove libere del GP USA, si verificò un incidente a un’auto gommata Michelin, che indusse la casa francese a comunicare a tutte le proprie scuderie che gli pneumatici utilizzati nel GP precedente (quello di Spagna) non potevano più ritenersi sicuri. La FIA non concesse però deroghe al regolamento, con la conseguenza che tutte le scuderie gommate Michelin, non potendo cambiare gli pneumatici, decisero di non partire.

⁴³ Per tale conclusione v. già D. MICHELETTI, *La normatività*, cit., 255 s.

colpa, quella che con maggior fatica, e solo di recente, è entrata nel patrimonio culturale della giurisprudenza è la principale. Si allude alla condizione imprescindibile per la quale, se la regola cautelare è il perno della tipicità, e se quest'ultima è retta dai principi di cui agli artt. 25, comma 2, Cost. (sul punto v. *supra* § 1), non è consentito al giudice penale di disporne liberamente, essendo anzi egli tenuto ad assumerla quale parametro vincolante di responsabilità⁴⁴.

Anche l'accertamento processuale della responsabilità penale colposa non può sottrarsi, con altre parole, all'imperatività dell'art. 101, comma 2, Cost.: il quale, se non può essere assicurato per intero dalla «legge», esige pur sempre che la sentenza penale scaturisca da un predeterminato parametro di tipicità *indisponibile da parte del giudice*, e perfettamente identico – ex art. 25, comma 2, Cost. – a quello rinvenibile dal destinatario del precetto penale prima della sua azione (v. *supra* § 1). Di qui la necessità di evitare ogni forma di confezionamento giudiziale della regola cautelare, quand'anche guidato da criteri diagnostici (apparentemente) volti a garantire l'imparzialità di una siffatta auto-poiesi normativa. Così come il giudice non può interferire nella definizione del fatto oggettivo doloso, essendo tenuto anche in caso di lacune legislative non condivise a prenderne atto⁴⁵, del pari, per definire il fatto colposo, il giudice non può far altro che utilizzare regole cautelari predeterminate, di

⁴⁴ Fra le massime più nitide – ancorché trascurate dal Massimario Ufficiale – v. Cass. IV, 6 giugno 2000, n. 1340, in *Cass. pen.*, 2001, 1217, secondo la quale «*In tema di colpa, posto che il giudice non è fautore di norme ma solo fruitore, il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute - conoscibili - dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia. (Fattispecie di cavo del verricello di un elicottero tranciatosi nel corso di operazione di salvataggio nonostante fossero state adottate tutte le cautele previste dalle disposizioni regolamentari quanto a manutenzione e conservazione)*». Questa impostazione teorica ha trovato riscontro esplicito in un crescente numero di pronunce di legittimità: cfr. per esempio tra le meglio argomentate Cass. IV, 24 aprile 2014, n. 34119, Rv. 262717, la quale, annullando una sentenza di condanna che non aveva verificato l'esistenza di una «norma sociale» (citazione letterale) che imponesse il comportamento ritenuto doveroso, osserva che «*all'atteggiamento di sospetto verso la colpa generica va riconosciuto il merito di segnalare il pericolo che il processo di identificazione della regola violata risulti troppo simile ad un processo creativo, laddove esso non può che essere ricognitivo, pena la violazione dei principi di legalità e di colpevolezza. Per non incorrere in simili violazioni è necessario evitare di muovere a ritroso dalla situazione così come si è verificata chiedendosi cosa avrebbe impedito il suo dipanarsi. In tal modo, insegna attenta dottrina, quella che risulterebbe individuata sarebbe la regola cautelare dell'evento singolare e non una regola astratta, preesistente all'evento ed idonea a prevenire eventi del genere di quello effettivamente occorso*».

⁴⁵ V. da ultimo, anche per gli ulteriori ampi richiami, M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, n. 4, 80 ss.; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al precedente: appunti di "deontologia ermeneutica*, in *Dir. pen. cont.* on line, 17 gennaio 2018, 1 ss.

carattere positivo o sociale, che sono eloquentemente richiamate dagli elementi normativi di cui all'art. 43 c.p.

Altro, dunque, che “giudice-arbitro” o *dominus* della colpa come tende a ritenere la dottrina togata⁴⁶, dimostrando così di avere perfettamente compreso, con pragmatismo e onestà intellettuale, l'eversivo potere conferito al giudice dalla tradizionale teoria della colpa come prevedibilità⁴⁷ – forgiata, non a caso, nell'ambito di una cultura giuridica pre-costituzionale. Finché vigono gli artt. 25 e 101 Cost., il giudice penale, nel definire il fatto colposo, non può che utilizzare regole cautelari poste da fonti ordinamentali: il che significa, nel caso della colpa generica, usi cautelari invalsi nella vita sociale per fronteggiare i vari fattori di rischio⁴⁸. Nessun margine di legittimità v'è quindi per l'alchimistico giudizio predittivo infarcito di una miriade di snodi discrezionali e, pertanto, ampiamente manipolabili (dalla definizione della situazione di rischio in presenza della quale scatterebbe l'obbligo cautelare alla definizione della base nomologica; dalla messa a punto del parametro deontico, noto come agente modello, alla selezione degli snodi causali che andrebbero a qualificare l'evento *hic et nunc* oggetto di previsione, solo per citare i principali) che la dottrina tradizionale propone come procedimento enucleativo delle regole cautelari⁴⁹. Queste

⁴⁶ Per una summa dello strapotere giurisprudenziale generato dalla tradizionale dottrina della colpa v. C. BRUSCO, *Colpa penale e civile*, cit., *passim*.

⁴⁷ V. per tutti A. PERIN, *La crisi del 'modello nomologico' fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1404, che si spinge a contestare frontalmente l'obiettivo perseguito dalla teoria normativista di immunizzare la tipicità colposa dalla discrezionalità giudiziale, ritenendo che «*non si possa ridurre la funzione del giudice ad un'operazione meramente applicativa e deduttiva*».

⁴⁸ *Amplius* F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., 149 ss.; ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 69 ss. Esplicite convergenze verso questa soluzione si riscontrano in un crescente numero di autori, viepiù critici verso il modello tradizionale: si veda per esempio C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1684 ss., spec. 1696 ss.; ID., *Colpa*, cit., 228; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 319 ss.; L. EUSEBI, *Commento all'art. 43 c.p.*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Milano 2017, 180 s. Di questo passo la colpa generica finisce dunque per incentrarsi sulla «*violazione delle elementari regole*» di prudenza, perizia e diligenza: così, e per una felice applicazione della tesi, Cass. IV, 8 aprile 2014, n. 36445, Rv. 262089.

⁴⁹ Per una critica di un siffatto procedimento diagnostico dettata dal fatto che esso non potrà mai assicurare che il giudice giunga alla enucleazione della stessa modalità comportamentale che il soggetto agente poteva riconoscere *ex ante*, stante la differente fisionomia che assume il rischio prima e dopo la sua verifica, così da ingenerare la produzione giudiziale di fattispecie astratte colpose ascritte al soggetto agente alla stregua di un responsabilità oggettiva occulta, v. D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di*

ultime devono piuttosto coincidere con le regole di condotta che *ex ante* qualunque soggetto agente poteva e doveva riconoscere per il semplice fatto di appartenere al gruppo sociale che le ha prodotte. Solo così il *quinvis de populo* – e il medico nello specifico del presente lavoro – può essere posto nelle condizioni di riconoscere *a priori* l’ambito di operatività delle incriminazioni colpose. Diversamente egli si troverebbe esposto a quel rischio giudiziario-esistenziale che ha costituito, a ben vedere, una delle cause della c.d. medicina difensiva⁵⁰ attuata dalla classe medica proprio in reazione all’automatica responsabilizzazione dell’insuccesso terapeutico derivante dal modello giurisdizionale di colpa incentrato sulla raddomantica logica della prevedibilità dell’agente modello.

D’altro canto, per opporsi a questa tesi, a nulla varrebbe obiettare che le regole cautelari seguite dai vari gruppi sociali potrebbero rivelarsi talvolta sciatte⁵¹. Se si fosse adeguatamente riflettuto sul concetto di uso cautelare anziché cimentarsi in un profluvio di citazioni con l’obiettivo di imporre l’ortodossia del pensiero unico⁵², ci si sarebbe accorti che la concezione normativa della colpa scongiura *già di per sé* un siffatto inconveniente⁵³. Le consuetudini cautelari, infatti, lungi dal poter essere confuse con la ripetizione di modelli comportamentali purchessia, ovvero con la “desuetudine negligente” o, peggio, con “il solito andazzo” (come per esempio il ricorrente mancato rispetto delle distanze di sicurezza da parte degli automobilisti), sono tali proprio perché assistite dalla convinzione diffusa tra gli appartenenti al gruppo sociale che quel modello comportamentale generalmente seguito costituisce

delimitazione della tipicità colposa, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 617 ss. Per un’articolata replica si veda nondimeno M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 91 ss.

⁵⁰ In argomento per tutti A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi e giurisprudenziale*, Milano, 2012, 2 ss., 69 ss., *passim*.

⁵¹ È questa, come noto, la critica più ricorrente rivolta alla teoria normativa della colpa: v. per tutti G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 32 ss.; nonché in senso adesivo, fra i molti, D. CASTRONUOVO, *Colpa penale*, cit., 294 ss.

⁵² La strategia è ripetuta in G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 5 ss.

⁵³ Viceversa, è la tradizionale tesi della colpa come prevedibilità a incorrere in tale inconveniente; prova ne sia che non sono pochi gli autori che attribuiscono un peso rilevante alle “stereotipate” assunzioni di rischio (come ad esempio l’abitudine degli automobilisti che procedono a forte velocità e di non tenere le distanze di sicurezza) ritenendo che, se sono diffuse nel gruppo di riferimento, anche l’agente modello non avrebbe ragione di comportarsi diversamente: così per tutti G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 248 ss., nonché nt. 238 per la conforme dottrina tedesca.

un idoneo, e per questo doveroso, strumento di prevenzione del rischio⁵⁴. Vero ciò, il necessario riferimento alla “componente soggettiva” della consuetudine impedisce *ab imis* che la teoria normativa della colpa possa introitare modelli comportamentali sbrigativi, sciatti o addirittura *contra legem*, giacché *l'uso cautelare autentico presuppone una componente di doverosità che matura e si consolida proprio in forza della sperimentata idoneità prevenzionistica del modello comportamentale invalso nella prassi*.

È per questo, tornando all'abusato esempio della violazione delle distanze di sicurezza, che tale ripetuto comportamento non genera un uso cautelare: perché nessuno degli automobilisti che lo pratica lo fa sulla scorta della sua supposta doverosità. Di contro, è proprio la sperimentata idoneità prevenzionistica che induce – per fare qualche esempio di autentici usi cautelari – i bagnanti a chiudere gli ombrelloni quando il vento rinforza⁵⁵; gli adulti a tenere per mano i bimbi piccoli mentre camminano sul marciapiede⁵⁶; i venditori ambulanti ad ancorare al suolo il tendone⁵⁷; i proprietari di cani mordaci a fare indossare loro le museruole⁵⁸; chiunque utilizza apparecchi elettrici a farlo stando lontano da fonti d'acqua; i chimici a maneggiare le sostanze infiammabili lontano dai fuochi; il medico a misurare le proteine nel sangue per diagnosticare un infarto, eccetera. Queste, e solo queste, sono autentiche regole cautelari imposte dall'uso. Così da rivelarsi del tutto infondata e solo frutto d'incomprensione l'oramai stucchevole critica rivolta alla concezione normativa della colpa secondo la quale essa comporterebbe un intollerabile scadimento di tutela. Il vero è, al contrario, che sussiste *una radicale contraddizione in termini tra sciatteria e uso cautelare*, potendosi considerare tale solo un modello comportamentale ritenuto doveroso proprio perché accreditato da una collaudata idoneità prevenzionistica.

Se poi l'ancoraggio della tipicità colposa agli usi cautelari dovesse non soddisfare le aspirazioni di massima tutela – vuoi per l'eventuale ritardo con cui i nuovi ritrovati prevenzionistici entrano nel patrimonio comportamentale comune, vuoi per la

⁵⁴ Sull'*opinio iuris* nella consuetudine v., per tutti, nell'ambito di una smisurata letteratura, J. GILISSEN, voce *Consuetudine*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, vol. III, Torino, 1988, 491 ss.; i contributi raccolti in S. ZORZETTO, *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, 2008, 41 ss., 79 ss., 115 ss.

⁵⁵ Cass. IV, 18 febbraio 2015, n. 11214 [inedita].

⁵⁶ Cass. IV, 19 aprile 2018, n. 29505 [inedita].

⁵⁷ Cass. IV, 17 ottobre 2013, n. 1500, Rv. 258482.

⁵⁸ Cass. IV, 10 gennaio 2012, n. 6393, Rv. 251951.

refrattarietà di taluni settori sociali a recepire modelli prevenzionistici gravosi – il rimedio di cui l'ordinamento dispone è rappresentato dalla colpa specifica, che in modo autoritativo, come si chiarirà (v. *infra* § 4.1), può imporre l'adozione e la diffusione di maggiori standard comportamentali, prescrivendone peraltro il continuo aggiornamento.

Né d'altro canto sarebbero da considerare aberranti le marginali lacune punitive indotte dalla mancanza di modelli comportamentali invalsi nella prassi per prevenire fattori di rischio sporadici⁵⁹. Al di là della circostanza che si tratta di un'eventualità remota – giacché se il fattore di rischio è ricorrente, ciò significa che una siffatta valutazione viene formulata sulla base di un giudizio nomologico-deduttivo che produce al contempo modelli comportamentali schermanti⁶⁰ – tali residuali lacune si giustificerebbero comunque in ragione del carattere frammentario e, soprattutto, sussidiario dell'intervento penale⁶¹, che non è certo l'unico strumento tramite il quale orientare il comportamento dei consociati. Del resto, anche l'illecito doloso non è pervasivo, tanto che, per esemplificare, la truffa processuale, sebbene non priva di disvalore, sfugge all'art. 640 c.p. Con il che non si comprende la ragione per cui solo l'incriminazione colposa dovrebbe invece occuparsi di qualsivoglia comportamento potenzialmente lesivo sino al punto di sacrificare le legittime aspettative dell'individuo che non poteva riconoscere in anticipo la soglia di rilevanza penale in ragione della mancanza di autentiche norme cautelari che contrassegnassero la doverosità del comportamento imposto dall'ordinamento. Al contrario, tra le lacune di tutela e la salvaguardia delle libertà individuali, il sistema penale di un ordinamento personalistico qual è il nostro non può che schierarsi per queste ultime, pena l'esiziale divorzio da quei postulati garantistici su cui si fonda il diritto penale moderno.

A tutto concedere, v'è poi un'opzione politica di fondo che induce a circoscrivere selettivamente la tipicità colposa tramite gli usi cautelari. Il riferimento è – come già si è avuto modo di osservare⁶² – a un'istanza di matrice liberale in forza della quale la misura deontica del singolo non può che essere il comportamento ritenuto doveroso dal resto del gruppo. Di contro la teoria della colpa come prevedibilità parametrata all'agente modello si prefigge di sfruttare l'efficacia intimidativa della pena per imporre al singolo di migliorare i comportamenti della

⁵⁹ Si veda a titolo esemplificativo il caso indicato alla nota 18.

⁶⁰ Così già F. GIUNTA, *La normatività*, cit., 103; D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta*, cit., 638.

⁶¹ Insiste opportunamente sul punto M. DONINI, *Fattispecie o case law?*, cit., 87, 95, 101.

⁶² D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica*, cit., 273 s.

collettività. Il che non è solo in tensione con il divieto di strumentalizzazione dell'individuo, ma rende esponenziale il carattere fortuito della responsabilità colposa⁶³, che finisce per toccare in sorte non già al "deviante" ma a colui che ha avuto la disavventura di provocare l'evento, sebbene si sia conformato allo stesso modello di condotta seguito e ritenuto corretto dagli altri, sol perché, dopo la verifica dell'evento infausto, taluno afferma che un qualche soggetto ideale sarebbe stato in grado di scovare una migliore soluzione comportamentale per impedirlo.

Di questo passo, è lo scopo della pena del reato colposo a subire un'esiziale distorsione: e ciò in quanto nell'incriminazione dolosa la sanzione mirerebbe a dissuadere l'individuo dal tenere le condotte più gravi e offensive della vita in comune secondo una logica di sussidiarietà e frammentarietà; mentre, seguendo la teoria della colpa scaturita dalla prevedibilità dell'agente modello, la pena finisce per abbattersi su chiunque non sia stato in grado di migliorare lo standard di tutela assicurato dalla collettività. Come a dire che il reato doloso si rivolge all'uomo comune, anche se non proprio virtuoso, mentre l'incriminazione colposa presuppone straordinarie ed extra-sociali doti di eccellenza.

3. Il debutto della "regola di condotta" nella legislazione sulla colpa medica

Se la teoria normativa della colpa fosse stata compresa e coerentemente praticata con maggiore anticipo dalla giurisprudenza della Cassazione, non vi sarebbe stata necessità di varare alcuna disciplina *ad hoc* in materia di colpa medica. L'accertamento della responsabilità penale del medico sarebbe dipeso, né più né meno, dall'osservanza delle migliori pratiche generalmente seguite dagli operatori sanitari, e nessuno di essi avrebbe avvertito l'urgenza di rifugiarsi in forme di medicina difensiva per sottrarsi agli eccessi di responsabilizzazione indotti dalla colpa penale di matrice predittiva⁶⁴.

⁶³ Sulla componente fortuita della colpa – resa ancor più intollerabile sul piano morale dalla logica predittiva dell'agente modello – v. diffusamente D. CASTRONUOVO, *Colpa penale*, cit., 105 ss., e con ripetuta commendevole insistenza L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 962 ss.

⁶⁴ Per tale soluzione, da sempre, F. GIUNTA, voce *Medico (responsabilità penale del)*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica de Il sole 24 ore*, Roma, 2008, vol. IX, 518 ss. Per una perfetta applicazione di questa impostazione nella giurisprudenza recente v. per esempio Cass. IV, 13 settembre 2018, 48014 [inedita], che ha confermato l'assoluzione dell'infermiera dall'accusa dell'omicidio colposo di un paziente affetto da ischemia cerebrale in seguito al trauma cranico provocato da una caduta nel bagno, perché era «**prassi ampiamente consolidata nel reparto**» «che là dove il paziente fosse attivo e

Tutt'al più, si sarebbe potuta introdurre un'ulteriore clausola di salvaguardia del medico che in linea con l'art. 2236 c.c. ne circoscriverebbe la responsabilità solo ai casi di colpa grave⁶⁵. Ma anche tale norma di salvaguardia – comunque auspicabile e certamente legittima sul piano costituzionale⁶⁶ – non è vitale per la concezione normativa della colpa. Quest'ultima, infatti, configurandosi solo nel caso in cui il medico non abbia rispettato gli usi terapeutici seguiti dalla classe di professionisti cui egli appartiene, già presuppone, di per sé, un'intrinseca restrizione della responsabilità penale e un ottimale grado di conoscibilità della prescrizione comportamentale che costituisce il primo momento del giudizio di colpevolezza⁶⁷. Semmai è la dottrina tradizionale che avverte l'urgenza di ricorrere alla virtualità tipizzanti della colpa grave⁶⁸, dovendo essa frenare l'indole colpevolista dell'agente modello nonché correggere *in bonam partem* la miriade di snodi discrezionali – esiziali per le garanzie della difesa – che tale impostazione concede al giudice. Di qui la spasmodica ricerca di una qualche *chance* di salvezza volta a sfuggire agli esiti di una teoria altrimenti votata alla punizione.

Sennonché, tra tutte le soluzioni normative che si potevano escogitare per arginare l'eccesso di criminalizzazione del medico, quelle prescelte dal legislatore nel

autosufficiente e non intendesse utilizzare presidi a letto era accompagnato al bagno, l'infermiere poi attendeva fuori, lasciando la porta socchiusa e poi riaccompagnava il paziente a letto, una volta espletati in piena riservatezza i propri bisogni fisiologici».

⁶⁵ Notoriamente in tal senso il Progetto elaborato dal Centro studi "Federico Stella": AA.VV., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, 47 e 73 ss., nonché ampiamente sul punto A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi e giurisprudenziale*, Milano, 2012, 404 ss.

⁶⁶ Una siffatta misura sarebbe giustificata dal fatto che nel campo medico, diversamente dalla circolazione stradale o dalla sicurezza sul lavoro, il destinatario del precetto penale è chiamato a fronteggiare un rischio esogeno (la patologia) che egli non contribuisce a produrre: per tale considerazione, nonché sulla distinzione tra rischio endogeno ed endogeno nella teoria della colpa, cfr. F. GIUNTA, *Quale colpa per la protezione civile?*, in *Giust. pen.*, 2016, II, spec. 127 ss. Propende, sia pure con altri argomenti, per la legittimità costituzionale dell'art. 3 L. n. 189/2012, Cass. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, Rv. 267814.

⁶⁷ Da questa angolazione basterebbe quindi aggiungere la misura soggettiva cui si accennerà *infra* § 5.1.

⁶⁸ Cfr. per l'appunto in tal senso D. CASTRONOVO, *La colpa penale*, cit., 529 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 154 ss.; nonché in favore di una generalizzata depenalizzazione della colpa lieve; A. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. pen.*, 733 ss.; A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1176 ss.

2012 e nel 2017 sono senza dubbio le peggiori⁶⁹. Incentrate entrambe su un'assurda contraddizione in termini tra l'osservanza delle linee guida o delle *best practice* e il potenziale riconoscimento di una responsabilità colposa⁷⁰, l'art. 3 l. 189/2012 si risolve nella configurazione di un ridottissimo margine di salvaguardia per l'errore diagnostico non macroscopico⁷¹; mentre il nuovo art. 590-*sexies* c.p. è letteralmente incomprensibile se non a costo di ortopedie interpretative tanto arbitrarie quanto foriere di un'inconsistente area d'impunità corrispondente all'imperizia lieve in fase esecutiva⁷².

Poco importa. Il valore di queste disposizioni non sta infatti nella loro concreta incidenza applicativa ma nell'"antagonismo teorico-culturale" che le anima⁷³. Evocando parametri di comportamento predati e accreditati dalla comunità medico-scientifica, tali norme sottolineano infatti il passaggio dall'agente modello alla "comunità modello", esprimendo così un antidoto a quel solipsismo diagnostico che la

⁶⁹ Per un'ampia disamina e gli ulteriori riferimenti dottrinali, cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 261 ss., 344 ss.

⁷⁰ Sotto questo profilo, felice la definizione di "*culpa sine culpa*" immediatamente coniata da P. PIRAS, *A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, in *Dir. pen. cont.* on line, 26 novembre 2012.

⁷¹ Un margine talmente ridotto che negli anni di vigenza si registra una sola sentenza della Cassazione che abbia assolto l'imputato sulla base dell'art. 3 l. 189/2012: Cass. IV, 19 gennaio 2015, n. 9923, con nota di P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.* on line, 24 aprile 2015.

⁷² Cfr. Cass. S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, con approfonditi commenti, in prevalenza critici, da parte di R. ALAGNA, *La colpa penale del medico dinanzi alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 888 ss.; R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.* on line, 28 maggio 2018; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 646 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/4, 25 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 345 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 1452 ss.; A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo 'praeter legem' delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018, 423 ss. Diffusamente da ultimo C. CUPELLI, *L'anamorfofi dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi dell'imperizia medica dopo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1969 ss.

⁷³ Per un'analoga sottolineatura O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, § 391 s.

dottrina classica riconosce al giudice nell'accertamento della colpa generica⁷⁴. Ma non solo: l'aspetto ancor più rilevante è che tali norme di salvaguardia richiamano l'attenzione dell'interprete sull'imprescindibile *ruolo conformativo* che devono assumere le autentiche regole cautelari⁷⁵: le quali sono veramente tali, così da poterle impiegare come metro di giudizio della tipicità colposa, solo se esse risultano percepibili *ex ante* quali regole di condotta⁷⁶.

Sotto questo profilo ben si dovrebbe allora comprendere che l'elemento penalistico più rivoluzionario della legge n. 24 del 2017 non è rappresentato tanto dal nuovo art. 590-*sexies* c.p., che, anzi, risulta così mal scritto da rischiare di compromettere il convincente impianto della riforma. La vera e più garantistica innovazione – un'autentica *rivoluzione copernicana del diritto penale della medicina* – è stata l'introduzione dell'art. 5, comma 1, l. 24/2017, che per la prima volta ha positivizzato, in termini deontici, le regole di condotta che il medico è tenuto ad osservare. Più di qualunque disposizione incidente sulla punibilità, tale norma ha definitivamente sancito infatti che il medico non è tenuto a desumere le regole d'azione sulla scorta di un cervelotico giudizio predittivo; né tanto meno è chiamato a interrogare, a questi fini, quel fantomatico agente modello che aveva in realtà il dispiacere d'incontrare solo nel processo⁷⁷. Il medico è da ritenersi diligente, e quindi esente da ogni forma di responsabilità professionale, nella misura in cui si sia attenuto – «*salve le specificità del caso concreto*» (su tale condizione v. *infra* § 6.2) – «*alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 e (...) in mancanza delle suddette raccomandazioni (...) alle buone pratiche clinico-assistenziali*».

L'innovazione, come s'intuisce, è fondamentale; e lo è sotto almeno due profili.

Anzitutto, l'art. 5, comma 1, cit. rimedia al fatto che il medico – stando alla tradizionale giurisprudenza penale che individuava la colpa sulla base di un giudizio di prevedibilità dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* – era l'unica figura

⁷⁴ Analogamente F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 828 ss.; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 263 s.

⁷⁵ Quasi alla lettera, C. PIERGALLINI, *Autonormazione*, cit., 264.

⁷⁶ Sulla indispensabile coincidenza che deve sussistere tra la regola cautelare utilizzata *ex post* quale "parametro di giudizio" e la regola cautelare utilizzata *ex ante* quale "parametro di condotta" v. D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta*, cit., 619 s.

⁷⁷ Con assoluta onestà intellettuale, la più completa e recente analisi sul punto ammette che l'individuazione della specifica regola cautelare che l'agente modello avrebbe seguito può avvenire solo nel processo tramite il contraddittorio delle parti: M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 133 s.

paradigmatica di potenziale autore colposo cui non era concesso di conoscere in anticipo quali comportamenti avrebbe dovuto tenere per evitare d’incorrere in forme di responsabilità. Volendo, la sua condizione era paragonabile a quella di un’automobilista chiamato a operare in un contesto privo di segnaletica e senza l’assistenza di un codice; un automobilista al quale, pertanto, solo dopo un eventuale incidente, il processo penale avrebbe spiegato come avrebbe dovuto agire nel caso di specie. Con la “scusa” d’essere chiamato ad assicurare le migliori cure al paziente anziché curarsi della propria responsabilità, e con l’alibi della supposta impossibilità di standardizzare l’attività terapeutica⁷⁸, il medico finiva così per essere esposto all’insuccesso terapeutico agevolmente tramutabile in responsabilità penale sulla scorta di un modello di colpa incentrato su un’idealistica misura d’eccellenza destinata a concretizzarsi solo a posteriori⁷⁹.

Ma l’art. 5, comma 1, cit. consegue anche un altro e ancor più fondamentale risultato che la giurisprudenza della Cassazione non ha mancato di cogliere con precisione⁸⁰. In precedenza, infatti, il giudice penale era tenuto a confrontarsi con le linee guida e le buone prassi mediche solo nella misura in cui fosse stata la difesa (gravata di un onere di allegazione) a indicarle come presupposto per l’operatività della causa di salvaguardia di cui all’art. 3 l. 189/2012⁸¹. Ora invece, con il meccanismo ideato dalla legge n. 24/2017, spetta direttamente al giudice, e prima di esso al pubblico ministero, indicare le linee guida o le buone prassi che sarebbero state violate⁸². Il che equivale a dire – come da sempre sostengono i fautori della concezione normativa (v. *supra* § 3.2) – che non sussiste colpa medica senza la trasgressione delle linee guida e delle buone prassi terapeutiche, non essendo più consentito al giudice penale confezionare la regola cautelare sulla scorta di raddomantiche e oramai intollerabili prognosi postume insopportabilmente condite dal capzioso riferimento a parametri

⁷⁸ Cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 95, nt. 96, che attribuisce tale posizione anche a F. PALAZZO, *Relazione di sintesi*, R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa*, Firenze, 2010, 703. A onor del vero, va però osservato che quest’ultimo autore si esprime nel senso di una «impossibilità di standardizzare completamente a priori il comportamento» del medico, così da sottolineare – tramite l’avverbio – che è l’esaustività e non già la predeterminazione a non potere essere assicurata.

⁷⁹ Così, per l’appunto, F. PALAZZO, *Relazione di sintesi*, cit., 703.

⁸⁰ Fondamentale al riguardo Cass. IV, 16 ottobre 2018, n. 49884, Rv. 274045, § 3.1 (pag. 9 s. dell’originale).

⁸¹ In tal senso v. per tutte Cass. IV, 18 dicembre 2014, n. 21243, Rv. 263493.

⁸² Così per l’appunto Cass. IV, 16 ottobre 2018, n. 49884, Rv. 274045. Sottolinea con decisione una siffatta innovazione R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni*, cit., 3 ss.

idealtipici tanto effimeri quanto draconiani.

Né v'è da temere che un siffatto modello di tipicità colposa favorisca uno scadimento delle cure, quasi che il medico, una volta liberato da un immane obbligo di eccellenza presidiato penalmente, sia indotto ad accontentarsi della prassi senza investire nel miglioramento della propria professionalità. Solo un approccio fondamentalista può indurre a supporre che un siffatto miglioramento debba scaturire da una sfrenata minaccia punitiva. La realtà dei fatti dimostra, all'inverso, che lo sviluppo della scienza medica, così come qualsiasi perfezionamento individuale, origina da moltissimi fattori – come l'ambizione personale, il desiderio di successo o di ritorni economici, istanze filantropiche o idealistiche, eccetera – non certo da quell'irragionevole rigore punitivo di cui i cultori dell'agente modello sono preda.

D'altro canto, parimenti insussistente è il pericolo che la standardizzazione delle regole cautelari ostacoli l'adeguamento dell'attività medica alle nuove acquisizioni scientifiche in ragione del timore che gli operatori nutrirebbero nell'allontanarsi dalle soluzioni prasseologiche accreditate, che li tengono al riparo da forme di responsabilità professionale⁸³. E difatti, anche a tacere della circostanza che la legge 24/2017 prevede meccanismi di adeguamento continuo delle linee guida – meccanismi destinati peraltro a fungere da selezione delle reali e testate innovazioni scientifiche rispetto alle svariate mode da cui anche la medicina non è immune – nessun teorico della concezione normativa ha mai sostenuto che l'ancoraggio della colpa generica agli usi cautelari impedisca di intraprendere soluzioni comportamentali migliorative di questi ultimi. Al contrario, soprattutto nel campo medico, il principio della libertà della scienza consente a qualsiasi operatore finanche di sperimentare innovative soluzioni terapeutiche⁸⁴. L'importante, onde evitare avventurismi, è che lo si faccia nel rispetto delle regole comportamentali d'ordine positivo ed esperienziali riguardanti l'attività di sperimentazione e innovazione terapeutica, che costituiranno poi il parametro alla luce del quale sarà valutata la correttezza del suo operato⁸⁵.

In definitiva, il sistema delineato dalla legge 24/2017, non diversamente dalla

⁸³ Così invece M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 106 s.

⁸⁴ V. *amplius* F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Dir. pub.*, II, 2002, 623 ss.

⁸⁵ Così a titolo esemplificativo la tecnica dell'angioplastica venosa ideata per la cura della sclerosi multipla dal dott. Polo Zamboni dell'Università di Ferrara non esporrà certamente il suo ideatore a forme di responsabilità penale, indipendentemente dagli esiti (v. *Metodo Zamboni e sclerosi multipla: a che punto siamo?*, www.fondazioneveronesi.it), avendo egli seguito un "razionale scientifico" ripetutamente illustrato alla comunità di riferimento e debitamente assoggettato alla disciplina della sperimentazione terapeutica.

concezione normativa della colpa, si prefigge di creare attorno al medico una rete di protezione e non una gabbia. Il che significa, con altre parole, che la standardizzazione delle regole cautelari, lungi dal «confinare la professionalità medica»⁸⁶, ne argina semmai solo la responsabilità, ovvero in termini più schietti si presta a difendere il medico dalle pulsioni ristorative del paziente – e, in seconda battuta, dal giudice che non di rado tende a farsene latore – senza costituire un limite all’azione terapeutica e, tanto meno, al principio della libertà delle cure.

4. La “natura” della colpa medica dopo la riforma

La soluzione imposta dall’art. 5 l. 24/2017 apre una serie di questioni estremamente rilevanti sul piano applicativo. Ma il nodo principale, attorno al quale tutte ruotano, riguarda il grado di efficacia liberatoria che va riconosciuto al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali.

In effetti, ove si ammettesse la possibilità di punire comunque il medico che vi si conformi – vuoi perché l’agente modello ne sa sempre di più, vuoi perché ogni situazione terapeutica ha una propria singolarità tale da far scattare quella «specificità del caso concreto» che impone di allontanarsi dalla regola cautelare generale ed astratta (su quest’ultimo punto v. *infra* § 6.2) – allora il progresso assicurato dall’art. 5 cit. si rivelerebbe fittizio. Non muterebbe cioè quella vocazione illiberale della nostra giurisprudenza pre-normativista, propensa a utilizzare le linee guida, in caso di violazione, come parametri incontrovertibili di responsabilità, senza assicurare però alla loro osservanza un altrettanto rigido effetto liberatorio⁸⁷.

D’altro canto, però sarebbe assurdo ritenere che la conformità alle linee guida offra uno scudo indiscriminato, quasi da alimentare una sorta d’immunità in capo al medico che pure ciecamente vi si affidi. Occorre quindi trovare un punto di equilibrio: tale da assicurare che il rispetto delle regole cautelari standardizzate esenti da responsabilità penale solo se ne sia adeguato il loro utilizzo, e nondimeno, entro tale ambito, esse devono esentare del tutto, senza che sia concessa al giudice la possibilità di nullificarne il valore sulla scorta di più virtuosi parametri comportamentali desunti dai tradizionali ed esoterici criteri diagnostici della colpa (prevedibilità postuma, rischio consentito, agente modello, eccetera).

⁸⁶ M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 106.

⁸⁷ Persegue tale risultato, con la solita onestà intellettuale e perfetta comprensione delle implicazioni sottese alla teoria della colpa incentrata sulla prevedibilità dell’agente modello, C. BRUSCO.

È in questa prospettiva che si rivelano pertanto fondamentali due chiarimenti. Il primo riguarda la “natura” della colpa medica incentrata sulla violazione delle linee guida (v. *infra* § 4.1 s.). Il secondo concerne la definizione dei margini di configurabilità di una responsabilità colposa di carattere residuale, ovvero delle ipotesi in cui la «specificità del caso concreto» imponeva di distanziarsi da esse (v. *infra* § 6.2).

4.1 - La distinzione tra colpa generica e colpa specifica e il loro rapporto di alterità

Anzitutto, la prima questione da affrontare riguarda il carattere generico o specifico della colpa medica fondata sulla violazione delle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi dell’art. 5 l. 24/2017. Possono considerarsi queste ultime delle «discipline» ai sensi dell’art. 43 c.p. tali da demarcare imperativamente la condotta doverosa, ovvero sono meri indici di riconoscimento dell’«imperizia» e della «diligenza» niente affatto vincolanti per il giudice che potrebbe desumerle anche sulla base di altri parametri?

Ovviamente l’interrogativo ha un senso solo se si ritiene che nel caso di colpa specifica il rispetto della regola cautelare positivizzata sia decisivo onde escludere la responsabilità colposa per il tipo di offesa che essa intendeva prevenire⁸⁸. Ove ci si muova invece nell’ottica della teoria classica della colpa, per la quale ciò che conta è sempre la prevedibilità dell’evento, sicché anche l’osservanza della regola cautelare positivizzata non esaurirebbe lo spettro delle responsabilità colposa (v. *infra* § 61), tanto varrebbe non affaticarsi nel rispondere. Da tale angolazione, infatti, la colpa specifica e quella generica avrebbero in comune tanto la struttura quanto l’«essenza»⁸⁹, ragione per cui non avrebbe alcuna utilità chiedersi a quale delle due debba ricondursi la colpa medica.

All’opposto, il suddetto inquadramento ha un valore decisivo ove si muova da un’angolazione autenticamente normativista; assumendo la quale non si fatica peraltro a scorgere una differenza essenziale tra le due forme di colpa. Il riferimento non è, si

⁸⁸ Così magistralmente e per tutti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1997, 371 s.

⁸⁹ Per tale conclusione nel contesto specifico del diritto penale della medicina v. O. DI GIOVINE, *Colpa penale, “Legge Balduzzi” e “Disegno di Legge Gelli-Bianco”: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 397 ss., secondo la quale «la (tendenziale) trasformazione della colpa medica da generica in specifica – fenomeno a mio avviso innegabile – non produrrebbe effetti di sorta sul piano pratico, essendo pacifico che la colpa specifica concorre con quella generica, sicché, una volta esclusa la prima, nulla impedisce al giudice di ravvisare la seconda (dunque, nessun automatismo, nemmeno sotto questo punto di vista)».

badi, al carattere formalizzato o meno della regola cautelare, giacché ben vi possono essere formalizzazioni volte ad assicurare solo una migliore conoscenza e diffusione di usi cautelari (si pensi al c.d. Decalogo dello sciatore che viene stampato e distribuito in taluni comprensori senza che muti il carattere esperienziale delle norme ivi descritte). Piuttosto, il divario tra colpa generica e specifica si coglie sul piano funzionale⁹⁰: e risulta così radicale – come ora si preciserà – da instaurare tra di esse un rapporto di alterità tale per cui *nello spettro di prevenzione occupato dalla colpa specifica non residua spazio alcuno per la colpa generica*⁹¹.

Il vero è infatti che la colpa specifica si rende necessaria allorché la comunità (generatrice dell'uso cautelare) non è in grado di maturare autonomamente un modello prevenzionistico adeguato alla schermatura del rischio. Le ragioni di tale incapacità sono molteplici: come, per esempio, il contesto altamente tecnico in cui è destinata a operare l'incriminazione colposa⁹²; l'impossibilità per il gruppo di produrre spontaneamente regole cautelari ordinatorie⁹³; l'opportunità di elevare gli standard cautelari rispetto a quelli che si inverano nella prassi (come accade nel campo della sicurezza sul lavoro), ovvero la necessità di operare valutazioni di merito nella delimitazione del rischio consentito (basti pensare alla ricorrente disputa sul limite di velocità in autostrada). Situazioni diverse, quindi, ma accomunate tutte dal fatto che il gruppo non è in grado di definire in modo autonomo e soddisfacente l'area del rischio consentito, ragione per cui occorre rimediare per via autoritativa così da conferire alla regola cautelare formalizzata un crisma di doverosità che discende, oltreché dalla sua attitudine prevenzionistica, dalla “*auctoritas*” del soggetto autorizzato dall'ordinamento a designarla.

In breve: nella colpa generica la cautelarietà di un modello comportamentale origina direttamente ed esclusivamente dalla sua sperimentata idoneità

⁹⁰ Fondamentalmente C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, spec. 1482; ID., *Il volto e a “formalizzazione” delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale*, cit., 540 ss.; ID., voce *Colpa*, cit., 230. Analogamente V. ATTILI, *Dalla struttura*, cit., 1596.

⁹¹ Così diffusamente C. PIERGALLINI, *op. loc. ult. cit.* In termini antitetici G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 313 ss., M. CAPUTO, *Colpa del medico*, cit., 400, secondo il quale «*risponde[-rebbe] alle regole del sistema che l'esonerano da responsabilità per colpa specifica lasci in piedi una contestazione per colpa generica*».

⁹² Insiste particolarmente su tale aspetto C. PIERGALLINI, voce *Colpa*, cit., 230.

⁹³ Su tale tipologia di regole cautelari (come ad esempio quella che impone di tenere la destra nella circolazione stradale) che per definizione sono tipiche solo della colpa specifica v. D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 478 ss.

prevenzionistica, sicché ricorrendo alla terminologia hobbesiana, ben si può affermare che «*veritas non auctoritas facit cautelam*»⁹⁴; viceversa, nella colpa specifica «*auctoritas preter veritatem facit cautelam*», nel senso che la cautelarità poggia, oltreché sull'idoneità prevenzionistica del modello comportamentale prescelto, sulla valutazione dell'autorità che lo ha prescritto.

Non è però – si badi – solo una questione di “fonti”.

La colpa specifica, proprio in forza dell'*auctoritas* che la caratterizza, tende a sottendere una *valutazione di merito istituzionalizzata* che va a corroborare la valenza prevenzionistica del modello comportamentale prescelto. È dunque l'esistenza di un'opzione politica che contraddistingue la colpa specifica. Ed è, giustappunto, da questo carattere che origina *l'intrinseca alterità tra le due forme di colpa*, tale da non consentire una deroga *in malam partem* della regola cautelare positivizzata in forza dei criteri tradizionalmente utilizzati per diagnosticare la colpa generica⁹⁵. Altrimenti perderebbe di senso l'imposizione stessa di un modello cautelare autoritativo, e si finirebbe per consentire al giudice penale di alterare la determinazione ordinamentale del rischio consentito a scapito dell'aspettativa del destinatario del precetto penale che vi faceva affidamento. Il che significa, esemplificando, che se il legislatore opta per il limite di velocità a 50 km/h nel centro abitato, ritenendo che tale limite costituisca un adeguato bilanciamento tra l'esigenza di rapidità negli spostamenti e la sicurezza dei partecipanti al traffico, il giudice non potrebbe sovvertire tale valutazione politica supponendo per esempio che l'agente modello, in quelle stesse condizioni, avrebbe tenuto una velocità più moderata.

«*Salve le specificità del caso concreto*» – su questo punto v. *infra* § 6.2 – la regola cautelare positivizzata s'impone anche sul giudice delimitando rigidamente il confine dell'area di tipicità penale.

4.2 - *La natura specifica della colpa medica ai sensi dell'art. 5 l. 24/2017*

Una volta chiarito il criterio distintivo tra colpa generica e specifica, diviene agevole stabilire quale natura abbia la colpa medica incentrata sulla violazione delle linee guida.

⁹⁴ Lo spunto è tratto da F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 823 ss.

⁹⁵ A tale conclusione giungono peraltro anche taluni più garantistici sostenitori dell'impostazione tradizionale: cfr. D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale*, cit., 1638 s. che circoscrive ovviamente tale forma di “resistenza” solo alle regole cautelari formalizzate di carattere rigido (v. *amplius* § 6.1).

A tale fine, non sarà ovviamente decisiva la loro formalizzazione da parte delle varie società scientifiche. Ciò risponde in genere a una finalità informativo-divulgativa, che qualifica pertanto questi atti come mere fonti di cognizione⁹⁶. Una siffatta natura giuridica non è peraltro venuta meno in forza dell'art. 3 l. 189/2012, che pure ha riconosciuto un marginale ruolo scusante all'osservanza di tali linee guida, giacché l'individuazione di queste ultime continuava a dipendere dalla coincidenza con soluzioni comportamentali di matrice esperienziale⁹⁷. Si rimaneva dunque sempre nel campo della colpa generica, per la quale «*veritas facit cautelam*».

La situazione è radicalmente mutata con la legge 24/2017: la quale ha previsto all'art. 5 un meccanismo di accreditamento pubblicistico delle linee guida tramite l'istituzione di un organo deputato alla loro verifica, pubblicazione e aggiornamento. Di qui infatti l'introduzione di un elemento di istituzionalità nella definizione delle regole cautelari sanitarie⁹⁸ che sospinge inequivocabilmente la colpa medica verso quella specifica, imponendo al giudice penale di non discostarsi da tali parametri nella valutazione della responsabilità penale. Il tutto, ancora una volta, in una prospettiva di maggiore tutela anziché di contenzione del medico, cui non è certo impedito di migliorare, sia individualmente sia tramite le proprie associazioni, le soluzioni terapeutiche generalmente accolte (v. *supra* § 3).

Si obietterà: ma il carattere “politico” che contraddistingue la colpa specifica (v. *supra* § 4,1.) dove lo si ritrova? Non è che il meccanismo di selezione e accreditamento delle linee guida previsto dall'art. 5 cit. sottende, ancora una volta, solo una valutazione puramente tecnico-scientifica e in quanto tale espressiva di quella *veritas* prevenzionistica che contraddistingue la colpa generica?

⁹⁶ In tal senso diffusamente D. CASTRONUOVO, L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *La responsabilità in medicina*, in S. RODOTA, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 972 ss.

⁹⁷ Così F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 823 ss. In argomento v. altresì V. TORRE, *Linee guida e tassatività*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 309 ss.; D. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 6 ss.

⁹⁸ Ripetutamente la Suprema Corte lo definisce «*un sistema istituzionale*» «*pubblicistico*», di regolazione dell'attività sanitaria, che ne assicuri lo svolgimento in modo «*uniforme, appropriato, conforme ad evidenze scientifiche*»: Cass. sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit. In argomento v., anche per gli ulteriori riferimenti, C. VALBONESI, *La ricerca di una efficace medicina per la colpa a un anno dalla legge Gelli-Bianco*, in *Ind. pen.*, 2018, spec. 342 ss.

L'interrogativo è cruciale; e non solo ai fini dell'inquadramento della colpa medica, ma ancor più per l'esatta comprensione dei caratteri dell'attività sanitaria nell'era moderna.

Invero, la medicina – come ben presto si avvede chiunque si cimenti nell'approntamento di un qualsiasi protocollo sanitario – lungi dall'essere scevra di valutazioni di merito, è tutta una questione di percentuali dietro le quali si annidano continui bilanciamenti d'interessi. Si pensi, per esemplificare, al trattamento di un paziente psichiatrico a rischio suicidiario. Ebbene, se il rischio zero coincide con il totale e persistente controllo ambientale del paziente, la necessità di recuperarlo alla vita comporterà inevitabilmente la progressiva riduzione di una così penetrante forma di controllo: un programma di riduzione nel determinare il quale si finisce fatalmente per operare un bilanciamento tra l'opportunità di un ripristino della capacità autodeterminativa del paziente e il rischio che un siffatto recupero riattivi pulsioni autolesionistiche. È questo dunque il tasso di politicità (nel senso più nobile del termine) intrinseco nella predisposizione delle linee guida nel campo medico. Con la conseguenza che, ove lo psichiatra si sia attenuto al protocollo che calibra nel tempo un siffatto bilanciamento d'interessi, monitorando la situazione, l'eventuale suicidio del paziente non potrà essergli attribuito in ragione della ipotetica prevedibilità dell'evento infausto da parte di un superiore e onnisciente psichiatra modello (v. *infra* § 6.1). Il "rischio consentito" dall'ordinamento non potrà che essere quello tracciato dalle linee guida, senza che il processo penale abbia la possibilità di generare un'ulteriore derogativa soglia di tipicità penale.

La medicina – in definitiva – non è affatto immune da scelte "politiche", impregnata com'è, al contrario, di valutazioni costi-benefici e bilanciamenti tra beni di rilevanza costituzionale sui quali non mancano di influire anche esigenze di sostenibilità economica delle soluzioni disponibili. E sarebbe inutile tabuizzare l'argomento con l'obiettivo di non urtare la sensibilità collettiva. A tutti piacerebbe che il sistema sanitario non soggiacesse a vincoli operativi di carattere economico, ma sarebbe ipocrita fingere che sia così; e ancor peggio è – come non di rado accade oggi – dimenticare i limiti organizzativi e di sostenibilità economica dell'amministrazione sanitaria nel valutare la responsabilità penale di un singolo medico. Anche per evitare quest'ultimo inconveniente è quindi da accogliere con favore la predisposizione delle linee guida: perché non è affatto insensato che la comunità scientifica si faccia carico di definire *ex ante* in termini generali ed astratti le soluzioni diagnostiche sostenibili

senza supporre in modo irrealistico che ogni più oneroso sforzo possa essere profuso in tutti i casi, indipendentemente dai rischi e dai benefici attesi.

Si consideri, per esempio, il ricorrente problema dei controlli sanitari da effettuare in presenza di un trauma cranico. Sarebbe economicamente insostenibile che qualunque trauma, anche minore, comporti l'effettuazione di una TAC, ben potendosi ritenere sufficiente in quest'ultimo caso una semplice radiografia⁹⁹. Ciò non significa che nei pazienti a c.d. "rischio zero" (che non manifestano perdite di coscienza, amnesie, cefalee diffuse, vomito eccetera) non residui pur sempre un ridottissimo rischio di versamenti ed ematomi occulti che una semplice radiografia non è in grado di individuare¹⁰⁰. Eppure non solo per questo sarebbe opportuno sottoporre tutti i traumatizzati a TAC, giacché tale soluzione comporterebbe una spesa a dir poco ingente per fronteggiare un fattore di rischio oltremodo remoto. Certo, in questi casi, la TAC viene omessa anche nell'interesse del paziente cui si vuole risparmiare un eccesso di radiazioni; ma non ci si dovrebbe comunque turbare degli equilibri economici implicitamente perseguiti nella messa a punto delle soluzioni terapeutiche recepite dalle linee guida.

Di qui l'indispensabilità di una continua rivalutazione del grado di opportunità delle scelte politiche cristallizzate nelle linee guida di carattere medico. L'importante è che tale valutazione sia attribuita a soggetti dotati di copertura politica o maggiormente competenti a effettuarla (vale a dire i membri delle società tecnico professionali) e non già rimessa a un singolo esperto di diritto, qual è il giudice, privo di competenza specifica e tanto meno di autonoma legittimazione democratica, cui tuttavia taluni teorici lascerebbero la possibilità di sostituire la propria opinione politica a quella della comunità tecnico-professionale che ha prodotto la regola cautelare, con il rischio sovente concretizzatosi di far "scontare" il tutto all'imputato.

E' anche per scongiurare una siffatta eventualità che si mostra preferibile la concezione normativa della colpa, laddove la teoria classica finisce per affidare al giudice penale – se non la stessa determinazione del rischio consentito

⁹⁹ Così è previsto dalle *Linee guida per la gestione dei traumi cranici* edite dalla Società italiana di neurochirurgia alle quali si è riferita Cass. IV, 8 giugno 2006, Cardillo [inedita]; cfr. D. MICHELETTI, *La normatività*, cit., 275.

¹⁰⁰ Da ciò originò dunque la morte del paziente a rischio zero che diede origine al procedimento penale concluso dalla sentenza citata alla nota precedente, la quale, assumendo opportunamente un'impostazione normativista, annullò la sentenza di condanna pronunciata in appello sulla base dei tradizionali criteri diagnostici della colpa, assolvendo il medico che si era conformato alle *Linee guida* della Società italiana di neurochirurgia: Cass. IV, 8 giugno 2006, Cardillo, cit.

dall'ordinamento – un criterio così duttile da essere facilmente impregnato da tutte le opzioni politiche che il singolo giudicante intenda far prevalere, magari sulla scorta del parere di singoli consulenti tecnici non di rado animati da un revanscistico protagonismo ideologico-professionale.

5. L'*Anlass*, e il prossimo futuro del diritto penale della medicina

Resta da chiarire il secondo aspetto problematico: vale a dire la possibilità di configurare una responsabilità colposa del medico che si sia indebitamente attenuto alle linee guida, mentre se ne doveva discostare, ovvero doveva integrarle con ulteriori regole cautelari di carattere prasseologico in ragione del carattere non rigido delle prime.

Per affrontare la questione in modo adeguato risulta tuttavia indispensabile soffermarsi, pur nei limiti del presente lavoro, sul primo momento dal fatto tipico colposo, che costituirà verosimilmente il punto nevralgico della giurisprudenza sulla colpa medica nel prossimo futuro, sebbene la Cassazione – che pure già tende spontaneamente a valorizzarlo – non ne abbia una piena consapevolezza dogmatica.

Come che sia, è agevolmente intuibile che l'illiceità colposa non si riduce alla semplice violazione della regola comportamentale, ma consta di una premessa fattuale corrispondente alla “situazione” in cui è doverosa l'adozione di quella modalità comportamentale (c.d. *Anlass*). La presenza di questo primo momento tipico si coglie, del resto, con chiarezza nella struttura logico-sintattica di ogni regola cautelare, la quale, al pari di qualunque pensiero ipotetico, si compone sempre di una “protasi” (evidenziata in corsivo negli esempi che seguono) e di una “apodosi”: “*se il semaforo è rosso, arresta il veicolo*”; “*se il lavoratore opera a una quota superiore a due metri dal piano di campagna, devono impiegarsi le funi di trattenuta o altro strumento di protezione per il lavoro in quota*”; “*se l'aneurisma all'aorta addominale ha un diametro superiore ai 60 mm, occorre intervenire chirurgicamente*”, eccetera. Non v'è regola cautelare, insomma, che non muova da una “situazione tipica” solo in presenza della quale si è tenuti ad adottare la modalità comportamentale preservativa.

Senonché, per quanto ciò sia stato colto da tempo in dottrina, uno dei principali demeriti della teoria classica della colpa è di aver avviluppato questo primo momento di tipicità colposa nel medesimo criterio diagnostico utilizzato per individuare la stessa regola cautelare. Stando all'impostazione tradizionale, infatti, rimane tutta una questione di prevedibilità/rappresentabilità connessa al dovere di riconoscere le

potenziali conseguenze lesive di un fatto¹⁰¹: dovere che, pur scaturendo dalla semplice previsione della norma incriminatrice, si attiverebbe però concretamente solo in presenza di elementi idonei a fungere da “monito” per l’agente¹⁰². A questo punto il soggetto agente, sulla scorta dei dati disponibili (c.d. base ontologica) e sfruttando le capacità inferenziali e deduttive di cui è capace (c.d. base nomologica), non dovrebbe far altro che operare un giudizio predittivo circa le possibilità di verifica del fatto lesivo così da individuare le modalità tramite le quali scongiurarlo¹⁰³. Il tutto – va da sé – sempre alla stregua dell’agente modello ulteriormente irrobustito dalle eventuali conoscenze superiori dell’agente concreto¹⁰⁴.

Ciò brevemente rammentato, non v’è quindi da sorprendersi se la giurisprudenza penale, che pure da lungo tempo pratica la teoria della colpa come prevedibilità, nemmeno conosca il concetto di *Anlass*¹⁰⁵ e tanto meno lo metta a punto nel modo indicato. Tutto viene avviluppato «*attraverso il collante ectoplasmatico e liberticida dell’agente modello*»¹⁰⁶, che non sarebbe solo in grado di escogitare le migliori soluzioni comportamentali ma sarebbe altresì dotato della altrettanto straordinaria capacità di scorgere con estrema sensibilità e largo anticipo ogni forma di potenziale pericolo. E’ soprattutto nella ricostruzione dell’*Anlass*, infatti, che l’agente modello ha mostrato il suo volto più truce, avendo questi dato prova di non fidarsi mai di alcuno, di scorgere i pericoli più occulti e latenti persino nei macchinari certificati, di ipotizzare la presenza di persone svenute dietro un autocarro che

¹⁰¹ Diffusamente e per tutti G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 219 ss. Non mancano, tuttavia, i teorici della colpa quale prevedibilità che dubitano dell’esistenza di un «*correlato dogmatico (...) dovere di conoscenza e di previsione*»: G. MARINUCCI, *Colpa*, cit., 175.

¹⁰² G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 217 ss., con ampi riferimenti alla dottrina di lingua tedesca.

¹⁰³ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 211-219.

¹⁰⁴ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 237 ss., 272.

¹⁰⁵ Tra le poche pronunce in cui si scorge sullo sfondo il concetto cfr. Cass. III, 15 maggio 2013, n. 39779, in *olympus.uniurb.it*, che ha ritenuto non punibile l’irregolare costruzione di un ponteggio proprio in ragione del fatto che i lavoratori erano ancora impegnati all’interno dell’edificio in attività di pavimentazione: ragione per cui – è questo l’implicito riferimento all’*Anlass* – non si era ancora concretizzato il presupposto storico per la doverosa applicazione della regola cautelare di cui la Pubblica accusa contestava la trasgressione. Analogamente Cass. IV, 2 novembre 2015, n. 44131, Rv. 264974, che ha annullato la condanna del committente per violazione dell’obbligo di controllo in materia antinfortunistica in quanto – è considerata questa la «*questione centrale*» – non «*può essere affermato che i committenti fossero a conoscenza dell’avvio dei lavori*» (che costituisce ovviamente la premessa fattuale dell’obbligo di controllo).

¹⁰⁶ F. GIUNTA, *Culpa, culpa*, [dattiloscritto] in corso di pubblicazione, 11.

procede in retromarcia¹⁰⁷, di anticipare qualsiasi errore dei propri collaboratori, e – in breve – di onniscienza, sino a cogliere i prodromi di inondazioni così imponenti da richiedere l'evacuazione di paesi interi¹⁰⁸ o riuscire a presagire devastanti scosse sismiche in luoghi diversi da quelli cui si riferiva il concreto soggetto agente¹⁰⁹.

Di contro, movendo da un approccio normativista, libero dalla insopportabile *fictio* dell'agente modello, il primo elemento della tipicità colposa si rivela estremamente più semplice da cogliere, assumendo peraltro maggiore consistenza e, soprattutto, predeterminabilità. Da questa angolazione infatti la colpa, anziché scaturire da un difetto di previsione contrastante con il principio del *neminaem laedere*, rispecchierebbe una carenza di socialità e di formazione. Donde la conseguenza che nella colpa specifica autentica – là dove cioè siano definiti con precisione tanto la modalità comportamentale da seguire quanto i presupposti della sua doverosa attuazione¹¹⁰ – l'*Anlass* coincide esattamente con la situazione tipica indicata quale premessa fattuale per l'adozione del comportamento doveroso («*se lo scavo in cui si svolge il lavoro ha una profondità pari o superiore ai 1,5 m, occorre armarlo con mezzi di sostegno; dal 15 novembre al 15 aprile, tieni a bordo mezzi antisdrucchiolevoli o monta pneumatici invernali*», eccetera). D'altro canto, nella colpa generica, l'*Anlass* corrisponde nulla più che alla situazione tipica per fronteggiare la quale si è formato l'uso cautelare, e il manifestarsi della quale impone nuovamente l'adozione della medesima regola prasseologica. Una situazione – si badi – che può essere tanto di *pericolo concreto* («*se scoppia un incendio, esci dall'edificio senza prendere l'ascensore*») quanto di pericolo astratto («*mentre guidi, usa il vivavoce per parlare al telefono*»), ma che non pone in ambo i casi grandi problemi di riconoscimento essendo sempre individuabile alla stregua di quella *opinio iuris* che dà vita e linfa all'uso cautelare. Così, per esemplificare, «*percependo odore di gas, è risaputo che occorre arieggiare prima di accendersi una sigaretta*»; «*vedendo un pallone rotolare in strada, è in re ipsa nella natura dell'oggetto che può essere rincorso da chi vi sta giocando così da risultare doveroso ridurre la velocità o arrestarsi al fine di evitarne l'investimento*»; «*allontanandosi dal campo o dal prato, è notorio che occorre prima spegnere il fuoco*», eccetera.

¹⁰⁷ Fra le più sorprendenti Cass. IV, 17 giugno 2015, n. 36039, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2015, 812 ss.

¹⁰⁸ Cfr. Cass. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, cit.

¹⁰⁹ Cass. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, cit.

¹¹⁰ Sulla contrapposizione tra regole cautelari rigide ed elastiche v., per tutti, V. ATTILI, voce *Colpa penale*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica de Il sole 24 ore*, Roma, 2008, vol. III, 305 s.

L'*Anlass* non costituisce dunque, per la concezione normativa, l'epilogo di un macchinoso giudizio nomologico-predittivo che porta fatalmente il giudice – chiamato a effettuarlo a posteriori sulla base del più elevato dei parametri possibili: l'agente modello – a sopravvalutare segnali premonitori che solo con il senno di poi appaiono allarmanti, scordando così che il rischio assume sempre una diversa conformazione prima o dopo la sua verifica¹¹¹. Il primo frammento della tipicità colposa coincide piuttosto con la “situazione tipica dell'uso”, ovvero con un fatto che ha costituito la premessa per l'adozione e il consolidamento del comportamento cautelare invalso nella prassi; un fatto il ripresentarsi del quale impone, per la collettività o per la circoscritta cerchia dei soggetti che ha elaborato quel determinato modello comportamentale preventivo, un ulteriore ricorso alla regola prasseologica.

5.1 - *La conoscenza dell'Anlass e la misura soggettiva della colpa normativamente intesa*

Ma la differenza principale in materia di *Anlass* tra la concezione classica e quella normativa della colpa è un'altra.

Proprio perché quest'ultima non muove da un dovere di previsione, ipotizzando semmai che la colpa sottenda un difetto di socialità o di formazione, ne viene che, per la sussistenza di una responsabilità penale autenticamente personale *ex art. 27 Cost.*, l'*Anlass* deve essere *vista o ignorata per colpa dal soggetto agente e non già pre-vista o esplorata* come sostengono i cultori dell'agente modello incorrendo così in vere e proprie forme di responsabilità oggettiva¹¹². L'*Anlass*, con altre parole, non costituisce la premessa euristica di un ragionamento inferenziale e di una prognosi postuma cui sarebbero tenuti – rispettivamente – il soggetto agente *ex ante* e il giudice *ex post*. Piuttosto è una situazione tipica di rischio, radicata nella cultura del gruppo sociale o della cerchia di soggetti che ha elaborato una prassi comportamentale per fronteggiarla, che deve rientrare nel fuoco della conoscenza del soggetto agente affinché gli possa essere rimproverata la mancata adozione della regola cautelare. Ciò significa che essa deve essere vista affinché vi sia colpa, oppure deve essere ignorata a

¹¹¹ *Amplius* D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta*, cit., 622 s.

¹¹² L'inconveniente è pienamente noto anche ai sostenitori della colpa come prevedibilità dell'evento infausto, tanto è vero che in taluni recenti saggi, onde rimediare, si cerca di rafforzare il grado di conoscibilità dell'*Anlass* concependo un giudizio di colpa grave precipuamente riservato a questo primo momento della tipicità colposa: così A. PERIN, *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Polit. crim.*, 2017, vol. 12, 233 ss., 240 ss.

causa della violazione di una precedente regola cautelare, che ovviamente non può coincidere e ridursi a una mera carenza di previsione¹¹³.

Per cogliere la differenza tra le due impostazioni è sufficiente misurarne le ricadute applicative rispetto a una delle tante regole cautelari consuetudinarie trasformate dal criterio di prevedibilità in una forma di responsabilità oggettiva: il riferimento è alla manovra di emergenza cui è tenuto l'automobilista per fronteggiare le altrui trasgressioni o improvvise situazioni di pericolo.

Ebbene, la tradizionale impostazione giurisprudenziale, che fa leva sulla prevedibilità alla luce *homo eiusdem professionis et condicionis*, ha finito per dilatare

¹¹³ Una perfetta interpretazione dell'*Anlass* così come prospettata dalla concezione normativa della colpa si rinviene nella crescente giurisprudenza relativa alla responsabilità dell'amministratore per i danni derivanti dalle parti comuni dell'edificio. Opportunamente, infatti, la Cassazione fa dipendere l'accertamento della responsabilità del garante da una effettiva consapevolezza della situazione di pericolo che imponeva d'intervenire: così Cass. IV, 23 settembre 2009, n. 39959, Rv. 245317 (massima ufficiale inconferente) che ha annullato la sentenza di condanna pronunciata nei confronti dell'amministratore per un incendio colposo in quanto la Corte d'appello «*avrebbe dovuto puntualmente indicare le circostanze di fatto, desumibili dal verbale [dell'assemblea condominiale] rivelatrici di una situazione di allarme, avvertita come tale anche dai condomini, in presenza della quale l'imputato avrebbe dovuto attivarsi a tutela delle parti comuni dell'edificio esposte al pericolo derivante dalla difettosa posa in opera della canna fumaria*».

Lo stesso ragionamento è posto a fondamento anche di un'altra pronuncia assolutoria relativa dell'amministratore di condominio cui si contestava di aver cagionato lesioni alla condomina scivolata in prossimità della griglia di protezione del fossetto di deflusso delle acque piovane posto alla base della rampa del garage; fossetto che si era intasato a causa dell'acqua proveniente da un pluviale non collegato a un pozzetto e alla contemporanea presenza di materiale eterogeneo (foglie marce, residui di polistirolo, ecc.). Anche in questo caso, la Corte di cassazione non contesta la competenza dell'amministratore sulle fonti di pericolo derivanti dalle parti comuni del condominio. Il fatto è che dall'esame dei verbali *non risultava che alcun condomino avesse mai denunciato all'amministratore problemi di esondazione della grata né quelli connessi allo scarico del tubo pluviale*. L'infortunio era quindi da addebitarsi – per una volta lo riconosce esplicitamente anche la pronuncia – solo alla persona auto-danneggiatasi che aveva deciso di scendere dalla rampa carrabile anziché servirsi delle scale pedonali: così Cass. IV, 18 marzo 2014, n. 14000 [inedita].

Del pari, ineccepibile appare sul versante opposto la condanna inflitta all'amministratore chiamato a rispondere delle lesioni subite da un bambino che, a bordo del proprio slittino, era finito su un lucernario dello stabile coperto di neve; lucernario che, avendo il vetro lesionato, si era quindi infranto facendo precipitare il piccolo nel vano sottostante. In questo caso, a nulla è valsa la difesa dell'imputato volta a invocare la casualità di quanto accaduto. L'amministratore, oltre che competente sulla fonte di pericolo, era perfettamente a conoscenza della lesione del lucernario e della necessità di ripararlo: tanto è vero che aveva disposto l'eliminazione della neve soprastante il vetro senza poi accertarsi, però, che l'operazione venisse compiuta o, in alternativa, assicurare che il lucernario venisse delimitato da barriere. Con la conseguenza che non può dubitarsi della consapevolezza nell'agente che si era concretizzato il fattore di rischio affidato alla sua precipua gestione che imponeva l'adozione di una regola cautelare impediva: e questa è, in modo inequivocabile, un'ipotesi di responsabilità colposa perfettamente personale: così Cass. IV, 3 maggio 2012, n. 21223 [inedita].

così tanto l'*Anlass* di questa regola cautelare da annullare ogni aspettativa sul rispetto delle norme stradali previste dal codice. Lungi dal potervi fare affidamento, infatti, qualunque partecipante al traffico sarebbe gravato dall'agente modello dell'irragionevole obbligo di prevedere gli «*altrui comportamenti irresponsabili*»¹¹⁴ così da imporgli di scrutare lo scenario di guida alla ricerca di potenziali disattenzioni, ed ergendo talune condizioni del tutto ordinarie (come la presenza di pedoni a bordo strada) a presuntive situazioni di allarme di fronte alle quali il soggetto sarebbe tenuto ad arrestarsi¹¹⁵. Viceversa, muovendo dalla prospettiva normativista, secondo cui l'*Anlass* è un fatto e non la premessa euristica di un giudizio, il soggetto è chiamato a rispondere dell'evento determinato dalla mancata effettuazione di una manovra di emergenza, o perché aveva avvistato l'altrui comportamento irregolare e la situazione di pericolo che incontrovertibilmente gli imponeva di effettuare la manovra straordinaria (come ad esempio l'avvistamento di un pallone che rotola per strada), o perché si è posto colpevolmente nelle condizioni di non potere avvistare tale situazione (come per esempio nel caso di chi armeggi con il cellulare mentre guida), senza che tale colpa possa consistere in un mero difetto di previsione¹¹⁶. Per tale

¹¹⁴ Cfr. emblematicamente Cass. IV, 3 maggio 2017, n. 38548, in *Diritto e Giustizia* on line, 3 agosto 2017, con nota di P. GRILLO, *Velocità sotto il limite ma la colpa rimane*, che ha condannato per omicidio colposo l'automobilista che, pur procedendo entro i limiti di velocità consentiti, ha travolto un ciclista che viaggiava lungo una strada buia, su una bicicletta senza fari e senza indossare dispositivi o abiti catarifrangenti. La mancata effettuazione della manovra di emergenza, che altro non è se non la comprensibile conseguenza della autolesionistica condotta della vittima, non è stata considerata la prova lampante che l'agente non aveva potuto percepire l'*Anlass*, ma è stata interpretata *more solito* come un difetto di attenzione del guidatore che ben avrebbe potuto "prevedere" l'irresponsabile condotta di guida del ciclista e cercare di scansarlo.

¹¹⁵ V. al riguardo la casistica giurisprudenziale già analizzata in D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza*, cit., 535 ss.

¹¹⁶ Seguono questa linea le rare pronunce che s'ispirano al criterio della c.d. prevedibilità in concreto – che altro non è se non vedibilità effettiva dell'*Anlass* – per le quali il mancato effettivo avvistamento dell'altrui comportamento irregolare o del pericolo imminente impedisce di muovere una valutazione di colpa per la mancata effettuazione della manovra di emergenza: così Cass. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, in *Cass. pen.*, 2010, 3196 ss., con nota di R. RUSSO, *L'onere dell'automobilista di prevedere le altrui condotte irregolari. Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*. Una particolare sensibilità per questo aspetto si rinviene in molte sentenze redatte da Patrizia Piccialli – purtroppo non massimate quand'anche annullino doppie conformi di condanna – la quale lo fa aggallare dal giudizio di evitabilità: cfr. per esempio Cass. IV, 20 settembre 2011, n. 36067, *Diritto e Giustizia* on line 8 ottobre 2011, che ha annullato la condanna dell'automobilista chiamato a rispondere della morte della persona trasportata in seguito al tamponamento di due autoarticolati incidentati che ostruivano la carreggiata, *in ragione del fatto che la conformazione curvilinea della strada non consentiva l'avvistamento dell'ostacolo di fronte*. Analogamente Cass. IV, 19 novembre 2013, n. 4042, *Diritto e Giustizia* on line 30 gennaio 2014, che ha confermato l'assoluzione dell'automobilista che stava

ragione, non vi può essere alcuna ordinaria situazione di compresenza tra più partecipanti al traffico (come ad esempio un ciclista che si muove lungo la carreggiata, un bambino tenuto a mano sul marciapiede, tre donne in piedi al bordo della strada, un autobus fermo in una piazzola) che imponga di attivare il meccanismo della sfiducia. In questi casi si troverebbe semmai a operare l'affidamento sul rispetto delle ordinarie regole del codice della strada, non essendo pensabile che esse siano state ideate per la circolazione in luoghi disabitati, talché una situazione di ordinaria "compresenza" mai può fungere da presupposto per l'adozione della manovra di emergenza.

Il punto, oltreché nevralgico in termini operativi, riflette peraltro una radicale differenza tra concezione normativa e teoria classica della colpa nella edificazione del giudizio colpevolezza. Entrambe le impostazioni si prefiggono infatti di colmare il deficit di rimproverabilità personale che strutturalmente affligge la colpa quale non volontà del fatto. Diverse sono però le strategie messe a punto dalle due impostazioni onde perseguire tale risultato.

La teoria tradizionale propone – in estrema sintesi – di individuare delle situazioni personali in cui le capacità predittive dell'agente concreto sarebbero compromesse o pregiudicate così da non potersi rimproverare l'oggettiva violazione della regola cautelare¹¹⁷. Ma una simile impostazione, più ingenua che redditizia, non fa i conti con la realtà e pare messa a punto da chi non si è mai confrontato con un giudice in carne e ossa cui tentare di spiegare che il proprio assistito avrebbe bensì violato la regola cautelare e causato l'evento lesivo che si sarebbe potuto evitare con la dovuta diligenza, ma nella verifica del fatto lesivo avrebbero giocato fattori soggettivi preponderanti come la stanchezza, la debolezza improvvisa, lo spavento, la sorpresa, il disorientamento, l'inesperienza, il deficit culturale o sociale, la perdita repentina di capacità funzionali che ne imporrebbero l'assoluzione. Al di là del "candore idealistico", una siffatta impostazione finisce per richiedere un giudice

effettuando una consentita manovra di svolta rispetto all'investimento del motociclista che sorraggiungeva a una velocità elevatissima (125/130 km/h) in ragione del fatto «*che l'arrivo del motociclista non poteva essere percepito: onde, il conducente dell'autoveicolo nulla poteva fare per evitare l'impatto*». Infine, per un'ulteriore sentenza di annullamento di una doppia condanna di merito giustificata dal fatto che la manovra di emergenza può esigersi «*solo ove una situazione di pericolo per fatto altrui sia (...) utilmente ed agevolmente percepibile*» Cass. IV, 30 ottobre 2002, n. 1216 [inedita] pag. 8 (§ 3.1) dell'originale.

¹¹⁷ V. diffusamente D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, cit., 462 ss., 560 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 195 ss., *passim*; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., spec. 144 ss.

affetto da una sorta di *bipolarismo patologico*: giacché egli sarebbe chiamato dapprima a gestire un potere tipizzante smisurato nella prospettiva della massima tutela del bene giuridico (tanto da interpretare l'agente modello e definire autonomamente l'area del rischio consentito), per poi dover tradurre l'istanza più giustificativa possibile sino a valorizzare in chiave scusante le condizioni esistenziali di quello specifico autore colposo. Per non parlare poi del gravoso onere probatorio che questa impostazione pone a carico della difesa, la quale sarebbe tenuta a fornire gli elementi atti a comprovare sia l'esistenza dei presupposti sostanziali della situazione giustificativa, sia la soverchiante incidenza di tale condizione soggettiva nella dinamica concreta. Di qui la comprensibile penuria di pronunce che hanno escluso queste forme di colpevolezza colposa; e non tanto per l'insensibilità dei giudici al principio di colpevolezza, quanto per il timore che le scusanti sottendano banali scuse. Ecco perché la giurisprudenza esige un'oggettivizzazione archetipale delle condizioni di precarietà soggettiva che possono escludere la colpevolezza colposa, che si riducono quindi, nel campo medico, alle situazioni di urgenza¹¹⁸, alla estraneità del comportamento doveroso rispetto a quelli per cui il soggetto concreto era stato formato¹¹⁹, ovvero a carenze strutturali-organizzative non ascrivibili al singolo¹²⁰.

Assai più fruttuosa è invece la misura soggettiva escogitata dalla dottrina normativista, per la quale la rimproverabilità colposa riflette una carenza di conoscenza più che un deficit di adeguamento. Non che essa rinunci alle sopra citate ipotesi scusanti fondate sull'inesigibilità¹²¹; semplicemente, rendendosi conto che la loro praticabilità processuale esige un'oggettivizzazione archetipale, le si ritiene una parte ancora troppo esigua della colpevolezza colposa. La *magna pars* della rimproverabilità e il tasso di autentico personalismo nella colpa si rinvengono, semmai, nel rapporto tra il soggetto agente e la specifica *Anlass* che gli si poneva di fronte¹²², così da subordinare la rimproverabilità personale alla reale conoscenza della situazione di rischio che imponeva di ricorrere alla regola cautelare, o alla colpevole assunzione di una condizione che non consentiva all'agente di percepirla. Una condizione questa che spetterebbe alla pubblica accusa dimostrare, senza che tale

¹¹⁸ Cfr. per esempio Cass. IV, 16 maggio 2014, n. 24528, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1275 ss.; Cass. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Rv. 251960; Cass. IV, 20 maggio 2009, n. 31975 [inedita].

¹¹⁹ Cfr. per esempio, Cass. IV, 31 gennaio 2008, n. 13942, Rv. 239256; Cass. IV, 31 gennaio 2008, n. 13942, Rv. 239256.

¹²⁰ Cfr. per esempio Cass. IV, 7 ottobre 2014, n. 46336, in *Guida al diritto*, 2015, fasc. 4, 93.

¹²¹ F. GIUNTA, *La normatività*, cit., 111 ss.

¹²² F. GIUNTA, *La normatività*, cit., 110 s.

fondamentale onere della prova possa essere azzerato da quell'ipotetico “dovere di previsione” cui si affida la dottrina tradizionale. Piuttosto è il giudice penale, onde poter ritenere in colpa un soggetto, a dover dimostrare, o che questi godeva di una perfetta contezza dall'*Anlass* e ciò nondimeno non l'ha fronteggiata adottando la regola di comportamento che chiunque in quella stessa situazione avrebbe riconosciuto di dover seguire, ovvero che non ha percepito la situazione di rischio a causa della violazione di una precedente regola cautelare.

Solo questa è una colpa autenticamente personale; non già quello psicologismo predittivo che da oltre un secolo la dottrina propina nell'illusione che affidandolo al giudice questi sia incline a dispensare un po' d'indulgenza. Una colpa penale costituzionalmente coerente all'art. 27, comma 1, Cost. esige, all'inverso, la demarcazione di una tipicità così impermeabile alla manipolazione giudiziale da risultare perfettamente percepibile *ex ante* dal soggetto agente; la competenza del soggetto a gestire il fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento; la disponibilità di effettivi poteri impeditivi, e la reale conoscenza della situazione di rischio che imponeva l'adozione della regola cautelare, oltre, va da sé, alla messa a fuoco di oggettive situazioni scusanti che riflettono *archetipi individuali* per i quali l'ordinamento ritiene giustificabile l'infrazione.

5.2 - *Anlass e colpa medica*

Una corretta edificazione della colpa medica non può prescindere da una piena e corretta valorizzazione dell'*Anlass* tanto nella definizione della tipicità oggettiva quanto nella verifica del giudizio di colpevolezza.

Del resto, prim'ancora di curare, ogni medico è chiamato a valutare l'esistenza di una effettiva patologia, e soprattutto a identificarla, essendo la determinazione dell'intervento terapeutico null'altro che il “coerente riflesso” di una siffatta diagnosi¹²³. Per questa ragione, non sono poche le linee guida che, oltre a indicare le modalità terapeutiche da seguire, tassonomizzano i presupposti clinici dell'attività terapeutica, sino a offrire vere proprie griglie di valutazione anamnestica¹²⁴. Di

¹²³ Sulla prevalenza dell'errore diagnostico nell'ambito della colpa medica v. diffusamente M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 168 ss.

¹²⁴ Si veda per esempio il *Padua Prediction Score* per la stima del rischio di Tromboembolico che è stato recentemente oggetto di una interessante (quanto condivisibile) pronuncia della Suprema Corte tutta incentrata sulla riconoscibilità e valutazione dell'*Anlass*. Cass. IV, 24 maggio 2018, n. 29133 [inedita]. Ma si consideri altresì, fra le molte, la c.d. scala Conley per la valutazione del rischio di caduta

conserva, anche la diagnosi giuridico-strutturale della colpa medica (e più in generale di qualunque ipotesi di colpa) deve muovere dall'analisi della situazione che il soggetto agente si trovava a affrontare, così da escludere, *in primis*, la sussistenza del fatto di reato nel caso in cui non sussistesse il presupposto operativo della regola cautelare, nonché, *in secundis*, la rimproverabilità del fatto (che non sarà quindi previsto come reato) nei casi di *Anlass* confusa od oscura ovvero, in termini medico legali, in presenza di un quadro sintomatologico ingannevole o camaleontico.

Si pensi – traendo spunto da un caso giurisprudenziale in cui la Cassazione ha annullato una doppia conforme di condanna di merito – alla vicenda di un giovane ventiquattrenne deceduto per un aneurisma dissecante dell'aorta dopo le dimissioni dal pronto soccorso frutto di un'errata diagnosi di “algie toraciche” derivata dall'effettuazione di un semplice elettrocardiogramma e alla misurazione della pressione arteriosa. Ebbene, ineccepibile appare la decisione della Cassazione che ha annullato la condanna di merito sulla base del fatto che il quadro sintomatologico riscontrabile dal medico era tutt'altro che univoco: vuoi perché già la scheda del triage riferiva semplicemente di una dolorosità di media intensità, tanto che il paziente era giunto all'ospedale accompagnato da un amico in motocicletta, camminava autonomamente, era tranquillo, di colorito normale, laddove la sintomatologia tipica è rappresentata da un dolore violento, intollerabile e lancinante al punto da indurre contorcimenti cataclismici accompagnati da shock, pressione arteriosa elevata, sincope, dispnea, nausea; vuoi perché l'aneurisma aortico, già di per sé estremamente raro, colpisce in genere persone in età avanzata mentre la vittima aveva appena ventiquattro anni ed era in ottima salute¹²⁵.

Va peraltro sottolineato come la sentenza citata non costituisca affatto una rarità. Anzi, analizzando in modo sistematico la giurisprudenza di legittimità in materia di colpa medica¹²⁶, presto ci si avvede che, sebbene i percorsi argomentativi non siano sempre coerenti e tanto meno omogenei in termini tecnico-giuridici, numerose sono le pronunce di assoluzione giustificate – in realtà – da una carenza di *Anlass*, ovvero da un'*Anlass* confusa o non univoca, o ancora da situazioni di “poliformismo sintomatologico”.

Exempla docent.

del paziente, la scala Nihis relativa all'ictus, il protocollo Ebis per la valutazione del trauma cranico, eccetera.

¹²⁵ Cass. IV, 9 luglio 2009, n. 35659, Rv. 245316.

¹²⁶ Si fa riferimento alla raccolta contenuta in AA.VV., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Pisa, 2010.

Quanto alla prima ipotesi, quella di *Anlass* assente, si pensi alla sentenza di assoluzione confermata dalla Cassazione nei confronti degli imputati chiamati a rispondere di aborto colposo per omessa diagnosi di sofferenza fetale. Assoluzione imposta dal fatto che prima del trasporto della partoriente dalla sala-travaglio alla sala-parto «*non era emerso alcun tratto patologico* [del tracciato cardiocografico] *che imponesse di non proseguire nella iniziale opzione del parto per le vie naturali*»: con la conseguenza che la scelta dei medici – e in particolare del ginecologo di fiducia – di far partorire la donna per le vie naturali doveva ritenersi corretta «*sulla base della valutazione del momento e dei parametri scientifici a disposizione nel momento in cui fu presa la decisione*»¹²⁷. Mancava dunque la premessa fattuale per l'adozione della regola modale che avrebbe impedito la verifica dell'evento infausto, ragione per cui in questo caso dovrebbe concludersi che il “fatto colposo non sussiste”.

Con riguardo a un caso di *Anlass* confusa – che è all'origine di una carenza di colpevolezza colposa – si consideri invece la pronuncia che ha escluso la responsabilità dei medici per «*l'evento mortale conseguente ad erronea diagnosi* [di peritonite acuta purulenta] *e omissione del tempestivo intervento chirurgico salvifico, nel caso in cui il quadro sintomatico presentato dal paziente non sia univocamente indicativo della patologia in atto ed il quadro clinico, in rapida evoluzione*»¹²⁸. Si trattava infatti di un paziente affetto da cirrosi, interessato da ulteriori complicanze durante la degenza, tra cui una sindrome epato-renale, che peraltro non presentava quello stato febbrile che costituisce, all'inverso, la sintomatologia più comune della peritonite batterica. Anche in questo caso quindi – non sussistendo i presupposti per una diagnosi differenziale (v. *infra* § 6.3) – ben si è ritenuto che non fosse rimproverabile la mancata adozione della regola cautelare.

Infine, quanto al “poliformismo sintomatologico” valga per tutti il caso del paziente giunto al pronto soccorso in stato comatoso e deceduto per rottura dell'aorta. Considerato che la dissecazione dell'aorta «*presenta un poliformismo sintomatologico che rende all'inizio praticamente impossibile porre una diagnosi differenziale rispetto all'infarto ed alla neo encefalopatia ischemica*», la Cassazione ha ritenuto di confermare la sentenza di assoluzione nei confronti degli imputati in ragione del fatto che gli esami diagnostici effettuati (elettrocardiogramma ed ecodoppler) avevano fatto

¹²⁷ Cass. IV, 5 febbraio 2008, n. 15222 [inedita], in AV.VV., *Il diritto penale della medicina*, cit., n. 238.

¹²⁸ Cass. IV, 14 gennaio 2010, n. 14551 [inedita], in AV.VV., *Il diritto penale della medicina*, cit., n. 476.

propendere per un'encefalopatia ischemica anziché per una «*patologia cardiaca acuta, essendo gli enzimi cardiaci e l'elettrocardiogramma nella norma*». Ed è ben vero che la «*tac toracicoaddominale, strumento presente nell'ospedale di Rossano, avrebbe consentito di porre una corretta diagnosi. Tuttavia occorre che il sospetto clinico sia supportato dalla presenza di una sintomatologia dolorosa tipica, che nella specie non era segnalata in alcun modo*». Di qui l'assenza di colpa avvalorata dal fatto che gli imputati hanno agito «*in presenza di un quadro sintomatologico aspecifico, polimorfo e di difficile interpretazione*»¹²⁹.

Non è tutto.

Valorizzando l'*Anlass* quale primo e imprescindibile elemento della tipicità colposa, il diritto della medicina ne guadagnerebbe anche sotto altri profili. Basti pensare all'allocazione della responsabilità nelle strutture complesse che finirebbe per dipendere, a parità di competenze, dalla individuazione del soggetto che ha avuto percezione dell'*Anlass*¹³⁰. Ma si considerino altresì i vantaggi che una valorizzazione del primo elemento della tipicità colposa apporterebbe nel riconoscimento di una responsabilità concorsuale per un errore esecutivo. In effetti, salvo casi eccezionali nei quali l'errore esecutivo abbia una dilatazione temporale, è assai difficile che il conseguente evento infausto possa essere ascritto a soggetti diversi da colui che lo ha materialmente realizzato (si pensi per esempio alla rescissione accidentale di un'arteria tramite il bisturi) non potendosi ritenere che vi siano i presupposti fattuali per gli altri membri dell'équipe medica di percepire l'imminente errore esecutivo e riuscire conseguentemente a intervenire per fronteggiarlo¹³¹.

Senonché, ai limitati fini del presente lavoro, l'aspetto più rilevante dell'*Anlass* è rappresentato dalla centralità che tale concetto riveste nella adeguata soluzione dei

¹²⁹ Cass. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Rv. 251960.

¹³⁰ Spunti in tal senso si colgono in Cass. IV, 21 giugno 2017, n. 18334, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1028 ss. (con nota di E. GRECO, *Gestione del rischio clinico e attività medica svolta in regime di plurisoggettività. Imputazione dell'evento per colpa e delega di funzioni in campo sanitario*, ivi, 1333 ss.), la quale ha assolto il primario – che non ha l'obbligo giuridico di valutare tutti i casi che entrano in reparto – in ragione del fatto che non gli era stata segnalata la portata anomala della situazione né questi era stato coinvolto nella gestione del paziente.

¹³¹ In tal senso per esempio Cass. III, 12 dicembre 2013, n. 5684, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 593 ss. (con nota di A. SALERNO, *Responsabilità medica in équipe: cooperazione colposa, posizione di garanzia degli organi apicali e principio di auto-responsabilità dei singoli cooperanti*), che ha assolto l'aiuto primario dal non aver impedito l'errore esecutivo che ha caratterizzato «*l'attività manuale espletata dal primo operatore (...) non potendo i suoi assistenti interferire in modo efficace su quanto egli compiva*». In argomento v. *amplius* A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., 262 ss.

rapporti tra la colpa specifica e colpa generica del medico, ovvero nella definizione dei casi in cui risulti colposo il pedestre rispetto delle linee guida.

6. La colpa generica residuale del medico: «specificità del caso concreto» e diagnosi differenziale

Come anticipato, è mantenendo a fuoco il concetto di *Anlass* che meglio si riuscirebbe a definire la colpa generica residuale del medico che si sia indebitamente attenuto alle linee guida mentre se ne doveva discostare, ovvero doveva integrarle con ulteriori regole cautelari di carattere prasseologico in ragione del carattere non rigido delle prime.

Queste eventualità già affiorano del resto dal tenore letterale degli artt. 5 l. 24/2017, e 590-*sexis* c.p., che fanno riferimento alla necessità di attenersi alle linee guida salvo «*la specificità del caso concreto*», evidenziando con ciò la non esaustività delle regole cautelari formalizzate. Detto questo, occorre nondimeno evitare che il grado di determinatezza raggiunto tramite la colpa specifica del medico (v. *supra* § 4.1 s.) sia eroso da una soverchiante forma di colpa generica residuale, analogamente a quanto è accaduto nell'ambito della circolazione stradale e della sicurezza sul lavoro, dove – rispettivamente – l'obbligo di prevedere le negligenze altrui e l'art. 2087 c.c. sono stati spesso impiegati dalla dottrina della prevedibilità per imputare comunque l'evento infausto al soggetto agente attenutosi alle regole cautelari positivizzate¹³². Di qui dunque l'esigenza di precisare se e in quali casi il medico sarebbe tenuto a discostarsi dalle linee guida in ragione delle «*specificità del caso concreto*».

6.1 - Colpa generica integratrice (legittima) versus colpa generica derogatrice (illegittima)

Nel definire i rapporti tra colpa generica e colpa specifica, la tradizionale teoria della prevedibilità dell'evento alla luce dell'agente modello non ha grandi dubbi. La

¹³² Diversamente la giurisprudenza civile, la quale è spesso più benevola di quella penale nell'interpretazione dell'art. 2087 c.c. escludendo che lo si possa utilizzare per configurare una colpa generica residuale, nel caso in cui tutte le altre regole cautelari previste dal piano di sicurezza siano state rispettate: cfr. emblematicamente Cass. lav., 7 agosto 2012, n. 14192, Rv. 623496.

distinzione tra le due forme di colpa è più apparente che effettiva¹³³ giacché entrambe sottenderebbero la stessa identica valutazione¹³⁴: con la conseguenza che il rispetto della regola cautelare formalizzata mai potrà garantire al soggetto osservante di non essere chiamato a rispondere penalmente, giacché continuerebbe a operare sottotraccia l'onnisciente e totalizzante giudizio di prevedibilità¹³⁵. Tant'è che sarebbe addirittura doveroso, alla stregua dell'agente modello, migliorare il sistema prevenzionistico vigente onde evitare che un appiattimento sull'esistente comporti una flessione di tutela¹³⁶.

Significativamente diversa è invece la lettura dei rapporti tra colpa generica e colpa specifica ove si muova dalla teoria normativa. Se infatti, da questa angolazione, la tipicità colposa si compone della stretta connessione tra una determinata *Anlass* e la regola cautelare che in tale contesto si è tenuti a osservare; e se anche tale combinazione tipica è presidiata dai principi che promanano dall'art. 25, comma 2, Cost., ne viene che nell'ambito della situazione di rischio che funge da premessa operativa della regola cautelare formalizzata, non può che essere quest'ultima l'unica regola cautelare prevista dall'ordinamento per fronteggiare quella determinata *Anlass*. Qualora invece affiorino fattori di pericolo che esulano dalla premessa logico-operativa dalla regola cautelare positiva, v'è la possibilità di configurare una colpa generica residuale, sempreché, beninteso, si rinvenga un effettivo uso cautelare che sia volto a contrastare il fattore di rischio trascurato dalla regola cautelare specifica¹³⁷. Il che significa – in definitiva – che la colpa generica residuale può avere tutt'al più una funzione integratrice e mai derogatrice della colpa specifica.

¹³³ In tal senso, fra i tanti, M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, 637, 642; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 231 ss., 236, 250; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 314; ID., voce *Colpa*, cit., 953 s.

¹³⁴ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 313.

¹³⁵ Cfr. nello specifico L. RISICATO, *Le linee guida ed i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 201; C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e "colpa non lieve": un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 331 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., 398.

¹³⁶ Cfr. per tutti G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., 47 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 54, 243 ss., nonché, per una marcata accentuazione della colpa generica residuale sino a conferirle un'esplicita portata derogativa, M. GROTTO, *Principio di colpevolezza*, cit., 20, 70 ss., 74 ss., 83 ss., *passim*.

¹³⁷ Così sostanzialmente F. GIUNTA, *La normatività*, cit., 93 s.; F. PALAZZO, *Corso*, cit., 323 ss., secondo il quale «*il problema dell'eventuale colpa generica residua, nonostante l'osservanza della regola positiva, va risolto sulla base della ratio della norma cautelare scritta, verificando se nella situazione concreta sono ravvisabili peculiarità fattuali non calcolate dalla norma scritta, tali cioè da determinare una speciale pericolosità non corrispondente a quella considerata dalla norma positiva*».

Così, esemplificando con riferimento alla circolazione stradale, nulla impedirebbe di contestare per colpa generica il mancato utilizzo di marce corte agli automobilisti che procedono lungo ripide discese. Si tratta infatti di una regola modale, invalsa nella prassi, che si occupa di una *Anlass diversa e ulteriore* rispetto a quella che funge da premessa delle cautele esplicitamente fissate dal codice, le quali nulla prescrivono in merito alla guida in discesa. Sotto questo profilo la valenza integratrice della colpa generica non pone pertanto alcun problema, trovando anzi ulteriore avallo in taluni indici normativi (come gli artt. 140 e 141 cod. strad.) che altro non sono se non “richiami” a usi comportamentali invalsi nella prassi.

Di contro, per i normativisti, non v'è possibilità di ipotizzare che il soggetto agente sia tenuto a un *comportamento doveroso ancor più scrupoloso di quello previsto dall'auctoritas al fine di fronteggiare esattamente la situazione di rischio per la quale era prevista la regola specifica*. Diversamente ragionando, si finirebbe per consentire al giudice di vanificare tanto la valutazione “politica” sottesa alla determinazione autoritativa del rischio consentito, così da sostituire il proprio bilanciamento d'interessi a quello effettuato dall'ordinamento¹³⁸, quanto le esigenze di certezza giuridica che la positivizzazione delle regole cautelari intendeva perseguire¹³⁹.

Per avere conferma di tali inconvenienti basterà soffermarsi a considerare tre casi in cui la teoria della prevedibilità ha ingenerato una “colpa generica derogativa” di quella specifica, alimentando così le storture che la concezione normativa si prefigge di scongiurare.

a) La prima vicenda è particolarmente istruttiva anche perché caratterizzata da un'alternanza di giudizi che mette bene in luce le ricadute applicative delle

¹³⁸ Cfr. i contributi di C. C. PIERGALLINI, *Attività produttive*, cit., 1482; ID., *Il volto e la “formalizzazione”*, cit., 540 ss.; ID., voce *Colpa*, cit., 230. Analogamente V. ATTILI, *Dalla struttura*, cit., 1596, ID., voce *Colpa penale*, cit., 303 s.

¹³⁹ Così F. PALAZZO, *Corso*, cit., 325. Analogamente F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. DOLCINI, C. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, 1293, il quale critica apertamente la proposta di modifica del Progetto Grosso (secondo il quale “il rispetto delle regole cautelari stabilite da leggi e regolamenti non esclude la colpa, se il progresso scientifico e tecnologico nel periodo successivo alla loro emanazione le abbia rese palesemente inadeguate”) ritenendo che una siffatta disposizione sarebbe all'origine di una pretesa dell'ordinamento rivolta al consociato di essere, se necessario, più attento e previdente del legislatore sotto la minaccia di una sanzione penale.

contrapposte impostazioni¹⁴⁰. Il procedimento riguardava due installatori che in tempi diversi avevano montato uno scaldabagno nell'abitazione delle vittime decedute per soffocamento da monossido di carbonio. Era accaduto infatti che queste ultime si fossero scordate il rubinetto dell'acqua calda aperto così da mantenere lo scaldabagno attivo per tutta la notte: il calore e il vapore acqueo sprigionatisi avevano quindi determinato il distacco delle incrostazioni carboniose formatasi nella canna fumaria in un'epoca anteriore all'utilizzo del metano, le quali finirono così per impedire la fuoriuscita del monossido. Da qui la condanna pronunciata dal Tribunale per entrambi gli installatori, ritenuti responsabili di non avere controllato l'efficienza della canna fumaria. Non sortirono alcun risultato infatti le considerazioni della difesa secondo cui gli installatori si erano in realtà attenuti al punto 2.6 delle norme UNI-CIG richiamate dalla l. 6 dicembre 1971, n. 1082, le quali prevedevano semplicemente di controllare il buon funzionamento della canna fumaria e l'assenza di rigurgiti tramite alcune prove di tiraggio, che erano state correttamente effettuate; né poteva addossarsi agli installatori l'accumulo delle incrostazioni depositatesi nel tubo prima dell'utilizzo del metano. Per il Tribunale, che ricostruisce coerentemente la regola cautelare alla luce del consueto criterio della prevedibilità, si sarebbe dovuto procedere anche a un controllo interno della canna fumaria, magari tramite le bocchette d'ispezione.

Senonché, una minima valorizzazione del dato normativo bastò alla Corte d'appello per ribaltare la condanna di primo grado. Le fu sufficiente osservare, infatti, che all'epoca dell'installazione degli scaldabagni non era previsto alcun obbligo di inserire le bocchette di ispezione (essendo stato previsto nel 1972 ed abolito nel 1992); e d'altro canto, l'ispezione interna della canna fumaria, ipotizzata dal Tribunale, non era da ritenersi doverosa per gli imputati essendosi rivelata un'attività così complessa da avere richiesto ai consulenti tecnici l'*introduzione di una telecamera*. Di qui la pronuncia di assoluzione fondata sul rispetto da parte degli installatori del punto 2.6 delle norme UNI-CIG, vale a dire l'unica disciplina cautelare stabilita dall'ordinamento per fronteggiare il fattore di rischio che aveva provocato l'evento infausto.

Ma quale "installatore modello" – avranno pensato i giudici della Cassazione – non porta con sé, o non inventa, una telecamera per ogni evenienza? È così che sulla base della "prevedibilità onnisciente" la Suprema Corte ha annullato la sentenza

¹⁴⁰ Cass. IV, 13 giugno 2007, n. 34115, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 883 ss. con nota di A.M. PIRAS, *L'ammissibilità di un addebito di colpa generica nell'ipotesi in cui siano state osservate le regole cautelari specifiche*.

d'appello osservando che il prestatore d'opera non è tenuto al semplice rispetto della norme tecniche di settore (nella fattispecie le norme UNI-CIG), «*che ben possono essere insufficienti a garantire la piena sicurezza*», ma deve «*porre in essere tutte le cautele necessarie per evitare eventi dannosi prevedibili*» (anche se – va aggiunto – la “viggenza” di tali cautele è stabilita per la prima volta solo nel processo penale).

b) Ma oltre a derogare alle regole cautelari specifiche, la colpa generica residuale ingenerata dalla dottrina della prevedibilità può avere anche l'effetto di sostituire l'area del rischio consentito definita dalla legge con una di matrice giudiziale. Valga a tale riguardo il caso dell'infortunio occorso a un operaio mentre si trovava alla guida di un trattore-cingolato non ancora munito di cinture di sicurezza¹⁴¹. Ebbene, la responsabilità penale del datore di lavoro rispetto all'accaduto si sarebbe dovuta pacificamente e rapidamente escludere sulla scorta della circolare del Ministero del Lavoro del 16 marzo 2005, che aveva posticipato a un periodo successivo rispetto alla data dell'infortunio l'obbligo di dotare i veicoli agricoli di cinture di sicurezza o altri strumenti anticaduta (meglio specificate dopo i fatti dalle Linee Guida ISPESL), consentendo nel frattempo di fronteggiare quel fattore di rischio tramite un controllo preventivo del terreno e l'impiego di operai esperti. E tuttavia, questo “banale” riscontro normativo non è stato considerato decisivo ed assorbente dalla Corte di Cassazione, la quale non ha nemmeno ritenuto rilevante il fatto che il trattore non si fosse in realtà rovesciato, ma l'autista – come accertò il medico legale – fosse dapprima caduto e poi trascinato dal mezzo a seguito di un malore. Macché: la teoria della prevedibilità ha facilmente consentito, com'è ovvio, alla Corte Suprema di anticipare l'efficacia delle regole cautelari formalizzate, così da considerarsi *giudizialmente* dovuto sin da subito ciò che l'*ordinamento* non aveva ancora ritenuto cogente¹⁴².

c) Infine, l'efficacia derogativa della colpa generica residuale incentrata sulla prevedibilità può rivelarsi così sovversiva da ribaltare persino il rapporto tra autore e vittima del fatto. Emblematica in tal senso è la vicenda giudiziaria scaturita a metà degli anni 2000 dal Rally della Lana, durante il quale uno dei partecipanti causò la morte di taluni spettatori a causa di un'uscita di strada determinato da un errore di guida. Nessuna delle regole previste dal Regolamento del Commissione Sportiva Automobilistica Italiana era stata per il vero violata dall'imputato, così da indurre la

¹⁴¹ Cfr. Cass. IV, 3 giugno 2014, n. 36348 in *Diritto e giustizia on line*, 4 settembre 2014, che ha annullato la doppia assoluzione di merito del datore di lavoro chiamato a rispondere dell'omicidio colposo del lavoratore dapprima caduto e poi trascinato dal trattore.

¹⁴² In termini generali, legittima apertamente tale soluzione intertemporale D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 182 ss.

difesa a chiederne l'assoluzione: l'errore di guida del rallista è infatti insito nel tipo di gara, che induce per l'appunto i partecipanti a guidare al limite delle loro possibilità operando manovre azzardate; erano semmai le vittime ad avere eluso le zone riservate agli spettatori per sistemarsi imprudentemente nella zona destinata alla via di fuga dei veicoli. Nulla da fare: il giudice di merito, confrontandosi direttamente con il pilota-modello (che nel caso di specie si incarnò in un autorevole consulente tecnico campione di rally) ha ritenuto che l'imputato avesse commesso un errore di guida talmente grave (il che, si badi, è assolutamente ovvio, giacché altrimenti l'auto non sarebbe uscita di strada) da doversi imputare a tale comportamento la morte degli spettatori, e non già al loro imprudente e irregolare posizionamento¹⁴³.

Non merita insistere con ulteriore casistica. Paiono sufficienti questi pochi esempi per cogliere quanto la tradizionale teoria della colpa entri in tensione sia con il principio di legalità sia con un'interpretazione minimale del principio di personalità della responsabilità penale che esige quanto meno l'anticipata conoscibilità dell'area del divieto penale¹⁴⁴. E a nulla verrebbe obiettare che si tratterebbe di isolate deviazioni che non minerebbero la validità teorica della colpa come prevedibilità dell'agente modello¹⁴⁵. Altro che isolate deviazioni: la dottrina tradizionale ha finito per porre nelle mani del giudice un "ordigno" così dirompente da consentirgli sistematicamente di delimitare *ad libitum* la tipicità colposa, sino a sovvertire la delimitazione dell'area di rischio esplicitamente operata dall'ordinamento e impedendo alla collettività di disporre di un preciso riferimento deontico. Il vero è infatti che la dottrina della prevedibilità non priva solo l'individuo – e il medico nell'ambito specifico del presente studio – della possibilità di conoscere *a priori*, e con quel tasso di certezza che richiede la previsione penale¹⁴⁶, come ci si sarebbe dovuto comportare; ma corre altresì il rischio che il giudice smentisca l'affidabilità del referente positivo che era stato emanato dall'*auctoritas* giustappunto per risolvere l'incertezza comportamentale e orientare le scelte dei consociati.

¹⁴³ Cfr. Trib. Ivrea, 10 luglio 2005, n. 544, in *Giur merito*, 2007, 1994 ss. con nota di F. BACCO, *Attività sportive e rischio consentito: il caso delle competizioni automobilistiche*.

¹⁴⁴ Per quanto negletta, tuttora fondamentale è la posizione assunta da C. cost., 24 marzo 1988, n. 364.

¹⁴⁵ Così M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 113, secondo il quale l'utilizzo improprio da parte della giurisprudenza del tradizionale criterio diagnostico incentrato sull'agente modello non dovrebbe per ciò solo giustificare l'abbandono.

¹⁴⁶ V. da ultimo fundamentalmente C. cost., 31 maggio 2018, n. 115.

6.2 - Peculiarità dell'*Anlass* e «specificità del caso concreto»

Giunti a questo punto, dovrebbe apparire scontato il criterio discrezionale che si propone di seguire per distinguere i casi nei quali il rispetto delle linee guida debba comportare l'assoluzione del medico da quelli in cui tale osservanza sia all'origine di una colpa generica residuale, *melius* integratrice.

Movendo dal concetto di *Anlass* (v. *supra* § 5 ss.), la prima soluzione s'imporrà tutte le volte in cui la situazione clinica che il singolo medico si trova di fronte non presenta fattori di rischio diversi da quelli che sono stati considerati dallo studio scientifico che ha portato all'adozione della linea guida: ragione per cui quella regola cautelare – sebbene rivelatasi inefficace come purtroppo può accadere stante i limiti da cui anche la scienza medica non è immune – era da ritenersi quella che l'ordinamento richiedeva al medico. Una colpa generica integratrice si configurerà invece nel caso in cui la fattispecie concreta presenti delle rilevanti peculiarità cliniche, tali da doversi ritenere che esse esulino dall'*Anlass* tipica per cui erano state ideate le linee guida cui il medico si è conformato.

Beninteso, non sarà sufficiente una anodina specificità del paziente per imporre lo scostamento; né basteranno peculiarità che si limitino a incidere in termini modificativi sul bilanciamento d'interessi sotteso alle linee guida. Piuttosto saranno da considerarsi “rilevanti” solo le specificità del caso concreto che siano tali da comportare il “fallimento razionale” del modello di prevenzione confluito nelle linee guida *così da doversi ritenere che queste ultime non erano state ideate per applicarsi anche a quella particolare situazione*¹⁴⁷. E d'altro canto – è questa la seconda condizione – la colpa generica integratrice non può prestarsi a un recupero dell'agente modello quale suppletivo parametro deontico, ma può operare, come precisa l'art. 5 l. 24/2017, solo in presenza di ulteriori «*buone pratiche clinico assistenziali*» invalse nell'uso che sopperiscano alla carenza delle raccomandazioni prescritte dalle linee guida. In mancanza di residuali prassi cautelari mancherebbe infatti il presupposto tecnico per instaurare quella colpa generica normativamente intesa oltre la quale il giudice penale non può spingersi senza violare i principi costituzionali (v. *supra* § 2.3).

¹⁴⁷ Anche sotto questo profilo, decisamente più apprezzabile era la formulazione della clausola di salvaguardia a favore del medico prospettata nell'originario progetto Gelli: il quale, oltre a escluderne una responsabilità per colpa non grave desunta dal rispetto delle linee guida, precisava che il medico se ne doveva discostare solo in presenza di «*rilevanti specificità del caso concreto*»: cfr. sull'originario tenore letterale dell'attuale art. 590-*sexies* c.p. (all'epoca 590-*ter* c.p.) M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 354.

Un caso tratto dalla giurisprudenza della Cassazione che si è spontaneamente conformata al suddetto criterio diagnostico varrà ad esemplificarne l'equilibrio applicativo.

Il riferimento è al procedimento che ha coinvolto un anestesista sopraggiunto durante un intervento chirurgico su un neonato di due mesi deceduto per insufficienza respiratoria¹⁴⁸. Al termine dell'intervento, dopo essere stato estubato, il piccolo aveva immediatamente manifestato un'acuta crisi respiratoria. Di qui la decisione dell'anestesista di tentare, dapprima, una ventilazione in maschera, e poi di reintubare il piccolo, senza successo. Solo dopo oltre venti minuti di inutili tentativi, l'anestesista si era risolto a chiamare un neonatologo – così come sin da subito gli altri membri dell'équipe lo avevano sollecitato a fare – il quale riuscì immediatamente nella reintubazione anche sulla scorta di un sondino naso-gastrico atto a liberare le prime vie respiratorie dalle secrezioni originate dalle precedenti manovre. Il tutto senza però riuscire a scongiurare il coma del bambino deceduto venti giorni dopo l'intervento per i postumi dell'anossia.

Tanto premesso, l'anestesista si difese dall'addebito di omicidio colposo invocando la conformità del proprio operato alle linee guida SIAARTI del 2001 concernenti l'anestesia in età pediatrica. Queste non evidenziano infatti condizioni che sconsigliassero nel caso di specie l'estubazione del piccolo al termine dell'intervento; né prevedono la necessaria presenza di un neonatologo durante lo svolgimento di tale operazione.

Senonché, la Corte di Cassazione, pur riconoscendo la conformità dell'azione dell'imputato alle suddette linee guida, optò comunque per la conferma della sentenza di condanna in ragione delle «*circostanze particolari che caratterizzavano il caso concreto*», le quali avrebbero dovuto indurre l'anestesista a discostarsi dalle invocate norme SIAARTI. Ciò che si è sinora sottaciuto, infatti, è che il piccolo paziente già nella fase preoperatoria aveva manifestato difficoltà all'intubazione, tanto che il primo anestesista vi era riuscito solo al terzo tentativo. Una situazione, questa, nota all'imputato, che era sintomatica di quella complicanza delle vie aeree, che imponeva una estubazione-reintubazione controllata dalla presenza del neonatologo. Né v'è da ritenere che quest'ultima regola di condotta sia il portato di una soluzione cautelare ideata *ad hoc* dal giudice con il senno di poi, come accade non di rado ove ci si avvalga del giudizio di prevedibilità veicolato dalla *factio* della prognosi postuma. Al contrario,

¹⁴⁸ Cass. IV, 8 luglio 2014, n. 2168, Rv. 261764.

come rileva a più riprese la sentenza di legittimità, il fatto che tutta l'équipe medica avesse ripetutamente e sin da subito sollecitato l'anestesista a chiamare il neonatologo sta a dimostrare che la presenza di quest'ultimo era da considerarsi una cautela avvertita come doverosa nell'ambito in cui operava l'imputato. Di qui dunque la presenza di entrambe le condizioni richieste per la configurazione di una colpa generica integratrice originata dal colpevole appiattimento dell'agente sulle linee guida.

Ovviamente, qualora una delle due suddette condizioni mancasse, non potrebbe configurarsi alcuna colpa generica residuale. E in particolare non vi residuerebbe alcuno spazio se il fatto concreto non presenta note peculiari, tali da espungerlo dalla situazione di rischio considerata dalle linee guida.

Si consideri a titolo esemplificativo il caso dell'infermiera chiamata a rispondere di omicidio colposo per non avere accompagnato in bagno il paziente affetto da ischemia cerebrale che era deceduto per un trauma cranico originato dalla caduta nel locale dei servizi igienici¹⁴⁹. Del tutto condivisibile è la valutazione assolutoria effettuata nei tre gradi di giudizio secondo cui nessuna colpa residuale era da ascrivere all'infermiera che, conformandosi alle «prassi operative del reparto», aveva lasciato il paziente solo nel bagno. Sebbene la vittima dimostrasse difficoltà a rimanere in posizione eretta come generalmente accade per i pazienti affetti da ischemia cerebrale, il caso non presentava alcuna peculiarità rispetto alla "situazione tipica" considerata nell'elaborazione della prassi cautelare: tant'è vero che il paziente era stato giudicato all'accettazione a bassissimo rischio di caduta secondo la scala Conley (1 su 10) e il giorno prima si era recato già due volte in bagno da solo. Certo, non si può escludere che l'"infermiere modello" avrebbe imposto al paziente di usare altri presidi sanitari al fine di azzerare completamente il rischio di caduta. Ma le prassi sono maggiormente rispettose della volontà del paziente – che aveva difatti rifiutato di avvalersi del c.d. pappagallo o del pannolone – e mirano anche a bilanciare l'esigenza di riservatezza con quella di salvaguardia dell'integrità fisica. Con la conseguenza che, non sussistendo nel caso di specie alcuna «*rilevante specificità*» tale da imporre all'operatore sanitario di discostarsi dalle prassi cautelari, non rimane alcuna possibilità di configurare una colpa generica residuale.

Tanto considerato, ancor meglio si dovrebbero comprendere le ragioni per cui l'*Anlass* costituirà, nel prossimo futuro, il tema centrale del diritto penale della

¹⁴⁹ Cass. IV, 13 novembre 2018, n. 48014 [inedita].

medicina (v. *supra* § 5 ss.). Ora infatti che il problema della individuazione della regola cautelare si sta avviando a soluzione – vuoi per la più consapevole adesione della Cassazione alla concezione normativa della colpa, vuoi per la portata dell’art. 5 l. 24/2007 – la contesa processuale si sposterà fatalmente sull’esistenza in concreto dei presupposti applicativi delle linee guida. Sino al punto che ben potranno essere le difese, di fronte alla incontestabile violazione di una precisa regola cautelare, a invocare una «peculiarità del caso concreto» che avrebbe indotto il terapeuta a discostarsene.

I primi segnali di una simile strategia difensiva, volta a “portar fuori il caso concreto dalla Linea Guida contestate”, già affiorano del resto nella più recente giurisprudenza di legittimità. Si veda il caso del medico ospedaliero chiamato a rispondere della morte per embolia polmonare di un paziente cui egli aveva sospeso il trattamento antitrombotico in contrasto con le linee guida¹⁵⁰. Stante l’incontrovertibile contestazione, alla difesa non rimase che tentare di espungere il caso di specie dall’ambito applicativo delle linee guida su cui faceva leva l’accusa, sostenendo che la riduzione della terapia antitrombotica sarebbe dipesa dalla necessità di bilanciare il rischio tromboembolico con il “peculiare rischio emorragico” che caratterizzava quel determinato paziente; una peculiarità che avrebbe indotto il medico a optare per altre linee guida americane (American College of Chest Physicians). E tuttavia ciò non bastò per indurre la Cassazione ad annullare la condanna, sia perché mancava un riscontro probatorio del rischio emorragico invocato solo *ex post* dall’imputato, sia perché tale rischio, quand’anche fosse stato esistente, poteva essere in tutti i casi arginato in altro modo.

E ancora, quale ulteriore esempio di «specificità del caso concreto» prospettata senza successo in chiave difensiva, si veda il caso del neurochirurgo chiamato a rispondere dell’infezione provocata a un paziente sottoposto a intervento di ernia discale a causa della mancata somministrazione del trattamento antibiotico prescritto dalle linee guida. Ebbene, a nulla è valsa la tesi difensiva secondo cui l’allontanamento dalle linee guida era stata occasionata dalla allergia ai farmaci che il paziente avrebbe segnalato al medico. Per la Cassazione, quand’anche fosse stata reale l’allergia – che peraltro non risultava agli atti – essa avrebbe riguardato una determinata famiglia di antibiotici, così da non esimere l’imputato dal dovere di valutare la tollerabilità del paziente a un antibiotico di diversa appartenenza¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cass. IV, 30 maggio 2018, n. 40923, Rv. 273927.

¹⁵¹ Cass. IV, 23 maggio 2018, n. 38365 [inedita].

Ciò precisato, il fatto che non si riscontrino sinora pronunce ove sia stata accolta la prospettazione difensiva della “*peculiarità del caso concreto*”, non significa che tale soluzione sia teoricamente scorretta e impraticabile in ambito processuale. Al contrario, soprattutto nel caso di pazienti particolarmente critici, ben possono verificarsi situazioni straordinarie che inducono il terapeuta a optare per modelli cautelari diversi rispetto a quelli consueti previsti dalla linee guida¹⁵²: nel qual caso nessuna responsabilità può essere imputata al medico, non foss’altro perché, ove si ragionasse diversamente, non si saprebbe come intervenire su questi “pazienti anomali” e a maggior rischio; i quali, a loro volta, non troverebbero alcun medico disposto a prendersene cura per il timore che il sempre possibile insuccesso terapeutico li esponga a un’automatica responsabilità penale.

6.3 - *La colposità dell’omessa diagnosi differenziale: limiti e casistica*

Un’ultima insidia presente sulla strada del corretto accertamento della colpa medica origina dalla assiomatizzazione del c.d. obbligo di diagnosi differenziale che può scaturire dalla dottrina della prevedibilità¹⁵³.

Non diversamente da quanto accade col dovere di prevedere le negligenze altrui nella circolazione stradale, il giudice penale, con il “senno di poi”, potrebbe essere indotto a ritenere responsabile il medico che, avendo prescritto una terapia inefficace ma congrua rispetto alla sintomatologia riscontrata, non abbia ipotizzato anche ulteriori patologie – soprattutto di fronte a un’*Anlass* confusa od opaca: v. *supra* § 5.2 – e di conseguenza approntato in parallelo un alternativo percorso diagnostico-terapeutico che si sarebbe rivelato salvifico. L’obbligo di una siffatta diagnosi differenziale, specie se esasperato dall’agente modello, finirebbe così per privare di rilievo l’osservanza delle linee guida sino a trasformare un «*errore diagnostico*

¹⁵² Si veda per esempio Cass. IV, 2 marzo 2007, n. 19354 [inedita] riguardante un chirurgo che si era allontanato dalle regole cautelari ordinarie in occasione di un intervento di colicistectomia in quanto la paziente, essendo portatrice di una valvola protesica associata a terapia anticoagulante, richiedeva un delicato e straordinario bilanciamento d’interessi tra rischio tromboembolico e rischio emorragico. Malgrado l’esito infausto e l’allontanamento dalle comuni metodologie, il medico fu correttamente assolto stante la “specificità del caso affrontato” che egli gestì, in via derogativa, sulla scorta dei protocolli indicati nel «Trattato di cardiologia E. Braunwald, riconosciuto come la Bibbia dei cardiologi mondiali».

¹⁵³ Fra i pochi a occuparsi del tema: P. PIRAS, *La diagnosi differenziale in medicina: principi giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.* on line, 18 gennaio 2012.

incolpevole» in una colpa generica residuale¹⁵⁴.

La miglior prova di una siffatta distorsione ci viene dalla più recente giurisprudenza della Cassazione, che movendo da un approccio normativista ha incrementato notevolmente i casi di annullamento di condanne che avevano incentrato l'accertamento della responsabilità colposa su un'assiomatica violazione dell'obbligo di diagnosi differenziale.

Tra le più perfette – un'autentica pietra miliare nella giurisprudenza normativista – si veda la pronuncia riguardante un chirurgo addominale condannato in entrambi i gradi di merito per omicidio colposo di una paziente sottoposta a intervento chirurgico. Successivamente all'operazione di plastica di laparocele e revisione della cicatrice comparvero infatti dolori addominali accompagnati da vomito, meteorismo intestinale e difficoltà all'evacuazione. Sintomi che l'imputato non poté approfondire, stante la presenza della medicazione, e che ricondusse al decorso post-operatorio, prescrivendo quindi un analgesico-antipiretico e dei clisteri evacuativi. La situazione però non migliorò, tanto che dopo ulteriori esami diagnostici (radiografia all'addome e TAC) si scoprì dapprima un'occlusione e poi una perforazione intestinale che, malgrado l'intervento d'urgenza, condusse a morte la paziente a causa di una sepsi severa¹⁵⁵.

Scontato risultò l'esito del giudizio di merito appiattito sulla prognosi postuma. L'imputato non può che essere considerato responsabile a titolo di colpa in quanto già in occasione della prima visita alla paziente egli «*ben poteva pervenire a una diagnosi differenziale che riferisse, quanto meno in via ipotetica (sic), la sintomatologia dolorosa della donna non già al normale decorso post-operatorio, ma all'insorgere dell'occlusione*» (§ 3 del *Ritenuto in fatto*). Tale soluzione si fondava anche sulla valutazione dei periti – non di rado utilizzati come agenti modelli *in pectore* cui appaltare la giurisdizione – i quali ritennero che «*la sintomatologia presentata dalla*

¹⁵⁴ Il virgolettato nel testo è tratto da Cass. IV, 29 novembre 2005, Rv. 233238 riguardante un medico condannato per la morte di una bambina a seguito di un'omessa diagnosi differenziale di appendicite acuta, in alternativa a quella influenzale cui si era indirizzato l'imputato: appendice acuta che secondo i consulenti tecnici non era per il vero diagnosticabile nel momento in cui si verificò la visita (non foss'altro per la mancanza di addome acuto), ma che si sarebbe potuta meglio fronteggiare informando i genitori dei sintomi cui essi avrebbero dovuto prestare attenzione onde segnalare un mutamento del quadro clinico. Di qui il principio massimato secondo cui l'obbligo di diagnosi differenziale si pone, non solo rispetto a sintomi percepiti dal medico che presentino un'incipiente valenza, «*ma anche quando è prospettabile che vi si debba ricorrere nell'immediato futuro a seguito di una prevedibile modificazione del quadro o della significatività del perdurare del quadro già esistente*».

¹⁵⁵ Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, Rv. 273536.

paziente avrebbe potuto, in via d'ipotesi (sic) orientare verso il sospetto di un quadro occlusivo o sub-occlusivo e suggerire il ricorso ad altri strumenti diagnostici» (§ 2 del Considerato in diritto).

Coraggiosissima, non meno che condivisibile, è la sentenza di annullamento della Corte di Cassazione, che riscontra nel suddetto ragionamento tre punti deboli. Il primo è costituito dall'errata ricostruzione dell'*Anlass* da parte delle sentenze di merito, che hanno riscontrato la doverosità della diagnosi differenziale sulla base di sintomi sorti in realtà dopo la visita incriminata e desunti dagli sms inviati nei giorni seguenti dalla paziente. È uno degli errori più frequenti in tema di *Anlass* – tanto che vi incorsero anche i periti nel caso di specie – che è ingenerato dalla *fictio* della prognosi postuma predittiva, operando la quale risulta estremamente disagevole immunizzarsi dal “peso” di quanto si sa essersi avverato¹⁵⁶. Il secondo punto, che non riguarda l'oggetto specifico del presente lavoro ma gli sviluppi della sentenza Franzese, afferisce alla potenzialità salvifica del comportamento doveroso individuato dai periti in termini puramente probabilistici¹⁵⁷. E infine, la terza e più significativa critica rivolta dalla Cassazione alla sentenza oggetto di ricorso riguarda la sua scarsa attenzione, per non dire completa trascuratezza, della letteratura scientifica e delle univoche indicazioni provenienti da protocolli e dalle procedure consimili (pag. 9 ss.): laddove anche la diagnosi differenziale va trattata alla stregua di qualunque altra regola cautelare, così, pertanto, da non potersi sottrarre a un «*ineludibile*» riscontro nelle linee guida e nelle *best practice*¹⁵⁸.

Come anticipato, non è questa l'unica recente sentenza di legittimità ad avere arginato l'assiomatizzazione deontologica della diagnosi differenziale. Seguono anzi questa stessa linea per lo meno due ulteriori pronunce di annullamento, che – malgrado la comune valenza formativa e l'annullamento, in un caso, di una doppia condanna di merito – inspiegabilmente non hanno trovato riscontro presso l'Ufficio del Massimario¹⁵⁹.

Con la prima – una delle più limpide pronunce in materia di *Anlass*¹⁶⁰ – si è ulteriormente ribadito, da un lato, che la contestazione dell'omessa diagnosi differenziale non può muovere da un'incertezza diagnostica purchessia, ma postula

¹⁵⁶ Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, cit., 8 penultimo capoverso.

¹⁵⁷ Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, cit., 8 ultimo capoverso.

¹⁵⁸ Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, cit., 10.

¹⁵⁹ Sulle plausibili ragioni di tali lacune v. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, 619 ss.

¹⁶⁰ Cass. IV, 5 maggio 2018, n. 29083 [inedita].

una *Anlass bivalente*, ossia un quadro sintomatologico che preluda tanto alla patologia diagnosticata quanto a quella trascurata dal medico; e dall'altro lato, sottolinea la necessità di ricostruire tale ambivalenza con particolare scrupolo, considerando cioè solo il corteo sintomatologico effettivamente percepito dal medico nel momento del suo intervento, senza anticipare segnali d'allarme che si sono in realtà manifestati solo dopo. Di qui dunque l'assoluzione del medico curante che non si avvide dell'infezione rivelatasi poi letale su una paziente che lamentava forti dolori lombari, interpretando tale sintomo come indizio di una patologia articolare alla colonna vertebrale di cui la donna soffriva da tempo, così da somministrarle solo farmaci antiinfiammatori e antidolorifici. Il quadro clinico, debitamente circoscritto ai sintomi rilevabili nel momento del contatto medico-paziente, non consentiva infatti per la Corte di Cassazione di svolgere una diagnosi differenziale: la quale fu invece indebitamente ipotizzata dalla Corte d'appello sulla base di ulteriori altri segnali d'allarme (come il blocco della funzione urinaria e un episodio di vomito) che non furono però comunicati al medico dal marito e si manifestarono solo dopo la visita.

Se possibile, ancor più interessante in termini garantistici è un'ulteriore pronuncia di annullamento di una doppia conforme di condanna incentrata sulla violazione di una diagnosi differenziale, i cui presupposti erano stati in realtà apoditticamente affermati dalla Corte d'appello¹⁶¹. Non è esatto – sostiene infatti la Cassazione – che ogni incertezza diagnostica imponga il ricorso alla diagnosi differenziale, giacché se così fosse – vale aggiungere – tale regola cautelare non muoverebbe da una propria *Anlass*, ma scaturirebbe semplicemente da un astratto, generico e totalizzante obbligo di previsione capace di trasformare in colposo ogni valutazione clinica rivelatasi *ex post* inesatta. Al contrario, poiché la colpa penale consiste nella mancata adozione di una regola cautelare che l'*auctoritas* o l'uso impone di seguire *in ragione della presenza di determinati presupposti clinici*, la mancanza di un'*Anlass* bivalente non lascia residuare spazio alcuno per contestare la mancata effettuazione di una diagnosi differenziale, a meno che non ricorrano ulteriori "specificità del caso concreto", anch'esse adeguatamente individuate dalla giurisprudenza di legittimità.

¹⁶¹ Cass. IV, 8 febbraio 2018, n. 21868 [inedita] riguardante la mancata tempestiva effettuazione di una revisione della cavità uterina (c.d. raschiamento) in una donna sottoposta a interruzione volontaria di gravidanza per via farmacologica: l'omessa diagnosi fu occasionata da un'ecografia poco chiara che aveva portato la ginecologa a confondere il materiale placentare deciduo, in realtà presente, con perdite ematiche frammiste a coaguli, così da indurla a prescrivere dopo la prima visita solo un farmaco antiemorragico specifico.

E invero – per concludere – il complesso delle più recenti pronunce di legittimità consente di circoscrivere in modo convincente l’ambito di operatività della diagnosi differenziale alle seguenti ipotesi. In linea generale e al pari di qualunque altra regola cautelare sanitaria, la diagnosi differenziale s’impone allorché è prevista dalle linee guida che spesso mettono a punto i casi in cui il medico è tenuto a orientarsi verso una duplice contestuale soluzione diagnostico-terapica¹⁶². In subordine, quando cioè il medico ha coerentemente adottato una singola terapia in ragione del quadro clinico che si trovava di fronte, la diagnosi differenziale costituisce una regola cautelare atta a fondare una colpa generica integratrice in due ulteriori casi che riflettono rilevanti “specificità del caso concreto”: a) allorché l’iniziale quadro sintomatologico peggiora o il medico venga a conoscenza di ulteriori sintomi dapprima non percepibili che non sono compatibili con la diagnosi originaria¹⁶³; b) quando il quadro clinico rimane identico ma tale stabilità è incompatibile con l’atto terapeutico già compiuto in ragione della prima diagnosi¹⁶⁴.

In tutti questi casi – che si noterà riguardano elementi di arricchimento

¹⁶² Com’è agevolmente riscontrabile, un gran numero, se non la maggioranza delle linee guida si sofferma sul tema della diagnosi differenziale e delle possibili interferenze patologiche: cfr. a mero titolo esemplificativo le Linee Guida SIOT per la diagnosi ed il trattamento dell’ernia del disco lombare con radicolopatia; Linee guida ESC 2015 per la diagnosi e il trattamento delle malattie del pericardio, eccetera.

¹⁶³ Benché risalente, paradigmatico è il caso di “colposo arroccamento” sulla diagnosi iniziale affrontato da Cass. IV, 8 novembre 1988, n. 11651, Rv. 179815. La fattispecie concreta riguardava un ragazzo ricoverato in ospedale con sintomatologia che, pur presentando qualche dato equivoco all’ingresso, si era sviluppata in modo da denunciare una occlusione intestinale (patologia di cui, peraltro, già altre volte il paziente aveva sofferto), la quale, ritenuta sin dall’inizio pancreatite, venne curata inadeguatamente. Di qui la condanna del medico che, malgrado i nuovi sintomi, rimase fermo sull’originaria diagnosi.

¹⁶⁴ In tal senso v. da ultimo Cass. sez. Fer., 30 agosto 2018, n. 46495 [inedita], che ha condannato il medico di guardia di un carcere per non avere impedito la morte per infarto di un detenuto che si sarebbe agevolmente diagnosticato con un elettrocardiogramma, l’effettuazione del quale era divenuta doverosa, pur a fronte di un semplice dolore addominale, dopo che la terapia per la gastrite, inizialmente diagnostica dal medico, non aveva prodotto alcun effetto, così da indurre il detenuto a rivolgersi più volte nel corso della stessa giornata allo stesso medico di guardia per segnalare che il dolore non passava. Analogamente Cass. IV, 16 novembre 2017, n. 826 [inedita], relativo al caso di un paziente che si era recato tre volte allo stesso pronto soccorso ove venne curato per broncopolmonite mentre era in realtà affetto da una leucemia acuta. La sentenza di condanna è stata bensì annullata per errato accertamento del nesso di causalità, non potendosi dimostrare che una tempestiva diagnosi avrebbe avuto effetto salvifico. Ai fini della tipicità colposa, però, viene correttamente riscontrato a carico del medico una colpa omissiva per mancata effettuazione di una diagnosi differenziale, divenuta doverosa in occasione del secondo accesso, stante la persistenza nel paziente degli stessi esatti sintomi tali da evidenziare che l’iniziale terapia non aveva avuto effetto alcuno.

dell'*Anlass* manifestatisi successivamente alla diagnosi iniziale – arroccarsi nel mantenimento della soluzione terapeutica prescritta dalle linee guida, pur applicate in modo coerente alla iniziale sintomatologia riscontrata, ingenera una colpa generica integratrice, imponendosi al medico di ipotizzare e sondare altre soluzioni terapeutiche, nel rispetto della regola cautelare esperienziale nota come “diagnosi differenziale”.